

**APPALTI: Raggruppamento temporaneo di imprese - Quote di esecuzione - Definizione in sede di offerta - Modificabilità successiva - Possibilità - Condizioni - Possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione.**

**Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2021, n. 5979**

- in *Riv. trim. appalti*, 1, 2022, pag. 2411 e ss., con commento di A. Cusmai, *Una ulteriore tappa nel percorso di assestamento del principio della libera notificazione delle quote di esecuzione di lavori pubblici all'interno del gruppo imprenditoriale aggiudicatario, nel rispetto della qualificazione personale.*

*"[...] la quota di esecuzione dei lavori da parte dell'impresa associata, in sede di attribuzione preventiva e/o di definizione successiva, può essere liberamente stabilita nei limiti del possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione. E come la stessa appellante precisa, la questione dedotta con il motivo di appello "non riguarda i requisiti e le competenze di A.E., ma una questione "di chi fa che cosa" nell'ambito delle "libere scelte organizzative" che proprio la giurisprudenza ... riconosce" [...]"*

***Svolgimento del processo***

Con bando di gara prot. n. (...) pubblicato il 9 maggio 2018 il Comune di Treviso indiceva una procedura aperta di gara per l'affidamento in concessione - in regime di project financing ai sensi dell'art. 183, comma primo, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - della progettazione definitiva ed esecutiva, nonché dell'esecuzione dei lavori di adeguamento ed efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione con annessa gestione ordinaria, programmata e straordinaria.

Il valore stimato della concessione era pari ad euro 33.328.073,55 Iva esclusa, con durata prevista di venti anni, con possibilità di riduzione di quest'ultima in sede di offerta.

All'esito della gara, aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, risultava primo in graduatoria il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra A.I.P. s.r.l., quale impresa capogruppo con una quota di partecipazione del 51%, ed E. s.p.a., impresa mandante con una quota del 49%.

Avverso gli atti di gara il secondo classificato, il costituendo raggruppamento tra C.G.L. s.r.l. in qualità di mandante, E.S. s.r.l. mandataria e T.R. s.r.l. quale mandante, proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Veneto, deducendo tre motivi di gravame (il primo con il ricorso introduttivo, il secondo ed il terzo con motivi aggiunti): con il primo motivo la ricorrente lamentava la violazione della lex specialis (in particolare del punto 18 del bando di gara e degli articoli 3.3.4 del capitolato speciale), anche in relazione all'art. 59, commi 3 e 4, all'art. 165 e all'art. 3, comma 1, lett. fff),

del D.Lgs. n. 50 del 2016, il difetto di istruttoria, il difetto di motivazione ed l'erroneità del presupposto.

Secondo la ricorrente, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver presentato un piano economico finanziario (PEF) che solo all'apparenza rispettava la condizione di equilibrio economico finanziario richiesta dalla *lex specialis*, non essendo correttamente considerata l'esposizione sotto il profilo dell'Iva.

Con il secondo motivo veniva invece dedotta la violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, del principio di *par condicio competitorum*, il difetto del presupposto, nonché di istruttoria e di motivazione, in quanto la disciplina di gara prevedeva due lotti A e B e richiedeva la gestione degli impianti di entrambi i lotti, mentre prescriveva che la riqualificazione e l'efficientamento fossero limitati al solo lotto A; per contro, l'offerta aggiudicataria avrebbe invece proposto l'efficientamento anche per il lotto B, dovendo per l'effetto essere esclusa, non avendo presentato un'offerta conforme alla *lex specialis*.

Con il terzo motivo si censurava infine la presunta violazione della *lex specialis* (in particolare del punto 18 del bando di gara e dell'art. 3.3.4 del capitolato speciale), anche in relazione all'art. 59, commi 3 e 4, all'art. 165 e all'art. 3, comma 1, lett. fff), del D.Lgs. n. 50 del 2016, il difetto di istruttoria, il difetto di motivazione e l'erroneità del presupposto, sul presupposto che l'offerta della controinteressata non avesse calcolato i maggiori costi conseguenti al costante aumento di potenza da erogare negli anni per le lampade-led, volti a compensare il decadimento delle prestazioni delle apparecchiature.

Tale omissione avrebbe comportato un maggiore esborso stimabile in euro 150.000, determinando un VAN inferiore a zero, in contrasto con quanto richiesto dalla *lex specialis*.

