

Pubblicato il 22/10/2020

N. 00716/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00242/2020 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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 242 del 2020, proposto da EUROPAM SPA, PAOLO BARCHI SRL, FERPLANT SRL, rappresentate e difese dall'avv. Carlo Bilanci, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

PROVINCIA DI BERGAMO, rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Vavassori e Katia Nava, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso i medesimi legali in Bergamo, via Torquato Tasso 8;

nei confronti

SIRAM SPA, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Zoppolato e Laura Pelizzo, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

MIECI SPA, ABM SYSTEMS SRL, non costitutesi in giudizio;

CARBOTERMO SPA, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Sansone con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione del responsabile del Settore Ambiente n. 301 del 20 febbraio 2020, con la quale, previa conferma dell'esclusione del raggruppamento temporaneo delle ricorrenti, è stata aggiudicata alle società controinteressate, e ai relativi raggruppamenti temporanei, la concessione mista di beni e servizi, suddivisa in 3 lotti, per la riqualificazione energetica e la gestione degli edifici pubblici di proprietà dei Comuni e della Provincia di Bergamo, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi (FIT) ai sensi dell'art. 2 comma 1-m del Dlgs. 30 maggio 2008 n. 115;
- della comunicazione di aggiudicazione di data 21 febbraio 2020;
- dell'atto di nomina della commissione giudicatrice;
- di tutti i verbali della commissione giudicatrice, e in particolare di quello relativo alla seduta pubblica del 6 febbraio 2020, contenente la modifica della graduatoria provvisoria del lotto 1 e le proposte di aggiudicazione per ciascuno dei 3 lotti;
- con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto, e conseguente subentro del raggruppamento temporaneo delle ricorrenti nella concessione del lotto 1;
- con risarcimento dei danni in forma specifica, o in subordine per equivalente monetario;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia, di Siram spa e di Carbotermo spa;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 settembre 2020 il dott.

Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Provincia di Bergamo, in qualità di centrale unica di committenza, ha indetto, con determinazione del responsabile del Settore Ambiente n. 433 del 5 marzo 2019, una procedura ristretta ai sensi degli art. 61 e 179 comma 3 del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50, per selezionare una *Energy Service Company* (ESCO) a cui affidare una concessione mista di beni e servizi, suddivisa in 3 lotti, finalizzata alla riqualificazione energetica e alla gestione di edifici pubblici di proprietà comunale e provinciale, in l'attuazione del programma di investimento denominato "Faber" (*Funding Actions in Bergamo for Emission Reduction*).

2. L'obiettivo della concessione è di ottenere complessivamente una riduzione minima del 20% dei consumi energetici degli edifici rispetto ai consumi energetici attuali, con assunzione del rischio operativo in capo al concessionario. Le risorse necessarie per lo svolgimento delle attività di riqualificazione energetica e gestione di edifici sono reperite con il meccanismo del finanziamento tramite terzi (FTT), descritto dall'art. 2 comma 1-m del Dlgs. 30 maggio 2008 n. 115. Lo schema del contratto attuativo, che ogni singolo ente concedente stipula con il concessionario, prevede a favore di quest'ultimo un canone calcolato secondo il meccanismo del cosiddetto "*shared savings*", in conformità a quanto previsto dal

documento “Determinazione Risparmi e Canone”. Il canone è formato da una componente efficienza, a remunerazione dell’efficienza energetica ottenuta, e da una componente manutenzione, a remunerazione degli oneri di gestione e manutenzione.

3. Oltre al canone versato dagli enti concedenti, spettano al concessionario i titoli di efficienza energetica (compreso il diritto di cederli sul mercato), gli incentivi per la realizzazione di sistemi di produzione e consumo di energia elettrica, i proventi dell’immissione in rete dell’energia elettrica prodotta, gli incentivi previsti dal conto termico del GSE, e le eventuali detrazioni fiscali connesse allo svolgimento degli interventi di efficientamento energetico.

