

APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – PEF – Natura giuridica e finalità – Rapporto con l’offerta – Individuazione.

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 13 ottobre 2022, n. 2246

“[...] In merito poi al rapporto tra PEF ed offerta, secondo la giurisprudenza cui la Sezione presta adesione [...], il PEF “è un documento che giustifica la sostenibilità dell’offerta e non si sostituisce a questa ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, per provare che l’impresa va a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell’attività (Cons. Stato, V, 10.02.2010, n. 653). Sicché il PEF non può essere tenuto separato dall’offerta in senso stretto come vorrebbe l’appellante, il quale lo vorrebbe un mero supporto dimostrativo della semplice fondatezza dell’offerta stessa (sì che un’eventuale sua imprecisione non inficerebbe quella e sarebbe sanabile con il soccorso istruttorio). In realtà, invece, il PEF rappresenta un elemento significativo della proposta contrattuale perché dà modo all’amministrazione, che ha invitato ad offrire, di apprezzare la congruenza e dunque l’affidabilità della sintesi finanziaria contenuta nell’offerta in senso stretto ”[...]”.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monza e di Citelum Italia S.r.l. già Citelum S.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 27 settembre 2022 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. e A2A Smart City S.p.A., promotore nell’ambito della procedura di project financing, ai sensi dell’art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 per l’affidamento in concessione del servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione con la predisposizione degli stessi ai servizi di “smart cities” e la relativa erogazione in banda larga e banda stretta nel Comune di Monza, con il ricorso introduttivo ha impugnato l’aggiudicazione della gara alla controinteressata Citelum Italia S.r.l., pur avendo esercitato il diritto di prelazione, sollevando i seguenti motivi di ricorso:

I. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 59, c. 3, lett. a) e 83, c. 9, d.lgs. n. 50/2016, del par. II.2.6) del bando di gara e degli artt. 2.1 e 3 sezione i, dell’art. 1 sezione viii e degli artt. 3 e 4

sezione x del disciplinare di gara – violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa – eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia grave e manifesta.

Secondo la ricorrente, Citelum avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, perché ha presentato un'offerta plurima e, comunque, irregolare, sussistendo una insanabile incoerenza ed incongruenza tra il valore del canone annuo dalla stessa offerto, così come risultante dall'applicazione della percentuale di ribasso offerta al valore del canone a base di gara, ed il corrispondente valore indicato dalla controinteressata nel proprio PEF. A suo dire non sarebbe configurabile un errore riconoscibile e pertanto emendabile in base ad una semplice operazione aritmetica correttiva, poiché si è, invece, in presenza di due difformi dichiarazioni inerenti il canone posto a carico del Comune che costituiva una componente fondamentale dell'offerta economica.

Inoltre l'esclusione avrebbe dovuto essere disposta anche in forza del combinato disposto dell'art. 59, c. 3, lett. a) Codice e dell'art. 3 della Sezione X del Disciplinare di gara, ove si dovesse ritenere che Citelum abbia utilizzato una diversa base di calcolo per la formulazione della propria offerta, risultando innegabilmente dalla formulazione del Bando di gara e del Disciplinare di gara l'importo sul quale i concorrenti avrebbero dovuto presentare il proprio ribasso.

II. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, c. 1, lett. fff), 83, c. 9, 97, c. 3, e 181 d.lgs. n. 50/2016 e del par. II.2.6) del bando di gara e degli artt. 2.1 e 3 sezione i, dell'art. 1 sezione VIII e degli artt. 3 e 4 sezione X del disciplinare di gara – violazione delle linee guida anac n. 9 approvate con delibera n. 318 del 28/03/2018 – violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa – eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia grave e manifesta.

In subordine la ricorrente chiede l'esclusione dell'offerta della controinteressata perché insostenibile sotto il profilo economico finanziario. Infatti, ove la valutazione di anomalia dell'offerta fosse stata svolta in modo compiuto, il Comune di Monza si sarebbe senz'altro avveduto del fatto che, applicando la percentuale di sconto alla base d'asta di € 2.100.000,00, il canone a carico del Comune sarebbe stato decisamente inferiore rispetto a quello esposto nella riga totale dei ricavi del PEF di Citelum, corrispondente ad un minor importo di euro 294.596,00 per il primo anno di contratto e di euro 4.713.530,00 per l'intera durata della concessione.