Costituitisi in giudizio, il Comune di Treviso e la società A. replicavano alle censure proposte e chiedendo la reiezione del ricorso.

Con sentenza 23 dicembre 2020, n. 1308, il giudice adito respingeva il ricorso, non ritenendolo fondato.

Avverso tale decisione C.G.L. s.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) Error in iudicando. Erroneità della sentenza laddove ha respinto il primo motivo di ricorso. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (punto 18 del bando di gara; art. 3.3.4 del capitolato speciale), anche in relazione all'art. 59, commi 3 e 4, all'art. 165 e all'art. 3, comma 1 lett. fff), del D.Lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione e dell'erroneità del presupposto.

2) Error in iudicando. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il secondo motivo di ricorso. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara (bando/disciplinare di gara e capitolato). Violazione del principio di par condicio competitorum. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto del presupposto, nonché del difetto di istruttoria e di motivazione.

3) Error in iudicando. Erroneità della sentenza laddove ha respinto il terzo motivo di ricorso (secondo dei motivi aggiunti). Violazione e falsa applicazione della lex specialis (punto 18 del bando di gara; art. 3.3.4 del capitolato speciale), anche in relazione all'art. 59, commi 3 e 4, all'art. 165 e all'art. 3, comma 1 lett. fff), del D.Lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione e dell'erroneità del presupposto.

Si costituiva in giudizio il Comune di Treviso, concludendo per l'infondatezza dell'appello.

Anche A.I.P. s.r.l. ed E. s.p.a. si costituivano, parimenti chiedendo la reiezione del gravame.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 15 luglio 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

### ***Motivi della decisione***

Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene innanzitutto censurata per aver accolto una ricostruzione delle attività dei componenti dell'Ati aggiudicataria del tutto diversa da quella che sarebbe in realtà emersa dall'offerta, ricostruzione effettuata ex post da quest'ultima al solo scopo di giustificare le problematiche sollevate dall'originaria ricorrente in ordine alla sostenibilità dell'offerta, contestata alla luce della presentazione di un presunto PEF negativo legato a complesse problematiche IVA.

In particolare, con il primo motivo di ricorso l'odierna appellante aveva lamentato la violazione, da parte del raggruppamento controinteressato, delle clausole del bando di gara che imponevano che "I criteri da osservare per la redazione del PEF, i parametri per calcolare l'equilibrio economico-finanziario e le condizioni di equilibrio economico-finanziario sono contenuti nell'art. 3.3.4 del capitolato generale e devono essere osservati a pena di esclusione", con particolare riferimento alla condizione di equilibrio economico-finanziario che stabiliva che "il Van calcolato sui flussi di cassa dell'azionista (FCFE) non può essere inferiore a zero".

Secondo l'appellante la commissione di gara, nell'accogliere i giustificativi di A. ed E., non si sarebbe avveduta che questi erano in realtà errati ed inadeguati a giustificare la mancata considerazione del flusso dell'IVA nel PEF.

A.I.P. s.r.l. aveva rappresentato - nella sua qualità di mandataria del costituendo raggruppamento - l'irrilevanza dei versamenti periodici IVA al fine della redazione del PEF, essendo soggetta a "split payment" e come tale compensando automaticamente i crediti IVA derivanti dagli acquisti con i debiti

d'imposta derivanti dai ricavi; tale affermazione sarebbe però smentita dalla risultanze di bilancio della stessa A., che escluderebbero qualsiasi effetto compensativo sull'IVA derivante (appunto) dall'assoggettamento a "split payment" (a titolo di esempio rileva come al punto n. 8 delle note illustrative al bilancio dell'anno 2018 fosse proprio evidenziato un significativo e rilevante credito IVA).

A sua volta, la giustificazione addotta dalla mandante E., per cui "per gli acquisti di propria competenza compensa Iva a credito con l'Iva a debito generata dalla propria attività nello stesso anno di esecuzione dell'operazione" troverebbe smentita dal fatto che la mandante E., da un lato, non incasserebbe l'IVA dalle Amministrazioni pubbliche alle quali presta i propri servizi (nell'ipotesi, il Comune di Treviso), operando queste in regime di "split payment", ma dall'altro dovrebbe pur sempre pagare l'IVA ai propri fornitori, con la conseguenza che essa non potrebbe più operare alcuna compensazione tra l'imposta (a credito) generata dalla propria attività e quella (a debito) generata dai propri acquisti.

