

Pubblicato il 21/06/2021

N. 04779/2021REG.PROV.COLL.
N. 02968/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2968 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Mobit s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Bianchi, Riccardo Farnetani, Massimo Luciani, Pier Luigi Santoro, Mario Siragusa, Stefania Miccoli, Fabio Cintioli e Giovanni Pravisani, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

contro

Regione Toscana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucia Bora e Luciana Caso, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Autolinee Toscane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Lombardo, Giannalberto Mazzei e Giuseppe Morbidelli, con domicilio digitale come da PEC Registri

di Giustizia;

Ratp-Régie Autonome des Transports Parisiens, non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana,

Sez. I, n. 344 del 2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autolinee Toscane s.p.a. e della Regione Toscana;

Visto l'appello incidentale di Autolinee Toscane s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2021 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Santoro, Cintioli, Pravisani, Miccoli, Bora, Morbidelli, Cortesini, in sostituzione dell'avv. Mazzei, Luciani, e Lombardo, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Mobit società consortile a r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 19 marzo 2020, n. 344 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, che ha in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto il suo ricorso (principale) avverso la determinazione dirigenziale 19 aprile 2019 con cui la Regione Toscana ha aggiudicato ad Autolinee Toscane s.p.a. la concessione del servizio di trasporto pubblico locale nell'ambito territoriale ottimale coincidente con il territorio della Regione Toscana, nonché dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di Autolinee Toscane s.p.a.

La controversia riguarda la procedura avente ad oggetto “*l'affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale nell'Ambito territoriale ottimale della Regione Toscana*”, di cui alla lettera di invito del 13 novembre 2014, per la durata di anni 11.

La gara è stata aggiudicata, una prima volta, in via definitiva, ad Autolinee Toscane con provvedimento in data 2 marzo 2016, mentre è risultata seconda

graduata Mobit s.c. a r.l..

Ne è seguito un complesso contenzioso conclusosi con la sentenza di questa Sezione 11 dicembre 2019, n. 8411, che, nel confermare le decisioni di primo grado, ha statuito che sia l'offerta di Mobit che quella di Autolinee Toscane avrebbero dovuto essere escluse per ragioni speculari, concernenti le modalità di redazione del PEF-piano economico finanziario, e più precisamente le modalità di calcolo dell'indice *DSCR [Debt-Service Coverage Ratio]*; qui rappresenta, a termini delle Linee guida stabilite per la redazione del piano economico e finanziario, “*il rapporto, calcolato per ogni dato periodo dell'orizzonte temporale previsto per la durata dei finanziamenti, fra il free cash flow (FCF) ed il servizio del debito comprensivo di quota capitale e quota interessi?*”. La sentenza ha inoltre confermato la legittimità di procedere nella gara, lasciando ferme le offerte (tecnica ed economica) dei due contendenti, ripartendo dalla presentazione, da parte di entrambi, di un nuovo PEF emendato dai vizi riscontrati.

Nella riedizione parziale del procedimento, il decreto dirigenziale regionale n. 6585 in data 19 aprile 2019 ha nuovamente aggiudicato ad Autolinee Toscane s.p.a. la concessione dei servizi di trasporto locale, per una durata complessiva di undici anni: il che è oggetto della presente controversia.

2. - Con il ricorso in primo grado Mobit, nell'impugnare l'aggiudicazione ad Autolinee Toscane, ha dedotto che questa andava esclusa dalla gara, avendo mantenuto, nel proprio PEF, l'indice di bancabilità *DSCR* inferiore all'unità, contro quanto espressamente prescritto dal combinato disposto del punto 3 della lettera di invito e della griglia di valutazione contenuta nelle Linee guida per la redazione del piano economico finanziario.