Infatti, ove si procedesse all'attualizzazione dei flussi di cassa della concessione con la rettifica del valore del canone calcolato applicando alla base d'asta la percentuale di sconto offerta nel Modello

di offerta economica, il VAN diventerebbe negativo ed il TIR di progetto risulterebbe pari all'1,61% e, quindi, sensibilmente inferiore rispetto al valore del 5,2% di WACC indicato da Citelum nelle proprie valutazioni economico-finanziarie di offerta; peraltro, anche a mantenere invariato il valore del canone contenuto nell'offerta, la controinteressata avrebbe fondato il proprio piano sugli importi derivanti dalla commercializzazione dei Titoli di Efficienza Energetica (TEE) che sono stati esposti sotto la voce "Ricavi" del PEF senza tenere conto della totale aleatorietà di suddetti valori.

III. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, c. 1, lett. fff), 59, c. 3, lett. a), 83, c. 9, 97, c. 3, e 181 d.lgs. n. 50/2016, del par. II.2.6) del bando di gara, degli artt. 2.1 e 3 sezione I, dell'art. 1 sezione VIII e degli artt. 3 e 4 sezione X del disciplinare di gara e dell'art. 2 bozza di convenzione – violazione linee guida Anac n. 9 approvate con delibera n. 318 del 28/03/2018 – violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa – eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia grave e manifesta.

Secondo la ricorrente i ricavi esposti nel PEF non sarebbero sufficienti a coprire i costi di gestione e a sostenere l'equilibrio economico-finanziario del progetto, ciò in quanto la controinteressata non avrebbe considerato tutte le voci di costo necessarie per il compiuto adempimento delle prestazioni contrattuali, come attestato dai maggiori costi di cui si è dato conto (€ 1.131.000 circa per attività di revamping; € 2.172.000 circa per scavi e opere di smart city ed € 1.229.000 circa per scavi ed opere di illuminazione pubblica) e dai relativi effetti sugli indicatori del PEF.

1.1 Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale con la quale il Comune ha disposto la "correzione dell'errore materiale contenuto nel punto 17. del dispositivo della Determinazione Dirigenziale n. 283/2022, consistente nell'aver computato nel canone offerto dal concorrente CITELUM S.A. (ora CITELUM Italia S.r.l.) per gli anni 3°, 4°, 5°, 6° e 7° l'importo dei ricavi relativi ai titoli di efficienza energetica (TEE)", confermando "per tutto quanto non modificato e integrato con il presente atto i contenuti della citata Determinazione Dirigenziale n. 283/2022".

Contro il suddetto atto, nella parte in cui è stata confermata l'aggiudicazione limitandosi a rettificare il punto 17 della precedente D.D. n. 283/2022 del 2/03/2022 – nella parte in cui i titoli energetici erano stati erroneamente conteggiati tra gli oneri a carico dell'Amministrazione comunale- la ricorrente ha sollevato i seguenti motivi di ricorso:

A) Illegittima manipolazione dell'offerta di CITELUM.

Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 59, c. 3, lett. a) d.lgs. n. 50/2016, del par. ii.2.6) del bando di gara e degli artt. 2.1 e 3 sezione i, dell'art. 10 sezione ii, dell'art. 1 sezione viii e degli artt. 3 e 4 sezione x del disciplinare di gara. Violazione dei principi di immodificabilità dell'offerta. violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione ex art. 97 cost. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, par condicio e concorrenza. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e irragionevolezza manifesta. difetto di istruttoria e carenza di motivazione. Errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia grave e manifesta.

Secondo la ricorrente la Stazione appaltante non si sarebbe limitata a rettificare l'errore, contenuto nell'originario provvedimento di aggiudicazione e consistente nell'aver erroneamente conteggiato l'importo derivante dai titoli energetici tra le somme a carico del Comune, ma avrebbe anche inopinatamente modificato l'offerta di CITELUM, operando una scelta tra i due valori economici dalla stessa indicati in sede di gara.

