

Nelle procedure di affidamento delle concessioni non è previsto a carico dei concorrenti l'obbligo di presentare un Piano Economico Finanziario salva diversa prescrizione contenuta nella lex specialis.

di Adriano Cavina, Donato Caterino

Data di pubblicazione: 10-8-2024

Nessuna disposizione (...) sancisce l'obbligatorietà della presentazione del PEF nelle gare per l'affidamento delle concessioni o sanziona la mancata presentazione del PEF con l'esclusione dalla gara. Rimane ferma la discrezionalità della stazione appaltante di richiedere, tra i documenti di gara, la presentazione del PEF in relazione alle circostanze della specifica concessione da affidare e quindi di allegare, tra i documenti di gara, il modello di PEF da presentare che poi servirà per valutare l'adeguatezza dell'offerta.

Il disciplinare, nella parte in cui non ha richiesto la presentazione del PEF a carico dei concorrenti, non può ritenersi per ciò solo illegittimo in quanto, come si è detto, la previsione del PEF nell'affidamento delle concessioni non costituisce un adempimento imperativo idoneo ad etero-integrare la legge di gara laddove essa non lo preveda.

Publicato il 11/07/2024

N. 02132/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00838/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 838 del 2024, proposto da Magif Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Annalisa

Lauteri, Matilde Tariciotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Legnano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Cristina Bassani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Rescaldina, Centrale Unica di Committenza Tra i Comuni di Legnano, Nerviano, Rescaldina e Cerro Maggiore, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Zanetti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco De Marini, Barbara Savorelli, con domicilio eletto presso lo studio Francesco De Marini in Milano, via Emilio Visconti Venosta 7;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione del Dirigente dei Servizi Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Legnano, Nerviano, Rescaldina e Cerro Maggiore – Ente Capofila Comune di Legnano – n. 462 dell'8 aprile 2024, con la quale: (i) è stata annullata in autotutela ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990 la precedente aggiudicazione a favore di MAGIF Servizi s.r.l. disposta con la determinazione n. 70/CUC del 30.01.2024 nell'interesse del Comune di Rescaldina, della concessione del servizio di gestione delle lampade votive di detto Comune (CIG A016B9AE81), per il periodo di 4 anni, e (ii) è stato disposto di “aggiudicare conseguentemente il servizio [...] alla società Zanetti s.r.l.” e, ancora (iii) “di dare atto che il contratto verrà stipulato senza il decorso del termine dilatorio di 35 gg fissato dall'art. 18, co. 3 del d.lgs. 367/2023, ai sensi dell'art. 55, comma 2 del citato Decreto” (doc. n. 1);

- della nota del RUP della predetta Centrale Unica di Committenza prot. n. 17467 del 21.03.2024, conosciuta nei suoi estremi, ma non nel suo contenuto, con la quale è stato proposto alla C.U.C. l'adozione del provvedimento di aggiudicazione della concessione a favore della citata società Zanetti s.r.l. con il punteggio complessivo di 79,30/100;

- della nota prot. 6019 del 30.03.2024, conosciuta nei suoi estremi ma non nel suo contenuto, con la quale il Dirigente della Centrale Unica di committenza avrebbe trasmesso al RUP il verbale di gara, la documentazione amministrativa, la documentazione economica e le giustificazioni presentate da Zanetti s.r.l.;

- della nota prot. 16436004014088166345_1074534_4421-REG-1711012837861 del 21 marzo 2024 (doc. n. 2), con la quale la predetta Centrale Unica di Committenza ha comunicato “ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. n. 36/2023” e facendo seguito alla comunicazione di avvio del procedimento n. 14887 dell'8.3.2024, che nella seduta svoltasi in data 18.03.2024, la Commissione giudicatrice di gara aveva riesaminato l'offerta tecnica della Magif Servizi s.r. assegnandole il punteggio complessivo di punti 63/100 (anziché 93/100), collocandola al

secondo posto dell'originaria graduatoria della gara e, quindi, non più aggiudicataria della stessa;

- del verbale della seduta riservata del 18 marzo 2024, nel corso della quale la Commissione giudicatrice ha rivalutato l'offerta tecnica della Magif Servizi s.r.l. alla luce dell'istanza di annullamento in autotutela della Zanetti s.r.l. acquisita al protocollo comunale n. 13833 del 4.03.2024, assegnandole il nuovo punteggio complessivo di 63/100, e riformulato la graduatoria finale (doc. n. 3);

- della nota prot. 14887 dell'8 marzo 2024 (doc. n. 4) con la quale la Centrale Unica di Committenza ha comunicato l'avvio del procedimento finalizzato a verificare la sussistenza dei presupposti per procedere all'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore di Magif, disposto con la determina n. 70/CUC del 30.01.2024;

- nonché, per quanto occorrer possa, di tutti gli atti presupposti connessi e conseguenti, ivi compresi:

1. la determinazione del Dirigente della CUC 1457/CUC del 16.10.2023 di approvazione degli atti di gara, il Capitolato Speciale di appalto (§ 2.3.), lo schema di contratto (art. 7), il Disciplinare (§§ 17, 18, 22, 23 e 24) e la "Scheda Dettaglio Offerta Economica";

2. i verbali della prima e seconda seduta di gara del 21.11.2023 e del 1° dicembre 2023, nonché il verbale della seduta riservata del 1° dicembre 2023 ed il verbale della seduta di apertura dell'offerta economica del 13.12.2023;

3. della determina n. 70/CUC del 30.01.2024 e della presupposta proposta di aggiudicazione del RUP prot. 4561 del 24.01.2024

nonché

per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio, con conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 122 del D. Lgs. n. 104/2010 ed espressa richiesta di subentro nel contratto.

e per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in via subordinata, per equivalente economico nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di causa;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Zanetti S.r.l. il 17/5/2024:

- dei verbali della prima e seconda seduta di gara del 21.11.2023 (doc. 4) e del 01.12.2023 (doc. 5), nonché dei verbali della seduta riservata del 01.12.2023 (doc. 6), del verbale della seduta di apertura dell'offerta economica del 13.12.2023 (doc. 7), della nota del RUP del 24.01.2024, n. 4561 conosciuta negli estremi ma non nei contenuti, e della Determinazione

Dirigenziale n. 70 del 30.01.2024 (doc. 8), nella parte in cui non hanno disposto l'estromissione della società Magif dalla procedura di gara indetta dalla Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Legnano, Nerviano, Rescaldina e Cerro Maggiore (di seguito la CUC) nell'interesse del Comune di Rescaldina «per l'affidamento in concessione del servizio di gestione delle lampade votive dei cimiteri di Rescaldina per anni quattro» (CIG A016B9AE81);

- del verbale della seduta riservata del 18.03.2024 (doc. 9), nella nota prot. 16436004014088166345/1074534/4421/REG/1711012837861 del 21.03.2024 (doc. 10), della nota prot. 6019 del 30.03.2024, conosciuta nei suoi estremi ma non nel suo contenuto, della nota del RUP della CUC prot. 17467 del 21.03.2014, conosciuta negli estremi ma non nel contenuto, e, ove occorrer possa, della Determinazione del Dirigente della CUC n. 462 del 08.04.2024 (doc. 11), anch'essi nella parte in cui non hanno disposto l'estromissione della società Magif della procedura di gara in parola.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Legnano e di Zanetti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2024 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato sulla GURI del 20.10.2023, la Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Legnano, Nerviano, Rescaldina e Cerro Maggiore – Ente Capofila Comune di Legnano (nel prosieguo CUC) ha indetto una procedura aperta, nell'interesse del Comune di Rescaldina, per "l'affidamento in concessione del servizio di gestione delle lampade votive dei cimiteri di Rescaldina" per anni quattro e del valore stimato di € 210.000,00, oltre IVA.

Il bando prevedeva che la concessione sarebbe stata aggiudicata applicando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 108 d.lgs. n. 36/2023 e, segnatamente, assegnando massimo 70 punti all'offerta tecnica e 30 all'offerta economica.

Per lo svolgimento della concessione non si prevedeva alcun onere per il Comune in quanto il disciplinare stabiliva la remunerazione del servizio a carico degli utenti (art. 18).

Alla gara hanno partecipato due correnti.

A seguito della valutazione delle offerte, la Magif Servizi ha ottenuto un punteggio tecnico complessivo di 63/100 (di cui 30 punti per la migliororia costituita dagli impianti fotovoltaici da

installare al di sopra dei loculi esistenti per tutti e due i cimiteri), mentre la Zanetti (gestore uscente) ha ottenuto un punteggio complessivo di 70/100 (di cui 30 punti per la migliororia costituita dagli impianti fotovoltaici da installare al di sopra dei loculi esistenti per tutti e due i cimiteri). Per l'offerta economica Magif ha conseguito 30 punti e Zanetti invece 9,20 punti.

Con determina n. 70/CUC del 30.01.2024 il dirigente della CUC disponeva l'aggiudicazione in favore di Magif.

La Zanetti presentava in data 4.4.2024 istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione sostenendo che Magif - nell'offrire la "miglioria" costituita dall'installazione di impianti fotovoltaici - avesse apposto nel corpo dell'offerta tecnica (relazione tecnica del 16.11.2023) una "condizione", allorquando aveva dichiarato che "allo scadere della concessione, il concessionario subentrante dovrà riconoscere alla ditta Magif Servizi la quota di ammortamento rimanente" in contrasto con il par. 2.3 del Capitolato Speciale d'Appalto secondo cui "scaduta la Concessione, tutti gli impianti, compresi gli eventuali interventi di manutenzione straordinaria, ammodernamento o riqualificazione effettuati dal Concessionario, dovranno presentarsi in uno stato di piena efficienza ed essere riconsegnati gratuitamente in piena proprietà e nella disponibilità del Comune, senza alcun indennizzo o compenso spettante al Concessionario".

In data 8.3.2024 la CUC comunicava alla Magif ex art. 7 della legge n. 241/1990 l'avvio di un procedimento "finalizzato a verificare la sussistenza dei presupposti rappresentati nella predetta istanza" di autotutela.

In data 21.3.2024 la CUC comunicava alla Magif che la Commissione giudicatrice aveva riesaminato l'offerta tecnica della Magif nella seduta del 18 marzo precedente, sottraendole i 30 punti riferiti al criterio 2.1. e che "nei termini di legge verranno assunti i conseguenti provvedimenti amministrativi".

Con provvedimento in data 8.4.2024, prot. 462, il dirigente dei Servizi Centrale Unica di Committenza si determinava nel senso di annullare in via di autotutela la precedente determinazione n. 70/2024 di aggiudicazione della gara in favore della Magif e di aggiudicare la concessione alla Zanetti.

Magif ha impugnato il provvedimento prot. 462/2024 affidando il gravame a due articolati motivi.

Con il primo motivo sostiene che la propria offerta tecnica "non è affatto subordinata – come hanno erroneamente ritenuto la Commissione e la CUC – ad alcuna condizione economica"; pone a tal fine in evidenza come l'assunto "contenuto nel testo della relazione tecnica presentata da Magif" – ossia "il concessionario subentrante dovrà riconoscere alla ditta Magif Servizi la quota di ammortamento rimanente" - farebbe "esclusivo riferimento ai rapporti tra concessionario uscente e subentrante". Di conseguenza, si afferma, nei confronti dell'amministrazione non verrebbe rivolta alcuna pretesa, prevedendosi semmai un "quid diverso rispetto al CSA" ossia il subentro – al termine della concessione – di un nuovo concessionario all'aggiudicatario, in linea con quanto previsto dall'art. 191 d.lgs. n. 36/2023.

Inoltre aggiunge che se la stazione appaltante avesse avuto dubbi in merito al significato da attribuire alla clausola rinvenuta nell'offerta tecnica di Magif, avrebbe dovuto dissiparli domandando all'allora aggiudicataria i necessari chiarimenti, attivando il soccorso istruttorio di cui all'art. 101, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 e del § 14 del Disciplinare per verificare nell'ambito dell'offerta economica proposta da Magif e segnatamente nel PEF dalla stessa presentato, se effettivamente la ditta avesse previsto quell'"ammortamento rimanente" degli impianti fotovoltaici proposti che "avrebbe costituito la supposta condizione economica dell'offerta". In questo modo, la CUC avrebbe compreso che il costo previsto per gli impianti fotovoltaici era stato interamente ammortizzato nei quattro anni di durata della concessione, il che dimostrerebbe che "l'offerta di Magif non è affatto condizionata".

Aggiunge che la CUC avrebbe violato le garanzie di partecipative previste dalla legge n. 241/1990 in quanto, con la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela dell'8.3.2034, "(i) non accordava alla ricorrente alcun termine per la presentazione di memorie scritte e/o documenti" e del resto "(ii) non le concedeva l'accesso, pur tempestivamente e reiteratamente richiesto (con le note dell'11 marzo e del 22 marzo), alla documentazione della gara, che – per incidens - avrebbe dovuto costituire oggetto di spontanea e completa pubblicazione in favore dei concorrenti ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 36/2023 e che era necessario per poter articolare comunque ogni eventuale osservazione".

Con il secondo motivo contesta la mancata esclusione dalla gara della Zanetti la quale non avrebbe presentato nella propria offerta il PEF ossia "una componente essenziale la cui mancanza rende l'offerta "inammissibile, non valutabile e da escludere". Sebbene la legge di gara non prevedeva in modo espresso la presentazione del PEF, la sua inclusione nell'offerta doveva avvenire in via del principio di eterointegrazione in quanto previsto direttamente dall'art. 185, comma 5, d.lgs. n. 36/2023 oltre che dagli artt. 9 e 192 del medesimo decreto.

Infine, evidenzia come dagli atti ostesi con l'accesso "l'offerta tecnica presentata dalla Zanetti non sia stata sottoscritta digitalmente, come previsto a pena di esclusione dal § 16 (primo capoverso) del Disciplinare".

In via subordinata, laddove si dovesse ritenere che la mancata espressa previsione ad opera della lex specialis di un piano economico finanziario da allegare all'offerta economica non sia emendabile sulla scorta del principio di eterointegrazione ed impedisca l'esclusione di Zanetti, la ricorrente sostiene "l'illegittimità della disciplina di gara, per contrasto con gli artt. 9, 185 e 192 del d.lgs. n. 36/2023, oltre che per contrarietà al principio del risultato" poiché "la mancanza del PEF" impedirebbe di compiere qualsivoglia genere di valutazione in ordine all'equilibrio del rapporto concessorio ed alla sostenibilità della proposta degli offerenti, esponendo l'Amministrazione a concludere un contratto niente affatto conveniente.

La ricorrente infine ha proposto domanda di "declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio, con conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 122 del D. Lgs. n. 104/2010 ed espressa richiesta di subentro nel contratto".

Zanetti ha a sua volta presentato ricorso incidentale con il quale ha impugnato gli atti di gara

“nella parte in cui non hanno disposto l'estromissione della società Magif”.

Con il primo motivo lamenta che Magif, in violazione del principio di par condicio tra i concorrenti, aveva presentato un'offerta tecnica condizionata in violazione delle regole di gara, sicché la Commissione avrebbe dovuto escluderla anziché limitandosi ad attribuire alla miglior offerta un punteggio pari a zero.

Con il secondo motivo afferma che Magif avrebbe dovuto essere estromessa per le violazioni delle disposizioni normative e di gara poste a tutela della manodopera, atteso che, in violazione dell'art. 11 del d. lgs. 36/2023: (i) “la ricorrente principale ha dichiarato di applicare un CCNL diverso da quello indicato nel disciplinare di gara che non garantisce tuttavia tutele equivalenti rispetto a quello individuato dalla Stazione Appaltante”; (ii) “applicare al personale impiegato nell'appalto un costo orario inferiore rispetto al trattamento minimo previsto dalla contrattazione collettiva di settore”; (iii) “ha dichiarato costi della manodopera di quasi un terzo inferiori rispetto a quelli, non soggetti a ribasso, riportati nella legge di gara”.

Con il terzo motivo infine sostiene che Magif avrebbe comunque dovuto essere estromessa dalla gara per la violazione dell'art. 74, comma 6, L.R. Lombardia 30.12.2009, n. 33, “che stabilisce l'incompatibilità tra l'attività funebre e la gestione dei servizi cimiteriali istituzionali”, in quanto Magif svolgerebbe “abituale attività funebre, sicché per tale ragione è ad essa inibita la partecipazione alla gara che qui interessa”.

Il Comune di Legnano, “in qualità di ente capofila della Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Legnano, Nerviano, Rescaldina e Cerro Maggiore”, si è costituito in giudizio replicando alle censure del ricorrente principale, mentre non è entrato “nel merito” del ricorso incidentale stante l'infondatezza del ricorso principale “che determina la conseguente inammissibilità del ricorso incidentale secondo l'orientamento da ultimo formatosi sull'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale escludente”.

Con decreto presidenziale n. 395/2024 veniva concessa la sospensione degli atti impugnati. Alla camera di consiglio dell'8.5.2024 parte ricorrente rinunciare alla richiesta di misure cautelari.

Le parti sono scambiate articolate memorie; Magif ha eccepito la tardività del secondo motivo del ricorso incidentale ritenendo che “Zanetti avrebbe dovuto sollevare i predetti profili articolandoli tempestivamente nel ricorso dinnanzi a Codesto Tar (n. 603/2024) e non certo attendere di svilupparli tardivamente, in via incidentale, nel presente giudizio”.

All'udienza del 10.7.2024, dopo la discussione delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

In via prioritaria va esaminato il gravame principale perché, in caso di reiezione del gravame principale, quello incidentale diverrebbe comunque improcedibile secondo la regola generale processuale della ragione più liquida applicabile anche al c.d. rito appalti (Tar Lazio, Roma, Sez. II, n. 10021/2021).

Il primo motivo di ricorso non è fondato.

L'art. 18 del disciplinare di gara, nel declinare i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (max 70 punti), stabilisce che il relativo punteggio è assegnato in base a due principali criteri, articolati in subcriteri: i) il "progetto tecnico di gestione del servizio" (20 punti max); ii) le "migliorie" (50 punti max).

Il criterio "migliorie" è a sua volta articolato in tre subcriteri, tra cui il subcriterio "realizzazione di impianti fotovoltaici da installare al di sopra dei loculi esistenti per tutti e due i cimiteri", cui assegnare massimo 30 punti (subcriterio 2.1. dell'art. 18.1. del disciplinare).

L'art. 16 del disciplinare stabilisce che la "proposta dovrà essere rispettosa delle prescrizioni del Capitolato e quindi immediatamente applicabile e realizzabile".

L'art. 2.3 del Capitolato Speciale d'Appalto prevede che "Scaduta la Concessione, tutti gli impianti, compresi gli eventuali interventi di manutenzione straordinaria, ammodernamento o riqualificazione effettuati dal Concessionario, dovranno presentarsi in uno stato di piena efficienza ed essere riconsegnati gratuitamente in piena proprietà e nella disponibilità del Comune, senza alcun indennizzo o compenso spettante al Concessionario".