Per la ricorrente, nel secondo PEF di Autolinee Toscane il *DSCR* medio risulta superiore all'unità solamente in considerazione del fatto che al denominatore non sono stati inseriti i canoni di leasing (mentre, a suo dire, anche soltanto la quota degli interessi farebbe scendere l'indice medio al di sotto dell'unità). La tesi di Mobit è che il canone di leasing (od almeno la

quota di interessi) dovesse essere inserito nel denominatore del *DSCR*, in quanto altrimenti la modifica del PEF, che prima prevedeva il finanziamento per l'acquisto degli autobus ed ora il ricorso al leasing, rischierebbe di divenire un *escamotage* contabile. La *lex specialis* prevedeva che il leasing includesse anche il riscatto, prefiguarendone la natura di *leasing finanziario* (e non *leasing operativo*). La circostanza che il canone di leasing fosse stato inserito nella voce dei “costi operativi” del PEF, come prescritto dalle Linee guida al punto 2, riguarda la sola dimensione economica del PEF, e non esclude la necessità di inserire tale posta anche nel *DSCR*, concernente la dimensione finanziaria del PEF.

3. - La sentenza appellata ha in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto il ricorso e i motivi aggiunti della Mobit. Muovendo dal presupposto che la *lex specialis* prevedeva che il rinnovo del parco mezzi potesse avvenire anche mediante il ricorso al leasing (senza specificazione con riguardo alla natura operativa o finanziaria del medesimo), ha evidenziato, per quanto in questa sede rileva, che le Linee guida, non fatte oggetto di gravame, prevedono che i canoni di leasing debbano essere contabilizzati come *costi operativi* (al pari dei costi del personale, etc.) e non come *operazioni di investimento*. La sentenza ha ritenuto «*tale circostanza [...] dirimente atteso che la classificazione dei canoni di leasing fra le spese correnti esclude che gli stessi possano considerarsi contestualmente come servizio del debito : nella logica della norma contabile si tratta, infatti, di spese dirette ad assicurare l'ordinario espletamento della attività e non all'acquisto di beni in conto capitale*», aggiungendo che anche le prassi contabili OIC recepiscono il principio patrimoniale (in base al quale il leasing è trattato come una normale locazione): analogamente, del resto, all'art. 2427 (*Contenuto della nota integrativa*) Cod. civ..

4.- Il ricorso in appello della società Mobit ha dedotto l'erroneità della sentenza per difetto di motivazione, irragionevolezza, violazione delle Linee guida per la redazione del PEF e violazione del giudicato, reiterando l'assunto per cui la Autolinee Toscane andava esclusa dal procedimento di gara in ragione del mancato raggiungimento dell'unità nel *DSCR* medio previsto dal

punto 5 delle Linee guida per la redazione del PEF; ciò nella considerazione che Autolinee Toscane ha potuto dichiarare come superiore all'unità il suo *DSCR* perché non ha erroneamente, a suo dire, inserito al denominatore i canoni di leasing destinati all'acquisto degli autobus. Il PEF ha una dimensione insieme economica, patrimoniale e finanziaria (in quest'ultima compare il *DSCR*, la cui finalità è di attestare la bancabilità del PEF). Il leasing per acquistare gli autobus dà luogo ad una posta economica che va inserita nel conto economico tra i “*costi operativi*”, come previsto dal punto 2 delle Linee guida, ma che ha anche una dimensione finanziaria (punto 5 delle Linee guida), atteso che al numeratore del *DSCR* va il *free cash flow* (il flusso di cassa), al denominatore il “*servizio del debito*”, comprensivo di quota capitale e quota interessi; e dunque al denominatore vanno necessariamente inseriti i canoni di leasing.

L'appello di Mobit altresì lamenta la modifica dell'offerta tecnica: le modalità di acquisto degli autobus la caratterizzano e il passaggio tra proprietà e leasing incide su una tale offerta. Sicché Mobit contesta l'assenza nel PEF di Autolinee Toscane delle “formule in chiaro” richieste a pena di esclusione. La stessa Mobit censura, in via subordinata, la statuizione di primo grado che ha dichiarato inammissibile il quinto motivo, che contesta la legittimità costituzionale dell'art. 84 (*Ambito territoriale ottimale del servizio di trasporto pubblico locale*) della l.r. Toscana 29 dicembre 2010, n. 65 (*Legge finanziaria per l'anno 2011*), negando che possa essere maturato il giudicato con la sentenza di questa V Sezione n. 8411 del 2019, che non avrebbe affrontato l'eccepita violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., nella prospettiva che il lotto unico violi il principio di massima partecipazione, di matrice eurounitaria.