4. Il valore complessivo della concessione è stato stimato in circa € 8.858.744 (IVA esclusa), di cui € 3.171.464 per il lotto 1, € 2.552.962 per il lotto 2, e € 3.134.318 per il lotto 3. Per gli interventi di riqualificazione rivolti alla riduzione dei consumi il disciplinare di gara (pag. 4) indicava un importo complessivo (IVA esclusa) di circa € 1.700.000 per il lotto 1, circa € 1.380.000 per il lotto 2, e circa € 1.570.000 per il lotto 3. La lettera di invito (punto 8.3.1) ha poi precisato che il valore dell’investimento offerto (IVA esclusa) non poteva essere inferiore a € 1.680.000 per il lotto 1, a € 1.550.000 per il lotto 2, e a € 1.570.000 per il lotto 3.

5. Per l’aggiudicazione è stato scelto il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

6. La concessione ha una durata di 15 anni a partire dalla consegna dei lavori. Questo passaggio è definito dall’art. 3 dello schema di contratto attuativo come “*il momento, successivo all’approvazione del Progetto Esecutivo, in cui vengono consegnati i lavori, in conformità al successivo*

art. 7 lett. c) e in cui comincia a maturare il Canone”. L'art. 7-b dello schema di contratto attuativo stabilisce che entro 45 giorni dalla sottoscrizione del contratto il concessionario sottoponga all'ente concedente la proposta di progetto definitivo e di cronoprogramma aggiornato, e che entro 30 giorni dall'approvazione del progetto definitivo e dall'ottenimento di tutte le autorizzazioni necessarie il concessionario trasmetta all'ente concedente il progetto esecutivo. L'art. 7-c dello schema di contratto attuativo prevede che entro 10 giorni dall'approvazione del progetto esecutivo da parte dell'ente concedente intervenga la consegna dei lavori per tutti gli edifici, con la contestuale misurazione dei consumi energetici.

7. In relazione all'offerta economica, la lettera di invito (v. punto 8.3-b.1) ha chiesto la presentazione di un piano economico e finanziario (PEF), contenente, tra l'altro, la descrizione delle “*principali dinamiche economico finanziarie dell'iniziativa (costi di investimento e loro distribuzione temporale, ricavi, eventuali importi derivanti da fonti di incentivazione, costi operativi, modalità di finanziamento previste e relativo importo, imposizione fiscale prevista, tempi medi di pagamento e incassi, ecc.)*”. Era inoltre chiesta l'esposizione di “*un insieme di indicatori adeguati a dimostrare la capacità di rimborsare il debito e remunerare il capitale di rischio*”, tra cui in particolare “*il Tasso Interno di Rendimento (TIR) del progetto, il Tasso Interno di Rendimento (TIR) del capitale di rischio, il Debt Service Cover Ratio (DSCR) previsto, il Valore Attuale Netto (VAN) del progetto, il tempo di ritorno atteso delle risorse investite*”.

8. La commissione di gara è stata nominata con determinazione del responsabile del Settore Ambiente n. 1741 del 4 settembre 2019. Quali componenti interni sono stati scelti il dirigente del Servizio Avvocatura e un funzionario titolare di Posizione Organizzativa

presso il Servizio Controllo di Gestione e Partecipazioni Societarie. Quale componente esterno è stato scelto un ingegnere libero professionista, con esperienza nella progettazione di impianti di illuminazione pubblica.

9. Il RTI composto da Europam spa (mandataria), Paolo Barchi srl, Ferplant srl ed Enel.si srl (RTI Europam) ha partecipato alla gara per i lotti 1 e 2.

10. Nella graduatoria provvisoria del lotto 1 (v. verbale n. 10 del 18 ottobre 2019) il RTI Europam si è collocato al primo posto con 92,99 punti (33,99 per gli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, 30 per gli elementi quantitativi dell'offerta tecnica, 29 per l'offerta economica). Al secondo posto si è classificato il RTI composto da Siram spa (mandataria), Mieci spa e ABM Systems srl con 85,30 punti.

11. Nella graduatoria provvisoria del lotto 2 (v. ancora verbale n. 10 del 18 ottobre 2019) il RTI Europam è risultato secondo con 82,44 punti. Al primo posto si è invece classificata Carbotermo spa con 96,60 punti.