Evidenzia inoltre l'appellante che in sede di offerta il raggruppamento controinteressato aveva suddiviso le prestazioni di lavori, servizi e forniture al 51% in capo alla mandataria e al 49% in capo alla mandante; successivamente, però, nel corso della perizia d'ufficio disposta dal primo giudice, questo dato veniva sostanzialmente modificato per attribuire l'intera prestazione (il 100%) di fornitura dell'energia ad A., escludendo del tutto E. "cosicché non si genereranno dei flussi di cassa IVA per E. in quanto l'approvvigionamento di energia sarà a carico di A. ...".

Con un secondo ordine di censure C.G.L. s.r.l. contesta inoltre le risultanze della relazione del consulente tecnico di parte avversaria (in quanto accolte dal CTU nominato dal giudice) che, al fine di ottenere la compensazione dell'IVA entro l'anno e dunque al fine di poter giustificare un FCFE pari a zero, sarebbe stato costretto ad ipotizzare che: 1) le forniture dei materiali di E. sarebbero avvenute nei primi tre trimestri, così da poter recuperare l'IVA nel corso del quarto trimestre (e cioè entro l'anno) e 2) i lavori e le attività di collaudo tecnico-amministrativo sarebbero stati ultimati anch'essi entro l'anno.

Tali presupposti, però, sarebbero contraddetti dal cronoprogramma presentato dallo stesso raggruppamento, che prevedeva per i lavori di riqualificazione un termine ben superiore all'anno (precisamente 450 giorni, coincidente nel termine finale con il termine di durata di 525 giorni della fase esecutiva, ossia nel secondo anno di esercizio).

Ritiene il Collegio, ad un complessivo esame delle risultanze di causa, che il motivo non sia fondato. Quale primo profilo di doglianza, C.G.L. s.r.l. contesta che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe presentato un PEF solo apparentemente rispettoso delle condizioni di equilibrio economico-

finanziario descritte all'art. 3.3.4 del capitolato generale d'appalto, dal momento che in esso non sarebbe stata correttamente considerata l'esposizione dell'IVA gravante sul medesimo raggruppamento. In particolare, il primo giudice non avrebbe valorizzato la circostanza che A.I.P. s.r.l. ed E. s.p.a. si erano riunite in raggruppamento temporaneo assumendo l'impegno di rendere rispettivamente al 51% ed al 49% le prestazioni richieste dalla stazione appaltante: per l'effetto, erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto plausibili le giustificazioni offerte dall'operatore economico secondo cui la fornitura del vettore elettrico sarebbe stata effettuata soltanto da A., operante nel settore specifico e soggetta a "split payment", ai fini del regime IVA.

Le obiezioni dell'appellante non persuadono.

Richiesto dalla stazione appellante di giustificare le ragioni per cui il flusso effettivo dell'IVA indicato nell'elaborato "flussi di cassa" risultasse barrato senza nessuna indicazione di

Valore, il raggruppamento tra A.E.E. aveva rappresentato che "non è stato indicato nessun valore relativo al flusso effettivo I.V.A., in quanto il Comune di Treviso, come tutta la Pubblica Amministrazione, opera in regime di scissione dei pagamenti (split payment). Per questo motivo il Comune versa l'IVA direttamente all'erario e non all'RTI A.I.P. S.r.l. ed E. S.p.A.

Nell'ambito del RTI, la mandataria A.I.P. è soggetta a split payment e quindi compensa crediti IVA derivanti dagli acquisti e debiti IVA derivanti dai ricavi; la mandante E., per gli acquisti di propria competenza, compensa IVA a credito con l'IVA a debito generata dalla propria attività nello stesso anno di esecuzione dell'operazione. Complessivamente quindi crediti e debiti IVA non determinano flussi di cassa per il RTI".

L'argomento di parte appellante secondo cui le giustificazioni dell'appellante - così come "convalidate" dal CTU e quindi ritenute plausibili dal giudice - di fatto verrebbero a determinare un'inammissibile modificazione dell'offerta, non è condivisibile: considerato che, a mente dell'art. 92, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in ordine ai raggruppamenti temporanei di imprese cd. "orizzontali" (quale è il caso in esame) "I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate", vanno ribaditi i principi espressi dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con sentenza 27 marzo 2019, n. 6, in base ai quali "in primo luogo, ... vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il solo limite rappresentato "dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato";

- in secondo luogo, la possibilità di modifica "interna" delle quote di esecuzione, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante "che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate".

