

N. \_\_\_\_/\_\_\_\_ REG.PROV.COLL.  
N. 00156/2020 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 156 del 2020, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da

Forumnet s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Mauro Pisapia e Luigi Pontrelli, con domicilio digitale come  
da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Milano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli  
avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso,  
Massimo Cali' ed Emilio Pregnolato, con domicilio digitale come da PEC da  
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura comunale  
in Milano, via della Guastalla n. 6;

***nei confronti***

Ticketone s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Maria Alessandra Bazzani e Manuel Rubino, con domicilio  
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio

dell'avvocato Maria Alessandra Bazzani in Milano, via Visconti di Modrone n. 12; M.C.A. Events s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

*per l'annullamento,*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della deliberazione della Giunta comunale n. 1910 del 15 novembre 2019, pubblicata nell'Albo pretorio il 22 novembre 2019, con la quale:

1) è stata dichiarata fattibile e rispondente all'interesse pubblico la proposta di finanza di progetto per "l'affidamento in concessione per la progettazione ed esecuzione di lavori di manutenzione al fine del riuso del dismesso "Palasharp" sito in Milano via S. Elia, 33 nonché della successiva gestione per un periodo di 31 anni" presentata, ai sensi dell'articolo 183, comma 15 del d.lgs. n. 50 del 2016, dal costituendo raggruppamento temporaneo di imprese formato da Ticketone s.p.a. e M.C.A. Events s.r.l.;

2) il r.t.i Ticketone s.p.a. - M.C.A. Events s.r.l. è stato nominato promotore di finanza di progetto con diritto di prelazione;

3) è stato approvato, ai fini del successivo inserimento nel programma triennale delle opere pubbliche, il progetto di fattibilità tecnica ed economica presentato dal r.t.i. Ticketone s.p.a. - M.C.A. Events s.r.l.;

- della nota del 4 dicembre 2019, con la quale il responsabile del procedimento ha rigettato la richiesta formulata dalla società ricorrente il 21 novembre 2019 di concessione di un termine per la presentazione di una proposta concorrente a quella del r.t.i. Ticketone s.p.a. - M.C.A. Events s.r.l.;

- di tutti gli atti richiamati nella deliberazione della Giunta comunale n. 1910 del 15 novembre 2019 e ad essa allegati, ivi inclusi:

1) i verbali del Gruppo di Lavoro che ha valutato la proposta del r.t.i. Ticketone s.p.a. - M.C.A. Events s.r.l.;

2) le relazioni e i pareri resi sulla fattibilità della proposta dal responsabile unico

del procedimento, dall'Unità esame progetti della Direzione centrale unica appalti, dal Direttore dell'Area pianificazione e controlli economico-finanziari della Direzione bilancio ed entrate, dalla Direzione servizi civici partecipazione e sport, dalla Direzione facility management e dal Segretario generale;

- di ogni ulteriore atto antecedente, consequenziale, presupposto o connesso a quelli testé richiamati, ivi incluse la deliberazione del Consiglio comunale n. 44 del 21 novembre 2019, recante l'acquisizione al patrimonio comunale del Palasharp e le note con le quali il Comune ha ripetutamente disatteso le istanze di Forumnet s.p.a., volte ad acquisire i documenti e le informazioni necessari per la formulazione di una proposta concorrente a quella del r.t.i. Ticketone s.p.a. - M.C.A. s.r.l.;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Forumnet s.p.a. in data 11 febbraio 2020:

- della determinazione dirigenziale n. 8934 del 27 dicembre 2019, pubblicata nell'Albo pretorio il 28 dicembre 2019, con la quale il Direttore dell'Area gestione amministrativa progetti e lavori ha dato atto che, a scioglimento della condizione apposta con la deliberazione della Giunta comunale n. 1910 del 15 novembre 2019, è stata approvata la deliberazione del Consiglio comunale n. 44 del 21 novembre 2019, avente ad oggetto "Acquisizione al patrimonio comunale del manufatto meglio conosciuto come "Palasharp" sito in Via Antonio Sant'Elia 33 ai sensi dell'art. 31, comma 5 del D.P.R. 380/2001 e s.m.i. ed ha autorizzato l'espletamento della procedura, ai sensi dell'art. 183, comma 15 e 16, del d.lgs. n. 50 del 2016 relativa a "l'affidamento di concessione per la progettazione ed esecuzione dei lavori di manutenzione al fine del riuso del dismesso Palasharp, sito in Milano via Sant'Elia 33 nonché la successiva gestione per un periodo di 31 anni", previa definizione, nel modo indicato in relazione, delle modalità e dei criteri di scelta del contraente e con diritto di prelazione a favore del promotore;

- della determinazione dirigenziale n. 195 del 15 gennaio 2020 del Direttore dell'Area gestione amministrativa progetti e lavori, pubblicata nell'Albo pretorio il 16 gennaio 2020 e recante modificazione dei documenti e conseguente

rettificazione della determinazione dirigenziale n. 8934/2019;

