

Pubblicato il 07/01/2021

**N. 00037/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00700/2020 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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 700 del 2020, proposto da Citelum S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Busto Arsizio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Antonietta Carra e Michela Beretta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza fra i Comuni di Busto Arsizio e Gallarate, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

*nei confronti*

A2A Illuminazione Pubblica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi e Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione dirigenziale n. 141 del 7 febbraio 2020, trasmessa in data 11 febbraio 2020, con la quale è stato disposto il subentro del costituendo RTI A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. nell'aggiudicazione del contratto di concessione avente ad oggetto la gestione del servizio di illuminazione pubblica nel territorio del Comune di Busto Arsizio (CUP G41C19000020006 – CIG 79268557AD) originariamente disposta in favore della Citelum S.A.;
- dell'operato dell'Amministrazione e di tutti i verbali di gara, nella parte in cui è stato ammesso alla procedura di gara il costituendo RTI A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. e, ove occorra, della Determinazione dirigenziale n. 1569 del 31 dicembre 2019;
- ove occorra e in via subordinata del paragrafo 7.3.3. del Disciplinare di gara;
- di ogni altro atto, presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto;

per la declaratoria d'inefficacia

del contratto eventualmente medio tempore stipulato con il RTI A2A Illuminazione Pubblica S.r.l.,

e per la conseguente condanna

dell'Amministrazione al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato con il RTI A2A Illuminazione Pubblica S.r.l.,

e al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. il 25 maggio 2020 :

per l'annullamento

- della Determinazione n. 1569/2019 del 31 dicembre 2019 – comunicata al RTI A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. con nota a mezzo pec prot. n. 690/2020 del 3 gennaio 2020 – con cui il Comune di Busto Arsizio ha

disposto l'aggiudicazione in favore della società Citelum S.A. della procedura aperta per l'affidamento in PPP (concessione), tramite finanza di progetto di cui all'art. 183 d.lgs. n. 50/2016 per la gestione del servizio di illuminazione pubblica nel territorio comunale di Busto Arsizio (CUP G41C19000020006 – CIG 79268557AD), assegnando contestualmente al promotore il termine di 15 giorni per l'esercizio del diritto di prelazione;

- dei verbali di gara dell'8 ottobre 2019 e del 17 ottobre 2019, nella parte in cui la Commissione giudicatrice ha rilevato la completezza della documentazione tecnica di Citelum S.A. e ha disposto la sua ammissione alle successive fasi di gara, nonostante le irregolarità riscontrabili nella documentazione contenuta nella busta telematica tecnica dalla stessa presentata in sede di offerta;

- del verbale di gara del 20 novembre 2019, nella parte in cui la Commissione di gara, dopo aver generato sulla piattaforma Sintel la graduatoria, ha dato atto che *“salve le verifiche di legge, la proposta di aggiudicazione sarà effettuata nei confronti dell'operatore economico CITELUM S.A.”*;

- dell'operato dell'Amministrazione e di tutti i verbali di gara – ivi compresi i verbali delle sedute riservate, tra cui la seduta riservata dell'11 novembre 2019, in cui la Commissione giudicatrice ha esaminato la documentazione tecnica presentata da Citelum S.A. ed attribuito i punteggi tecnici – nella parte in cui, anziché procedere all'esclusione della società Citelum S.A., ha ammesso tale società alla fase di apertura delle buste economiche e, successivamente, ha disposto in suo favore l'aggiudicazione della procedura di gara;

- della Relazione del RUP prot. n. 148826/2019 del 27 dicembre 2019, in cui il RUP ha confermato la proposta di aggiudicazione in favore di Citelum S.A.;

- ove occorra, della Determinazione dirigenziale n. 141 del 7 febbraio 2020, trasmessa in data 11 febbraio 2020, nella parte in cui il costituendo RTI A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. è stato dichiarato aggiudicatario in forza del subentro nell'aggiudicazione originariamente disposta in favore della Citelum S.A., con conseguente obbligo di eseguire il contratto conformemente

- all'offerta presentata dall'originaria aggiudicataria e di rimborsare alla stessa le spese sostenute per la predisposizione dell'offerta;
- ove occorra e in via subordinata, dell'art. 15 del Disciplinare di gara, nella parte in cui non ha previsto, in conformità con l'art. 83, c. 9, d.lgs. n. 50/2016, la sanzione dell'esclusione in caso di mancata sottoscrizione degli elaborati dell'offerta tecnica da parte del legale rappresentante del concorrente e dei progettisti specialisti incaricati degli elaborati;
  - conseguentemente, dell'originaria aggiudicazione disposta in favore di Citelum S.A. e con relativo riconoscimento del diritto del RTI A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. di vedersi aggiudicata la procedura di gara sulla base della propria offerta, senza la necessità di dover provvedere all'esercizio del diritto di prelazione di cui all'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016 ed all'adempimento dei connessi obblighi di eseguire il contratto alle medesime condizioni offerte da Citelum S.A. e di rimborsare alla stessa le spese sostenute per la predisposizione dell'offerta;
  - di ogni altro atto, presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Busto Arsizio e di A2A Illuminazione Pubblica S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale della società controinteressata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza da remoto del giorno 22 dicembre 2020 la dott.ssa Katuscia Papi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con Bando pubblicato sulla GUUE il 17 giugno 2019 e sulla GURI il 28 giugno 2019 veniva indetta la procedura aperta, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento in

concessione, tramite finanza di progetto ai sensi dell'art. 183 del D. Lgs n. 50/2016, del servizio di gestione dell'illuminazione pubblica nel territorio del Comune di Busto Arsizio per la durata di 19 anni e per un valore stimato di € 26.277.000,00 iva esclusa.

Alla gara partecipava, oltre alla società Citelum S.A., il costituendo RTI tra A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. (mandataria) e Varese Risorse S.p.a. (mandante), che aveva presentato, nella prima fase della procedura di *project financing*, il progetto dichiarato di pubblico interesse posto a base di gara.