5. - Si è costituita in resistenza la Autolinee Toscane s.p.a. chiedendo la reiezione dell'appello nell'assunto di avere redatto il nuovo PEF in perfetta conformità alle Linee guida, seguendo le prescrizioni analitiche ivi contenute. Queste disciplinano, nell'ipotesi in cui sia decisa l'acquisizione di beni in leasing, le modalità di indicazione dei canoni ed il relativo trattamento

contabile (disponendo, in particolare, che siano contabilizzati come costi operativi, circostanza che, riconducendo i canoni tra le spese correnti, esclude che gli stessi possano considerarsi come *servizio del debito*). Autolinee Toscane contesta dunque l'assunto dell'appellante per cui il suo PEF sarebbe errato in quanto i canoni di leasing andavano inseriti non solo nel conto economico del PEF come “*costi operativi*”, ma anche nel denominatore del *DSCR* come “*servizio del debito*”, osservando l'illogicità della tesi per cui i canoni di leasing vanno allocati sia tra i *costi operativi* sia tra i *costi finanziari*, nonché l'assenza di qualsiasi disposizione delle Linee guida per cui i canoni di leasing vadano trattati e rappresentati come debiti di natura *finanziaria* e dunque inseriti nel denominatore della formula del calcolo del *DSCR*; la quale si riferisce, appunto, al *servizio del debito*. I canoni di leasing sono iscritti tra i *costi operativi* alla voce B8 dell'art. 2425 (*Contenuto del conto economico*) Cod. civ. (costi della produzione per godimento dei beni di terzi) e non sono debiti *finanziari*, in conformità anche del principio contabile nazionale OIC 12. In definitiva, per Autolinee Toscane, i canoni di leasing rilevano anche nella dimensione *finanziaria* del PEF, e segnatamente nella determinazione dell'indice *DSCR*; ma il punto è che non dovevano essere inseriti nel denominatore della formula di calcolo del detto indice, bensì nel numeratore (quale *costo operativo* che va a decrementare il flusso di cassa-FCF), perché così stabiliscono le Linee guida e perché non rappresentano un debito *finanziario*. Ciò dicasi anche con riguardo alla “quota di interessi” od “oneri finanziari”, in quanto il canone di leasing è sempre comprensivo di interessi: che sono inglobati nel canone il quale riveste la natura di corrispettivo per il godimento del bene, essendo ragguagliato al valore del suo utilizzo per la durata della vita tecnico economica del bene stesso. Aggiunge Autolinee Toscane che, come è dato evincere dal proprio PEF, i *costi operativi* del leasing si sostengono con i ricavi della gestione e senza necessità di fare ricorso a finanziamenti bancari esterni. Autolinee Toscane, con memoria *ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.*, notificata a valere anche quale appello incidentale, ha riproposto le domande e

le eccezioni assorbite in primo grado; anzitutto l'eccezione di inammissibilità del motivo sulla modifica dell'offerta tecnica in quanto svolta solo con la memoria *ex art.* 73 Cod. proc. amm., come pure del motivo (ove possa ritenersi tale), svolto in primo grado solo con la memoria di replica, delle risorse con cui verrebbero sostenuti i costi del leasing. Inoltre Autolinee Toscane ha riproposto, in via subordinata, il primo motivo del proprio ricorso incidentale con cui aveva dedotto che l'offerta di Mobit avrebbe dovuto essere esclusa in ragione del fatto che il PEF non risponde ai requisiti di bancabilità, congruità e sostenibilità finanziaria richiesti dalla *lex specialis*. In particolare Mobit, prevedendo il finanziamento attraverso tre operazioni finanziarie a breve termine per complessivi € 55.000.000 (con rimborso al termine di ciascun anno mediante accensione di un nuovo finanziamento bancario di corrispondente importo) ed una “*bullet*” [nel senso, proveniente dal termine inglese, di prestito “*proiettile*”, caratterizzato dalla restituzione del capitale in una sola soluzione alla scadenza] di € 169.000.000 (con rimborso al dodicesimo anno con una unica rata finale), enuclea un *DSCR* del PEF per i primi cinque anni di esercizio negativo (inferiori all'unità) e poi senza rimborso alcuno per i successivi sei anni: in modo tale che le risorse generate dal progetto, e quindi il flusso di cassa operativo (numeratore del rapporto) non è in grado di coprire il *servizio del debito*, o, per meglio dire, non garantisce la sostenibilità tecnico-finanziaria del servizio offerto (vale a dire la capacità di reperire fonti di finanziamento durante la gestione del servizio). Secondo Autolinee Toscane, il PEF di Mobit evidenzia un artificio contabile per recuperare, solo grazie al realizzo sperato nel dodicesimo anno, il risultato di un *DSCR* medio di poco superiore all'unità. Si avrebbe dunque una strutturazione dell'indebitamento finanziario (per l'acquisto degli autobus) concretamente irrealizzabile, in un contesto di costante *default* finanziario e con inevitabili conseguenze sulla continuità dell'erogazione del servizio pubblico.

In ogni caso, secondo Autolinee Toscane, il PEF di Mobit non è conforme alle Linee guida perché difettano, in molte delle voci del “*conto economico*”, le formule di calcolo: il che va in violazione del paragrafo 1 delle predette Linee guida.

6. - Si è costituita in resistenza anche la Regione Toscana, allegando che la *lex specialis* non ha imposto ai concorrenti alcuna specifica tipologia di leasing per l’acquisizione dei beni: pertanto i nuovi investimenti possono essere effettuati con *leasing finanziario*, ovvero con *leasing operativo*; e i relativi canoni andavano inseriti tra i *costi operativi*, in quanto *spese correnti* e non *spese di investimento* (sicché non dovevano essere inseriti al denominatore del *DSCR*). Per la Regione, mentre con il primo PEF del 2015 Autolinee Toscane ha previsto l’acquisto in proprietà dei bus mediante finanziamenti bancari (come tali constituenti un *servizio del debito*, dunque da iscrivere al denominatore dell’indice *DSCR*), nel secondo PEF del 2017 la stessa società ha previsto di acquisire la disponibilità dei bus con contratti di leasing di durata quindicennale, con riscatto, dunque, che cade dopo la conclusione della concessione (come ammesso dall’art. 14 dello schema del contratto di concessione): cioè senza l’assunzione di impegni finanziari con istituti di credito, ma soltanto con esborso dei canoni di leasing. La Regione Toscana ha ulteriormente controdedotto sugli altri motivi di appello, chiedendone la reiezione.

7. - Con successivo atto in data 27 luglio 2020, Mobit s.c. a r.l. espone di aver ricevuto la qualificazione di parte offesa nel procedimento penale pendente in fase di indagini preliminari e di avere conseguito le trascrizioni delle intercettazioni telefoniche, inferendone argomenti a supporto di due motivi aggiunti: il primo per denunciare, anche *sub specie* di difetto di istruttoria e di motivazione, che sia il consulente della Commissione giudicatrice (prof. Liberatore), sia l’amministrazione (nella persona del presidente della Commissione, ing. Buffoni, nonché R.U.P.) avevano da subito rilevato ambiguità ed anomalie del PEF di Autolinee Toscane, con particolare riferimento alla natura del leasing, qualificato come *operativo* nonostante la sua

valenza *finanziaria* (confermata anche dal fatto che l'art. 14 dello schema di contratto allegato alla lettera di invito imponeva una clausola di riscatto finale del mezzo, propria del *leasing finanziario* ed incompatibile con il *leasing operativo*) senza peraltro dare corso ai necessari approfondimenti in relazione al mancato inserimento del contratto nel denominatore del *DSCR* (salvo una richiesta orale della quale non vi è riscontro). Il secondo motivo aggiunto deduce la violazione del principio di segretezza delle offerte e di regolarità delle operazioni di gara, nella considerazione che risultano riunioni del “gruppo di lavoro”, alle quali avevano partecipato alcuni componenti della Commissione giudicatrice (tra cui il presidente) ed altri componenti esterni, ad esempio il consulente prof. Liberatore, senza che di tale attività si desse conto nella motivazione.

8. - Con ordinanza 20 ottobre 2020, n. 6324 questa Sezione ha disposto una verificazione tecnica allo scopo di addivenire alla corretta qualificazione del contratto di leasing (finanziario od operativo) previsto da Autolinee Toscane per l'acquisizione degli autobus, onde definirne, alla stregua del PEF, la funzione economica concretamente assolta (con particolare riguardo alla conseguente collocazione dei canoni al denominatore del *DSCR* come componenti del *servizio del debito*), e al contempo allo scopo di valutare i requisiti di bancabilità, congruità e sostenibilità finanziaria del PEF di Mobit, officiando all'uopo un collegio di tre verificatori (individuati nelle persone del prof. Caprio Lorenzo, del prof. Ferrucci Luca e della prof.ssa Parolini Cinzia).

9. - Con successiva ordinanza 13 novembre 2020, n. 6996 è stata concessa, su istanza di Autolinee Toscane e della Regione Toscana, a ciascuna delle parti la facoltà di nominare un tecnico di parte con la funzione di assistere alle operazioni di rilevazione utili alla verifica, anche interloquendo con i verificatori.

10. - Con ulteriore ordinanza 22 gennaio 2021, n. 684 è stata concessa una proroga di sessanta giorni per il deposito della relazione di verifica.

11. - L'incumbente istruttorio è stato adempiuto con il deposito, in data 17 marzo 2021, presso la Segreteria della Sezione, della relazione di verificazione tecnica.

12. - All'udienza pubblica del 13 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-Seguendo le articolazioni di cui si compone l'unico motivo di appello, va esaminata la doglianza di Mobit volta a contestare la mancata esclusione dalla gara della società Autolinee Toscane in ragione del non raggiungimento dell'unità nel *DSCR* medio previsto dal punto 5 delle Linee guida per la redazione del PEF. Mobit lamenta come Autolinee Toscane abbia potuto dichiarare nel secondo PEF come superiore all'unità il suo *DSCR* soltanto in quanto non ha inserito al denominatore i canoni di leasing destinati all'acquisto degli autobus, mentre gli stessi rilevavano sia come “*costi operativi*” (ai sensi del punto 2 delle Linee guida), sia come “*servizio del debito*”, comprensivo di quota capitale e quota interessi. Essa censura dunque la statuizione di primo grado che si è limitata a rilevare che le Linee guida per la redazione del PEF, non fatte oggetto di gravame (ammettendo la *lex specialis* il ricorso al leasing, non ulteriormente qualificato, per il rinnovo del parco mezzi), al punto 2 prevedono l'inserimento dei canoni di leasing nel conto economico ed in specie tra i “*costi operativi*”, desumendone che non ne occorreva un ulteriore inserimento nel *DSCR* (atteso che la classificazione dei canoni di leasing tra le spese correnti, conforme peraltro alle prassi contabili OIC, esclude che gli stessi possano considerarsi contestualmente come *servizio del debito*). L'erroneità della sentenza consisterebbe nel non avere chiarito con quali risorse finanziarie si sostengano tali costi (ammontanti a circa € 490.000.000), quesito rilevante ai fini della valutazione della tenuta finanziaria e della bancabilità dell'operazione, che assume valore ai sensi del punto 5 delle Linee guida. La sentenza, per l'appellante, ha dunque omesso di valutare che il PEF ha una dimensione *economica*, una funzione *patrimoniale* ed una funzione

finanziaria. In ragione di ciò, l'acquisto degli autobus mediante leasing rileva sia in termini di costi operativi (tali sono i canoni) che finanziari (quali indici di redditività e bancabilità), con la conseguenza che i canoni vanno anche inseriti al denominatore del *DSCR*, quale “*servizio del debito*”.

La contestata statuizione di primo grado [secondo cui «*la classificazione dei canoni di leasing fra le spese correnti esclude che gli stessi possano considerarsi contestualmente come servizio del debito: nella logica della norma contabile si tratta, infatti, di spese dirette ad assicurare l'ordinario espletamento della attività e non all'acquisto di beni in conto capitale*» (pag. 10)], non appare al Collegio condivisibile, in quanto espressione di una lettura incompleta della *lex specialis*.

E' infatti vero che il punto 2 delle Linee guida include nel conto economico i *costi operativi* (tra questi contemplando anche i canoni di leasing), ma è altrettanto vero che il successivo punto 5 precisa che «*al fine di verificare la convenienza economica e la fattibilità del PEF è necessario determinare gli indici di redditività e di bancabilità*»; l'indice *DSCR* è, appunto, un indice di bancabilità, ed è «*pari al rapporto, calcolato per ogni dato periodo dell'orizzonte temporale previsto per la durata dei finanziamenti, fra il free cash flow (FCF) e il servizio del debito comprensivo di quota capitale e quota interessi*».

E' opportuno premettere che la lettera di invito, al punto 3, prevede, tra i motivi di esclusione, quello per cui il PEF «*non sia redatto secondo le indicazioni contenute nell'Allegato 5-Linee guida per la redazione del Piano Economico Finanziario*», come pure quello che «*non risulti coerente con quanto contenuto nell'offerta tecnica o riporti valori non ammissibili per gli indici indicati nella "Griglia di valutazione Offerta Economica e Tecnica" al punto "piano economico finanziario"*».

Ne discende che l'assunto (che le parti resistenti dicono assorbente) per cui i canoni di leasing costituiscono uno degli elementi che concorre alla determinazione (decrementandolo) del *free cash flow* (FCF) e cioè del numeratore della formula di calcolo dell'indice *DSCR*, appare una conclusione non coerente con la *lex specialis*, caratterizzata dalla presenza di elementi descrittivi non contraddittori ma neppure caratterizzanti in modo

giuridicamente esplicito ed inequivoco il contratto di leasing. In ragione di ciò non pare risolutiva la circostanza, contestata da Mobit anche con un successivo motivo svolto in via subordinata, e finalizzato ad inferire la natura di *leasing finanziario* anche dalla previsione del riscatto degli automezzi, per cui la *lex specialis* non ha distinto tra *leasing finanziario* e *leasing operativo*. Se ciò vale a privare di rilievo l'eccezione di inammissibilità svolta dalle appellate circa la mancata impugnazione delle Linee guida, non elimina comunque il problema del corretto inquadramento del leasing, al fine di valutarne la dimensione insieme economica e finanziaria.

È regola interpretativa consolidata che anche agli atti amministrativi si applica il principio di cui agli artt. 1362 e ss. Cod. civ., sì che, pur nella tendenziale prevalenza dell'interpretazione letterale, in realtà occorre accertarne l'effettivo contenuto, e ciò risalendo al potere concretamente esercitato dall'amministrazione (es. Cons. Stato, IV, 5 giugno 2020, n. 3552). In particolare, con riguardo agli atti del procedimento di evidenza pubblica, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che spetti al giudice ricostruire l'intento dell'amministrazione e identificare il potere di legge che la stessa ha inteso esercitare: ciò in base al contenuto complessivo dell'atto, facendo anche ricorso alla c.d. interpretazione sistematica (es. Cons. Stato, III, 2 settembre 2013, n. 4364).

Di qui sorgeva la necessità, ravvisata da questa Sezione, di procedere alla verificazione tecnica per meglio comprendere la funzione economica in concreto assolta dal contratto di leasing, proposto da Autolinee Toscane: in definitiva, se si trattasse di un *leasing finanziario* ovvero di un *leasing operativo*, e per conseguenza la sua incidenza sul “*servizio del debito*”. In altri termini, richiamando l'ordinanza 20 ottobre 2020, n. 6324, questa Sezione ha ritenuto necessario, ai fini del decidere, «*approfondire –anche avendo riguardo al ragionevole equilibrio contrattuale dell'approvvigionamento e del fabbisogno degli autobus e relativi rinnovi nella concessione in questione, ivi considerandola sua specifica durata- l'aspetto sostanziale, il piano economico del contratto : e ciò in particolare al fine di enucleare se*

assolva, sotto il profilo causale, ad una funzione creditizia, di finanziamento (con il corollario che il canone non è solo corrispettivo per la locazione del bene, ma piuttosto una modalità per la restituzione di un finanziamento); ovvero ad una funzione di mera locazione o noleggio».