12. L'offerta del RTI Europam per il lotto 1 si basa pressoché interamente su un finanziamento bancario, per un importo complessivo pari a € 4.889.207, a fronte di investimenti (CAPEX) per € 4.889.256 e costi di gestione per € 1.350.037. Le entrate consistono nel canone annuo risultante dall'offerta, pari a € 471.794 (somma della componente efficienza e della componente manutenzione), ossia € 7.076.910 su 15 anni, a cui si aggiunge un conto termico ipotizzato in € 1.955.702,40, per un totale di € 9.032.612,40. Il TIR dichiarato è pari al 6,3%, mentre il WACC (costo medio ponderato del capitale) è pari all'8,3%.

13. La commissione giudicatrice, nel verbale n. 11 del 21 ottobre 2019, ha messo in dubbio l'impostazione finanziaria del progetto del RTI Europam per il lotto 1, formulando le seguenti osservazioni critiche: (i) il conto termico viene considerato come massimo ricavo ottenibile rispetto all'investimento realizzato, ed è imputato interamente al primo anno di esercizio della concessione; (ii) poiché “*nel PEF non è prevista alcuna forma di equity a garanzia e copertura dell'investimento*”, che è finanziato interamente mediante risorse bancarie (nella forma del leasing), “*eventuali perdite che dovessero essere generate dalla gestione dovrebbero essere coperte annualmente dalle risorse proprie del Concessionario e, in caso di costituzione di società di progetto, porterebbero il patrimonio netto ad un valore negativo, con la conseguente necessità di provvedere immediatamente alla ricapitalizzazione, ovvero, alla messa in liquidazione della eventuale società di progetto*”; (iii) il PEF non consente di verificare la generazione di flussi di cassa tali da garantire la sostenibilità dell'investimento, “*tanto che la rata annua collegata al debito bancario è superiore al flusso operativo generato dalla gestione per il periodo che va dal secondo al quindicesimo esercizio*”; (iv) non è chiaro come sia stato calcolato il DSCR; (v) il PEF ipotizza che il canone sia intero anche il primo anno, aspettativa poco verosimile, in quanto nel primo anno sono eseguiti i lavori, e dunque il risparmio energetico è necessariamente più contenuto; (vi) l'indicatore VAN è negativo (- € 190.014).

14. Analoghe osservazioni critiche sono state formulate dalla commissione giudicatrice nel verbale n. 13 del 25 ottobre 2019 in relazione al progetto del RTI Europam per il lotto 2.

15. Il RTI Europam ha replicato con una nota di chiarimenti del 4 dicembre 2019 e con la relazione del commercialista dott. Federico

Lozzi. Gli argomenti del RTI Europam riferiti al lotto 1 sono così sintetizzabili: (i) l'imputazione del conto termico interamente al primo anno segue il criterio di cassa, ma non modifica l'effettiva redditività della gestione, che rimane inalterata anche con il criterio dell'imputazione per competenza; (ii) in mancanza di mezzi propri (*equity*), il fabbisogno finanziario nel corso della gestione non sarà coperto mediante leasing, ma direttamente dai partecipanti al RTI a titolo oneroso, per un impegno di circa € 1.100.000, somma alla cui restituzione i partecipanti al RTI potrebbero rinunciare, qualora vi fossero deficit patrimoniali; (iii) poiché non vi è *equity*, il WACC coincide con il costo del debito, che pari al tasso lordo del 3%, ossia al tasso netto defiscalizzato del 2,28%, e dunque è inferiore al TIR, ridefinito nella misura del 4,91%; (iv) di conseguenza, il DSCR è sempre superiore a 1, tranne nel primo anno, in quanto i flussi di cassa sono maggiori degli oneri del servizio del debito (quota di capitale e interessi); (v) i lavori sono collocati nell'anno zero, mentre i risparmi cominceranno con il primo anno; (vi) il VAN è in realtà positivo, e, tenendo conto del rapporto tra flussi di cassa e WACC al 2,28%, può essere stimato in € 990.858. Il RTI Europam ha inoltre sottolineato che il canone, e in particolare la componente efficienza, è affidabile, in quanto calcolato mediante stress test, che indica il minimo possibile in base ai risparmi energetici considerabili. Dunque, vi sarebbe la possibilità di raggiungere, per la componente efficienza, un livello molto maggiore di quello esposto, che comunque sarà garantito da una polizza per il risparmio energetico, da stipulare in un secondo momento.

16. Analoghi chiarimenti sono stati forniti dal RTI Europam relativamente al lotto 2, mediante una nota del 4 dicembre 2019 e con rinvio alla relazione del dott. Lozzi.