Nella graduatoria stilata all'esito della valutazione tecnica ed economica delle offerte, Citelum si collocava al primo posto, con un punteggio di 89,131 (punteggio tecnico 69,131/80 - punteggio economico 20/20), mentre il RTI A2A era secondo, con il punteggio di 65,048 (punteggio tecnico 56,917/80 - punteggio economico 8,131/20).

Conseguentemente, con la determinazione n. 1569 del 31 dicembre 2019, la concessione veniva aggiudicata a Citelum.

2. In seguito, con nota del 16 gennaio 2020, il RTI A2A dichiarava: *«di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario Citelum S.A.; per l'effetto, di esercitare [...] il diritto di prelazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 183 comma 15 D. Lgs. 50/2016».*

La Stazione appaltante, con Determinazione dirigenziale n. 141 del 7 febbraio 2020, dichiarava pertanto il subentro del RTI A2A nell'aggiudicazione dapprima disposta in favore di Citelum S.A.

3. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la società Citelum S.A. impugnava la suddetta determinazione di subentro, chiedendone l'annullamento, previa sospensione in sede cautelare, per i seguenti motivi (tutti volti a evidenziare come l'offerta presentata dal raggruppamento in sede di gara avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di evidenza pubblica, con conseguente difetto del diritto al subentro):

I) *«Violazione e falsa applicazione degli artt. 180, 181, co. 4 e 165 del D.Lgs. n. 50/2016; Violazione del punto 4.2 delle Linee Guida ANAC n. 9/2018; Violazione*

*del paragrafo 16 del Disciplinare di gara; Violazione della par condicio fra i concorrenti; Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.); Eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, illogicità e contraddittorietà dell'atto; Sviamento»,* ove si rilevava come la versione in formato elettronico del Piano Economico Finanziario presentato dal RTI A2A fosse priva delle formule di calcolo; ciò avrebbe dovuto determinare l'esclusione del raggruppamento, stante la carenza di un requisito minimo dell'offerta, individuato come tale dalle Linee Guida ANAC n. 9/2018 (punto 4.2) e dal Disciplinare di Gara (par. 16);

II) «*Violazione dell'art. 79, co. 7 del D.P.R. n. 207/2010; Violazione degli artt., in combinato disposto, 59, co. 1 bis e 216, co. 14 del D. Lgs n. 50/2016 e 79, co. 7 del D.P.R. n. 207/2010; Violazione degli artt., in combinato disposto, 83, co. 2 e 216, co. 14 del D.Lgs n. 50/2016 e 79, co. 7 del D.P.R. n. 207/2010, Violazione dell'art. 59, co. 4, lett. b) del D.Lgs n. 50/2016; Violazione dei paragrafi 7.3.2 e 7.3.3. del Disciplinare di gara; Violazione della par condicio fra i concorrenti; Violazione dei principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.); Eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta»,* col quale si rilevava l'assenza, il capo al RTI A2A, dei requisiti di qualificazione tecnico professionale richiesti dalla *lex specialis*;

III) «*Violazione dell'art. 59, commi 1 bis e 4 lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016; Violazione del punto 4.3.2.1 del D.M. del 27.9.2017; Violazione dei paragrafi 7.3.2, 7.3.3 e 14.3.1 del Disciplinare di gara; Violazione della par condicio fra i concorrenti; Violazione dei principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.); Eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta»,* con cui si deduceva la carenza, nel soggetto responsabile della progettazione, di due delle figure professionali previste dal punto 7.3.3 del Disciplinare, ovvero il progettista illuminotecnico e il coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione.

La parte ricorrente chiedeva altresì il risarcimento del danno subito a causa dell'illegittimo operato della p.a., *in primis* in forma specifica, mediante

subentro nell'aggiudicazione e/o nel contratto eventualmente stipulato, e, in subordine, per equivalente.

Veniva altresì proposta domanda per la concessione della tutela cautelare, anche ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

Si costituivano in giudizio il Comune di Busto Arsizio e la controinteressata A2A Illuminazione Pubblica S.r.l., istando per la reiezione di tutte le domande proposte con l'atto introduttivo del giudizio.

4. In ossequio al decreto cautelare n. 54/2020, il Comune di Busto Arsizio depositava relazione istruttoria.

L'istanza *ex art. 55 c.p.a.*, trattata alla camera di consiglio dell'8 maggio 2020, veniva respinta, con spese compensate, mediante l'ordinanza n. 693/2020.

5. Con ricorso incidentale depositato il 25 maggio 2020, A2A Illuminazione Pubblica S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con Varese Risorse S.p.a., chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione inizialmente disposta in favore della Citelum S.A., rilevando la presenza di cause escludenti nei confronti dell'aggiudicataria, per i seguenti motivi:

I) «*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, c. 9, d.lgs. n. 50/2016 – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 91 d.lgs. 81/2008 – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13 e 15 del Disciplinare di gara – Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione dei principi del giusto procedimento, di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa – Violazione del principio di par condicio fra i concorrenti - Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, difetto di istruttoria e carenza di motivazione*», col quale si deduceva l'omessa sottoscrizione del piano della sicurezza facente parte dell'offerta di Citelum da parte del Coordinatore della Sicurezza in fase di Progettazione, prevista a pena di esclusione dall'art. 15 del disciplinare di gara;

II) «*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, c. 9, d.lgs. n. 50/2016 – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13 e 15 del Disciplinare di gara – Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione dei principi del giusto procedimento, di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa – Violazione del principio di par condicio fra i*

*concorrenti - Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, difetto dei presupposti in fatto e in diritto, travisamento»,* ove si rilevava l'omessa sottoscrizione, da parte del legale rappresentante di Citelum, di parte della documentazione di gara, e segnatamente dell'allegato denominato «Disciplinare tecnico e schede dei materiali delle tecnologie previste», come già rilevato dalla commissione giudicatrice della gara;

III) *«Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, c. 9, d.lgs. n. 50/2016 – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 15 del Disciplinare di gara – Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione dei principi del giusto procedimento, di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa – Violazione del principio di par condicio fra i concorrenti - Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, difetto di istruttoria e carenza di motivazione»,* col quale si evidenziavano profili di difformità tra l'offerta della ricorrente principale e il progetto posto a base di gara;

IV) *«Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, c. 9, d.lgs. n. 50/2016 – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13 e 15 del Disciplinare di gara – Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione dei principi del giusto procedimento, di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa – Violazione del principio di par condicio fra i concorrenti - Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, difetto di istruttoria e carenza di motivazione»,* relativo alla mancanza del «Disciplinare tecnico» delle infrastrutture tecnologiche offerte nell'ambito dell'offerta Citelum, e altre irregolarità nell'offerta della ricorrente.

La ricorrente incidentale A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. chiedeva dunque l'annullamento dell'aggiudicazione originariamente disposta in favore di Citelum, e l'aggiudicazione al RTI A2A-Varese Risorse alle condizioni contrattuali offerte da tali società.

Resistevano al ricorso *ex art. 42 c.p.a.* il Comune di Busto Arsizio e la Citelum S.A., che ne rilevava, in sede preliminare, l'irricevibilità per tardività e/o l'inammissibilità.

6. All'udienza da remoto del 22 dicembre 2020 la causa veniva tratta in decisione.

7. Si procede, *in primis*, alla disamina del ricorso principale, proposto dalla società prima classificata, Citelum S.A., la quale, come indicato, aveva perso l'aggiudicazione per effetto della prelazione esercitata, ai sensi dell'art. 183 comma 15 D. Lgs. 50/2016, dal soggetto promotore, secondo graduato. Mediante l'impugnazione, Citelum rilevava l'inammissibilità dell'offerta del promotore (RTI A2A – Varese Risorse), dalla quale sarebbe derivata l'insussistenza del diritto di prelazione in capo al raggruppamento e, per conseguenza, il consolidamento dell'aggiudicazione in capo alla stessa ricorrente Citelum.

Invero, come acclarato dalla giurisprudenza, il soggetto promotore, nella procedura *ex art.* 183 D. Lgs. 50/2016, può accedere alla prelazione (e dunque al conseguimento dell'aggiudicazione alle condizioni offerte dalla ditta prima classificata) solo ove l'offerta presentata dallo stesso promotore sia regolarmente ammessa alla gara. Pertanto, in caso di offerta inammissibile da parte del promotore, tale soggetto non sarà ammesso a esercitare l'opzione di cui all'art. 183 comma 15 cit., e a conseguire l'aggiudicazione.

A tal riguardo, si è infatti affermato che: *«La norma di cui all'art. 183, d.lg. n. 50/2016 prevede una speciale figura di affidamento di concessione di lavori pubblici attraverso lo strumento della finanza di progetto. Trattasi di una tipologia di scelta del contraente in cui un soggetto, c.d. promotore, propone un progetto di fattibilità delle opere a farsi che viene posto a base di gara, ma la scelta dell'operatore economico cui affidare la concessione presuppone comunque una procedura ad evidenza pubblica, con l'indizione di una gara regolata da un bando, da un disciplinare di gara dalla fase di valutazione e/o comparazione delle offerte e così via. In particolare, poi, la facoltà di cui al comma 15 di detto articolo, che è solo eventuale, residua a conclusione della gara alla quale il promotore ha preso parte e nella misura in cui sia utilmente posizionato in graduatoria, di guisa che la partecipazione alla procedura selettiva e la valutazione della sua offerta costituiscono condizione sine qua non per poter, eventualmente, esercitare il diritto di prelazione, ancorché*

*lo stesso promotore non sia aggiudicatario della gara. Se così non fosse, se cioè si vuole prescindere dall'ammissione alla gara e dall'utile collocazione in graduatoria significherebbe stravolgere il senso e la portata prescrittiva delle disposizioni di cui al citato art. 183 del Codice dei Contratti pubblici. Se ne deduce allora che la ricorrente, originaria aggiudicataria della gara, ha un interesse sostanziale e processuale a contestare l'aggiudicazione definitiva effettuata in favore della controinteressata, in ragione dell'esercitato diritto di prelazione, dovendosi perciò riconoscere alla ricorrente il possesso di un titolo adeguato a chiedere l'annullamento dell'affidamento della concessione di che trattasi solo in virtù dell'esercitato diritto di prelazione di cui al comma 15 del citato art. 183» (TAR Valle d'Aosta, Aosta, I, 15 maggio 2019, n. 26); «La mancata asseverazione del P.E.F. deve essere sanzionata con l'esclusione della concorrente, con conseguente preclusione della facoltà di prelazione di cui all'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016» (TAR Campania, Napoli, I, 7 febbraio 2020, n. 611).*

Tanto premesso sotto il profilo sistematico, si procede dunque a vagliare le censure escludenti contenute nel ricorso della Citelum.

7.1. Con il primo motivo di gravame veniva contestata l'irregolarità dell'offerta del Raggruppamento A2A, che, secondo la prospettazione di parte ricorrente, avrebbe dovuto essere esclusa, stante l'incompletezza del Piano Economico Finanziario. Invero, il raggruppamento A2A presentava, con la propria offerta, il Piano Economico finanziario (di seguito, per brevità, PEF), sia in formato pdf asseverato dai soggetti indicati nell'art. 183 comma 9 D. Lgs. 50/2016, sia, come richiesto dall'art. 16 del Disciplinare di gara, in formato elettronico. Secondo la ricorrente, il PEF presentato dal RTI A2A in formato elettronico non avrebbe contenuto l'esposizione delle formule di calcolo. Sostenendo che tale indicazione era richiesta a pena di inammissibilità dell'offerta, ai sensi dell'art. 16 del Disciplinare e delle Linee Guida ANAC n. 9/2018, la Citelum deduceva la necessaria esclusione del raggruppamento dalla procedura.

7.1.1. La censura non è fondata. Ritiene infatti il Collegio che l'inserimento delle formule di calcolo del formato elettronico del PEF non sia richiesto a

pena di inammissibilità dell'offerta. Conseguentemente, in ossequio al principio di tassatività delle cause di estromissione dalle procedure di evidenza pubblica (art. 83 comma 8 D. Lgs. 50/2016), l'offerta del Raggruppamento non avrebbe potuto essere esclusa dalla gara per tale ragione.

Ciò, sulla base delle considerazioni che seguono.

7.1.2. Non risultano, *in primis*, disposizioni del codice dei contratti pubblici che consentano di ritenere che la presenza di formule di calcolo, nell'esemplare elettronico del PEF, sia richiesta a pena di esclusione. In particolare, una siffatta disposizione non si rinviene nell'art. 183 D. Lgs. 50/2016, che al comma 9 disciplina il PEF individuandone il necessario contenuto, senza fare alcun riferimento alle formule matematiche utilizzate.

7.1.3. Si procede dunque con la disamina della legge di gara. Ai sensi dell'art. 16 del Disciplinare, «*Contenuto della busta telematica economica*», si prevede che: «*Nella busta economica dovranno essere inseriti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: [...] - il 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'art. 106 del D. Lgs. 383/1993 o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della Legge n. 1966/1939; [...] L'offerta economica deve comprendere anche il piano economico-finanziario della concessione, asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, dell'art. 183 del Codice, presentato anche in formato elettronico, con l'indicazione delle formule di calcolo, in ossequio a quanto previsto nelle linee guida ANAC n. 9 approvate con delibera n. 318 del 28/03/2018, contenente i seguenti elementi: - Convenienza economica; - Margine di contribuzione; - Reddito netto di commessa; - Flussi di cassa e valutazione finanziaria; - Valore Attuale Netto (VAN); - Tasso interno di rendimento (TIR); - Pay-back period. Il PEF secondo quanto indicato al cap. 3.3.4 del D.M. 28/03/2018 dovrà altresì includere: - Costo per le spese tecniche; - Costo per la redazione dei documenti richiesti dalla procedura di aggiudicazione; - Costo degli interventi; - i costi relativi alla spesa energetica e alla gestione nella situazione ex ante e in quella ex post; - i tempi della realizzazione degli interventi; - la quantificazione della riduzione degli impatti ambientali, ed in particolare del risparmio energetico conseguibile; -*

*il calcolo dei risparmi economici annuali per energia e manutenzione. [...] Non saranno ammesse offerte economiche non coerenti con i dati esposti nel PEF. [...]*».

Ritiene il Collegio che nemmeno il riportato art. 16 del Disciplinare contenesse una richiesta posta a pena di inammissibilità dell'offerta, con riferimento alle formule matematiche usate nel PEF.

L'inammissibilità, con riferimento al Piano economico finanziario dell'offerta, è prevista espressamente dalla legge di gara solo in caso di omissione del documento o di mancata asseverazione ai sensi dell'art. 183 comma 9 primo periodo D. Lgs. 50/2016, oltre che in ipotesi di incoerenza tra PEF e offerta economica. La produzione in formato elettronico, e la richiesta delle formule di calcolo, sono invece richieste in un apposito e separato periodo, che si apre con la formula 'additiva': «*L'offerta economica deve comprendere anche [...]*». Si tratta dunque, evidentemente, della richiesta di un elemento ulteriore rispetto a quelli essenziali, non posta (in conformità all'art. 183 D. Lgs. 50/2016), a pena di esclusione dell'offerta.

Peraltro, in assenza di una specifica elencazione e definizione delle formule matematiche da indicare, non potrà certo ritenersi che la generica previsione recata dalla legge di gara possa avere portata escludente. In virtù del principio del *favor participationis*, che è corollario del principio di massima concorrenza cui la normativa in materia di appalti è prioritariamente ispirata, non può invero riconnettersi l'effetto dell'estromissione dalla procedura a una disposizione la cui portata risulti vaga, priva di contorni definiti e puntuali, che rendono non obiettivamente riscontrabile l'osservanza della stessa da parte dell'impresa concorrente. Proprio in relazione alla carente definizione dei contorni applicativi della disposizione, l'effetto escludente propugnato dalla ricorrente si scontra altresì con il principio di leale collaborazione tra la p.a. e il privato; il quale, nel partecipare a una procedura di evidenza pubblica, deve poter individuare con certezza e obiettività gli adempimenti di cui deve farsi carico e alla cui inosservanza è ricollegata la sanzione esiziale

dell'estromissione dalla gara. La prospettazione difensiva di Citelum non è dunque suffragata dal contenuto della *lex specialis*.

7.1.4. Secondo la tesi di parte ricorrente, il requisito (formule matematiche nel PEF elettronico) dovrebbe intendersi in ogni caso posto a pena di esclusione in virtù dell'eterointegrazione del bando ad opera delle Linee Guida ANAC n. 9, approvate dall'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018, espressamente richiamate dall'art. 16 del Disciplinare.

Orbene, le suddette linee guida hanno per oggetto il «*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti partenariato pubblico privato*». Le linee guida sono distinte in due parti. La parte I contiene «*indicazioni, ai sensi dell'art. 213 comma 2 del codice dei contratti pubblici, per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti di PPP a partire dalla fase che precede l'indizione della procedura di gara*». La seconda parte, recante «*prescrizioni sulle modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP*», introduce elementi «*vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del citato art. 181, comma 4, del codice dei contratti pubblici*» (dalla Premessa alle Linee Guida 9/2018).

La parte II delle Linee Guida n. 9/2018, unica a contenere previsioni vincolanti diretti alle stazioni appaltanti, stabilisce, all'art. 4.2 che: «*Alcuni elementi essenziali del contratto derivano dal contenuto dell'offerta selezionata come migliore. Per ogni strumento di PPP, in relazione a quanto previsto nel bando e alla tipologia e oggetto del contratto di PPP, al fine di realizzare un efficace monitoraggio sulla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, le amministrazioni devono prevedere il seguente contenuto minimo dell'offerta: a) il PEF redatto in formato elettronico con indicazione delle formule di calcolo e gli elaborati previsti nel bando [...]*». Nel recare la suddetta previsione, tuttavia, le Linee Guida non individuano in modo diretto quali sono le formule che dovrebbero essere riportate nel PEF elettronico a pena di esclusione, limitandosi a rinviare alle formule e agli allegati previsti dal bando. Nel caso di specie, come sopra evidenziato, la *lex specialis* non prevede formule di calcolo richieste a pena di esclusione; nessuna elencazione né

descrizione di formule di sorta è infatti recata dalla legge di gara. D'altra parte, si ribadisce, non può certo immaginarsi un meccanismo escludente, che colpisca l'impresa inadempiente con la sanzione esiziale dell'estromissione dalla procedura, in assenza di una specifica e inequivoca richiesta circa il contenuto dell'onere da assolvere. Nel contempo, la legge di gara non veniva impugnata dalla ricorrente sotto tale profilo (ovvero con riferimento all'ipotetico contrasto con il citato art. 4.1 delle Linee Guida ANAC, il cui precetto si rivolge alle stazioni appaltanti in sede di redazione della *lex specialis* di gara nelle ipotesi di PPP, non già ai concorrenti che alla gara partecipano); la stessa deve dunque essere applicata dalla stazione appaltante e da questo Tribunale.

In conclusione, posto che né direttamente le linee guida ANAC richiamate dal disciplinare, né in via applicativa la stazione appaltante nella redazione della legge di gara richiedevano l'esposizione di formule di calcolo specificamente indicate, non può ravvisarsi, nell'offerta del raggruppamento A2A – Varese Risorse, una causa di esclusione legata all'omessa evidenziazione di formule matematiche. Dunque, il RTI A2A non poteva essere escluso per effetto della pretermessa indicazione di formule che nessuna disposizione gli aveva specificamente richiesto di evidenziare.

7.1.5. V'è da aggiungere, peraltro, che l'art. 3 delle Linee Guida, contenuto nella parte I (non vincolante) del documento ANAC, non richiamato dal successivo art. 4 delle Linee Guida stesse, sopra riportato, fa riferimento ad alcune grandezze individuate come utili ai fini del controllo dell'equilibrio economico finanziario del PEF. Gli indicatori presi in considerazione sono: l'indice TIR o IRR (Internal Rate of Return, o Tasso Interno di Rendimento, che evidenzia, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati al Progetto); il VAN o NPV (Net Present Value o Valore Attuale Netto, che identifica, in termini monetari, il valore creato o disperso dal progetto nell'arco del periodo del contratto, riferibile al progetto nel suo complesso o al singolo azionista); il DSCR (Debt Service Cover Ratio, che

rappresenta il rapporto tra l'importo del flusso di cassa disponibile in un determinato periodo e il servizio del debito – per capitale e interessi – per il medesimo periodo); il LLCR (Long Life Cover Ratio, che indica, con riferimento a ciascuna data di calcolo, il rapporto tra il valore attuale netto del flusso di cassa disponibile per il periodo intercorrente tra la data di calcolo e la data finale di rimborso del finanziamento, applicando un tasso di sconto pari al tasso di interesse di tale finanziamento, e la somma degli importi erogati e non rimborsati del finanziamento alla stessa data di calcolo).

Orbene, il PEF in formato elettronico del Raggruppamento A2A, allegato nel fascicolo di causa dalla ricorrente principale, reca l'indicazione delle formule relative a quante, tra le suddette grandezze, rilevano nella presente fattispecie. È infatti evidenziata, nella casella E74 del foglio Excel, la formula per la determinazione del IRR; nella casella E73 è riscontrabile la formula per la determinazione del VAN di progetto; gli indici DSCR e LLCR, attenendo all'ipotesi di indebitamento dell'operatore privato, non sono stati individuati dal RTI A2A in quanto il raggruppamento dava atto, nello stesso PEF, che non avrebbe fatto ricorso all'indebitamento, provvedendo a realizzare il progetto con solo capitale proprio.

A maggior ragione, quindi, l'offerta di A2A e Varese Risorse non poteva essere esclusa con riferimento alle formule di calcolo, non avendo la parte ricorrente dato prova della relativa omissione.

7.1.6. Il primo motivo di gravame va dunque disatteso.

7.2. Si procede ora alla disamina del secondo motivo di impugnazione.

La censura prende le mosse dalle previsioni dell'art. 7.3.2 del Disciplinare di gara. Tale disposizione della *lex specialis*, considerato che la procedura selettiva, oltre alla gestione del servizio di illuminazione e alla fornitura di energia elettrica, contemplava anche l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e l'esecuzione di alcuni lavori, richiedeva ai concorrenti il possesso dell'attestazione di qualificazione SOA, in corso di validità, per la categoria OG10, almeno per la classifica VI, per progettazione e costruzione. Lo stesso

paragrafo del Disciplinare stabiliva poi che le imprese attestata per prestazioni di sola esecuzione avrebbero dovuto dimostrare il possesso dei requisiti *«attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1, del codice»*.

Il raggruppamento A2A-Varese Risorse non era direttamente in possesso dei requisiti richiesti dal paragrafo 7.3.2 del Disciplinare. Conseguentemente, esso si avvaleva delle SOA – per la sola esecuzione dei lavori – delle imprese Selettra S.p.a. e Seff S.r.l. Quanto all'aspetto progettuale, il RTI A2A indicava, quale progettista esterno, la società di ingegneria New Energy System S.r.l., rientrante tra i soggetti contemplati dall'art. 46 comma 1 D. Lgs. 50/2016, Ritiene la ricorrente che il progettista individuato (New Energy System S.r.l. per l'appunto) non sarebbe in possesso dei requisiti necessari per l'attività di progettazione, non disponendo di sei progettisti, come invece richiesto dall'art. 79 comma 7 del Regolamento n. 207/2010.

Occorre dunque stabilire, per pronunciarsi sulla fondatezza della censura, se la disposizione invocata da parte ricorrente sia applicabile alla presente fattispecie.

7.2.1. La procedura selettiva oggetto del giudizio veniva bandita dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 59 comma 1 *bis* D. Lgs. 50/2016, come modificato dal D.L. 18 aprile 2019 n. 32, convertito in L. 14 giugno 2019 n. 55, in virtù del quale le stazioni appaltanti possono indire procedure volte all'affidamento congiunto di progettazione esecutiva e lavori: *«nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori»*. Quanto ai requisiti di qualificazione, la norma prevede inoltre che: *«I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestata per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46 comma 1; le imprese attestata per prestazioni di progettazione e costruzione documentano i requisiti per*

*lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione».*

7.2.2. L'art. 59 comma 1 *bis* cit., ai fini dell'individuazione dei requisiti per la progettazione, rinvia espressamente al Regolamento di cui all'art. 216 comma 27 *octies* D. Lgs. 50/2016. L'indicato regolamento, che avrebbe dovuto introdurre la normativa di attuazione del codice dei contratti pubblici, non è tuttavia ancora stato approvato. In suo luogo, si applica pertanto, ai sensi dell'art. 216 comma 14 D. Lgs. 50/2016, il previgente regolamento attuativo del D. Lgs. 163/2006, di cui al DPR 207/2010.

7.2.3. Ai sensi dell'indicato regolamento 207/2010, i requisiti di qualificazione tecnica vanno individuati ai sensi dell'art. 92 comma 6 del medesimo regolamento, il quale rinvia ai successivi articoli 263 e 267, che non vengono in rilievo nel presente giudizio.

7.2.4. Quanto al possesso di tali requisiti, il suddetto art. 59 prevede, per quanto qui rileva, una duplice possibilità.

Da un lato, le imprese qualificate per i soli lavori possiedono i requisiti mediante il raggruppamento o l'indicazione di uno dei soggetti indicati all'art. 46 comma 1 D. Lgs. 50/2016. Nello stesso senso depone l'art. 92 comma 6 del D.P.R. 207/2010, il quale, per le imprese qualificate per la sola esecuzione dei lavori, partecipanti ad appalti che hanno ad oggetto esecuzione e progettazione, stabilisce che: *«I requisiti per i progettisti previsti dal bando [...] devono essere posseduti [...] attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto fra i soggetti di cui all'articolo 90 comma 1 lettere d), e), f), f-bis), g) e h) del codice (sovrapponibile all'attuale art. 46 – n.d.r.)».*

Dall'altro lato, le imprese che sono qualificate sia per i lavori che per la progettazione devono possedere direttamente i relativi requisiti. Viene in rilievo, con riferimento a tale seconda fattispecie, l'art. 79 D.P.R. 207/2010, il quale, al comma 7, stabilisce che: *«Per realizzare lavori pubblici affidati con i contratti di cui all'art. 53, comma 2, lettera b) e c) del codice ovvero in concessione è necessaria l'attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione; fermi restando i*

*requisiti previsti dal presente articolo e quanto disposto dall'art. 92 comma 6, il requisito dell'idoneità tecnica è altresì dimostrato dalla presenza di uno staff tecnico di progettazione composto da soggetti in possesso di laurea o di laurea breve abilitati all'esercizio della professione di ingegnere ed architetto [...] iscritti all'albo professionale, e da diplomati, tutti assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno. Il numero minimo dei componenti lo staff, dei quali almeno la metà laureati, è stabilito in due per le imprese qualificate fino alla classifica III-bis, in quattro per le imprese appartenenti alla IV, alla IV-bis e alla V classifica, ed in sei per le imprese qualificate nelle classifiche successive». Tale disposizione prevede effettivamente, all'ultimo periodo, un numero minimo di sei progettisti per le imprese che abbiano una qualifica in classifica superiore alla V.*

7.2.5. Il RTI A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. – Varese Risorse S.p.a. è un soggetto qualificato per i soli lavori. Il raggruppamento, pertanto, rientra nella prima, e non nella seconda, delle due ipotesi individuate al precedente punto 7.2.4. Il concorrente, infatti, faceva fronte al possesso dei requisiti tecnici mediante l'indicazione di un soggetto rientrante tra quelli elencati all'art. 46 D. Lgs. 50/2016, incaricando all'uopo una società di progettazione, New Energy System S.r.l., priva di qualificazione per i lavori.

Alla fattispecie oggetto di causa non si applica dunque il citato art. 79 comma 7 D.P.R. 207/2010, che introduce il limite dimensionale dei sei professionisti per le sole imprese a doppia qualificazione, delle quali non fa parte il RTI A2A S.r.l., né il soggetto dallo stesso incaricato, New Energy S.r.l.

7.2.6. La censura avanzata da parte ricorrente, per quanto dedotto, non può dunque trovare accoglimento, in quanto la disposizione richiamata, e la previsione ivi contenuta del limite minimo di 6 componenti lo staff di progettazione, non è applicabile al raggruppamento facente capo alla controinteressata A2A Illuminazione Pubblica S.r.l.

Per le medesime ragioni è da respingere la richiesta, proposta in via subordinata, di annullamento dell'art. 7.3.3. del Disciplinare, per violazione dell'indicato art. 79 D.P.R. 207/2010: la censura spiegata contro la legge di

gara si appalesa, invero, affatto inconferente, stante la non applicabilità della norma invocata alla fattispecie oggetto di causa.

7.3. Si viene ora alla disamina della terza e ultima ipotesi di censura, secondo la quale il RTI A2A S.r.l. – Varese Risorse S.p.a. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la New Energy System S.r.l., società indicata per la progettazione, non disponeva, nel proprio organigramma, delle figure professionali richieste dall'art. 7.3.3 del Disciplinare e dall'art. 4.3.2.1. del D.M. 27 settembre 2017.

7.3.1. L'art. 7.3.3. del Disciplinare, *«Requisiti inerenti la progettazione»*, prevede che: *«I progettisti dell'impianto di illuminazione devono avere le qualifiche previste dal Cap. 4.3.2.1. del D.M. 27/09/2017»*.

Il D.M. 27 settembre 2017 reca *«Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica»*.

Il Cap. 4.3.2.1 del D.M. 27 settembre 2017, *«Qualificazione dei progettisti»*, stabilisce che: *«Il progetto di un impianto di illuminazione comprende aspetti fotometrici, ergonomici ed energetici oltre ad aspetti di sicurezza legati alla conformazione e dimensionamento dell'impianto stesso. L'offerente deve disporre di personale con le competenze tecniche necessarie a scegliere, dimensionare e progettare correttamente l'impianto e i singoli apparecchi anche al fine di ridurre gli impatti ambientali. In particolare l'offerente deve presentare l'elenco del personale, dedicato alla progettazione dell'impianto, specificamente formato almeno in merito a: - fotometria, - funzionamento e caratteristiche degli apparecchi; - installazione; - sistemi di regolazione del flusso luminoso degli apparecchi d'illuminazione; - metodi di misura del flusso luminoso. Il progettista dell'impianto elettrico, interno o esterno all'organizzazione dell'offerente, dovrà essere regolarmente iscritto all'albo professionale per le specifiche competenze tecniche richieste e aver esercitato la professione per almeno cinque anni. Il progettista illuminotecnico, inteso come colui che redige il progetto illuminotecnico, interno o esterno all'organizzazione dell'offerente, deve possedere i seguenti requisiti: [...]»*.

Nel contempo, l'art. 7.3.3. del Disciplinare, dopo aver riportato la prima parte dell'indicato capitolo 4.3.2.1, precisava che: *«[...] Il progettista dell'impianto*

*elettrico, dovrà essere regolarmente iscritto all'albo professionale per le specifiche competenze tecniche richieste e aver esercitato la professione per almeno cinque anni. Si rammenta che la progettazione di un impianto di illuminazione pubblica sul territorio comunale non rientra tra le attribuzioni professionali dei geometri, quali sono indicate tassativamente dall'art. 16 R.D. 11 febbraio 1929 n. 274 (Cassazione Civile, sez. II, 5 novembre 1992 n. 11994). Il progettista illuminotecnico, inteso come colui che redige il progetto illuminotecnico, interno od esterno all'organizzazione dell'offerente, deve possedere i seguenti requisiti: - essere iscritto all'ordine degli ingegneri/architetti o all'ordine dei periti, ramo elettrico o ad una associazione di categoria del settore dell'illuminazione pubblica, regolarmente riconosciuta dal Ministero dello sviluppo economico ai sensi della L. 4/2013; - aver svolto negli ultimi 5 anni prestazioni di progettazione o assistenza alla progettazione di impianti di illuminazione pubblica come libero professionista ovvero come collaboratore/associato/dipendente di uno studio di progettazione o società e che tali prestazioni comprendano uno o più progetti di realizzazione/riqualificazione energetica di impianti di illuminazione pubblica per un numero di punti luce complessivo pari o superiore a metà di quello dell'impianto da progettare; - non essere dipendente né avere in corso contratti subordinati o parasubordinati con alcuna ditta che produca/commercializzi/pubblicizzi apparecchi di illuminazione o sistemi di telecontrollo o telegestione degli impianti, ovvero nel caso in cui il progettista risulti coinvolto a qualsiasi livello nella realizzazione di un determinato apparecchio di illuminazione o sistema di telecontrollo o telegestione, egli non potrà in alcun modo utilizzare tale apparecchio o tecnologia all'interno del progetto di realizzazione/riqualificazione di impianti di illuminazione pubblica a meno che non dimostri che: · l'apparecchio rientra nella classe IPEA\* A++ e la realizzazione dell'impianto rientra nella classe IPEI\* A++, se prima del 31/12/2020, · l'apparecchio rientra nella classe IPEA\* A3+ e la realizzazione dell'impianto rientra nella classe IPEI\* A3+, se prima del 31/12/2025, · l'apparecchio rientra nella classe IPEA\* A4+ e la realizzazione dell'impianto rientra nella classe IPEI\* A4+, se dopo il 1/1/2026. Il coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione dovrà essere in possesso di: - requisiti abilitanti per coordinatore della sicurezza ai sensi del D. Lgs. 81/2008*

*s.m.i. - aver partecipato ai corsi di aggiornamento periodici obbligatori previsti dal D. Lgs. 81/2008 s.m.i (secondo le modalità previste dall'art. 98, commi 2 - 4 e dall'Allegato XIV del dlgs 81/2008). L'offerente deve dimostrare il possesso dei requisiti dei progettisti mediante idonea documentazione attestante le qualificazioni richieste (originale o copia conforme di certificazioni, attestazioni, ecc.) e l'eventuale esistenza di contratti di collaborazione con progettisti in possesso di tali qualificazioni. In particolare l'offerente deve fornire l'elenco dei progetti a cui il progettista ha partecipato negli ultimi 5 anni, con relativa attestazione del committente. In sede di presentazione dell'offerta, dovranno essere indicati i nominativi dei singoli progettisti, persone fisiche personalmente responsabili, con la specificazione delle relative qualificazioni professionali. Dovrà essere inoltre indicata, nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche».*

7.3.2. Orbene, le disposizioni sopra riportate richiedevano, ai fini della qualificazione per la progettazione, la presenza di quattro distinte professionalità: il progettista dell'impianto elettrico e il progettista illuminotecnico, contemplati dal paragrafo 4.3.2.1. del D.M. 27 settembre 2017 oltre che dal Disciplinare; il coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione che, insieme alla persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche, è indicato dal capitolo 7.3.3 del Disciplinare.

Per tutte le indicate figure professionali il disciplinare di gara precisava che, in sede di partecipazione alla procedura selettiva, l'impresa concorrente avrebbe dovuto produrre l'elenco dei professionisti con la specifica delle rispettive qualificazioni professionali. Per tutti i professionisti il disciplinare (e per i primi due anche il D.M. 27 settembre 2017) prevedeva che gli stessi potessero essere interni o esterni all'organizzazione dell'offerente. In caso di professionalità esterne, il disciplinare prevedeva la (successiva) dimostrazione dei requisiti di qualificazione tecnica mediante la produzione di idonea documentazione (certificazioni, attestazioni), oltre ai contratti di collaborazione tra il soggetto indicato per la progettazione e i professionisti deputati all'esecuzione delle relative prestazioni.