- degli atti della gara n. 2/2020, avente ad oggetto “procedura, ai sensi dell'art. 183, comma 15 del D. Lgs. 50/2016 per l'affidamento di concessione per la progettazione ed esecuzione dei lavori di manutenzione al fine del riuso del dismesso Palasharp, sito in Milano via Sant'Elia 33 nonché la successiva gestione per un periodo di 31 anni, mediante partenariato pubblico-privato. CUP B45D18000220007”;

- della nota PG 26518/2020 del 16 gennaio 2020, a firma del Responsabile dell'Area sport turismo e qualità della vita - Unità impianti e manifestazioni sportive - Ufficio impianti sportivi - Servizio convenzioni di riscontro all'istanza presentata dalla società ricorrente in data 17 dicembre 2019, nella parte in cui è stato negato all'istante l'accesso ai seguenti documenti:

1) alle sentenze del T.a.r. per la Lombardia e del Consiglio di Stato relative al contenzioso amministrativo tra il Comune e l'Istituto Casa di Nazareth;

2) alla sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 1234 del 4 maggio 2007 relativa al contenzioso civile instauratosi tra le medesime parti;

3) alla corrispondenza intercorsa tra il Comune di Milano e l'Istituto Casa di Nazareth, avente ad oggetto gli anzidetti contenziosi, ivi incluse le lettere in data 13 luglio 2019 e 1 ottobre 2019, espressamente richiamate nella deliberazione della Giunta comunale n. 1910/2019;

4) le norme tecniche di attuazione del Piano dei Servizi e del Piano delle Regole del P.g.t., approvato con deliberazione del Consiglio comunale 34/2019 e in corso di pubblicazione nel Bollettino ufficiale della Regione Lombardia, richiamate e fatte proprie dalla deliberazione del Consiglio comunale n. 44/2019;

e per l'accertamento, ai sensi dell'articolo 25 della legge n. 241 del 1990 e dell'articolo 116 c.p.a., del diritto della società ricorrente all'accesso ai documenti sopra ricordati e per la condanna

del Comune di Milano all'esibizione e al rilascio di copia dei documenti medesimi;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Forumnet s.p.a. in data 3 luglio 2020:

- degli atti e dei provvedimenti già gravati con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 11 febbraio 2020;

e per l'accertamento della violazione, da parte del Comune di Milano, dei principi di correttezza e buona fede nel corso della procedura di gara, per aver sollecitato la partecipazione dei privati omettendo di rappresentare il rischio di abbattimento del Palasharp nel contesto del contenzioso pendente con l'Istituto Suore della Riparazione;

nonché per la condanna del Comune di Milano al risarcimento, in favore di Forumnet s.p.a., di tutti i danni derivanti dalla suddetta violazione, ai sensi dell'articolo 1337 del codice civile.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e di Ticketone s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2020 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi per la società ricorrente gli avvocati Mauro Pisapia e Luigi Pontrelli, per il Comune di Milano l'avvocato Stefania Pagano e per la società controinteressata gli avvocati Maria Alessandra Bazzani e Manuel Rubino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. In data 26 febbraio 2018 il raggruppamento temporaneo di imprese tra la società Ticketone p.a. e la società M.C.A. Events a r.l. (d'ora in avanti solo r.t.i. Ticketone s.p.a.) ha presentato all'Assessorato al turismo, sport e qualità della vita del Comune di Milano un progetto di fattibilità, ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per la riqualificazione dell'immobile dismesso denominato Palasharp, sito in Milano, via Antonio Sant'Elia n. 33.

In data 2 marzo 2018 la società Forumnet p.a. ha manifestato al Comune di Milano il proprio interesse a presentare un progetto di riqualificazione concorrente o un progetto di fattibilità del medesimo immobile, per la predisposizione del quale, in data 10 aprile 2018, ha chiesto l'acquisizione dei documenti necessari.

In data 29 gennaio 2019 il raggruppamento temporaneo di imprese tra la società Ticketone p.a. e la società M.C.A. Events a r.l. (d'ora in avanti solo r.t.i. Ticketone s.p.a.) ha presentato una proposta di finanza di progetto per la riqualificazione del Palasharp.

In data 29 aprile 2019 Forumnet s.p.a. ha chiesto al Comune di Milano l'acquisizione della documentazione e delle informazioni necessarie nonché la fissazione di un sopralluogo per la predisposizione di un progetto di fattibilità concorrente.

Con nota del 6 maggio 2019 il Comune di Milano ha inviato alla Forumnet s.p.a. un'aerofotogrammetria dell'immobile.

In data 12 giugno 2019, all'esito del sopralluogo, la Forumnet s.p.a. ha richiesto al Comune di Milano una serie di documenti ritenuti indispensabili per la redazione del progetto di fattibilità.