17. La commissione giudicatrice, nel verbale n. 15 del 9 dicembre 2019, ha ritenuto solo in parte soddisfacenti le controdeduzioni sul PEF, formulando le seguenti osservazioni: (i) per quanto riguarda l'invarianza dell'imputazione del conto termico con il criterio di cassa e con quello di competenza, si prende atto delle spiegazioni fornite; (ii) circa la copertura del fabbisogno finanziario tramite autofinanziamento, si tratta di un'innovazione rispetto al PEF, dove era previsto unicamente un prestito bancario, o un leasing, per un importo pari all'investimento, e così pure è un'innovazione la cancellazione della distribuzione dei dividendi, prevista invece dal PEF; (iii)-(iv) relativamente alla sostenibilità dell'investimento, gli scostamenti tra i calcoli del PEF e quelli della relazione del dott. Lozzi sono eccessivi e non giustificati (ad esempio, il DSCR del 2022 passa da 2,12 a 1,22, quello del 2032 da 0,99 a 1,16, e in generale la curva del DSCR decresce molto più rapidamente nel PEF rispetto alla relazione del dott. Lozzi); (v) poiché la concessione ha una durata di 15 anni a partire dalla data di consegna dei lavori, non è possibile ipotizzare un anno zero per l'esecuzione dei lavori e poi calcolare la redditività dell'investimento sui 15 anni successivi al collaudo; (vi) il nuovo importo del VAN (da - € 190.014 a € 990.858), così come la riformulazione del WACC (dall'8,3% al 3%) e del TIR (dal 6,3% al 4,91%), nonché del periodo di rimborso (dal 2030 al 2033), rappresentano tentativi inammissibili di modifica *a posteriori* del PEF.

18. Un analogo giudizio negativo è stato espresso dalla commissione giudicatrice, nel verbale n. 16 del 12 dicembre 2019, sulle controdeduzioni fornite dal RTI Europam relativamente al lotto 2.

19. Sono quindi stati chiesti nuovi chiarimenti, che il RTI Europam ha fornito con note del 31 dicembre 2019. Relativamente al lotto 1, sono esposte in sintesi le seguenti spiegazioni: (i) i dati economici fondamentali del PEF (importo complessivo del canone, importo complessivo degli investimenti, tasso di interesse al 3%, conto termico) non sono mai stati modificati; (ii) le variazioni degli altri parametri sono una conseguenza dell'imputazione del conto termico, in per quanto una più coerente rappresentazione sotto il profilo civilistico richiede di assegnare a ciascun anno della concessione un importo pari a 1/15, ossia € 130.380; (iii) le oscillazioni del DSCR dipendono dal fatto che nel numeratore dovrebbe essere indicata anche la liquidità disponibile all'inizio di ciascun anno di gestione, dato non facilmente prevedibile, e quindi omesso nei calcoli più restrittivi; (iv) al termine della concessione si stima un residuo di liquidità pari a € 1.110.860, disponibile per remunerare gli azionisti. Analoghi chiarimenti sono stati forniti dal RTI Europam relativamente al lotto 2.

20. Valutando i chiarimenti pervenuti, la commissione giudicatrice, nel verbale n. 18 del 13 gennaio 2020, ha confermato il giudizio negativo, evidenziando, sia in relazione al lotto 1 sia in relazione al lotto 2, che (i) non è stato giustificato il differente calcolo di TIR e VAN; (ii) nel calcolo del DSCR non appare giustificato il mantenimento di una liquidità iniziale per ogni anno di esercizio, essendo necessario, al contrario, utilizzare le entrate del conto termico per ripagare la quota capitale del debito, in modo da ridurre

le rate successive; (iii) rimane il problema dell'anno zero, che non esiste nella *lex specialis* (i circa 5,5 mesi stimati per i lavori dei lotti 1 e 2 fanno parte dei 15 anni della concessione), ma è introdotto dal RTI Europam per rappresentare ricavi stabili per tutti i 15 anni (dal 2021 al 2035).

21. Sulla base di queste valutazioni, la commissione giudicatrice, nel verbale n. 22 del 6 febbraio 2020, ha proposto l'esclusione del RTI Europam sia dal lotto 1 sia dal lotto 2.