In base al complessivo tenore dell'art. 92 cit., la giurisprudenza riconosce pertanto la piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, comma 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, comma 2, quarto periodo, sia pure con autorizzazione), con l'unico limite che si rinviene nei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata.

In breve, la quota di esecuzione dei lavori da parte dell'impresa associata, in sede di attribuzione preventiva e/o di definizione successiva, può essere liberamente stabilita nei limiti del possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione. E come la stessa appellante precisa, la questione dedotta con il motivo di appello "non riguarda i requisiti e le competenze di A.E., ma una questione "di chi fa che cosa" nell'ambito delle "libere scelte organizzative" che proprio la giurisprudenza ... riconosce".

La presenza di un raggruppamento cd. "orizzontale" non era quindi di per sé suscettibile di incidere sull'ambito dei rapporti interni fra la mandataria e la mandante, che erano libere di suddividere fra loro le prestazioni da eseguire, anche in modo diverso da quanto indicato nell'offerta, fermo restando il principio della responsabilità solidale dei componenti del raggruppamento nei confronti della stazione appaltante per la regolare esecuzione dell'opera.

L'indicazione in sede di offerta di criteri per la distribuzione del lavoro fra gli operatori economici associati (51% per A. e 49% per E.) non era dunque vincolante in sede di esecuzione né, prima ancora, in sede di giustificazione dell'offerta medesima avanti agli organi della stazione appaltante.

Quanto poi alla plausibilità della soluzione prospettata dall'operatore economico - fermi i limiti del giudicato cd. "esterno" del giudice amministrativo, a fronte di una valutazione della stazione appaltante connotata da eminenti profili di discrezionalità tecnica - non può obiettivamente parlarsi di palese contraddizione o di manifesta abnormità nel ritenere che, con riferimento all'elemento dell'acquisto del vettore energetico da parte di A.I.P. s.r.l., non risultassero richiesti dei requisiti specifici per l'attività di fornitura di detto vettore, con la conseguenza che "anche per le ipotesi di partecipazione di soggetti pluri-strutturati, la ripartizione delle prestazioni tra le imprese raggruppate, anche nell'ipotesi di raggruppamento di tipo orizzontale, non può che essere rimessa alle loro scelte organizzative: scelte il cui criterio direttivo non può che essere la coerenza di quella ripartizione con le capacità ed i titoli abilitativi da ciascuna posseduti, ferma restando la comune responsabilità solidale in ordine al servizio oggetto di appalto complessivamente considerato".

Quanto al secondo profilo di censura, secondo cui erroneamente il primo giudice ha ritenuto raggiunto l'equilibrio del PEF sul piano dei flussi IVA, ritenendo plausibile la giustificazione per cui E. s.p.a. (che a differenza di A.I.P. s.r.l. non si avvaleva dello "split payment") avrebbe effettuato le proprie forniture nei primi trimestri, così da poter recuperare il rimborso IVA nel prosieguo dell'anno, altresì concludendo, nel primo anno di concessione, i lavori di riqualificazione e le attività di collaudo tecnico-amministrativo, l'appellante obietta che il primo giudice di non avrebbe tenuto conto del contrasto tra le dette giustificazioni (in particolare l'ultimazione dei lavori entro il primo anno di concessione) ed il cronoprogramma prodotto in sede di gara.

Quest'ultimo documento, in particolare, avrebbe formato oggetto di valutazione ed avrebbe previsto delle sequenze temporali maggiori per forniture e lavori.

Neppure questo profilo di censura risulta fondato.

L'art. 171, comma 12 del D.P.R. n. 207 del 2021, nel prevedere che "Qualora il direttore dei lavori riscontri, rispetto al cronoprogramma di cui all'articolo 40, un ritardo nell'andamento dei lavori addebitabile all'esecutore relativo a lavorazioni direttamente incidenti sui materiali soggetti a compensazione, non si applicano le compensazioni in aumento dovute al protrarsi dei lavori stessi oltre l'anno solare entro il quale erano stati previsti nel predetto cronoprogramma", dà atto della rilevanza delle tempistiche ivi riportate ai limitati fini di eventuali ritardi, imputabili all'esecutore.

Ne consegue, per contro, che laddove quest'ultimo si orienti per un'esecuzione più rapida dei lavori, nessuna conseguenza sanzionatoria potrà ipotizzarsi a suo carico.