Con nota del 14 giugno 2019 il Comune di Milano ha negato alla Forumnet s.p.a. l'ostensione dei documenti richiesti, in quanto alcuni di essi non risultavano detenuti dall'Assessorato al turismo, sport e qualità della vita, mentre i dati urbanistici ed edilizi erano agevolmente acquisibili in via autonoma dalla società richiedente.

In data 21 giugno 2019 e 7 agosto 2019 Forumnet s.p.a. ha reiterato le istanze di accesso documentali senza ottenere quanto richiesto per cui, in data 20 settembre 2019, ha notificato al Comune il ricorso di cui all'articolo 116 del codice del processo amministrativo.

In data 19 novembre 2019 il Comune di Milano ha consegnato i documenti richiesti alla società Forumnet p.a., la quale, in data 21 novembre 2019, ha invocato la concessione di un termine per la presentazione di una proposta di finanza di

progetto concorrente.

In data 22 novembre 2019 è stata pubblicata nell'albo pretorio la deliberazione n. 1910 del 15 novembre 2019, con la quale la Giunta del Comune di Milano ha dichiarato fattibile e rispondente all'interesse pubblico la proposta di finanza di progetto per l'affidamento in concessione, per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione, al fine del riuso, del Palasharp e per la successiva gestione per un periodo di 31 anni, presentata dal r.t.i. Ticketone s.p.a., ha nominato lo stesso promotore di finanza di progetto con diritto di prelazione ed ha approvato il progetto di fattibilità tecnico-economica per il suo inserimento nel programma triennale delle opere pubbliche.

Con deliberazione n. 44 del 21 novembre 2019 il Consiglio comunale ha disposto l'acquisizione del Palasharp al patrimonio comunale.

Con nota del 4 dicembre 2019 il Comune di Milano ha respinto l'istanza di Forumnet s.p.a. per la concessione del termine di presentazione del progetto di fattibilità.

1.1. Con ricorso notificato il 7 gennaio 2020 e depositato il 21 gennaio 2020 la società Forumnet p.a. ha domandato l'annullamento della deliberazione n. 1910 del 15 novembre 2019 della Giunta del Comune di Milano e di tutti gli atti in essa richiamati, della nota del responsabile del procedimento del 4 dicembre 2019 e di tutti gli atti presupposti e conseguenti, nonché della deliberazione del Consiglio comunale n. 44 del 21 novembre 2019.

Con il primo e con il secondo motivo di ricorso la società ricorrente ha eccepito la violazione dei principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza da parte del Comune di Milano, il quale, a differenza del trattamento di favore riservato al r.t.i. Ticketone s.p.a., non le avrebbe fornito il necessario corredo documentale e informativo per la presentazione di un progetto di fattibilità completo e, diversamente dall'analoga procedura di partenariato per la riqualificazione del palazzo del ghiaccio di via dei Ciclamini, non ha pubblicato un avviso esplorativo

per la scelta del promotore.

Con il terzo motivo di ricorso la società Forumnet p.a. ha censurato il difetto di istruttoria del procedimento di approvazione del progetto di fattibilità, per il quale avrebbe dovuto essere indetta, ai sensi dell'articolo 27 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la conferenza di servizi di cui all'articolo 14-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

1.2. Con determinazione dirigenziale n. 8934 del 27 dicembre 2019, pubblicata nell'albo pretorio in data 28 dicembre 2019, il Comune di Milano ha approvato la deliberazione del Consiglio comunale n. 44 del 21 novembre 2019 ed ha autorizzato la procedura per l'affidamento in concessione della progettazione e dell'esecuzione dei lavori di manutenzione, al fine del riuso, del Palasharp e della relativa gestione.

1.3. Con motivi aggiunti notificati il 6 febbraio 2020 e depositati in data 11 febbraio 2020 la società Forumnet p.a. ha domandato l'annullamento, oltre che degli atti impugnati con il ricorso introduttivo, della determinazione dirigenziale n. 8934 del 27 dicembre 2019, così come rettificata dalla determinazione dirigenziale n. 195 del 15 gennaio 2020, nonché, in via derivata, degli atti della gara n. 2 del 2020, bandita ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento della progettazione e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione al fine del riuso nonché per la gestione del Palasharp.

La società ricorrente ha altresì formulato, ai sensi dell'articolo 116, comma 2, del codice del processo amministrativo, istanza per l'accesso alla documentazione richiesta al Comune di Milano in data 17 dicembre 2019.

Con il primo e con il secondo dei motivi aggiunti, sostanzialmente riproduttivi dei primi due motivi del ricorso introduttivo, la società ricorrente ha eccepito l'asimmetria informativa rispetto al r.t.i. Ticketone s.p.a., il quale non avrebbe neppure preso in considerazione l'ipotesi della demolizione e ricostruzione del Palasharp, in quanto a conoscenza dell'esito, sfavorevole al Comune di Milano, del contenzioso con il proprietario confinante Istituto Casa di Nazareth delle Suore della Riparazione.