22. Condividendo le conclusioni della commissione giudicatrice, il responsabile del Settore Ambiente, con determinazione n. 301 del 20 febbraio 2020, ha aggiudicato i 3 lotti della concessione alle società controinteressate e ai relativi RTI, escludendo dalla gara il RTI Europam.

23. Le società Europam spa, Paolo Barchi srl e Ferplant srl, componenti del RTI Europam, hanno impugnato l'aggiudicazione e gli atti di gara, chiedendo il ripristino della posizione originaria nel lotto 1, e in subordine la ripetizione della gara per i lotti 1 e 2, e il risarcimento del danno. Le censure possono essere sintetizzate come segue: (i) travisamento e violazione dell'obbligo di soccorso istruttorio, in quanto i chiarimenti forniti dal RTI Europam sarebbero idonei a superare le perplessità della commissione giudicatrice, e comunque avrebbero consentito ulteriori approfondimenti istruttori, in particolare sull'utilizzo del concetto di anno zero; (ii) fraintendimento, in quanto non essendovi un'unica modalità di calcolo del DSCR, è senz'altro possibile tenere conto della liquidità iniziale per ogni anno di esercizio, e comunque i valori indicati nelle giustificazioni sono superiori a 1, il che dimostra la sostenibilità dell'investimento; (iii) violazione degli art. 77 e 216

comma 12 del Dlgs. 50/2016, in quanto i componenti interni della commissione giudicatrice non potrebbero essere definiti esperti della materia, e comunque il componente esterno avrebbe dovuto essere scelto per sorteggio; (iv) inattendibilità dei punteggi attribuiti dai singoli commissari, che sono identici o quasi identici, rivelando la mancanza di un'effettiva valutazione dei progetti da parte di tutti i componenti.

24. La Provincia e le controinteressate Siram spa e Carbotermo spa si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

25. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Sulle questioni preliminari

26. La Provincia eccepisce che l'impugnazione del verbale della commissione giudicatrice n. 22 del 6 febbraio 2020 sarebbe tardiva, perché a tale seduta era presente il procuratore di Europam spa, il quale ha quindi potuto apprendere direttamente in tale occasione sia dell'esclusione sia delle ragioni della stessa. Il responsabile del Settore Ambiente, disponendo l'esclusione del RTI Europam con determinazione n. 301 del 20 febbraio 2020, si è limitato a recepire le valutazioni della commissione giudicatrice, senza integrarle. Di qui l'irricevibilità del ricorso.

27. L'argomento non appare condivisibile, in quanto non è possibile collegare alla partecipazione alla seduta del 6 febbraio 2020 la piena conoscenza delle ragioni dell'esclusione. Il verbale di tale seduta, infatti, richiama le valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice nel verbale n. 18 del 13 gennaio 2020, relativo a una seduta riservata. A sua volta, il verbale n. 18 del 13 gennaio 2020 richiama le valutazioni descritte nei verbali n. 15 del 9 dicembre 2019

e n. 16 del 12 dicembre 2019, entrambi relativi a sedute riservate. Senza l'acquisizione dei verbali delle sedute riservate non era quindi possibile formulare alcuna impugnazione, se non in termini talmente generici da esporsi all'eccezione di inammissibilità. D'altra parte, il diritto di difesa presuppone che l'interessato possa valutare in primo luogo se sia opportuno presentare impugnazione, sopportando le spese conseguenti, e questo implica che siano già conosciute le ragioni poste dall'amministrazione alla base del provvedimento sfavorevole.

28. In proposito, deve essere privilegiata un'interpretazione costituzionalmente orientata, che garantisca l'effettività della tutela giurisdizionale della parte ricorrente, facendo coincidere il *dies a quo* del termine di impugnazione degli atti di ammissione o di esclusione con la data in cui i ricorrenti abbiano avuto piena contezza di tutti i profili indispensabili per la proposizione del ricorso e per l'esercizio pieno ed effettivo del diritto di azione. Tale soluzione deve ritenersi applicabile sia al caso dell'avvenuta pubblicazione dell'atto di esclusione o di ammissione, non corredata di motivazione, sia al caso della presenza di un rappresentante dell'operatore alla seduta in cui la commissione giudicatrice proceda all'apertura e all'esame della documentazione amministrativa, qualora in tale sede non siano pienamente percepibili e conoscibili le ragioni poste alla base dell'atto di esclusione o di ammissione e non sia, pertanto, configurabile una conoscenza effettiva di eventuali profili lesivi in rapporto al rimedio esperibile (v. CS Sez. VI 18 dicembre 2017 n. 5955; TAR Brescia Sez. I 13 giugno 2018 n. 577).