La relazione di verificazione, all'esito di un percorso argomentativo che appare completo, approfondito e coerente, al cui dunque condivisibile contenuto si rinvia per brevità di esposizione, ha ritenuto che «*il contratto di locazione previsto nel PEF di Autolinee Toscane per l'acquisizione degli autobus assolva, sotto il profilo causale, ad una funzione creditizia, e che quindi risulta appropriata la sua qualificazione in termini di leasing finanziario*». Corollario di tale prima conclusione è l'ulteriore affermazione della verificazione per cui «*per coerenza e veridicità del PEF, i canoni di leasing debbano essere inseriti nel denominatore del DSCR come componenti del servizio del debito, comprensivo di quota capitale e quota interessi, nel rapporto che vede al numeratore il free cash flow, ricalcolato per eliminare dallo stesso gli effetti della presenza al suo interno dei canoni di leasing*».

2. – Ciò fermo, la verificazione, come si evince anche dalle conclusioni, ha poi rappresentato che, nel procedere al ricalcolo del *DSCR* medio risultante dal PEF di Autolinee Toscane, è emerso un errore commesso da Autolinee Toscane con riferimento alla misura del *DSCR* del primo esercizio di piano, ovvero «*l'inclusione nel calcolo del DSCR degli investimenti in essere al tempo T 0*». Questo errore (consistente nell'appostamento nella colonna “anno 1” della quota di investimento iniziale, pari a 144 milioni di euro, per l'acquisto del parco bus) è definito quantitativamente rilevante, tanto più a fronte della considerazione che Mobit non aveva incluso nel calcolo del *DSCR* gli investimenti in essere al tempo $T = 0$, cioè all'avvio dell'esecuzione del contratto. Si tratta di una circostanza che, nella verificazione, porta ad esito divergente, nel senso che: «*-qualora sia necessario che la verificazione si limiti a ricalcolare il DSCR medio di AT esclusivamente per tenere conto della natura finanziaria del leasing, il valore del DSCR medio risulterebbe pari alternativamente a 0,37 o a 0,29 (includendo i flussi derivanti dalla cessione di attività e passività al termine del periodo di*

concessione); - qualora venga ritenuto ammissibile dal collegio giudicante considerare anche la correzione dell'errore commesso nella misura del DSCR del primo periodo di piano di AT, il valore del DSCR medio risulterebbe pari a 1,47 o 1,39 (includendo i flussi derivanti dalla cessione di attività e passività al termine del periodo di concessione)».

Nel contraddittorio tecnico sviluppatosi nel corso della verificazione (tra verificatori e tecnici di parte) tale profilo ha evidenziato posizioni divergenti: perciò le conclusioni propongono la doppia soluzione. Tuttavia l'avviso dei verificatori è che, coerentemente con la natura finanziaria del leasing di Autolinee Toscane, occorra scomputare i canoni di leasing dal numeratore del DSCR calcolato nel PEF, imputare i canoni stessi al denominatore del DSCR calcolato nel PEF ed inoltre «sterilizzare, nel calcolo del DSCR del primo esercizio, l'investimento realizzato prima che si attivasse una gestione operativa del trasporto pubblico locale, ovvero al tempo T 0, da parte di AT in relazione al conferimento di bus da parte dell'impresa "uscente"» (pag. 41). Ciò nella considerazione che «*in una situazione di nuovo progetto imprenditoriale quale quello rappresentato dalla costituzione di una società destinata a gestire per un certo numero di anni il servizio di trasporto pubblico di una Regione, il DSCR deve quantificare l'attitudine dei flussi di cassa operativi (il FCF) prodotti in ciascun esercizio a soddisfare gli impegni finanziari in scadenza in quell'esercizio, senza tenere conto dell'investimento sostenuto in sede di costituzione dell'impresa; questo non vuol dire che gli impegni finanziari assunti in sede di costituzione non siano considerati, in quanto essi appariranno nelle rate di rimborso dei prestiti dei vari esercizi, e dovranno essere coperti dai flussi operativi prodotti dalla gestione del capitale investito inizialmente»* (pag. 42 dell'elaborato peritale).