La società ricorrente ha inoltre allegato la disparità di trattamento rispetto al r.t.i. Ticketone s.p.a., desumibile sia dalle specifiche tecniche da questo utilizzate per la copertura e per i carichi della struttura sia dal valore dei lavori e delle spese di progettazione indicate.

Con il terzo dei motivi aggiunti, anch'esso parzialmente riproduttivo del terzo motivo del ricorso introduttivo, la società ricorrente ha censurato il difetto di istruttoria sotto il duplice profilo della omessa convocazione della conferenza di servizi semplificata obbligatoria e della carente verifica degli aspetti relativi alla viabilità ed alla visibilità.

Con il quarto dei motivi aggiunti la Forumnet s.p.a. ha eccepito che la violazione urbanistica relativa alla carente dotazione dei parcheggi sarebbe idonea ad inficiare anche l'acquisizione del Palasharp al patrimonio comunale, approvata con deliberazione del Consiglio comunale n. 44 del 21 novembre 2019.

Con il quinto e con il sesto dei motivi aggiunti la società ricorrente ha lamentato la mancata esclusione, ai sensi dell'articolo 80, comma 1, lettera b-*bis*), e comma 5, lettere c), c-*bis*), c-*ter*), f-*bis*) e f-*ter*), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del raggruppamento promotore, in ragione delle omissioni della dichiarazione della pendenza di un procedimento dinanzi all'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato, nei confronti della società mandataria, per la repressione di condotte anticoncorrenziali e delle attestazioni relative ai componenti del collegio sindacale e ai soci di maggioranza dei componenti del raggruppamento.

1.4. Hanno resistito al ricorso ed ai motivi aggiunti il Comune di Milano e il raggruppamento controinteressato, i quali hanno preliminarmente eccepito l'inammissibilità degli stessi per carenza di interesse e di legittimazione ad agire, atteso che la società ricorrente non ha presentato un progetto di fattibilità concorrente e non ha neppure partecipato alla gara per l'affidamento in concessione dei lavori di riqualificazione e per la gestione del Palasharp.

1.5. Con ordinanza del 24 aprile 2020, n. 635, questa Sezione, all'esito della

disamina della domanda cautelare presentata dalla società ricorrente, ha fissato la trattazione del merito del giudizio.

1.6. In data 19 giugno 2020 la società ricorrente ha rinunciato all'istanza di accesso formulata nel ricorso per motivi aggiunti.

1.7. Con ulteriori motivi aggiunti, notificati in data 1 luglio 2020 e depositati il 3 luglio 2020, la società Forumnet p.a. ha domandato l'annullamento degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo e con il primo dei motivi aggiunti.

La società ricorrente ha inoltre domandato l'accertamento della violazione dei principi di correttezza e buona fede da parte del Comune di Milano, per aver omesso di informare i partecipanti alla procedura di gara del rischio di abbattimento del Palasharp, conseguente al contenzioso ancora in atto con l'Istituto Suore della Riparazione, ed ha chiesto la condanna dello stesso al risarcimento dei danni, ai sensi dell'articolo 1337 del codice civile.

1.8. In vista della trattazione del merito del ricorso, tutte le parti hanno depositato memorie e repliche.

1.9. Alla pubblica udienza del 7 ottobre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il Collegio dà atto con separata ordinanza, all'esito dell'odierna camera di consiglio fissata per la trattazione del giudizio sull'accesso documentale, della rinuncia, formulata dalla società ricorrente in data 19 giugno 2020, all'istanza di cui all'articolo 116, comma 2, del codice del processo amministrativo, proposta con i motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020.

3. Preliminarmente il Collegio deve affrontare l'eccezione di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti depositati in data 11 febbraio 2020, sollevata dal Comune di Milano e dal raggruppamento controinteressato nelle rispettive memorie del 6 marzo 2020.

L'eccezione è infondata.

3.1. Le condizioni dell'azione di annullamento del provvedimento che conclude la fase della selezione del promotore della finanza di progetto sono state chiaramente

delineate dalla giurisprudenza, anche nella fattispecie della proposta ad iniziativa di privati senza previo bando della stazione appaltante, nella quale la rispondenza del progetto al pubblico interesse deve ritenersi del tutto sovrapponibile alla selezione del promotore (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 28 gennaio 2012, n. 1).

Nel caso di specie la fase di selezione del promotore è stata avviata su iniziativa del r.t.i. Ticketone s.p.a. con la presentazione di una proposta di finanza di progetto per la realizzazione in concessione dei lavori del dismesso Palasharp.