Bene quindi il primo giudice ha disatteso tale censura, evidenziando come l'anticipata ultimazione dei lavori rispetto alle previsioni del cronoprogramma "costituisce uno degli scenari possibili di realizzazione temporale dell'investimento" e "dal punto di vista giuridico ... non contrasta con alcuna delle regole della gara, tenuto conto che il cronoprogramma, in base all'art. 15.3 del bando, è stato valutato in ragione della sua accuratezza, completezza e dettaglio, ma non con riferimento alla sua durata". Invero, come già rilevato, "in sede di esecuzione del contratto costituisce inesatto adempimento il ritardo nell'esecuzione dei lavori rispetto a quanto previsto dal cronoprogramma, non la loro ultimazione anticipata".

Con il secondo motivo di appello vengono invece riproposti tre ordini di censure, già dedotti con motivi aggiunti nel precedente grado di giudizio.

In primo luogo si eccepisce che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe presentato un'offerta tecnica palesemente difforme da quanto previsto dalla lex specialis di gara, avendo considerato l'efficientamento anche del lotto B, che il Comune concedente si sarebbe invece riservato; quindi si sostiene che il calcolo dell'efficienza energetica effettuato dal medesimo raggruppamento anche sul

lotto B sarebbe comunque difforme rispetto a quanto stabilito dal paragrafo 4 del capitolato, conseguentemente incorrendo nella comminatoria espressa di esclusione stabilita dal bando / disciplinare a pag. 21; infine, si sostiene che l'offerta, depurata dall'efficientamento relativo al lotto B (operazione che peraltro avrebbe costituito un'inammissibile modificazione ex post dell'offerta medesima), non rispetterebbe in ogni caso la condizione minima del risparmio energetico pari ad almeno il 51%, con conseguente automatica esclusione dalla gara.

Neppure queste censure possono essere accolte.

Quanto al primo profilo, l'argomentazione di parte appellante ruota essenzialmente sul presupposto per cui la *lex specialis* avrebbe perimetrato in modo preciso l'oggetto della procedura, delineando i margini entro i quali poteva e doveva svolgersi il confronto concorrenziale, oltrepassati i quali un'offerta si sarebbe posta al di fuori della gara. In specie, la riqualificazione energetica del lotto B non era in gara, dunque non spettava all'aggiudicatario ma, anzi, era espressamente riservata all'amministrazione concedente (con un futuro intervento, incerto nell'an e nel quando, come evincibile dal chiarimento 22): il raggruppamento facente capo ad A. avrebbe quindi finito con l'offrire un oggetto diverso da quello richiesto (nella specie, la prestazione richiesta ed oggetto del confronto concorrenziale era solamente l'efficientamento degli impianti del lotto A), con conseguente necessità di automaticamente escluderlo dalla gara, senza bisogno di apposite previsioni della *lex specialis*.

D'altronde, aggiunge sempre l'appellante, la *lex specialis* individuava in modo chiaro e preciso, al punto 17.2 del bando-disciplinare, l'ambito delle migliorie ammissibili, tra le quali non rientrava l'efficientamento del lotto B (risultato decisivo ai fini del punteggio ottenuto dall'aggiudicataria, posto che il miglioramento dell'efficienza offerto da A., pari a oltre il 58%, era stato possibile grazie all'efficientamento anche degli impianti del lotto B).

Al riguardo, va rilevato che l'offerta poi risultata aggiudicataria non aveva un oggetto diverso (un *aliud pro alio*) in quanto - lungi dal riferirsi all'efficientamento degli impianti di un lotto diverso da quello messo a gara (ossia il lotto A) - correttamente riguardava quest'ultimo, ma in aggiunta (e non in alternativa) ad esso contemplava anche l'efficientamento degli impianti di un lotto diverso (il B), in ragione della strutturale interconnessione fra molti impianti dei due lotti, che condividevano quadri e schemi elettrici (il 72% dei punti luce costituenti il lotto B risultavano alimentati e comandati da quadri elettrici comuni con il lotto A: cfr. la relazione specialistica di progetto di A., pp. da 83 a 86). D'altro canto, come evidenziato nella sentenza di primo grado, se la *lex specialis* imponeva di offrire interventi per gli impianti costituenti il lotto A, non per questo ne vietava la proposizione anche relativamente agli impianti del lotto B, considerato che un tale divieto avrebbe dovuto essere

espressamente sancito, né lo stesso avrebbe potuto implicitamente desumersi dal rilievo - in sé del tutto neutro - che l'amministrazione si era riservata di eventualmente intervenire in futuro anche su questi ultimi.