New Energy System S.r.l., indicata per la progettazione e dunque tenuta a dimostrare i requisiti suddetti in capo alle persone fisiche delle quali aveva dichiarato di avvalersi (in tal senso: art. 59 D. Lgs. 50/2016, artt. 7.3.2.e 7.3.3 del Disciplinare), in sede di partecipazione alla gara depositava l'elenco dei professionisti richiesti dal Disciplinare, precisando le rispettive qualifiche professionali. Indicava altresì espressamente che i soggetti individuati come progettista illuminotecnico e coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione non erano soggetti interni alla New Energy System S.r.l., ma costituivano lavoratori autonomi e collaboratori del progettista. Il progettista dell'impianto di illuminazione e la persona fisica incaricata del coordinamento tra le diverse prestazioni coincidevano invece con la stessa persona fisica, Ing. Diego Bonata, Direttore tecnico e membro della New Energy.

Successivamente, in sede di verifica dei requisiti, la New Energy System S.r.l., con riferimento ai professionisti esterni, depositava due contratti di consulenza professionale sottoscritti in data 9 gennaio 2019, con i quali la società di progettazione aveva affidato a tali professionisti *«la progettazione elettrica in fase esecutiva relativa a progetti di riqualifica ed efficientamento energetico di impianti di pubblica illuminazione»* e *«il coordinamento della sicurezza in fase esecutiva relativa a progetti di riqualifica ed efficientamento energetico di impianti di pubblica illuminazione»*.

7.3.3. Da quanto sopra esposto, si evince che la New Energy, soggetto incaricato della progettazione, osservava tutte le prescrizioni di cui all'art. 7.3.3. del Disciplinare e al Capitolo 4.3.2.1. del D.M. 27 settembre 2017. In particolare, il ricorso a professionalità da parte da parte del soggetto incaricato per la progettazione risulta del tutto legittimo, in quanto espressamente contemplato dalle disposizioni del Disciplinare, oltre che dall'art. 4.3.2.1 del D.M. 27 settembre 2017.

La censura in esame è dunque infondata.

7.4. Tutti i motivi proposti con il ricorso introduttivo del giudizio risultano, per quanto precede, destituiti di fondamento. Il gravame va dunque respinto.

8. Si passa ora a vagliare il ricorso incidentale proposto da A2A Illuminazione Pubblica S.r.l., partendo dalla disamina delle eccezioni preliminari.

8.1. *In primis*, andrà ricostruito l'interesse fatto valere, mediante il ricorso incidentale, da A2A Illuminazione Pubblica S.r.l., soggetto promotore, seconda classificata nella procedura e prelezionaria nell'aggiudicazione. L'interesse *de quo* è infatti al centro dell'eccezione di irricevibilità dedotta da Citelum.

Come già precisato, A2A S.r.l. conseguiva l'aggiudicazione della gara, alle condizioni offerte da Citelum, per effetto dell'esercizio della prelazione di cui all'art. 183 comma 15 D. Lgs. 50/2016, a norma del quale: «15. [...] *Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.*».

Attraverso la nota acquisita al Protocollo del Comune di Busto Arsizio il 16 gennaio 2020, il RTI A2A esercitava il diritto di prelazione e dichiarava di impegnarsi all'esecuzione del contratto secondo le previsioni dell'offerta di Citelum. Con il ricorso incidentale, la stessa A2A, ormai aggiudicataria finale della procedura, impugnava la preventiva aggiudicazione in favore di Citelum, chiedendo di ottenere l'aggiudicazione alle condizioni offerte dalla stessa proponente, e non a quelle derivanti dall'offerta della ditta prima graduata. In tale complessa fattispecie, il promotore prelezionario, mediante l'impugnazione dell'aggiudicazione originaria, fa dichiaratamente valere in giudizio l'interesse a conseguire l'aggiudicazione alle condizioni risultanti dalla propria offerta, evidentemente ritenuta maggiormente vantaggiosa per la società. L'interesse in tal modo azionato in giudizio sussiste tuttavia, per

quanto esposto, all'atto stesso dell'esercizio della prelazione, e non sorge dalla proposizione, da parte della prima aggiudicataria, dell'azione giudiziale volta a chiedere l'annullamento dell'ammissione alla procedura del soggetto promotore.

8.2. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, deriva la tardività del ricorso incidentale di A2A, e la conseguente irricevibilità dello stesso ai sensi dell'art. 35 comma 1 lettera a) c.p.a.

L'interesse concretamente e dichiaratamente fatto valere in giudizio, come sopra ricostruito (interesse a conseguire l'aggiudicazione alle condizioni risultanti dalla propria offerta), sorgeva infatti dalla fattispecie complessa costituita dalla prima aggiudicazione (31 dicembre 2019) e dall'avvenuto esercizio della prelazione (16 gennaio 2020), dalla quale, tra l'altro, si trae la prova della piena conoscenza, in capo ad A2A, dell'aggiudicazione a Citelum e dell'offerta presentata da quest'ultima società. Dunque, il termine decadenziale di trenta giorni per la proposizione dell'impugnazione della A2A S.r.l. decorreva, al più tardi, dal 16 gennaio 2020, data della prelazione e della concretizzazione dell'interesse azionato. A2A S.r.l., tuttavia, proponeva l'impugnazione mediante ricorso notificato solo il 15 maggio 2020. Il gravame era dunque tardivo e, come tale, irricevibile ai sensi dell'art. 35 comma 1 lettera 'a' c.p.a.

9. Per tutto quanto precede, ritiene il Collegio:

- che il ricorso principale di Citelum S.r.l., siccome destituito di fondamento, debba essere respinto;
- che il ricorso incidentale di A2A S.r.l., siccome tardivo, debba essere dichiarato irricevibile.

10. In considerazione della reciproca soccombenza, le spese del giudizio vengono integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale,

come in epigrafe proposti:

- respinge il ricorso principale, per le ragioni indicate in motivazione;
- dichiara irricevibile il ricorso incidentale.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 dicembre 2020, tenutasi da remoto con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Oscar Marongiu, Primo Referendario

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Katiuscia Papi**

**IL PRESIDENTE**

**Rosalia Maria Rita Messina**

**IL SEGRETARIO**