La società ricorrente ha manifestato al Comune di Milano, sin dal marzo del 2018, il proprio interesse alla presentazione di uno studio di fattibilità per il recupero del Palasharp ed ha reiterato tale intenzione sino al 21 novembre 2019, con la richiesta di concessione di un termine per la presentazione di una proposta di finanza di progetto, eventualmente concorrente con quella di altri operatori interessati.

Il Collegio ritiene pertanto che la società ricorrente vanti una posizione differenziata e qualificata rispetto alla generalità degli operatori economici del settore ed un concreto interesse a censurare l'approvazione della proposta di finanza di progetto, in vista della sua trasposizione a base della gara per l'affidamento in concessione dei lavori di riqualificazione.

La tesi prospettata dal Comune di Milano e dal raggruppamento controinteressato, per cui la società ricorrente non avrebbe interesse a censurare la scelta del promotore finanziario, in quanto la stessa ben potrebbe partecipare alla successiva fase per l'affidamento in concessione della progettazione, dell'esecuzione e della gestione dell'opera, deve essere disattesa.

La qualità di promotore, anche quando la sua proposta sia stata presentata autonomamente senza previo bando della stazione appaltante, attribuisce comunque all'operatore economico un vantaggio competitivo nella successiva fase della pubblica gara, ovvero il diritto di prelazione rispetto alle offerte presentate dai concorrenti, che la società ricorrente, pur non avendo proposto un progetto di fattibilità alternativo a quello presentato dal promotore prescelto, ha interesse a

censurare per gli effetti significativi che lo stesso produce sulla gara per l'affidamento in concessione dei lavori che ne costituiscono l'oggetto.

La società ricorrente è dunque legittimata e vanta un interesse concreto ed attuale ad impugnare la deliberazione n. 1910 del 15 novembre 2019 della Giunta del Comune di Milano e gli atti ad essa conseguenti, con i quali il Comune di Milano ha indetto, ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la procedura per l'affidamento di concessione per la progettazione ed esecuzione dei lavori di manutenzione al fine del riuso nonché per la successiva gestione del Palasharp per un periodo di 31 anni, quali le determinazioni dirigenziali n. DD8934 del 27 dicembre 2019 e n. DD195 del 15 gennaio 2020 e l'avviso della gara n. 2/2020 (c.i.g. 816300981F), spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. e sulla G.U.R.I. in data 15 gennaio 2020 e pubblicato sul profilo del committente in data 17 gennaio 2020.

3.2. Deve essere altresì disattesa l'eccezione preliminare di inammissibilità formulata dal Comune di Milano per carenza di legittimazione ed interesse ad impugnare la *lex specialis* per l'affidamento in concessione della progettazione, dell'esecuzione e della gestione dell'opera sulla base del progetto di fattibilità ritenuto corrispondente all'interesse pubblico.

La legittimazione ad impugnare la *lex specialis*, in ragione del vantaggio competitivo che il soggetto individuato come promotore assume nella procedura di gara, spetta a tutti gli operatori economici del settore, a prescindere dalla loro partecipazione alla stessa, i quali hanno interesse a veder porre a base di gara un progetto di fattibilità su cui possa innestarsi una effettiva competizione con il promotore eventualmente prelatore.

3.3. Il Collegio deve invece affermare la carenza di legittimazione e di interesse della società ricorrente in relazione al quarto dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020, con il quale ha domandato l'annullamento della deliberazione del Consiglio comunale n. 44 del 21 novembre 2019, di acquisizione al patrimonio comunale del Palasharp, ai sensi dell'articolo 31, comma 5, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in

quanto essa non potrebbe ritrarre alcuna concreta utilità dall'annullamento della predetta deliberazione.

Parte ricorrente non ha, d'altro canto, contestato la rispondenza all'interesse pubblico dell'acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale, né ha dimostrato che la sanatoria dei vizi e l'elisione dell'obbligo di demolizione che ad essa conseguono siano idonee a precludere in assoluto la presentazione di una proposta concorrente che possa essere valutata dal Comune come maggiormente rispondente all'interesse pubblico.

La società ricorrente risulta inoltre del tutto estranea al rapporto privatistico tra il Comune di Milano e l'Istituto religioso confinante, il quale, pur essendo legittimato a contestare l'acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale, in base al criterio della *vicinitas*, ha ritenuto di non impugnarla.

Il quarto dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020 deve essere pertanto dichiarato inammissibile.

4. Passando all'esame del merito del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020, il Collegio ritiene di procedere alla trattazione congiunta del primo e del secondo motivo del ricorso introduttivo, riproposti in via derivata con il primo e con il secondo dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020, con i quali la società ricorrente si duole del comportamento ostativo e discriminatorio che il Comune di Milano avrebbe tenuto nei suoi confronti e che le avrebbe precluso la possibilità di presentare uno studio di fattibilità concorrente con quello del r.t.i. Ticketone s.p.a..