29. La Provincia e Siram spa eccepiscono anche l'inammissibilità del ricorso cumulativo contro l'aggiudicazione del lotto 1 e del lotto 2. Si

afferma che per il lotto 2 avrebbe dovuto essere proposto un autonomo ricorso, in quanto l'art. 120 comma 11-*bis* cpa stabilisce che nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione con ricorso cumulativo è possibile solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso contro lo stesso atto.

30. Neppure questo argomento può essere condiviso. L'esclusione dal lotto 2 si basa su una perfetta replica della motivazione utilizzata per l'esclusione dal lotto 1, e dunque la parte ricorrente ha la necessità di proporre gli stessi motivi anche contro l'esclusione dal lotto 2, non per ottenerne l'aggiudicazione, vista la collocazione al secondo posto, ma per non rendere inammissibile la domanda subordinata di annullamento dell'intera gara. In effetti, non vi sarebbe interesse a impugnare in via subordinata l'intera gara per vizi relativi alla composizione della commissione giudicatrice se non venisse affrontato in giudizio anche l'ostacolo costituito dall'esclusione per inidoneità dell'offerta. Di conseguenza, un ricorso cumulativo riferito a entrambi i lotti e in subordine alla gara nel suo insieme appare ammissibile, in quanto la materia contenziosa rimane omogenea, anche se l'utilità sperata dalla parte ricorrente è diversa nel lotto 1 (aggiudicazione) rispetto al lotto 2 (ripristino del secondo posto e ripetizione della gara per tale lotto). In altri termini, i motivi di ricorso sono identici, ma cambia la funzione degli stessi con riguardo al *petitum*, che in un caso è l'aggiudicazione (lotto 1) e nell'altro è la ripetizione della gara (lotto 2).

Sull'affidabilità del PEF

31. Passando al merito, occorre premettere che in una concessione mista di beni e servizi, dove il capitale per gli investimenti deriva dal finanziamento di terzi con lo schema FTT di cui all'art. 2 comma

1-m del Dlgs. 115/2008, il rischio del concessionario ha un duplice profilo, in quanto riguarda sia l'equilibrio economico della gestione sia la capacità di ripagare il debito nei confronti del finanziatore. Nello specifico, le risorse per queste finalità provengono dal canone versato dagli enti concedenti e dal conto termico riconosciuto dal GSE. A sua volta, il canone riflette il meccanismo della ripartizione dei risparmi energetici (*shared savings*), specificamente mediante la componente efficienza. Una parte dei risparmi viene retrocessa agli enti concedenti, il resto è a disposizione del concessionario per la gestione del servizio e per la restituzione del debito (capitale e interessi).

32. È quindi evidente la funzione di garanzia svolta dal PEF, che deve fornire alla stazione appaltante informazioni credibili e controllabili sull'impostazione finanziaria del progetto in relazione all'intera durata della concessione. Come previsto dalla lettera di invito, il PEF costituisce un elemento dell'offerta economica. Questo significa che ai concorrenti non sono consentite le normali operazioni di scomposizione e ricomposizione dei costi e dei ricavi utilizzate nell'ambito della procedura di verifica dell'anomalia. La commissione giudicatrice formula, a partire dai dati forniti, un giudizio di fattibilità complessiva del progetto, per evitare il rischio che venga ammessa un'offerta impostata sulla sopravvalutazione dei ricavi o sulla sottovalutazione dei costi.

33. Non è compito della commissione giudicatrice comporre in modo coerente le indicazioni contraddittorie o incongrue inserite nel PEF e nelle giustificazioni, né tenere aperto indefinitamente a questo scopo il confronto con i concorrenti. Il soccorso istruttorio ha una finalità più limitata, ossia permettere il chiarimento dell'offerta o la

correzione di elementi dell'offerta che non ne alterano la sostanza.

