Pubblicato il 13/04/2022

N. 02809/2022REG.PROV.COLL.
N. 07578/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7578 del 2021, proposto da Matera Vincenzo s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Pasquale Matera, Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Comune di Airola, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina, 121;

nei confronti

Tre Fiammelle soc. coop. produzione e lavoro, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Pagano & Ascolillo s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 03661/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Airola e di Tre Fiammelle soc. coop. produzione e lavoro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Federico Di Matteo e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate in atti di parte dagli avv. Pasquale Matera, Maria D'Angiolella, Emanuele D'Alterio;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 3 agosto 2020 il Comune di Airola indiceva una procedura di gara per l'affidamento in concessione mediante *project financing* della "*Progettazione, ampliamento, efficientamento e riqualificazione tecnologica – funzionale dell'impianto di pubblica illuminazione comunale con predisposizione ai servizi di smart city - valorizzazione monumenti e palazzi storici comunali*", sulla base del Progetto di fattibilità tecnica ed economica con allegato un P.E.F. – piano economico finanziario approvato con delibera di Giunta comunale del 18 giugno 2020, n. 92.

1.1. Nel disciplinare di gara, al par. 3 "*Oggetto della concessione, importo e suddivisione in lotti*" era riportato il quadro economico sintetico (ricavato dal progetto di fattibilità e dal P.e.f.) con previsione di un investimento complessivo a carico del concessionario di € 2.916.727,05 (ripartito in "*Lavori*" per € 2.107.660,00, "*Somme a disposizione*" per € 707.299,62, "*Riscatto impianti Enel Sole*" per € 28.567,43, "*Rimborso Spese di progettazione (2,5%) compreso Iva*" € 73.200,00); era, inoltre, previsto al. 3.1.: "*La remunerazione della concessione è costituita dallo sfruttamento economico dei servizi oggetto del contratto*", al 3.2. "*La stazione appaltante, in conformità all'art. 180, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016, ha previsto l'erogazione di un canone annuale per l'intera durata della concessione: a) il canone annuo omnicomprensivo pari a € 266.000,00 oltre iva*" e al par. 3.3. "*Il valore della concessione, ai sensi dell'art. 167, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, è calcolato sulla base degli introiti per il numero di anni dell'affidamento, ed è quindi stimato presuntivamente in € 5.320.000,00*".

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Matera Vincenzo s.r.l. impugnava il bando di gara sulla base di un unico motivo con il quale sosteneva che le condizioni di esecuzione del servizio previste negli atti di gara non consentivano la formulazione di una offerta economicamente sostenibile.

Premetteva che, in base alle condizioni poste dal disciplinare, il concessionario era tenuto ad effettuare a sue spese i lavori di riqualificazione ed ampliamento dell'impianto di illuminazione comunale nonché l'attività di manutenzione ordinaria e straordinaria per tutta la durata della concessione, come pure a sopportare i costi per l'energia elettrica, ricevendone quale corrispettivo un canone annuo parametrato sulle somme corrisposte dal Comune per il funzionamento dell'impianto al momento dell'indizione della procedura di

gara; sulla base di tale meccanismo, l'intervento del privato si sarebbe finanziato attraverso il risparmio energetico derivante dall'ammodernamento dell'impianto.

A suo dire, però, negli elaborati a base di gara (e, segnatamente, nell'elaborato denominato "*Specifiche delle caratteristiche del servizio e della gestione*" FTE_08_SP) erano stati previsti taluni interventi di manutenzione periodica i cui costi avrebbero inciso a tal punto sull'attività del privato concessionario da rendere non più remunerativo il servizio svolto.

Si trattava, in particolare, della "*verniciatura di tutti i pali di sostegno*" e della "*sostituzione dei corpi illuminanti*" ("*sorgenti a LED*"): il costo di tali attività manutentive – non previste al pari di tutti gli interventi da eseguire nel corso del rapporto all'interno del computo metrico dei lavori, dedicato ai soli lavori iniziali – la ricorrente calcolava in complessivi € 1.604.390,04 facendo applicazione delle voci (previste, lo si ripete, nell'ambito dei "*lavori iniziali*") estratte dal computo metrico per il "*costo verniciatura*" e per il "*costo sorgenti a LED*", moltiplicate per il numero delle volte in cui era previsto che le une e le altre dovessero essere effettuate nel corso del rapporto.

Alla luce di tale ricostruzione la ricorrente diceva inattendibile il P.E.F. elaborato dall'amministrazione per aver fissati i costi per manutenzione programmata e straordinaria nell'ammontare complessivo annuo di € 32.055,00 equivalenti ad una spesa complessiva di € 641.100,00, molto inferiore, pertanto, rispetto a quello che in base ai precedenti calcoli avrebbe dovuto sostenere il privato.

2.1. Con motivi aggiunti l'impugnazione era estesa al provvedimento di esclusione dalla procedura di gara del 17 novembre 2020 prot. 14906; in pendenza del ricorso, aveva presentato offerta inserendo nella busta il ricorso e una dichiarazione in cui rilevava l'impossibilità di formulare un'offerta sostenibile, ma era stato escluso per non aver raggiunto il punteggio minimo di 30 punti previsto dal disciplinare di gara.

La ricorrente domandava l'annullamento del provvedimento di esclusione per invalidità derivata dall'illegittimità del bando di gara e per incongruità della motivazione: l'esclusione era stata motivata in ragione del mancato raggiungimento del punteggio minimo, sebbene nella busta trasmessa alla stazione appaltante (e che avrebbe dovuto contenere l'offerta) non era stata inserita alcuna offerta cui potesse essere attribuito un punteggio.

2.2. Con successivi motivi aggiunti l'impugnazione era estesa al provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara del 16 dicembre 2020, n. 123 a Tre Fiammelle soc. prod. e lavoro; la ricorrente, oltre a far valere l'invalidità derivata, assumeva dovuta l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria (come dell'altro operatore economico rimasto in gara) per non aver previsto l'esecuzione degli interventi di manutenzione periodica di cui s'è

già detto (verniciatura dei pali e sostituzione delle sorgenti LED) – definiti quali "*minimi inderogabili*" nei chiarimenti resi dall'amministrazione su sollecitazione della ricorrente – né aver computato nei rispettivi computi metrici e Piani economici finanziari l'incidenza economica dei predetti interventi di manutenzione.

2.3. Resistenti il Comune di Airola e la Tre Fiammelle soc. coop. prod. lav., il giudice di primo grado, con la sentenza della prima sezione del 31 maggio 2021, n. 3661, respingeva il ricorso in quanto:

- alla procedura di gara avevano partecipato tre imprese le quali non avevano mai contestato l'insostenibilità e l'impossibilità di formulare un'adeguata offerta, in questo modo sostanzialmente dimostrando come fosse possibile presentare offerte economicamente sostenibili;
- il giudice amministrativo ha il potere di valutare la complessiva sostenibilità del progetto di fattibilità posto a base di gara, ma resta rimessa alle scelte discrezionali dell'amministrazione stabilire che il rischio della realizzazione del servizio o dell'opera sia parzialmente o totalmente a carico dell'operatore economico, il quale, peraltro, può avere convenienza ad aggiudicarsi la gara per ragioni non esclusivamente economiche;
- ai sensi dell'art. 183, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, le amministrazioni possano porre a base di gara un progetto di fattibilità che si distingue dal progetto di fattibilità tecnica ed economica disciplinato dall'art. 23, commi 5 e 6, d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto non necessita del piano delle manutenzioni, richiesto, invece, dal comma 8 del citato art. 23 solo nella progettazione esecutiva con l'indicazione in dettaglio dei lavori da realizzare (e con la specifica previsione che detta progettazione sia "*corredata, altresì, da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita*");
- l'amministrazione aveva scelto una procedura di selezione espressione del modello di partenariato pubblico privato, nel quale si inquadra la finanza di progetto, e che presuppone il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico, compensato dalla circostanza che l'amministrazione versa un corrispettivo; coerentemente a ciò il progetto di fattibilità contiene una valutazione sostanzialmente preliminare sulla fattibilità del servizio e delle opere da realizzare senza entrare troppo nel dettaglio essendo rimesso all'operatore economico la realizzazione del risultato con l'assunzione del rischio (in tal senso è richiamata la sentenza di questa Sezione del 12 aprile 2021, n. 2924).

3. Propone appello Matera Vincenzo s.r.l.; si sono costituiti il Comune di Airola e la soc. Tre Fiammelle coop prod. e lavoro.

Matera Vincenzo s.r.l. ha depositato memoria *ex* art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui hanno replicato le altre parti.

All'udienza del 17 marzo 2022 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Con unico motivo di appello Matera Vincenzo s.r.l. critica la sentenza per aver respinto il ricorso sulla base di argomentazioni che assume non pertinenti; in particolare, non sarebbero pertinenti rispetto alla questione posta con i motivi di ricorso le seguenti circostanze:

a) che altre imprese avessero presentato offerta senza sollevare eccezioni, tanto più che con i secondi motivi aggiunti era stata contestata la loro mancata esclusione per manifesta insostenibilità delle offerte in quanto non vi erano riportati i costi di manutenzione nei rispettivi PEF (l'aggiudicataria, in specie, non aveva previsto in offerta la sostituzione programmata con cadenza fissa delle sorgenti a LED e degli alimentatori elettronici, aveva previsto la pitturazione con cadenza quinquennale di tutti i pali di sostegno, ma senza quantificarne il costo all'interno del PEF, infine, nel PEF era previsto un costo annuo fisso di circa 11 mila euro per materiali e 22 mila euro per subappalti, ma i maggiori costi non erano considerati);

b) che in conformità alle norme in materia di *project financing* non fosse stato elaborato dalla stazione appaltante un "*piano delle manutenzioni*" nell'ambito del progetto di fattibilità, poiché quel che s'era voluto evidenziare nel ricorso era come il progetto a base di gara imponesse l'esecuzione di interventi periodici di sostituzione di parte degli impianti e/o di manutenzione straordinaria alla stregua di "*contenuto minimo dell'offerta*", senza, però, che tali prestazioni fossero computate nel computo metrico e nel PEF del progetto posto a base di gara;

c) che la *lex specialis* avesse posto i rischi di manutenzione, performance e obsolescenza tecnica a carico del soggetto gestore in conformità al quadro normativo vigente, poiché l'esatta collocazione del rischio non era mai stata contestata, erano invece reputate insostenibili le prestazioni contrattuali minime previste nel progetto a base di gara;

d) che fosse consentito all'amministrazione di richiedere al promotore specifico di cui al comma 10 lett. b) (dell'art. 183 del codice) di apportare al progetto definitivo, da questi prescelto, le modifiche eventualmente concordate in fase di approvazione del progetto, poiché il Comune non aveva avviato una gara finalizzata alla scelta del promotore, ma all'affidamento della concessione: le offerte dei concorrenti potevano essere sì migliorative del progetto a base di gara ma nel rispetto dei requisiti minimi;

e) che le valutazioni dell'amministrazioni relativamente al progetto di fattibilità economica da porre a base di gara e le valutazioni delle offerte economiche fossero espressione di discrezionalità tecnica, poiché non erano in contestazione le scelte di carattere tecnico dell'amministrazione, ma la grave incoerenza tra i diversi elaborati dello stesso progetto che non permetteva di presentare un'offerta sostenibile.

2. Il motivo è fondato.

2.1. Preliminarmente va precisato che il Comune di Airola ha indetto una procedura di *project financing* ad iniziativa pubblica e a gara unica, che ha la sua disciplina nell'art. 183, commi da 1 a 14, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2924; V, 2 agosto 2019, n. 5501 in cui sono indicati i momenti salienti della procedura come si ricavano dalle disposizioni codicistiche).

Il *project financing*, come si ricava dal nome stesso dell'istituto, è un sistema di realizzazione di lavori pubblici o di servizi di pubblico interesse incentrato su di un progetto (cfr. Corte dei conti, sez. giuris. Emilia Romagna, 23 maggio 2017, n. 119), che presenta due caratteristiche fondamentali: a) risponde all'interesse pubblico dell'amministrazione a realizzare un'infrastruttura o a gestire un servizio reputato necessario per la collettività; b) si presenta come capace di generare flussi di cassa positivi che siano sufficienti a coprire i costi operativi (in questo senso, in più occasioni, è stata messa in evidenza il carattere di operazione di finanziamento indiretta per la realizzazione di un'opera pubblica, poiché basata non sulla valutazione del patrimonio del soggetto che richiede il finanziamento, ma sulla valenza tecnico - economica del progetto da realizzare).

2.2. Dalla lettura delle clausole del disciplinare di gara – e segnatamente, dal par. 3 "*Oggetto della concessione, importo e suddivisione in lotti*", il cui contenuto è stato riportato nella parte in fatto – emerge con chiarezza come attraverso la procedura di *project financing* il Comune intendesse affidare un contratto *di rendimento energetico* o *di prestazione energetica*, noto anche come E.P.C. – *Energy Performance Contract*.

In particolare, che tale fosse l'oggetto della procedura si ricava dal richiamo, contenuto nella clausola 3.2 del disciplinare, all'art. 180 d.lgs. n. 50 del 2016, che disciplina il "*Partenariato pubblico privato*" all'interno del quale, come si avrà modo di precisare, si colloca il contratto E.P.C..

2.3. Il contratto E.P.C. è definito dall'art. 2 (*Definizioni*), comma 2, lett. n), d.lgs. n. 4 luglio 2014, n. 102 (*Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE*) come: "*accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di*

miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari".

Il contratto è previsto tra le misure di promozione e miglioramento dell'efficienza energetica (in attuazione del principio europeo che pone l'efficienza energetica «al primo posto»; così l'art. 1 d.lgs. n. 102 del 2014 prima citato).

Se stipulato con una pubblica amministrazione, il contraente privato assume l'impegno al miglioramento dell'efficienza energetica e ne riceve in cambio una remunerazione variamente calcolata in ragione del risparmio energetico conseguito; in sostanza, il meccanismo negoziale predisposto deve essere tale per cui ad un maggior efficientamento degli impianti (*id est* minor costo dell'energia) corrisponda una più alta remunerazione.

2.4. Per espressa previsione normativa (art. 180, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, ove è anche specificato che "*i ricavi di gestione dell'operatore possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica*"), tale contratto rientra tra le fattispecie di "*Partenariato pubblico privato*".

Il Partenariato pubblico privato è definito dall'art. 3, comma 1, lett. eee) d.lgs. n. 50 del 2016 come "*il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento o dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione del rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*".

Elemento centrale del contratto di partenariato pubblico privato è il trasferimento del rischio all'operatore economico.

Stabilisce, infatti, il terzo comma dell'art. 180 cit. che: "*Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3, comma 1, lettere aaa), bbb) e ccc)*".

In ogni caso, è specificato che: "*Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi*

erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico".

È previsto, poi, al quarto comma che: "*A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Se la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio è imputabile all'operatore, tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico*".

Nel sesto comma è detto che: "*L'equilibrio economico finanziario, come definito dall'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3*".

Il settimo comma, infine, rinvia all'art. 165, comma 3, 4 e 5 d.lgs. n. 50 del 2016; ai fini di interesse del presente giudizio rileva, in particolare, il 3°comma, secondo periodo, nella parte in cui prevede che "*Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, 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*".

2.5. Nella procedura in esame il Comune si è avvalso della facoltà di versare all'operatore economico un canone, e, per far sì che i ricavi del gestore fossero determinati in funzione del livello di miglioramento energetico, ha previsto che la remunerazione del servizio svolto dal privato fosse data dalla differenza tra il canone (di servizio) corrisposto dall'amministrazione (fissato in € 266.000,00, oltre Iva, ma soggetto a ribasso in sede di offerta economica) e quanto corrisposto dal privato al fornitore dell'energia elettrica, con l'aggiunta dei costi per le lavorazioni richieste dall'amministrazione e di ulteriori spese (tra le quali era compreso il riscatto degli impianti di Enel).

2.6. Svolte le precedenti premesse di inquadramento normativo della procedura in esame, è possibile fissare il *thema decidendum*; nel presente giudizio non è in discussione l'avvenuto trasferimento del rischio in capo al gestore del servizio, ma se il rischio trasferito sia sostenibile alla luce delle prestazioni richieste dall'amministrazione al privato gestore.

L'appellante sostiene che il bando sia illegittimo perché nell'importo a base di gara (come pure nel P.e.f. che accompagna il progetto di fattibilità) l'amministrazione non avrebbe

considerato i costi della manutenzione straordinaria e, segnatamente, l'incidenza di due attività manutentive, la verniciatura dei pali e il cambio delle sorgenti LED, da compiere più volte nel periodo (ventennale) di durata del rapporto; ciò che a suo dire renderebbe impossibile formulare una seria offerta.

2.7. Il giudice di primo grado non ha condiviso questa critica; l'argomento principale del ragionamento svolto nella sentenza impugnata risiede nella natura del *project financing* quale procedura finalizzata ad elaborare in comune un progetto di opera pubblica e di servizio, con la conseguenza che le richieste formulate dall'amministrazione negli atti posti a base di gara andrebbero intese come *esigenze di massima* cui il privato può dar risposta proponendo modalità attuative diverse da quelle ipotizzate dall'amministrazione, in modo da rendere il servizio (o l'opera) sostenibile.

Così inteso il ragionamento del giudice di primo grado apparirebbe pienamente conferente e porterebbe a dire corretta la scelta di aggiudicare il contratto alla controinteressata, che, a fronte dell'impegno richiesto dall'amministrazione relativamente all'attività di manutenzione degli impianti, ha articolato un proprio "*piano di manutenzione*" (c.d. Full risk, ossia intervenendo sugli impianti ogni qualvolta si renda necessario e senza alcun onere per l'amministrazione), stimandone l'incidenza sul costo del servizio e giungendo a confezionare un'offerta a suo parere (e per lo stesso Comune che l'ha valutata) pienamente sostenibile.

2.8. Il Collegio, però, non condivide questo ragionamento; oltre alle caratteristiche proprie del *project financing* quale procedura finalizzata all'elaborazione in comune tra amministrazione e privato di un progetto di servizio pubblico occorre tener conto della peculiarità del contratto oggetto di affidamento in cui, come si è esposto, elemento centrale è il rischio che l'operatore economico assume e che penetra nella causa del contratto.

Non basta, allora, che le clausole contrattali in cui si traduce l'operazione economica congegnata dall'amministrazione comportino il trasferimento del rischio economico al gestore del servizio (nel caso di specie, il rischio di disponibilità), di modo che egli non abbia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi, ma è necessario pure che siano specificati tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l'operatore economico è chiamato ad assumere.

In mancanza, non potrà dirsi attendibile l'elaborazione Piano economico finanziario – nel quale l'amministrazione è tenuta a riportati i costi preveduti e i ricavi possibili di modo da prefigurare l'utile conseguibile ovvero, in sintesi, le condizioni di equilibrio economico – finanziario del servizio – e, di risulta non sarà neppure corretta l'allocazione del rischio, se è

vero che, come precisato dall'art. 180, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, già precedentemente riportato, "*L'equilibrio economico finanziario, come definito dall'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3*".

D'altronde, se l'operatore non è posto a conoscenza di tutti gli oneri del servizio che dovrà svolgere, non sarà in condizione di valutare se, per la sua organizzazione di impresa, sia in grado di sostenere il rischio senza incorrere in perdite di attività e la sua offerta risulterà inevitabilmente non attendibile, potendo accadere che sia indotto a rivedere al ribasso la qualità del servizio offerto in corso di rapporto solo per evitare perdite.

Di ciò lo appare consapevole stesso giudice di primo grado quando evoca la possibilità che ragioni diverse dal conseguimento dell'utile possano indurre un operatore economico ad assumersi l'onere economico del servizio; si tratta di un profilo che – anche a volerlo dire ammissibile nell'affidamento di un contratto pubblico – esula completamente dalla funzione tipica legale della presente procedura di gara, ove è certo, per la natura del contratto in affidamento, che gli operatori potevano attendersi un utile dalla gestione del servizio.

2.9. Alla luce delle esposte considerazioni va esaminata la documentazione di gara.

2.9.1. In primo luogo, occorre precisare che il Comune di Airola ha definito in maniera dettagliata le attività da inserire nel piano manutentivo e le tempistiche della loro esecuzione; nell'elaborato allegato al *Progetto di fattibilità tecnica economica* denominato "*Specifiche delle caratteristiche del servizio e della gestione*" è contenuta una tabella in cui, come riferito dall'appellante, è riportata quale attività manutentiva la "*sostituzione delle sorgenti a LED (il tempo di vita delle sorgenti a LED utilizzate è di oltre 100.000 ore di funzionamento)*" con una frequenza di nove anni; allo stesso modo, nel medesimo documento, si richiede che la verniciatura dei sostegni di acciaio sia effettuata quando necessario, con ulteriore precisazione per cui: "*Una periodicità per la verniciatura, in ogni caso, può essere prevista intorno ai cinque anni*".

Che gli operatori economici fossero tenuti ad inserire tali attività manutentive con dette cadenze nei propri piani di manutenzione è stato successivamente precisato con chiarimento del 20 agosto 2020 in cui espressamente si afferma che: "*si specifica, che i tempi/frequenza degli interventi manutentivi, inseriti nell'allegato FTE_08_SP "specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione", costituiscono i minimi inderogabili su cui è possibile però operare una miglioria senza stravolgere l'elemento progettuale posto a base di gara*" (in altro chiarimento, reso nella medesima data, con riguardo alla sola attività manutentiva delle verniciatura dei pali si precisava che: "*La periodicità di intervento della verniciatura, stabilita in 5 anni, pur non*

rappresentando un elemento indefettibile delle migliorie in quanto non presente nella successiva tabella, riproduce comunque uno standard minimo e quindi oggetto delle eventuali migliorie in sede di gara").

2.9.2. Quanto sopra porta a dire che l'amministrazione non si è limitata a definire gli obiettivi da perseguire in ottica di migliore realizzazione dell'interesse pubblico – come sarebbe accaduto se avesse solo richiesto l'elaborazione di un piano di manutenzione finalizzato a mantenere l'impianto elettrico in perfetto stato di funzionamento per l'intera durata del rapporto – ma ha anche specificato le modalità per conseguire siffatti obiettivi, con una significativa limitazione dell'autonomia degli operatori economici nell'organizzazione delle risorse per la gestione del servizio. Questi, pertanto, non avrebbero potuto elaborare un proprio piano di manutenzioni che non scontasse, nell'equilibrio economico della propria offerta, l'impegno ad eseguire le prestazioni richieste dall'amministrazione nei tempi fissati.

2.9.3. Inoltre, una volta definite in dettaglio le prestazioni richieste agli operatori economici in fase di gestione del servizio – nel caso di specie, quella di "*verniciatura dei pali*" e di "*sostituzione delle sorgenti LED*" – l'amministrazione avrebbe dovuto quantificarne, indicativamente ma in modo comunque attendibile e chiaro, l'onere economico, per consentire di ponderare la loro incidenza sul rischio da assumere.

Ebbene, di esse non v'è traccia – come, in generale, dell'intera attività di manutenzione ordinaria, straordinaria e programmata – nel disciplinare di gara (nella parte dedicata all'oggetto della concessione, importo e suddivisione in lotti) e nel P.E.F. elaborato dall'amministrazione.

E' sufficiente tale omissione a far dire il P.e.f. dell'amministrazione inidoneo agli scopi, prima enunciati, di definire, con esatta possibilità di previsione *ex ante*, l'effettivo equilibrio economico finanziario del servizio in affidamento, poiché non è dato agli operatori economici concorrenti di aver contezza dell'andamento economico del rapporto nel corso del tempo, se esso cioè, consenta di conseguire un utile dati gli integrali oneri economici da sostenere; che ciò porti a ritenere le offerte dei concorrenti articolate sulla base di tale P.e.f. inattendibili è conseguenza inevitabile.

L'appellante, peraltro, ha dimostrato con ragionamento convincente che si tratta di oneri economici particolarmente significativi in grado di mettere in discussione la sostenibilità del servizio: se, infatti, si tiene conto del costo di tali attività così come riportato nel documento denominato "*spesa sommaria della spesa*" (che altro non è che un computo estimativo) per i lavori iniziali, si giunge a dire che la stazione appaltante ha trascurato di considerare oneri di manutenzione per complessivi € 1.604.390,04 (dei quali € 546.806.70 per il costo delle

sorgenti a LED, cui va aggiunta la sostituzione degli alimentatori per € 250.576,64 e la verniciatura per € 340.200,00).

2.10. Si può giungere, pertanto, alle seguenti conclusioni.

Il ricorso di primo grado è fondato nella parte in cui è richiesto l'annullamento del bando di gara e gli altri atti (il disciplinare, il P.e.f., il progetto di fattibilità tecnica ed economica) elaborati dall'amministrazione e posti a base di gara, in quanto per le ragioni in precedenza espresse non consentono di definire compiutamente *ex ante* le condizioni, pur variamente formulabili in concreto, di equilibrio economico finanziario del servizio, ma sono fondati anche i motivi aggiunti diretti avverso le offerte delle altre concorrenti, nella parte in cui non hanno dichiarato il loro impegno ad eseguire le specifiche attività manutentive richieste dall'amministrazione (ovvero non ne hanno considerato l'incidenza economica nel p.e.f. trasmesso); per quanto in precedenza detto, infatti, non era loro consentito elaborare un proprio autonomo piano di manutenzione che non prevedesse le predette attività imposte dal progetto a base di gara.

2.11. In definitiva, il Comune di Airola in via conformativa, fatta salva ogni diversa valutazione, dovrà riavviare la procedura di gara a partire dall'elaborazione del bando di gara, tenendo conto delle prescrizioni date; l'annullamento del bando comporta caducazione anche del contratto stipulato.

3. In conclusione, l'appello va accolto e la sentenza di primo grado integralmente riformata; il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti sono accolti con conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati.

4. La complessità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese di lite del doppio grado tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 3661/2021, accoglie il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti proposti in primo grado.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Federico Di Matteo	**Luciano Barra Caracciolo**

IL SEGRETARIO