Magif nella relazione tecnica alla propria offerta ha dichiarato, tra le migliorie, di realizzare due impianti fotovoltaici da installare nei due Cimiteri comunali con la puntualizzazione che "allo scadere della concessione, il concessionario subentrante dovrà riconoscere alla ditta Magif s.r.l. la quota di ammortamento rimanente".

La Commissione di gara, in sede di autotutela, ha ritenuto che la miglioria proposta da Magif fosse "condizionata e come tale non possa essere ammessa essendo la stessa subordinata ad una condizione di natura economica fissata unilateralmente dal concorrente" poiché in contrasto con l'art. 2.3 del Capitolato Speciale d'Appalto e l'art. 16 del disciplinare; quindi la Commissione ha sottratto alla ricorrente il punteggio di 30 punti previsti per il subcriterio 2.1. dell'art. 18.1. del disciplinare (verbale del 18.3.2024).

Ad avviso del Collegio la commissione di gara ha correttamente operato.

L'art. 2.3 del Capitolato Speciale d'Appalto impone ai partecipanti che gli "tutti impianti" (compresi quelli concernenti le migliorie) devono essere riconsegnati "gratuitamente in piena proprietà e nella disponibilità del Comune, senza alcun indennizzo o compenso spettante al Concessionario".

Alla luce dei criteri di interpretazione letterale e logica del disciplinare di gara, è evidente che disposizione del CSA va intesa nel senso che essa regola il rapporto tra concedente e concessionario al termine della concessione.

La disposizione prevede in particolare che, al termine della concessione, il concessionario non possa subordinare la retrocessione in favore del Comune degli impianti realizzati, in costanza di concessione, ad alcun onere o pretesa, diretta o indiretta, avanzata dal concessionario nei

propri confronti oppure di terzi laddove, in quest'ultimo caso, dovesse risolversi in pregiudizio dell'amministrazione che si vedrebbe sottratta, inibita o ritardata, la restituzione delle opere.

La riserva contenuta nell'offerta tecnica della ricorrente – “allo scadere della concessione, il concessionario subentrante dovrà riconoscere alla ditta Magif s.r.l. la quota di ammortamento rimanente” – comporta che allo scadere del rapporto concessorio Magif potrà pretendere dal nuovo concessionario un compenso economico corrispondente al mancato ammortamento delle opere realizzate. In caso di mancato riconoscimento del compenso indicato, Magif, al termine del rapporto concessorio, potrebbe attivare la ritenzione delle opere realizzate durante il rapporto fino al completo soddisfacimento della propria pretesa o condizionarne la restituzione al Comune al previo soddisfacimento delle pretese non onorate da parte del nuovo concessionario.

In entrambi i casi, la previsione negoziale introdotta da Magif nella propria viola l'art. 2.3 del CSA in quanto, tramite tale clausola, non viene garantito al Comune la tempestiva e incondizionata retrocessione degli impianti realizzati.

La constatazione della possibile mancata restituzione tempestiva e incondizionata delle opere, in pregiudizio del Comune non richiedeva, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, l'attivazione del soccorso istruttorio e/o la verifica da parte della commissione volta ad accertare se, nell'offerta economica proposta da Magif e segnatamente nel PEF dalla stessa presentato, la società avesse previsto effettivamente l'ammortamento rimanente degli impianti fotovoltaici proposti.

Dati, la clausola negoziale introdotta da Magif non risulterebbe neutralizzata dalla possibile verifica invocata potendo sempre verificarsi, nel corso del rapporto concessorio (nei quattro anni di durata della concessione), il mancato ammortamento in concreto, con conseguente attivazione della riserva.

Non risultano infine violate le garanzie procedurali che la ricorrente ritiene siano state violate nel corso del procedimento di autotutela del provvedimento di aggiudicazione n. 70/2024.

La CUC ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990 ha comunicato a Magif, con nota dell'8.3.2024, l'avvio del procedimento in autotutela per l'annullamento della aggiudicazione.

La società non ha tuttavia ritenuto di depositare memoria illustrativa o documenti.

La circostanza per cui la nota dell'8.3.2024 non indica il termine entro cui presentare memorie o documenti, non inficia la predetta nota in quanto l'art. 10 della legge n. 241/1990 abilita la parte a presentare memorie e documenti e il termine che è di fatto intercorso tra la comunicazione della nota e la conclusione dell'istruttoria in ordine al procedimento di autotutela avvenuta con nota del 21.3.2024 (pari a tredici giorni) è di per sé congruo in quanto garantisce un'effettiva partecipazione procedimentale.

Allo stesso modo non è rilevante il mancato immediato riscontro delle due istanze di accesso

ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241/1990 presentate dalla ricorrente nel corso del procedimento di autotutela, poiché tramite tali istanze viene chiesta l'ostensione di copia dei documenti dell'offerta di Zanetti e dei verbali di gara, laddove invece l'art. 10 cit. garantisce la diversa forma di accesso mediante "visione degli atti del procedimento", modalità di cui la ricorrente non si valsa.