Il raggruppamento aggiudicatario, va detto, risulta aver offerto la completa realizzazione degli interventi previsti nel progetto a base di gara, nonché lo svolgimento delle attività previste dalla *lex specialis*. Né il richiamato punto 17.2 del bando/disciplinare si prestava a circoscrivere in modo tassativo le possibili proposte di migliorie, limitandosi piuttosto ad individuare una serie di elementi necessariamente da indicare nell'offerta, senza peraltro porre espressamente (né implicitamente) divieti a considerarne anche degli altri, in aggiunta a questi ultimi.

Neppure è convincente l'obiezione di parte appellante secondo cui l'ammissione di un'offerta contenente anche delle migliorie relative al lotto B avrebbe determinato una violazione della par condicio rispetto agli altri concorrenti che, attenendosi strettamente alle indicazioni della *lex specialis*, ciò non abbiano fatto: invero, anche a prescindere dall'infondatezza del presupposto di tale censura - ossia il divieto di proporre migliorie su tale specifico aspetto - risulta dagli atti, in particolare dal 12 verbale di gara, che la commissione giudicatrice si era posta espressamente la questione (alla luce di diverse offerte recanti interventi per il lotto B), giungendo alla conclusiva determinazione di non valutare (e dunque non assegnare punti) relativamente agli interventi sul lotto B, limitandosi a considerare solo quelli relativi al lotto A.

In ordine poi ai rilievi circa il mancato rispetto della formula prevista dal punto 4 del capitolato per la determinazione della percentuale di efficientamento energetico (nonché, in ogni caso, circa l'omesso raggiungimento della soglia minima del 51%), premessa l'insindacabilità nel merito, da parte del giudice amministrativo, delle valutazioni tecnico-discrezionali della stazione appaltante, le argomentazioni dell'appellante non consentono di apprezzare, con manifesta evidenza, che il raggruppamento aggiudicatario non abbia mantenuto i livelli di illuminamento richiesti dal progetto, ovvero che il calcolo dell'energia consumata contrastasse con la legge di gara, laddove per contro il medesimo raggruppamento ha fornito analitica dimostrazione - cfr. memoria del 4 maggio 2020, pp. 12-13 - di aver correttamente applicato la formula prevista dalla *lex specialis*, che in effetti "chiedeva di tener conto del consumo complessivo degli impianti".

Sotto un ulteriore profilo, inoltre, è convincente quanto dedotto dall'amministrazione circa il fatto che, secondo quanto indicato nella *lex specialis*, il cd. E. risulta essere il consumo energetico complessivo previsto dal progetto presentato, con la conseguenza che nulla vietava di includere nel calcolo del risparmio i consumi del lotto B riqualificato.

Se, infatti, il concorrente doveva indicare il consumo energetico complessivo previsto dal progetto presentato, laddove quest'ultimo prevedesse degli interventi anche su impianti del lotto B, la correlata indicazione dei relativi consumi doveva ritenersi consentita.

Circa infine il terzo profilo di censura, non vi è ragione di dubitare della correttezza della soluzione data dal verificatore al quesito inerente alla verifica del rispetto minimo della percentuale di efficientamento energetico indicato dagli atti di gara in almeno il 51%, e limitato al solo lotto A, evidenziando che la proposta del raggruppamento A. "è in grado di raggiungere una percentuale di efficientamento energetico annuo variabile tra un massimo di 52,27% ... ed un minimo di 51,08%", laddove il "progetto A. si mantiene per l'intera durata della concessione superiore su base annua al limite minimo ... pari al 51%".

Né possono dirsi incoerenti le considerazioni del primo giudice in ordine al procedimento seguito dal verificatore (oggetto di contestazione dell'appellante), che ha ritenuto di procedere al calcolo dell'efficientamento sulla base non di un valore medio di consumo, bensì di quello effettivo di tutti gli apparecchi per ogni anno di concessione, rilevando che la giustificazione offerta poggiava sulla considerazione che "la metodologia adottata è più accurata ed aderente alla realtà impiantistica rispetto al computo del consumo medio costante da applicare a tutti gli anni della concessione", oltre al fatto che i corpi illuminanti a led indicati nel progetto, destinati a sostituire quelli presenti negli impianti di illuminazione, "sono soggetti ad un decadimento di performance luminosa".