In particolare la società ricorrente sostiene di non aver potuto presentare uno studio di fattibilità per la demolizione e la ricostruzione dell'immobile, che il Comune avrebbe potuto ritenere maggiormente confacente all'interesse pubblico, a causa dell'asimmetria informativa rispetto al r.t.i. Ticketone s.p.a., imputabile al Comune di Milano.

Le censure contenute nei primi due motivi del ricorso introduttivo e dei motivi

aggiunti dell'11 febbraio 2020 sono infondate.

Parte ricorrente non è riuscita a dimostrare né che le maggiori informazioni acquisite dal r.t.i. Ticketone s.p.a., in ordine al contenzioso civile ed amministrativo con l'istituto Casa di Nazareth delle Suore della Riparazione, siano state a questo fornite dal Comune di Milano, né che il possesso di tali informazioni lo abbia effettivamente favorito nella presentazione della proposta di progetto riconosciuta rispondente all'interesse pubblico.

Il Collegio ritiene che non sia ravvisabile neppure una disparità di trattamento in relazione alla procedura di finanza di progetto per la riqualificazione e gestione del Palazzo del Ghiaccio, nella quale il Comune di Milano ha ritenuto di pubblicare un avviso esplorativo per la selezione del promotore.

La stazione appaltante è infatti dotata di ampia discrezionalità anche nelle modalità di attivazione della fase di individuazione del promotore finanziario ad iniziativa privata, la quale può avvenire con o senza la pubblicazione di un avviso volto a sollecitare il mercato a presentare una proposta, a seconda delle valutazioni effettuate in ordine all'appetibilità dei lavori da progettare o a particolari esigenze che la stazione appaltante ritenga di dover esplicitare.

Parte ricorrente non ha tuttavia posto in luce profili di manifesta irragionevolezza dell'attivazione della fase di selezione del promotore, per cui il primo ed il secondo motivo del ricorso introduttivo nonché il primo ed il secondo dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020 devono essere rigettati.

5. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo, riproposto in via derivata con il terzo dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020, la società ricorrente ha censurato la mancata indizione della conferenza di servizi obbligatoria di cui all'articolo 14-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la quale avrebbe precluso una corretta valutazione del rispetto della viabilità e degli standard urbanistici da parte del progetto di fattibilità.

Esso è infondato.

L'articolo 27, comma 3, prevede l'indizione della conferenza di servizi obbligatoria per l'approvazione del progetto di fattibilità relativo ai lavori, il quale sostanzialmente coincide con il progetto definitivo da porre a base di gara.

Esso non si applica tuttavia automaticamente alla fase di verifica della fattibilità del progetto nella finanza di progetto, dal momento che l'articolo 179 dispone che alle procedure di affidamento di partenariato pubblico privato, tra le quali rientra la finanza di progetto, si applicano le disposizioni di cui alla parte I, tra cui quella relativa all'approvazione dei progetti di lavori, in quanto compatibili.

L'ampia discrezionalità che connota la fase dell'individuazione del promotore finanziario ad iniziativa privata verrebbe infatti eccessivamente compressa dall'imposizione obbligatoria della conferenza di servizi, la quale può essere indetta in via facoltativa o sostituita dagli adempimenti istruttori necessari alla valutazione della rispondenza del progetto di fattibilità all'interesse pubblico.

Nel caso di specie il Comune ha dimostrato di aver esperito una sufficiente istruttoria in relazione all'adeguatezza degli spazi di parcheggio vicini al Palasharp, quali quelli del parcheggio pubblico di Lampugnano.

Con riferimento alle possibili violazioni degli standard urbanistici, genericamente allegate da parte ricorrente, deve rilevarsi che esse, come già evidenziato al paragrafo 3.3., sono state superate dalla sopravvenuta acquisizione del bene immobile al patrimonio indisponibile del Comune, ai sensi dell'articolo 31, comma 5, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

Anche il terzo motivo del ricorso principale e il terzo dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020 devono dunque essere rigettati.

6. Il Collegio ritiene di dover procedere alla trattazione congiunta del quinto e del sesto dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020, con i quali è stata censurata la mancata esclusione del raggruppamento nominato promotore per violazione degli obblighi dichiarativi da parte dei suoi componenti.

Con il quinto dei motivi aggiunti parte ricorrente lamenta che, nella dichiarazione

dei requisiti di ordine generale resa in data 25 gennaio 2019, la mandataria Ticketone s.p.a. non ha dichiarato la pendenza di un procedimento nei suoi confronti, a far data dal 20 settembre 2018, dinanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'accertamento di condotte anticoncorrenziali.

Con il sesto dei motivi aggiunti Forumnet s.p.a. contesta altresì che sia la mandataria Ticketone s.p.a. che la mandante M.C.A. Events s.r.l. hanno ommesso di fornire le dichiarazioni sui requisiti di moralità dei membri del collegio sindacale e dei soci di maggioranza nonché quelle relative alle operazioni intercorse nell'anno antecedente la presentazione della finanza di progetto.