La commissione ha quindi correttamente dedotto dall'art. 2.3 del CSA la sussistenza di un'offerta in migioria condizionata poiché la ricorrente ha subordinato, in violazione della disciplina di gara, la proposta di migioria ad una condizione economica che si rivolse in pregiudizio del Comune.

Anche secondo motivo del ricorso non è fondato.

La ricorrente non contesta la sostanziale attendibilità dell'offerta economica della controinteressata, ma si limita a chiederne l'esclusione dalla gara a causa della mancata presentazione del PEF ritenuto "elemento indispensabile dell'offerta economica" che, benché non richiesto dal disciplinare, sarebbe comunque imposto dal combinato disposto degli art. 182, comma 5 e 185, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023.

L'art. 182 del d.lgs. n. 36/2023 prevede che l'affidamento delle concessioni debba avvenire tramite la pubblicazione di un bando di concessione. Al comma 5 precisa che "I bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. I bandi possono anche richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell'istituto finanziatore".

L'art. 185 del d.lgs. n. 36/2023 detta la disciplina sui criteri di aggiudicazione dei contratti di concessione. Al comma 5 prevede che "Prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario".

Il PEF è finalizzato a dimostrare l'adeguatezza dell'offerta economica del concorrente che, avendo assunto peraltro il rischio della domanda, ritrae dal mercato le risorse necessarie per svolgere la commessa, in modo da garantire, ex ante, che il servizio possa essere svolto in modo regolare in favore della collettività.

Dal quadro normativo su esposto non si evince che, nell'affidamento delle concessioni, sia sempre necessaria la previa presentazione di un PEF ai fini della valutazione dell'adeguatezza dell'offerta economica (Consiglio di Stato, Sez. III, 3.7.2021, n. 5283).

L'art. 182, comma 5, cit., contempla infatti la facoltà da parte della stazione appaltante di allegare al bando di gara un modello di PEF al fine di agevolare i concorrenti nella predisposizione del documento.

L'art. 185, comma 5, cit., stabilisce a sua volta che la valutazione dell'offerta dovrà avvenire tramite l'analisi del PEF la cui presentazione sia richiesta dalla stazione appaltante.

Nessuna disposizione tuttavia sancisce l'obbligatorietà della presentazione del PEF nelle gare per l'affidamento delle concessioni o sanziona la mancata presentazione del PEF con l'esclusione dalla gara.

Rimane ferma la discrezionalità della stazione appaltante di richiedere, tra i documenti di gara, la presentazione del PEF in relazione alle circostanze della specifica concessione da affidare e quindi di allegare, tra i documenti di gara, il modello di PEF da presentare che poi servirà per valutare l'adeguatezza dell'offerta.

Il disciplinare di gara, nel caso di specie, non richiede tuttavia ai concorrenti di presentare un piano economico finanziario al fine di dimostrare l'adeguatezza della propria offerta, ma si limita a richiedere di valorizzare, nell'ambito dell'offerta economica, una serie di costi specifici tra cui i "costi della sicurezza afferenti l'attività svolta dall'operatore economico" (ossia i costi relativi alla sicurezza aziendale stimati, che devono risultare congrui rispetto alle caratteristiche dei servizi offerti) e i "costi del personale" (ossia il costo della propria manodopera) (art. 17 del disciplinare). Inoltre, aggiunge che il "concorrente allega, in sede di presentazione dell'offerta economica, le giustificazioni relative alle voci di prezzo e di costo" (art. 23 del disciplinare).

La mancata previsione della presentazione del PEF per la valutazione dell'adeguatezza dell'offerta, non esclude tuttavia la facoltà della commissione di richiedere spiegazioni o chiarimenti in ordine alle voci dell'offerta, anche tramite la presentazione del PEF, per consentire l'esame dell'adeguatezza o dell'anomalia delle offerte (art. 23 del disciplinare).

Ed allora non avendo la Zanetti presentato il PEF, la stessa non poteva essere per ciò solo esclusa dalla competizione, in quanto la presentazione di tale documento non è di per sé obbligatoria, a pena di esclusione, nelle gare di affidamento delle concessioni, né a maggior ragione lo era nella gara de qua non avendo la centrale di committenza previsto ex ante tale adempimento.

Per la stessa ragione innanzi esposta, il disciplinare, nella parte in cui non ha richiesto la presentazione del PEF a carico dei concorrenti, non può ritenersi per ciò solo illegittimo in quanto, come si è detto, la previsione del PEF nell'affidamento delle concessioni non costituisce un adempimento imperativo idoneo ad etero-integrare la legge di gara laddove essa non lo preveda.

In conclusione, il ricorso introduttivo del giudizio va respinto in quanto la ricorrente è stata legittimamente esclusa dalla gara e le cesure formulate nei confronti della controinteressata non sono idonee comportarne l'esclusione dalla gara; di conseguenza, non può essere accolta la domanda risarcitoria attesa l'assenza di antigiuridicità nella condotta della centrale di committenza; il ricorso incidentale va, per l'effetto, dichiarato improcedibile.