Del resto, è condivisibile l'argomento esposto nella sentenza impugnata per cui i calcoli analitici svolti dal verificatore "risultano più aderenti alla realtà in quanto basati sui consumi effettivi nel corso della durata della concessione" anziché su valori medi, tenuto conto che "i calcoli svolti dal verificatore, non comportano un'alterazione dell'offerta perché i dati di partenza sono stati estrapolati dagli elementi prodotti da A. in fase di partecipazione alla gara".

Con il terzo motivo di appello viene ribadita la censura secondo cui il PEF del raggruppamento A. indicherebbe un costo per consumo energetico (fornitura EE) costante dal 2 al 15 anno di esercizio, mentre l'offerta tecnica (segnatamente, il documento di A.E. qualitativi delle performance Energetica", pag. 5) dichiarerebbe un aumento costante della potenza assorbita; dal che discenderebbe un correlativo e considerevole aumento dei consumi (e con essi dei costi) non considerato nel PEF e che, se considerato, porterebbe in negativo il V.F. (essendo stato questo dichiarato pari a zero, ogni scostamento lo porterebbe in negativo).

Più nello specifico, l'appellante deduce che il preteso ricalcolo dei consumi, "avallato" dalla sentenza impugnata, integrerebbe in realtà una inammissibile alterazione dell'offerta, di talché solo i consumi

a suo tempo indicati nell'offerta potevano ritenersi "effettivi" e certi, non anche quelli "ricalcolati" dal verificatore.

Neppure avrebbe potuto ammettersi come preferibile, quale criterio di valutazione, quello dei consumi anno per anno, posto che la disciplina di gara imponeva in realtà di offrire un consumo medio riferito ad un periodo di venti anni.

Né poteva condividersi la tesi del verificatore - infine accolta in sentenza - per cui l'offerta di A. sarebbe stata, sul punto, solamente "cautelativa" o "prudenziale", in quanto priva di effettivo riscontro e, comunque, incompatibile con i principi precedentemente esposti.

Neppure queste doglianze - invero, piuttosto generiche - possono trovare accoglimento.

In estrema sintesi, l'appellante deduce che l'offerta del raggruppamento A. presentava un aumento costante dei consumi elettrici nel corso degli anni di affidamento della concessione, cui necessariamente conseguiva un aumento dei costi non considerato nel PEF, tale da portarlo in negativo (con correlato obbligo di espulsione dalla procedura di gara); al riguardo contesta il procedimento seguito dal verificatore per giungere alla opposta conclusione di correttezza dei calcoli e, quindi, di equilibrio del PEF.

Ritiene il Collegio che non emergano, in tale contesto, i presupposti dell'azione demolitoria del giudice amministrativo, non emergendo quei necessari profili di manifesta contraddittorietà, illegittimità o abnormità della valutazione tecnico-discrezionale al riguardo svolta dalla stazione appaltante: in particolare, il valore costante di consumo considerato dal raggruppamento A. per la redazione del PEF veniva dettagliato nella relazione specialistica di progetto e corrispondeva ad un valore medio fra il consumo iniziale delle lampade a led e quello finale, calcolato considerando il decadimento delle prestazioni alla fine della loro vita utile (corrispondente a 100.000 ore, ossia 23,8 anni di funzionamento).

In ragione della lunga durata della concessione, legittimamente il consumo finale veniva stimato in termini prudenziali e assoluti, sì che vanno innanzitutto respinte le censure dell'appellante in ordine proprio a tale ultimo profilo; non può quindi ritenersi illegittima la considerazione riportata nella sentenza appellata per cui i calcoli del consumo energetico effettuati dal raggruppamento aggiudicatario "sono da ritenersi corretti", poiché "già tengono in considerazione gli incrementi annuali dei consumi energetici conseguenti al decadimento prestazionale delle apparecchiature nel corso degli anni", a prescindere dal ricorso ad una metodologia semplificata per il calcolo del consumo energetico complessivo.

Alla luce dei rilievi che precedono l'appello va dunque respinto.

La complessità delle questioni esaminate giustifica peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del grado di giudizio.

***P.Q.M.***

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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

***Conclusionone***

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Depositata in Cancelleria il 23 agosto 2021

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere