Pubblicato il 29/10/2018

N. 06141/2018REG.PROV.COLL.

N. 01320/2018 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 numero di registro generale 1320 del 2018, proposto da Eurogroup s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Sartorato, Marina Perona, Sergio Calvetti, Domenico Dodaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Domenico Dodaro in Roma, via Caccinin 1;

contro

Comune di Breda di Piave, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Diego Signor, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Federica Scafarelli in Roma, via Giosuè Borsi, 4;

Provincia di Treviso, in persona del Presidente *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sebastiano Tonon, Mario Ettore Verino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Mario Ettore Verino in Roma, via Barnaba Tortolini, 13;

nei confronti

Gianni Botter Impianti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco De Rosa, Gian Paolo Basso, Alfredo Irti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Marco De Rosa in Roma, via Andrea Vesalio, 22;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I n. 89/2018, concernente l'affidamento in concessione, mediante *project financing* della progettazione, realizzazione di lavori di riqualificazione, gestione e manutenzione della pubblica illuminazione in Comune di Breda di Piave (TV);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Breda di Piave, della Provincia di Treviso e della Gianni Botter Impianti s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2018 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Sartorato, Signor, Morcavallo in dichiarata delega di Verino, e Basso;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Eurogroup s.p.a. presentava al Comune di Breda di Piave una proposta di finanza di progetto per la progettazione e la realizzazione dei lavori di riqualificazione e di gestione della pubblica illuminazione con successiva gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la previsione del diritto di prelazione in capo al promotore, con una spesa di circa 1.000.000,00 di €. di cui al 70% a carico del privato, un contributo pubblico del 30% ed un utile, nel periodo decennale di validità della concessione, di quasi

240.000 €., a fronte del percepimento da parte dell'impresa di un c.d. "canone di disponibilità" posto a carico del Comune concedente.

I due concorrenti partecipanti, Gianni Botter Impianti s.r.l. e il promotore, presentavano le loro offerte, il secondo mirando in specie sulla qualità delle migliorie tecniche offerte rispetto al progetto, la Botter invece apportando un importante ribasso sul canone a carico del Comune posto a base di gara, puntando per converso sulla valorizzazione dei cd. contributi per i Certificati Bianchi (che Botter aveva indicato di voler acquisire direttamente, senza riconoscerli al Comune di Breda di Piave, a differenza della Eurogroup).

In esito alla valutazione della commissione, la Botter conseguiva il miglior punteggio complessivo, sottoposto tra l'altro ad analisi del r.u.p. ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50/ del 2016 prima della formalizzazione dell'aggiudicazione definiva.

A seguito dell'aggiudicazione a favore di Botter, il promotore Eurogroup non esercitava nei termini il proprio diritto di prelazione.

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Veneto la Eurogroup lamentava di non essere stata messa nella condizione di esercitare tale diritto di prelazione, a causa dell'inattuabilità, non solo economica, del progetto risultato vincitore, in quanto il sistema di gestione non sarebbe mai potuto entrare nella piena disponibilità del Comune, l'incompetenza del r.u.p. ad esaminare autonomamente le giustificazione fornite non compatibili con l'offerta tecnica, l'insostenibilità del piano economico finanziario" presentato dalla Botter, la non giustificabilità del ribasso a base d'asta rispetto alla valorizzazione dei certificati bianchi operata, l'asseverazione del piano economico finanziario in violazione del disposto del comma 9 dell'art. 183 d.lgs. n. 50 del 2016, avvenuta da parte di società finanziaria autorizzata solo temporaneamente all'attività e poi cessata per intervenuta cancellazione in data 26 aprile 2017.

Si costituivano in giudizio il Comune di Breda di Piave, la Provincia di Treviso e la Gianni Botter Impianti, sostenendo tutte l'infondatezza del ricorso.

Con la sentenza n. 89 del 25 gennaio 2018 il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.

Era stimato infondato il primo motivo, la legge di gara non richiedendo che il sistema di telecontrollo da proporre dovesse essere di tipo "aperto", ovvero basato sull'uso di un *software* libero, bensì solo che tale sistema consentisse all'Amministrazione comunale, nel corso della concessione, la disponibilità dei dati e delle informazioni relative al funzionamento dell'impianto di illuminazione, con la facoltà che al termine della concessione l'Amministrazione potesse scegliere il tipo di gestione economica, nel senso che in ogni caso era sufficiente che al Comune venisse assicurata la stessa disponibilità dei dati in precedenza assicurata dal centro di controllo e gestione; ed inoltre lo schema di convenzione di concessione prevedeva espressamente il passaggio senza alcun onere nella disponibilità del Comune della gestione dei servizi alla scadenza della concessione. E nemmeno la ricorrente era era obbligata a collegarsi alla Philips, il *server* remoto nel corso della gestione da affidare.

Ancora infondato era il secondo motivo, in primo luogo quanto all'asserita incompetenza del r.u.p., visto che non si trattava di una formale verifica di anomalia dell'offerta, ma di una sostanziale acquisizione di chiarimenti, in secondo luogo non si poteva rilevare una sostituzione della bozza di convenzione, dato che i valori economici diversi indicati dall'aggiudicataria derivavano necessariamente dalle migliorie apportate dall'offerta economica della Botter.

Il terzo e il quarto motivo erano inammissibili, oltre che infondati, poiché nella sostanza introducevano censure di merito afferenti la valutazione dei flussi di cassa ed in parte travisavano gli equilibri dell'offerta economica. Oltretutto la valutazione dei c.d. certificati bianchi appariva del tutto credibile alla luce dei dati di mercato.

Infine infondato era il quinto motivo relativo alla violazione dell'art. 183, comma 9, d. lgs. n. 50 del 2016, in quanto il piano economico finanziario sarebbe stato asseverato da una società non abilitata a norma di legge, visto che il Cred.it s.p.a. era intermediario finanziario autorizzato dalla Banca d'Italia ed iscritto all'apposito elenco al momento della data dell'asseverazione.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 9 febbraio 2018, Eurogroup s.p.a. impugnava la sentenza e deduceva dapprima la cattiva interpretazione sulla conformità della convenzione proposta dall'aggiudicataria rispetto alla legge di gara e sulle modificazioni che non potevano essere intese come conseguenza delle migliorie; in secondo luogo sulla non compresa fornitura da parte di Botter di un sistema "chiuso" contrariamente a quanto stabilito dalla legge di gara, la quale richiedeva che al termine dei dieci anni di gestione il sistema potesse essere acquisito nella piena disponibilità del Comune, mentre la piattaforma di gestione ed i prodotti dovevano invece rimanere nelle mani della Philips, casa produttrice.

Con i motivi terzo e quarto l'appellante si doleva dell'omesso esame perché la sentenza si sarebbe limitata ad affermare la correttezza dei controlli del r.u.p. e non avrebbe valutato l'incongruità dell'offerta economica aggiudicataria, della quale si forniva una valutazione analitica, e della mancata asseverazione del piano economico e finanziario rivisitato dopo l'aggiudicazione provvisoria senza asseverazione.

Da ultimo l'appellante ritornava sulla natura del soggetto asseveratore, intervenuto in violazione dell'art. 183, comma 9, d. lgs. 50 del 2016, in quanto non era né un istituto di credito, né una società di servizi costituita da istituti di credito, ma esclusivamente una società finanziaria.

Tutte le parti intimate si sono costituite in giudizio ed hanno chiesto il rigetto dell'appello, perché infondato.

All'udienza pubblica del 20 settembre 2018 la causa è passata in decisione.

L'appello va accolto, in vista della fondatezza assorbente del quinto ed ultimo motivo.

L'art. 183, comma 9, d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 afferma che le offerte devono contenere, tra l'altro, *"un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966".*

Nella specie, il piano economico-finanziario presentato dalla Gianni Botter Impianti è stato asseverato dalla Cred.it s.p.a., intermediario finanziario autorizzato dalla Banca d'Italia ed iscritto al momento della data dell'asseverazione all'elenco di cui all'art. 106 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

Questo elemento è stato ritenuto sufficiente dalla sentenza per legittimare in capo alla Cred.it la titolarità ad asseverare il piano economico-finanziario dell'appellata.

Il Collegio ritiene erronea l'interpretazione data dalla sentenza impugnata sulla sufficienza dell'iscrizione all'albo degli intermediari finanziari istituito dal Testo unico bancario: l'art. 183, comma 9 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che le asseverazioni dei piani economico-finanziari siano rilasciate da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385. Il che significa che si versa nella palese coesistenza di due condizioni entrambe necessarie: l'essere un istituto di credito oppure una società di servizi costituita dall'istituto di credito stesso – o da uno o più istituti di credito e comunque con tale matrice – e l'essere in possesso dell'iscrizione nell'elenco generale degli intermediari finanziari previsto dal Testo unico delle leggi bancarie.

Ne consegue che la mera iscrizione assolve uno delle due condizioni, ma non esaurisce il complesso dei titoli richiesti.

Si deve a questo punto ricostruire la natura di Cred.it s.p.a., la quale non svolge attività di raccolta di risparmio, il che elimina in radice la possibilità di sua individuazione come istituto di credito.

La società ha una compagine azionaria di venticinque soci, tra i quali alcune persone fisiche ed altre giuridiche che agiscono con evidenza nel campo industriale, segnatamente in quello dell'energia, ed in ogni caso le controllanti sostanziali sono due per il 42,2679% ciascuna e dunque per un complessivo 84,5358%: esattamente la Sunflower Holdings Limited e la Immobiliare ISIS s.r.l., la prima una persona giuridica con sede a Malta la cui natura di istituto di credito non è provata e la seconda, oltre alla denominazione non pertinente con l'attività creditizia, appare una società immobiliare , del resto come provato dal fatto che la medesima è la locatrice di un immobile in Lucera per la nuova direzione generale della partecipata Credit. s.p.a..

Perciò, sulla scorta dell'interpretazione fornita dell'art. 106 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e al di là delle asserzioni delle parti intimate, la Cred.it s.p.a. non poteva essere soggetto asseveratore del piano economico-finanziario della Gianni Botter e l'offerta di quest'ultima si dimostra carente di uno degli elementi fondamentali prescritti dal codice dei contratti pubblici con la riforma della sentenza impugnata e la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione alla Gianni Botter del progetto, realizzazione e manutenzione della riqualificazione della pubblica illuminazione di Breda di Piave.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno appare irrilevante, in quanto l'intervento non è stato avviato.

Per tali considerazioni l'appello deve essere accolto con tutte le conseguenze descritte.

Le spese di giudizio possono essere compensate, vista anche la giurisprudenza formatasi in materia di soggetti asseveratori.

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 impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Raffaele Prosperi	**Giuseppe Severini**