La natura delle questioni giuridiche trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul gravame, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Luca Iera, Primo Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Il **TAR Milano**, con la **Sentenza n. 2132 dell'11 luglio 2024** si è pronunciato su alcune tematiche eterogenee di notevole impatto tra le quali: **(i) la possibilità di valutare, nell'ambito degli elementi migliorativi che in una gara assumono valenza premiale, una miglioria tecnica "condizionata"; (ii) la sussistenza (o meno) di un obbligo, ricavabile dalle disposizioni del d.lgs. n. 36/2023, a carico dei concorrenti partecipanti alle procedure di affidamento delle concessioni di presentare il Piano Economico Finanziario (PEF).**

La controversia da cui origina la pronuncia oggetto del presente commento riguarda la procedura di affidamento di una concessione indetta sotto la vigenza del d.lgs. n. 36/2023. Più in particolare, il ricorrente ha impugnato l'annullamento in autotutela di un'aggiudicazione precedentemente disposta in suo favore e, conseguentemente, la successiva determina di aggiudicazione adottata nei confronti dell'unico altro concorrente alla gara.

Nello specifico, la vicenda prende le mosse dall'istanza di annullamento in autotutela presentata dall'iniziale secondo classificato con la quale si denunciava l'illegittimità dell'originaria aggiudicazione in quanto la prima graduata era riuscita ad aggiudicarsi la commessa solo in ragione del punteggio erroneamente attribuito in ragione di una miglioria tecnica "condizionata" contrastante con la disciplina stabilita dal Capitolato Speciale di Appalto (CSA).

La stazione appaltante, ricevuta l'istanza presentata dal secondo graduato, comunicava l'avvio del procedimento ex art. 7 L. 241/1990, finalizzato a verificare la sussistenza dei presupposti rappresentati nell'istanza di autotutela. All'esito di tale procedimento e ravvisata la fondatezza dei profili denunciati dal secondo graduato, la stazione appaltante, per un verso, sottraeva il punteggio tecnico assegnato al concorrente in ragione del fatto che il medesimo aveva offerto una miglioria "condizionata" in violazione della disciplina del CSA e, per altro verso, in conseguenza della nuova graduatoria disponeva l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione adottando il nuovo provvedimento di aggiudicazione in favore dell'originario secondo graduato.

Avverso tali provvedimenti è insorto l'operatore economico negativamente inciso dal provvedimento di annullamento in autotutela denunciando l'erroneità della decisione della stazione appaltante sotto più profili.

Con un primo motivo il ricorrente ha denunciato l'erroneità della determina in ragione del fatto che la miglioria proposta in offerta tecnica non si sarebbe posta in contrasto né con l'art. 2.3 del CSA il quale disponeva che *"scaduta la concessione, tutti gli impianti, compresi gli eventuali interventi di manutenzione straordinaria, ammodernamento o riqualificazione effettuati dal Concessionario, dovranno (...) essere riconsegnati gratuitamente in piena proprietà e nella disponibilità del Comune, **senza alcun indennizzo o compenso spettante al Concessionario**"* né con l'art. 16 del disciplinare in base al quale la proposta tecnica avrebbe dovuto essere conforme alle prescrizioni del CSA.

Secondo la ricostruzione fornita dal ricorrente la proposta tecnica nella parte in cui aveva dichiarato che *"allo scadere della concessione, il concessionario subentrante dovrà riconoscere alla ditta Magif Servizi la quota di ammortamento rimanente"* era conforme alle disposizioni della *lex specialis* (artt. 2.3 del CSA e 16 del disciplinare) poiché essa non poneva a carico del Comune alcuna pretesa riferendosi esclusivamente ai rapporti tra concessionario uscente e subentrante.

Il TAR, respingendo il primo motivo di ricorso, ha confermato la correttezza della decisione della stazione appaltante (adottata in seguito all'esercizio dei poteri di riesame) di non attribuire alcun punteggio alla miglioria tecnica proposta dal ricorrente. Ciò in quanto – ha osservato il giudice amministrativo – la riserva contenuta nell'offerta tecnica del ricorrente comporta che allo scadere del rapporto, il concessionario uscente potrà pretendere da quello subentrante un compenso economico corrispondente al mancato ammortamento delle opere realizzate. Di conseguenza, laddove non venisse riconosciuto tale compenso il concessionario uscente *"potrebbe attivare la ritenzione delle opere realizzate durante il rapporto fino al completo soddisfacimento della propria pretesa o condizionarne la restituzione al Comune al previo soddisfacimento delle pretese non onorate da parte del nuovo concessionario"*. Sicché, come rilevato dal TAR milanese, **è esente da vizi l'operato della commissione che ha riconosciuto la sussistenza di un'offerta in miglioria condizionata atteso che il ricorrente ha subordinato, in violazione dell'art. 2.3 del CSA, la proposta di miglioria ad una condizione economica che si risolve in pregiudizio del Comune.**