B) Conferma dei contenuti della D.D. n. 283/2022 e dei relativi vizi.

La ricorrente a tal fine si richiama ai motivi già proposti con il ricorso introduttivo.

2. La stazione appaltante ha chiesto la reiezione del ricorso introduttivo. In particolare, con riferimento al primo motivo, si è affermato che le offerte economiche, così come presentate da CITELUM S.A. e dal R.T.I. Varese Risorse, sono state riportate nel verbale della diciottesima seduta tenutasi in data 29/6/2021 (Prot. n. 124318/2021-cfr doc. 21) e trovano piena corrispondenza nei P.E.F. asseverati prodotti in sede di gara. In merito al secondo motivo, si è sostenuto che i ricavi indicati nel P.E.F. presentato dalla controinteressata corrisponderebbero al canone proposto dalla stessa concorrente CITELUM, come da conforme offerta economica, già ribassato e compresi gli oneri della sicurezza.

Con riferimento al terzo motivo, si è chiesta la reiezione del medesimo in quanto basato su mere ipotesi e stime di costo totalmente indimostrate.

3. La difesa di CITELUM ha chiesto la reiezione del ricorso, ribadendo la correttezza dell'offerta presentata.

Con le memorie di replica le parti hanno ribadito le loro posizioni.

All'udienza del 29 settembre 2022 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo del ricorso introduttivo è fondato.

1.1 Assume rilievo preliminare l'individuazione dei documenti dai quali desumere la base d'asta.

Dall'esame degli atti risulta che all'interno del Modello di offerta economica veniva, in particolare, chiesto ai concorrenti di indicare al paragrafo A.1.1.1. il "*Ribasso percentuale sull'importo*

globale del canone“, definito come il *“ribasso percentuale offerto sull’importo globale del canone per la gestione dei servizi di illuminazione e Smart City*“, per il quale era riconosciuto il punteggio massimo di 10 punti.

Siffatta previsione rinviava alla *“Relazione Generale – codice elaborato 15069s -IE-RG01-R02, pag. 9, paragrafo 5 -DETERMINAZIONE DEL CANONE A BASE D’ASTA, ultimo periodo”*, che l’art. 2.1 della Sezione I del medesimo Disciplinare di gara includeva tra i *“Documenti di gara”* come *“Relazione Generale così come aggiornata nel valore dal Piano Economico Finanziario aggiornato prot. n. 211676 del 28.11.2018”*.

L’individuazione del documento che conteneva la base d’asta è ribadito dalla stazione appaltante nella risposta al quesito n. 29 proposto in fase di gara: *“Il canone annuo è quello indicato nel punto II.2.6) del Bando – RICAVI (pag. 5) e nell’art. 3 (pagg. 6-7) del Disciplinare di gara, come risultante dal Piano Economico Finanziario pubblicato tra gli atti di gara”*.

Venendo ai contenuti, l’art. 3 del Disciplinare di gara concernente *“Oggetto e importo”* della concessione ed il par. II.2.6) del Bando di gara stabiliscono che *“il valore complessivo stimato della concessione è di € 45.220.000,00 I.V.A. esclusa”*, suddiviso annualmente negli *“importi massimi”* nuovamente esplicitati in coerenza con la norma citata del Bando di gara. Il canone del primo anno, anche in tale sede, veniva stimato in euro 2.100.000,00 (1.660.000,00 + 440.000,00) IVA esclusa; gli anni successivi venivano rivalutati in coerenza con la norma citata del Bando di gara.

Tale importo risulta, del resto, coerente con il valore contenuto nel *“Piano economico finanziario asseverato prot. n. 211676 del 28.11.2018”*, nel quale risulta a pag. 3 che la riga *“Totale ricavi”* contiene il valore *“45,22”* e la colonna dell’anno *“1”* reca il valore di *“2,10”* (valori chiaramente espressi in milioni di euro).

Questi sono quindi i documenti dai quali si desume la base d’asta e la sua corretta quantificazione.