I motivi sono fondati.

Il comma 17 dell'articolo 183 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dispone che <<Possono presentare le proposte di cui al comma 15, primo periodo, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti con i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per i servizi di progettazione eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi>>.

Il comma 8 del medesimo articolo, relativo alla procedura selettiva del promotore ad iniziativa pubblica ed espressamente richiamato anche nella disciplina della finanza di progetto ad iniziativa di privati, prevede che <<Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80>>.

Non possono essere pertanto condivise le tesi difensive prospettate del Comune di Milano e dal raggruppamento controinteressato, i quali sostengono che nella fase dell'approvazione del progetto di fattibilità la stazione appaltante non sarebbe tenuta a verificare le dichiarazioni del proponente, in quanto la disamina delle stesse, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 80 del decreto legislativo 18 aprile 2018, n. 50, sarebbe riservata esclusivamente alla fase successiva della gara per l'affidamento in concessione dei lavori, sulla base del progetto di fattibilità ritenuta

rispondente all'interesse pubblico.

Tale tesi non è condivisa dal Collegio

La sussistenza degli obblighi dichiarativi e la conseguente verifica degli stessi da parte della stazione appaltante anche nella fase dell'approvazione della proposta di uno studio di fattibilità ad istanza di privati, oltre che ad essere espressamente prevista dalle disposizioni citate, risulta coerente con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del 28 gennaio 2012, n. 1, dai quali si ricava che la selezione del promotore è sempre frutto di una vera e propria gara con prefissione di criteri selettivi e di requisiti ineludibili.

Una diversa interpretazione condurrebbe al risultato, intrinsecamente contraddittorio e contrario all'interesse pubblico alla scelta di operatori economici affidabili, che il promotore finanziario che decida, pur avendo approntato il progetto definitivo posto a base di gara e acquisito il vantaggio competitivo della prelazione, di non partecipare alla gara per l'affidamento in concessione e gestione dei lavori non sarebbe mai sottoposto alla verifica dei requisiti morali.

La giurisprudenza, condivisa dalla Sezione (sul punto, T.a.r. Lombardia, sez. I, 15 novembre 2019, n. 2421; id., 12 ottobre 2020, n. 1881), precisa che i concorrenti <<devono dichiarare ogni episodio della vita professionale astrattamente rilevante ai fini della esclusione, pena la impossibilità per la stazione appaltante di verificare l'effettiva rilevanza di tali episodi sul piano della integrità professionale dell'operatore economico>> (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 maggio 2019, n. 3331; Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; id., 3 settembre 2018, n. 5142).

Si rende necessario, infatti, consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, sicché sono posti a carico di quest'ultimo i c.d. obblighi informativi: l'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, <<gli è stata contestata una

condotta contraria a norma>> (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827; id., 16 novembre 2018, n. 6461; id., 24 settembre 2018, n. 5500; id., 3 settembre 2018, n. 5142; id., 17 luglio 2017, n. 3493; id., 5 luglio 2017, n. 3288; Id., 22 ottobre 2015, n. 4870).

La giurisprudenza ha anche precisato che <<la violazione degli obblighi informativi può integrare, a sua volta, il grave illecito professionale endoprocedurale, citato nell'elencazione esemplificativa dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del decreto legislativo n. 50 del 2016, come omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare tale omissione o reticenza ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico>> (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; Consiglio di Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040).

Devono essere pertanto accolti il quinto ed il sesto dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020, e, per l'effetto, devono essere annullate la deliberazione della Giunta del Comune di Milano n. 1910 del 15 novembre 2019, con la quale il r.t.i. Ticketone s.p.a. è stato nominato promotore di finanza di progetto con diritto di prelazione, previa dichiarazione di fattibilità e di rispondenza all'interesse pubblico del progetto dallo stesso presentato e del suo inserimento nel programma triennale delle opere pubbliche, oltre che tutti gli atti relativi all'indizione della procedura di gara n. 2 del 2020, bandita ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento della progettazione e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione al fine del riuso nonché per la gestione del Palasharp.

7. Occorre a questo punto affrontare il settimo dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020 unitamente ai motivi aggiunti presentati in data 3 luglio 2020, dei quali costituisce una mera anticipazione.

Parte ricorrente, nella qualità di operatore economico interessato alla presentazione di un'offerta per l'affidamento in concessione della progettazione, dell'esecuzione e della gestione dell'opera secondo il progetto di fattibilità presentato dal promotore,

si duole della circostanza che il Comune di Milano abbia posto a base di gara un progetto dal quale non si evincerebbe il rischio operativo della demolizione, collegato alla riqualificazione dell'immobile dismesso.

La censura è infondata.