Parimenti infondata è stata ritenuta anche l'ulteriore doglianza sollevata con il primo motivo di

ricorso con la quale il ricorrente ha denunciato la violazione delle garanzie partecipative nel corso del procedimento di autotutela attivato dalla stazione appaltante. Secondo la tesi del ricorrente tale violazione si sarebbe sostanziata nella mancata assegnazione, ad opera della comunicazione ex art. 7 L. 241/1990, di un termine entro cui poter presentare memorie e documenti. Al riguardo, il Collegio nel rigettare la censura, per un verso, ha evidenziato che la mancata previsione di un termine non inficia la comunicazione di avvio del procedimento giacché l'art. 10 L. 241/1990 abilita la parte a presentare memorie e documenti e, per altro verso, ha rilevato la congruità del termine (ancorché non assegnato formalmente) che di fatto era intercorso tra la comunicazione di avvio e la conclusione del procedimento.

Infine, con il secondo motivo di ricorso il ricorrente ha censurato l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione poiché adottato nei confronti di un concorrente che avrebbe dovuto essere escluso in ragione della mancata presentazione, all'interno dell'offerta, del Piano Economico Finanziario (PEF).

Stando alla tesi del ricorrente la presentazione del PEF, ancorché non richiesto dal disciplinare, sarebbe comunque obbligatoria in ragione del combinato disposto dell'art. 182, comma 5 del d.lgs. n. 36, cit. il quale prescrive che: *“I bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico – finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità”* nonché dell'art. 185, comma 5 del d.lgs. n. 36, cit. in ragione del quale: *“Prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario”*.

Senonché, secondo il TAR, dalle disposizioni testé menzionate non è possibile desumere che nell'affidamento delle concessioni sia sempre e comunque necessaria la presentazione di un PEF ai fini della valutazione dell'adeguatezza dell'offerta economica. E ciò in quanto secondo i giudici milanesi: (i) l'art. 182, comma 5 del d.lgs. n. 36, cit. prevede la facoltà da parte della stazione appaltante di allegare al bando di gara un modello di PEF come si evince dall'inciso *“a seconda dei casi”*; (ii) l'art. 185, comma 5 del d.lgs. n. 36, cit. prevede che la valutazione dell'offerta debba avvenire tramite l'analisi del PEF la cui presentazione sia richiesta dalla stazione appaltante.

Secondo il ragionamento dei giudici amministrativi **non vi è dunque alcuna disposizione normativa che *“sancisce l'obbligatorietà della presentazione del PEF nelle gare per l'affidamento delle concessioni o sanziona la mancata presentazione del PEF con l'esclusione dalla gara”*** essendo rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la facoltà di richiedere la presentazione del PEF.

In conseguenza di ciò è stata quindi accertata la legittimità della *lex* di gara, nella parte in cui non ha richiesto la presentazione del PEF a carico dei concorrenti, in ragione del fatto che: *“La previsione del PEF nell'affidamento delle concessioni non costituisce un adempimento imperativo idoneo ad etero-integrare la legge di gara laddove essa non lo preveda”*.

Alla luce di tutte le considerazioni suesposte il TAR ha, dunque, respinto il ricorso confermando la correttezza dell'operato della stazione appaltante.

La Sentenza del TAR Milano che si esprime nel senso dell'insussistenza dell'obbligo di presentazione del PEF a carico dei concorrenti nelle procedure di affidamento delle concessioni, rappresenta la prima occasione in cui la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi con riferimento a tale tematica relativamente alla disciplina delineata nel d.lgs. n. 36/2023.

Peraltro, tale indirizzo è stato successivamente recepito anche dal **TAR Puglia (Lecce)** che, nella Sentenza del **6 agosto 2024 n. 982**, richiamando i canoni ermeneutici declinati dai giudici milanesi, è giunto alle **medesime conclusioni in relazione all'inesistenza di un obbligo derivante dal d.lgs. n. 36 cit. di presentazione in gara del PEF nelle procedure di affidamento delle concessioni**.

Secondo il TAR Puglia, con una posizione sovrapponibile a quella espressa dai giudici milanesi, assume carattere **dirimente il dato letterale dell'art. 182, comma 5 del d.lgs. n. 36 cit.** che deve orientare – in chiave sistematica – l'interpretazione di tutte le altre disposizioni del codice dei contratti pubblici. In questa prospettiva, è stato dunque ritenuto che la suddetta norma rappresenta la chiave per interpretare le successive disposizioni del codice ed il suo tenore letterale è chiaro nell'individuare il PEF quale componente a carattere eventuale nella misura in cui dispone che gli allegati al bando di concessione comprendono “*a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario*”.