Questa opportunità è stata ampiamente riconosciuta al RTI Europam, come si è visto sopra. Una volta garantito il soccorso istruttorio, la commissione giudicatrice può desumere elementi di valutazione negativi dall'insufficiente risposta ai quesiti o dalla modifica immotivata dei valori finanziari indicati originariamente.

34. Poiché non è stata fornita una spiegazione delle modifiche apportate al VAN (da - € 190.014 a € 990.858), al TIR (dal 6,3% al 4,91%), e al periodo di rimborso (dal 2030 al 2033), appare corretta la conclusione della commissione giudicatrice, che ha ravvisato in queste correzioni altrettanti interventi modificativi del PEF. Una considerazione in parte diversa deve essere riservata al WACC, che era indicato nel PEF con due valori (8,3% come WACC pre-tax; 3% come tasso di interesse per il prestito bancario), ed è stato ripreso nelle giustificazioni come costo lordo del capitale di debito (3%). Rimangono tuttavia i dubbi circa l'affidabilità del PEF provocati dalla contraddittoria indicazione iniziale.

35. Mancano poi spiegazioni sulla quantificazione del conto termico, che, in un rapporto dove il canone è necessariamente eroso dall'esigenza di fare la migliore offerta, costituisce una risorsa decisiva per assicurare una gestione in attivo. La commissione giudicatrice ha rilevato che il RTI Europam aveva preso in considerazione il massimo ricavo ottenibile rispetto all'investimento realizzato. Questa scelta non è però coerente con il criterio prudenziiale che dovrebbe guidare la stima delle voci di ricavo sottoposte a valutazioni di terzi. L'imputazione per cassa è equivalente all'imputazione per competenza, ma il secondo metodo è preferibile, in quanto rende omogenei i flussi di cassa durante la

gestione, incidendo meno sulla curva del DSCR, che misura la sostenibilità del debito.

36. A proposito dei valori del DSCR per ciascuno degli anni di esercizio, la commissione giudicatrice ha rilevato, come si è visto sopra, che vi sono significative differenze tra il PEF e le giustificazioni, e anche un andamento molto diverso della curva. La spiegazione data dal RTI Europam nella risposta del 31 dicembre 2019 è solo apparente, in quanto afferma che le differenze dipenderebbero dal fatto che nel numeratore dovrebbe essere indicata anche la liquidità disponibile all'inizio di ciascun anno di gestione. In realtà, quello che doveva essere chiarito era proprio il criterio scelto per attribuire un valore ragionevole sia alla liquidità iniziale sia ai flussi di cassa utilizzabili per rimborsare il debito. Ipotizzando che la componente manutenzione del canone sia destinata al costo del lavoro e alle altre spese di gestione, e che sia sufficiente allo scopo, per il rimborso del debito rimane la componente efficienza, assieme al conto termico, e dunque sarebbe stato necessario corredare il PEF di un'apposita stima prudenziale sull'ordine di grandezza di tali entrate.

37. Tutto questo conduce al problema della mancanza di mezzi propri (*equity*), che è perfettamente legittima in una concessione finanziata con lo schema FTT, ma impone un onere di trasparenza elevato, in quanto la continuità e il buon esito del servizio presuppongono che il debito venga puntualmente restituito. Appare quindi corretta la tesi della commissione giudicatrice, secondo cui nel calcolo del DSCR è preferibile non tenere conto della liquidità iniziale per ogni anno di esercizio. La presenza di questa liquidità incrementa il numeratore del DSCR, e quindi anche la probabilità

che il valore del DSCR sia superiore a 1, ma potrebbe essere un elemento incompatibile con l'esigenza di restituire le rate del debito. In una previsione finanziaria, infatti, deve essere evitato il rischio che il DSCR di un esercizio risulti migliore proprio perché sono riportate al numeratore risorse che avrebbero dovuto essere utilizzate per estinguere la rata di debito nell'esercizio precedente.

38. Il numeratore del DSCR potrebbe essere incrementato con prestiti o contributi provenienti dai partecipanti al RTI, a copertura del fabbisogno finanziario della gestione, ma solo a una duplice condizione, ossia un'espressa previsione nel PEF e un atto di impegno da parte di ciascuna delle ditte interessate. Entrambi i presupposti sono necessari: senza una previsione nel PEF l'offerta sarebbe sostanzialmente diversa, in quanto risulterebbe modificata la struttura del finanziamento, e senza un impegno individuale la voce di entrata non potrebbe essere contabilizzata, in quanto incerta e generica. Le giustificazioni che fanno riferimento a questa ipotesi alternativa di finanziamento sono quindi inammissibili.