1.2 Venendo ora all’offerta della controinteressata, risulta che la stessa abbia offerto un ribasso economico del 18,62% ed ha indicato nel PEF un canone fisso di €. 2.022.196,60 per 16 anni.

1.3 Dal confronto con gli atti di gara risulta che la conformità tra i due valori si ottiene soltanto se il canone globale per i servizi di illuminazione e Smart City risulti pari a € 2.462.000,00.

Infatti, sottraendo a quest’ultima somma il valore degli oneri della sicurezza (€. 100.000,00) ed applicando la percentuale di sconto offerta sull’importo globale del canone per la gestione dei servizi di illuminazione e Smart Cities dall’aggiudicataria (18,62%), si ottiene la somma di €. 2.022.196,00 che costituisce il canone indicato nel PEF dell’aggiudicataria.

1.4 Tuttavia il canone globale per i servizi di illuminazione e Smart City di € 2.462.000,00 non è il valore contenuto negli atti di gara, ma piuttosto quello contenuto nella Relazione Generale – codice

elaborato 15069s -IE-RG01-R02 del 14.06.2016 che non costituisce atto di gara, in quanto i suoi valori sono stati aggiornati nel valore dal Piano Economico Finanziario aggiornato prot. n. 211676 del 28.11.2018, che è il documento al quale tutti gli atti di gara si conformano.

Tale documento prevede un canone annuo di €. 2.100,00. Si tratta di circostanza chiarita dalla stazione appaltante nella risposta al Quesito 29 ove, alla domanda su quale fosse l'importo del canone annuo a base di gara a fronte di documenti dai quali risultava un Canone annuo di € 2.462.000,00, si afferma che il canone annuo è quello indicato nel punto II.2.6) del Bando – RICA VI (pag. 5) e nell'art. 3 (pagg. 6-7) del Disciplinare di gara, come risultante dal Piano Economico Finanziario pubblicato tra gli atti di gara.

1.5 Ne risulta che il PEF non è conforme agli atti di gara.

1.5.1 In merito poi al rapporto tra PEF ed offerta, secondo la giurisprudenza cui la Sezione presta adesione (da ultimo TAR Lombardia, Milano, IV, 22/06/2021 n. 1521 e Cons. Stato, V, 19/04/2021 n. 3168), il PEF *“è un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta e non si sostituisce a questa ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, per provare che l'impresa va a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività (Cons. Stato, V, 10.02.2010, n. 653). Sicché il PEF non può essere tenuto separato dall'offerta in senso stretto come vorrebbe l'appellante, il quale lo vorrebbe un mero supporto dimostrativo della semplice fondatezza dell'offerta stessa (sì che un'eventuale sua imprecisione non inficerebbe quella e sarebbe sanabile con il soccorso istruttorio). In realtà, invece, il PEF rappresenta un elemento significativo della proposta contrattuale perché dà modo all'amministrazione, che ha invitato ad offrire, di apprezzare la congruenza e dunque l'affidabilità della sintesi finanziaria contenuta nell'offerta in senso stretto.”*

1.5.2 In sostanza la controinteressata, facendo riferimento ad un documento non aggiornato che prevedeva un canone annuale più alto, ha potuto presentare un'offerta di forte ribasso grazie alla quale ha ottenuto un punteggio economico che le ha permesso di vincere la gara e l'ha giustificata con un PEF non coerente con gli atti di gara. Peraltro, come rilevato dalla ricorrente a pag. 7 del ricorso, la Sezione VIII del Disciplinare di gara (doc. 11, pag. 48) prevedeva che la Busta C contenesse, a pena di esclusione, anche “2) Il Piano Economico-Finanziario asseverato ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016...” e che *“Le eventuali carenze o incongruenze del piano economico finanziario renderanno inammissibile l'offerta, che sarà quindi esclusa dalla gara”*.

2. In definitiva quindi il ricorso va accolto con conseguente annullamento dell'aggiudicazione per inammissibilità dell'offerta.

3. L'accoglimento del primo motivo giustifica l'assorbimento degli altri motivi in quanto dal loro accoglimento la ricorrente non potrebbe ottenere ulteriori vantaggi.

4. La complessità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

IL SEGRETARIO
