

**Oggetto:** procedura aperta in Project Financing per l'affidamento in concessione, della progettazione, costruzione, gestione, manutenzione e sfruttamento economico, delle opere ricomprese nel progetto denominato "SFRUTTAMENTO ENERGETICO DELLE ACQUE FLUENTI NELLE CONDOTTE CONSORTILI RICADENTI NEL BACINO IDROGRAFICO ATERNO-PESCARA", con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i. - CUP C99J21019980005 - CIG 877516573C

## VERBALE DI GARA DEL 28/12/2021

### SEDUTA RISERVATA N. 6

L'anno 2021, il giorno 28 del mese di dicembre, alle ore 20:10, sulla piattaforma *Meet* di Google, si è costituita la commissione di gara (nominata con Delibera del Commissario Regionale 05.11.2021, n. 69) onde effettuare l'espletamento delle operazioni di gara per l'affidamento del servizio di cui in oggetto e, segnatamente, per compiere la valutazione delle offerte tecniche. La Commissione risulta così formata:

- **Dott. Ing. Sabatino Falasca**, in qualità di Presidente della Commissione giudicatrice;
- **Arch. Arianna Tollis**, in qualità di componente della medesima Commissione giudicatrice;
- **Prof. Avv. Valerio Tallini**, (in qualità di componente della medesima Commissione giudicatrice e segretario verbalizzante).

Il Presidente dà atto della regolare costituzione della Commissione di Gara.

Tutto ciò premesso, alle ore 20:15: il Presidente della Commissione dà inizio alla seduta riservata di valutazione delle offerte economiche pervenute da parte degli operatori economici.

La Commissione rileva delle discrasie tra quanto riportato nel bando di gara in oggetto e nel disciplinare di gara, nonché rispetto a quanto previsto nella piattaforma telematica di gara e nel relativo disciplinare telematico. In particolare:

- **Prima osservazione**

Il bando prevede un valore a base d'asta dell'importo di € 3.613.621,46 definito valore di concessione, mentre sul PEF esso corrisponde al valore degli investimenti.

- **Seconda osservazione**

Il valore a base di gara inserito in piattaforma telematica fa riferimento al valore degli investimenti pari a circa € 3.613.621,46 e non al valore commerciale della vendita dell'energia elettrica prodotta lorda così come richiesto al punto 20.3 del disciplinare.

- **Terza osservazione**

Il disciplinare prevede un'offerta in aumento sul valore a base d'asta sul valore dei ricavi da vendita di energia spettante al concessionario, mentre nella piattaforma sono stati riportati valori a ribasso come riscontrabile dalle offerte riportate sulla piattaforma.

Infatti, dette offerte prevedono uno sconto degli importi rispetto a quanto previsto a base di gara. Di talché, al fine di procedere ad una legittima aggiudicazione della procedura *de qua*, si rende necessario comprendere come possa essere coniugato il criterio previsto dalla piattaforma di gara rispetto alle previsioni del disciplinare di gara (art. 19.2 e art. 20.3).

- **Quarta osservazione**

Non è possibile espletare una valutazione armonica ed univoca dei valori dell'offerta economica degli operatori economici rispetto alle previsioni di gara, atteso che alla luce delle summenzionate discrasie, non si comprende se dette offerte debbano essere considerate "in aumento" rispetto al valore dell'energia prodotta lorda spettante al concessionario e/o "in diminuzione" (sempre se sia possibile tale trasposizione rispetto al valore inserito sulla piattaforma).

- **Quinta osservazione**

Le summenzionate discrasie risultano oltremodo suffragate da una risposta ad una richiesta di chiarimenti resa dal RUP della procedura *de qua*, nella quale viene espressamente chiarito che "per mero errore materiale di inserimento nella Sezione Preliminare della Piattaforma Net4market è stato inserito nella sezione offerta "percentuale in aumento", in quanto "l'offerta è da considerarsi "percentuale in diminuzione come previsto dal disciplinare di gara".

- **Sesta osservazione**

Da ultimo, analizzando il PEF allegato all'offerta economica dei due operatori economici, è stato possibile determinare la tabella a seguire dove si riportano i valori dei proventi che gli operatori economici intendono offrire al Consorzio come controvalore in denaro dell'energia elettrica effettivamente iniettata in rete e valorizzata alla tariffa incentivante:

| % DI ENERGIA DA CEDERE IN<br>CONTROVALORE AL CONCEDENTE<br>(CONSORZIO) | OFFERTA<br>FLOEW SRL | OFFERTA<br>GHIGGIA<br>INGEGNERIA |
|------------------------------------------------------------------------|----------------------|----------------------------------|
|                                                                        | %                    | %                                |
| NUOVI IMPIANTI (LOTTO 1-3-4)                                           | 11,500%              | 15,612%                          |
| RIATTIVAZIONE IMPIANTI (LOTTO 4)                                       | 30,000%              | 34,365%                          |

In particolare, da tale tabella emerge che:

PER IL LOTTO 5 LA GHIGGIA OFFRE AL CONSORZIO L'UTILIZZO DELL'ENERGIA PRODOTTA DALLA CENTRALE NEL PERIODO DAL 01 MAGGIO AL 31 OTTOBRE PER ALIMENTARE LA STAZIONE DI SOLLEVAMENTO DI CAPODACQUA, ma tuttavia non si riesce a determinare con precisione il valore dell'offerta.

Tenuto conto delle suesposte discrasie, il Prof. Avv. Valerio Tallini rileva quanto segue:

La procedura *de qua* ha ad oggetto l'affidamento in concessione, in regime di *project financing*, della progettazione, gestione, manutenzione e sfruttamento economico delle opere ricomprese nel progetto denominato "SFRUTTAMENTO ENERGETICO DELLE ACQUE FLUENTI NELLE CONDOTTE CON-SORTILI RICADENTI NEL BACINO IDROGRAFICO ATERNO-PESCARA" da aggiudicarsi mediante procedura aperta con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi dell'art. 95 comma 3 lett. b) del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici.

A. tal fine, nel rinviare al Disciplinare le modalità di presentazione dell'offerta, il Bando ha espressamente previsto che:

- l'affidamento avverrà sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economico predisposto dal "promotore" ai sensi dell'art. 183 D.Lgs. n. 50 del 2016 (approvato dal Consorzio con Deliberazione del Commissario n. 36 del 18.03.2021);
- il progetto di finanza prevede che la realizzazione delle opere avverrà con risorse finanziarie a totale carico del concessionario, che si impegna anche ad eseguire le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria necessarie per garantire il funzionamento delle stesse;
- al concessionario sarà garantita la copertura dei costi e la remunerazione del capitale investito, attraverso il corrispettivo derivante dai ricavi correlati alla gestione degli impianti.



Consorzio di Bonifica

**Interno**

Bacino Aterno e Sagittario

Relativamente all'oggetto della concessione, il Disciplinare ha precisato che esso concerne *"la realizzazione, la riattivazione e la gestione di n. 5 impianti idroelettrici sulle infrastrutture irrigue, meglio descritti nel progetto di fattibilità tecnica economica"* (all'uopo individuando le categorie di lavorazioni prevalenti) e che l'investimento complessivo è pari a € 3.613.621,47 oltre IVA di legge per una durata massima della concessione di 30 anni.

Ciò posto, il disciplinare ha chiarito le modalità di presentazione dell'offerta tecnica (art. 18) e dell'offerta economica (art. 19), nonché le modalità di attribuzione dei relativi punteggi (art. 20). Per quel che concerne l'articolazione dell'offerta economica, secondo quanto previsto dall'art. 19.1 del Disciplinare, essa avrebbe dovuto contenere a pena di esclusione:

- -l'offerta economica;
- -il piano economico finanziario

In particolare, secondo le previsioni di cui all'art. 19.2, l'offerta economica *"dovrà essere inserita nell'apposita sezione prevista nella scheda di gara e dovrà essere indicato a pena di esclusione:*

1. *canone annuo dovuto dal Consorzio al Concessionario, offerto dal concorrente, indicandolo come percentuale in diminuzione rispetto a quello posto a base di gara [...]"*

Ciò nonostante, l'art. 20 del Disciplinare *"Criteri di aggiudicazione"* ha individuato quale criterio di valutazione dell'offerta economica (punto 3) esclusivamente il sub-criterio c1 *"canone d'uso annuo"*. Vale a dire, la *"Offerta percentuale, in aumento sul valore a base di gara dei corrispettivi economici dei proventi lordi derivanti dalla valorizzazione commerciale della vendita dell'energia elettrica prodotta lorda spettanti al concessionario"*.

Tant'è che anche il Disciplinare tecnico ha previsto all'art. 7 *"Deposito Telematico Offerta Economica"* che:

- *"Entro il termine di presentazione dell'offerta, l'Operatore concorrente deve depositare sul sistema (upload), collegandosi alla propria area riservata dell'Albo Fornitori della Scrivente Stazione Appaltante, nella sezione "OFFERTA ECONOMICA" presente nella scheda di gara, la propria offerta economica.*

*Le operazioni da effettuare sono indicate di seguito.*

- 1) *Inserire i valori di offerta nel form on line proposto dalla piattaforma (celle a sfondo giallo):*
  - a) *all'interno della cella gialla posta sotto la colonna "Offerta", del rialzo unico percentuale sul canone annuo dovuto dal Consorzio al Concessionario;*
  - b) *all'interno della cella gialla posta sotto la colonna "Costi sicurezza", la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice".*

Tanto precisato, dalla lettura della *lex specialis* di gara, in assenza di ulteriori elementi, purtroppo non sembrerebbe allo stato possibile attuare una interpretazione attendibile ed univoca delle previsioni di gara che possa legittimare la valutazione (in aumento o in diminuzione) delle offerte presentate.

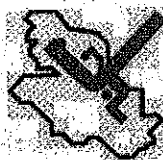
A tal fine, occorre ricordare che, come noto, l'istituto della finanza di progetto si caratterizza:

- per la presenza di un progetto idoneo a generare dei flussi di cassa che consentano di autofinanziare l'intervento rimborsando il debito contratto per la sua realizzazione e remunerando il capitale di rischio; flussi derivanti dall'applicazione di tariffe sull'utenza (opere calde) o di canoni esclusivamente/prevalentemente posti a carico dell'Amministrazione (opere fredde).

Consorzio di Bonifica Interno "Bacino Aterno e Sagittario"

Via Trieste, 63 - 67035 - Pratola Peligna (AQ)

Tel. 0864.273111, mail [info@cbaternosagittario.it](mailto:info@cbaternosagittario.it) Pec [areatecnicabaternosagittario@pec.it](mailto:areatecnicabaternosagittario@pec.it)



Di talché, assumendo che l'intervento risponda ad esigenze alle quali è necessario/ opportuno far fronte e che ne venga assicurata la corretta gestione, il piano economico- finanziario ("PEF") deve tradurre le assunzioni tecnico/operative/finanziarie in indicatori e gli stessi devono dare evidenza della capacità del progetto di generare flussi di cassa stabili e sufficienti a far fronte, per un determinato periodo, al rimborso del debito contratto ed alla remunerazione del capitale apportato dal privato».

- per il trasferimento in capo al soggetto privato del rischio dell'operazione. Tant'è che:
  - l'art. 3, comma 1, lett. eee del D.Lgs. 50 del 2016, definisce il "contratto di partenariato pubblico privato" 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 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 di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore", all'uopo precisando che, "fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat".
  - L'art. 180 dispone che nei contratti di partenariato pubblico privato:
    - A) "i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna" (comma 2);
    - B) "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".

In definitiva, a differenza dell'appalto tradizionale, la finanza di progetto è basata essenzialmente sull'equilibrio economico-finanziario del PEF per l'intera durata della concessione e su un'allocazione dei rischi in capo al concessionario, in conformità ai criteri innanzi indicati.

Ciò posto, nel caso di specie, sebbene le due previsioni del disciplinare tengano conto rispettivamente del canone relativo agli investimenti (art. 19.2) e dei corrispettivi provenienti dalla vendita di energia elettrica generata dagli impianti (art. 20.3), esse sembrerebbero "slegate" ai fini della valutazione dell'offerta economica.

Con la inevitabile conseguenza che, dette disposizioni (art. 19.2 e 20.3) e il correlato disciplinare telematico (art. 7, contenente le indicazioni per la presentazione dell'offerta economica) non sembrerebbero condurre al risultato di attribuire, da un lato, alla SA una volontà negoziale univoca, dall'altro all'impresa concorrente di formulare una proposta negoziale oggettivamente conforme alla *voluntas* dell'Amministrazione (sia rispetto al significato della proposta scritta che rispetto all'equilibrio contrattuale perseguito in concreto).

Al riguardo, in disparte ogni considerazione circa il divieto di offerte in aumento (che nel caso di specie, trattandosi di una concessione e non di un appalto, non trova applicazione - cfr A.V.C.P. parere 30 gennaio 2014, n. 21), è opportuno ricordare che le clausole della *lex specialis* di gara e dei relativi allegati devono necessariamente essere interpretate con modalità idonee a tutelare l'affidamento degli interessati, nell'ambito di un rapporto corretto tra stazione appaltante ed

imprese concorrenti, nonché nel rispetto dei principi generali di imparzialità e buon andamento e del principio specifico che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative per la conclusione del contratto, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. (così Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2012 n. 3687; Id., sez. V, 16 giugno 2013 n. 238).  
Il che, purtroppo, non sembrerebbe essere garantito nel caso di specie.

Del resto, a nulla rileverebbero in senso opposto e ai fini della legittima aggiudicazione della procedura, i chiarimenti forniti dal RUP con i quali è stato precisato che la percentuale in aumento sarebbe stata inserita per mero errore materiale.

Giova, infatti, rilevare come i chiarimenti, per costante giurisprudenza, non possono integrare e/o emendare la *voluntas* espressa dalla SA nella *lex specialis* di gara, atteso che essi devono mantenersi entro un ben definito spazio logico e argomentativo, senza incidere sulla legge di gara.

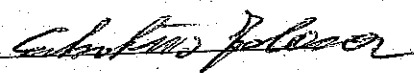
Come rilevato, infatti, dalla costante giurisprudenza amministrativa in materia di contratti pubblici, le procedure di affidamento sono disciplinate essenzialmente dal bando, che ne detta le regole e che, pertanto, contiene il decalogo cui ogni concorrente deve attenersi per potervi partecipare in condizioni di parità con altri operatori economici.

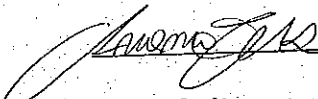
Di talché, in virtù della superiore esigenza, il chiarimento reso dalla stazione appaltante può spingersi esclusivamente fino al limite della interpretazione autentica di una clausola del bando di gara e non già fino ad una modifica delle regole del gioco.

Ciò in quanto, *"alla stazione appaltante, la quale in via generale non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate, è ammesso intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri, per così dire, di neutralità rispetto ai contenuti del bando e alla partecipazione alla gara o meglio quando l'attività posta in essere non costituisca un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta di interpretazione autentica con cui la S.A. chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intellegibile, precisando o meglio delucidando le previsioni della lex specialis. In tal senso i chiarimenti apportati o le eventuali correzioni eseguite operano a beneficio di tutti e — laddove trasparenti, tempestive, ispirate al principio del favor participationis e, rese pubbliche — non comportano, se giustificate da un'oggettiva incertezza della legge di gara, alcun pregiudizio per gli altri partecipanti"* (vedi, da ultimo T.A.R. Bolzano, (Trentino-Alto Adige) sez. I, 20/01/2021, n.14).

Per quanto sopra, non avendo elementi per adottare con certezza un'interpretazione univoca ed "armonica" delle previsioni di gara, la Commissione prende atto che allo stato è impossibilitata dal poter valutare correttamente e legittimamente le offerte economiche presentate dagli operatori. Di talché, **a tutela della Commissione e della SA ritiene necessario rimettere le riscontrate criticità al RUP, onde ottenere i necessari chiarimenti e/o una riconsiderazione sull'impianto di gara.**

Alle ore 20:45 del 28 dicembre 2021, non essendovi altro da trattare, il Presidente dichiara conclusi i lavori.

Il Presidente della Commissione 

il Componente 

il Componente e segretario verbalizzante 