Dal giudicato formatosi sulla sentenza della Corte di Appello di Milano, seconda sezione civile, n. 1234 del 4 maggio 2007 (documento n. 49 dell'indice di parte ricorrente), si evince infatti che la distanza accertata tra il traliccio antistante il muro di cinta del confinante Istituto Casa di Nazareth delle Suore della Riparazione e la facciata di quest'ultimo viola la norma edilizia che disciplina le distanze legali tra edifici e che tuttavia, nel caso di specie, non è esperibile la tutela in forma specifica di cui all'articolo 872, comma 2, del codice civile, in ragione del divieto di condanna della pubblica amministrazione ad un *facere*.

La deliberazione del Consiglio comunale n. 44 del 21 novembre 2019, con la quale il Palasharp è stato acquisito al patrimonio del Comune, ai sensi dell'articolo 31, comma 5, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, non è stata impugnata dall'Istituto confinante: dal suo consolidamento discende pertanto l'azzeramento anche del rischio di demolizione dell'immobile, conseguente alla violazione degli standard urbanistici, ritenuti non rilevanti e perciò sub-valenti a fronte della riqualificazione di un'opera di rilevante interesse pubblico, individuata tra le strutture dedicate in esclusiva allo svolgimento dei Giochi olimpici e paraolimpici invernali del 2026.

La partecipazione alla gara sulla base del progetto di riqualificazione dell'immobile, ritenuto corrispondente al pubblico interesse, non comporta pertanto alcun rischio operativo in relazione alla concreta possibilità di parziale demolizione dello stesso e dunque alla presentazione di offerte almeno parzialmente irrealizzabili.

Osserva il Collegio che la scelta del Comune di procedere alla riqualificazione dell'immobile dismesso in luogo della sua ricostruzione conseguente alla demolizione, in assenza di validi motivi ostativi, è scevra da profili di manifesta

illogicità.

Pertanto deve essere rigettato il settimo dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020, relativo all'illegittimità degli atti indittivi della procedura di gara conseguente all'approvazione del progetto di fattibilità.

All'accertamento della carenza di un rischio operativo consegue l'infondatezza anche dei secondi motivi aggiunti, presentati in data 3 luglio 2020, con i quali la società ricorrente ha domandato l'accertamento della violazione da parte del Comune di Milano dei doveri di correttezza e buona fede, consistiti nell'aver ommesso di informare i partecipanti alla procedura di gara del rischio di abbattimento del Palasharp, derivante dal contenzioso ancora in atto con l'Istituto Suore della Riparazione, e la conseguente condanna al risarcimento dei danni, ai sensi dell'articolo 1337 del codice civile.

8. In conclusione, il ricorso introduttivo, il primo, il secondo, il terzo ed il settimo dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020 e i motivi aggiunti del 3 luglio 2020 devono essere rigettati.

Il quarto dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020 deve essere dichiarato inammissibile per carenza delle condizioni dell'azione.

Il quinto ed il sesto dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020 devono essere accolti e, per l'effetto, devono essere annullati la deliberazione della Giunta del Comune di Milano n. 1910 del 15 novembre 2019, con la quale il r.t.i. Ticketone s.p.a. è stato nominato promotore di finanza di progetto con diritto di prelazione, previa dichiarazione di fattibilità e di rispondenza all'interesse pubblico del progetto dallo stesso presentato e del suo inserimento nel programma triennale delle opere pubbliche, oltre che tutti gli atti relativi all'indizione della procedura di gara n. 2 del 2020, bandita ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento della progettazione e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione al fine del riuso nonché per la gestione del Palasharp, ed in particolare le determinazioni dirigenziali n. DD8934 del 27 dicembre 2019 e n. DD195 del 15 gennaio 2020 e l'avviso della gara n. 2/2020 (c.i.g. 816300981F),

spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. e sulla G.U.R.I. in data 15 gennaio 2020 e pubblicato sul profilo del committente in data 17 gennaio 2020.

9. La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- rigetta il ricorso principale, il primo, il secondo, il terzo ed il settimo dei motivi aggiunti dell'11 febbraio 2020 nonché i motivi aggiunti del 3 luglio 2020;
- dichiara inammissibile il quarto dei motivi aggiunti depositati in data 11 febbraio 2020;
- accoglie il quinto ed il sesto dei motivi aggiunti depositati in data 11 febbraio 2020 e, per l'effetto, annulla la deliberazione della Giunta del Comune di Milano n. 1910 del 15 novembre 2019, le determinazioni dirigenziali n. DD8934 del 27 dicembre 2019 e n. DD195 del 15 gennaio 2020, nonché l'avviso della gara n. 2/2020 (c.i.g. 816300981F), pubblicato sul profilo del committente in data 17 gennaio 2020;
- dispone la compensazione delle spese di lite tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le società componenti del raggruppamento controinteressato.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Valentina Santina Mameli, Consigliere

Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Rosanna Perilli**

**IL PRESIDENTE**

**Domenico Giordano**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.