39. La valutazione negativa della commissione giudicatrice sui dati finanziari del progetto appare corretta anche in relazione al problema dei tempi di ammortamento dell'investimento. Non è infatti possibile introdurre un anno zero, senza ricavi, per l'esecuzione dei lavori, e poi calcolare il risultato di gestione sui successivi 15 anni. Poiché la concessione ha una durata di 15 anni che decorre dalla data di consegna dei lavori, nel primo anno devono essere preventivate minori entrate in corrispondenza del periodo dedicato ai lavori, quando il miglioramento energetico non si è ancora prodotto. La commissione giudicatrice ha stimato il tempo medio dei lavori in 5,5 mesi, tenendo conto dei cronoprogrammi presentati dal RTI

Europam per i lotti 1 e 2. È verosimile che la durata possa essere ridotta, visto l'incentivo a conseguire l'importo massimo nella componente efficienza del canone, ma ragionevolmente non potrà trattarsi di un periodo irrilevante sotto il profilo finanziario. Il PEF avrebbe quindi dovuto tenere conto delle minori entrate del primo anno di esercizio, e illustrare le possibilità di recupero nel corso della gestione. L'omissione non può essere integrata a causa dei limiti del soccorso istruttorio, che non può spingersi fino a consentire la modifica di un elemento dell'offerta economica.

Sulla commissione giudicatrice

40. Per quanto riguarda le modalità di nomina della commissione giudicatrice, occorre sottolineare che al momento dell'indizione della procedura (5 marzo 2019) l'operatività dell'Albo dei commissari di gara di cui all'art. 78 del Dlgs. 50/2016 era stata differita dall'ANAC (v. comunicato del Presidente di data 9 gennaio 2019). Inoltre, la commissione giudicatrice è stata nominata il 4 settembre 2019, dopo l'entrata in vigore del DL 18 aprile 2019 n. 32, che all'art. 1 comma 1 ha sospeso l'operatività dell'Albo dei commissari di gara fino al 31 dicembre 2021. Non vi erano quindi le condizioni per effettuare un sorteggio nell'Albo dei commissari di gara istituito presso l'ANAC.

41. L'unica norma applicabile era l'art. 216 comma 12 del Dlgs. 50/2016, che prevede la nomina dei commissari da parte della stazione appaltante secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate. Questa norma non impone alle stazioni appaltanti di creare un proprio elenco di commissari di gara con una procedura selettiva, e di effettuare poi un sorteggio, ma esige semplicemente che la scelta sia motivata in base alla competenza. La fissazione dei criteri di scelta è implicita nell'individuazione del

profilo di competenza richiesto dalla gara, e in ogni caso non è necessaria quando nella struttura della stazione appaltante vi siano professionalità adeguate.

42. Nello specifico, la composizione della commissione giudicatrice appare bilanciata, in quanto all'interno della stessa sono rappresentate tutte le competenze utili ai fini della gara (giuridiche, economiche, ingegneristiche). I profili curricolari dei commissari coprono, integrandosi e completandosi, l'intero spettro delle professionalità indispensabili per aggiudicare una concessione di questa complessità, dalla gestione della procedura di gara all'inquadramento giuridico ed economico, fino agli aspetti tecnici delle offerte. L'espressione dei punteggi, non sindacabile nel merito, è l'esito naturale dell'integrazione delle suddette professionalità, che erano chiamate a operare sinergicamente.

Conclusioni

43. Il ricorso deve quindi essere respinto, sia nella parte impugnatoria sia relativamente alle domande di subentro e di risarcimento in forma specifica o per equivalente.

44. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

(a) respinge il ricorso, sia nella parte impugnatoria sia relativamente alle domande di subentro e di risarcimento in forma specifica o per equivalente;

(b) condanna le ricorrenti, in solido, a versare a ciascuna delle controparti costituite, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 3.000, oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Brescia, nella camera di consiglio del giorno 16 settembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Pedron

IL PRESIDENTE
Bernardo Massari

IL SEGRETARIO