A fronte delle obiezioni del tecnico di Mobit in ordine alla non modificabilità del PEF di Autolinee Toscane, i verificatori, hanno dato atto del fatto che la questione della possibilità di rilevare e computare le conseguenze dell'errore commesso da Autolinee Toscane nell'includere tra i *capex* [vale a dire le spese in conto capitale: da *capital expenditure*] del primo esercizio gli investimenti iniziali, è stata rilevata nel corso dell'incumbente istruttorio; doverosamente rimettendola alla decisione del giudice, i verificatori hanno rappresentato di

non avere proceduto ad una modifica del PEF di Autolinee Toscane, se non con riguardo al calcolo del *DSCR*. Dal punto di vista tecnico, i verificatori hanno ribadito che gli investimenti iniziali non vanno considerati nel *capex* del primo esercizio, come, del resto, il PEF di Mobit non li includeva (pagg. 72 e ss. della verificazione).

2.1.- Mobit s.c. a r.l., sin dalla memoria del 27 aprile 2021, ha dichiarato di non accettare alcun contraddittorio su tale questione, che non sarebbe comunque idonea ad eliminare, a suo dire, l'effetto escludente di Autolinee Toscane dovuto al mancato inserimento nel *servizio del debito* dei canoni di leasing. La stessa Mobit ha eccepito che si tratta di un argomento estraneo al *thema decidendum*, emerso nel corso della verificazione, pur non essendone stato oggetto; ed ha aggiunto che si trattrebbe comunque di eccezione nuova, inammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 1, Cod. proc. amm.; addirittura, si trattrebbe di un'inammissibile modifica, nel corso del giudizio, del PEF, e dunque degli atti di gara, con esclusione della spesa di investimento iniziale.

Gli argomenti defensionali di Mobit, pur nella loro serietà, non appaiono al Collegio condivisibili.

Si tratta anzitutto di considerare che l’“errore”, consistente nell’inclusione, da parte di Autolinee Toscane, nel calcolo del *DSCR*, degli investimenti in essere al tempo $T = 0$ è stato rilevato dalla verificazione. Questa, ai sensi dell’art. 66 Cod. proc. amm., assolve ad una funzione descrittiva ed illustrativa, finalizzata a completare la conoscenza dei fatti, diversamente dalla consulenza tecnica di ufficio, la quale ha riguardo invece alla valutazione di situazioni da utilizzare ai fini della decisione, con oggetto non meramente cognitivo (es. Cons. Stato, VI, 5 gennaio 2015, n. 11; V, 7 giugno 2016, n. 2433). La verificazione tecnica ha dunque ad oggetto un accertamento tecnico dal quale il giudice può discostarsi solo sussistendone serie e obiettive ragioni, proprio perché è una rilevazione e non è una valutazione.

La questione dell’inclusione degli investimenti al tempo $T = 0$ e del conseguente ricalcolo del *DSCR* di Autolinee Toscane non amplia dunque il

thema decidendum (che rimane incentrato sulla correttezza e bancabilità del PEF di Autolinee Toscane), ma si traduce piuttosto nell'acquisizione di un fatto in un'ottica di “sostanza economica”. Si tratta di un'argomentazione difensiva che nasce dagli sviluppi istruttori del giudizio e che vi resta comunque intrinseca, e che dunque non incontra limiti (nel senso che può essere svolta per la prima volta anche in appello).

Del resto, il divieto di domande od eccezioni nuove in appello, ai sensi dell'art. 104, comma 1, Cod. proc. amm., si applica solamente all'originario ricorrente, Infatti solo a quest'ultimo, una volta delimitato il *thema decidendum* dai motivi di impugnazione articolati in primo grado, è precluso un suo ampliamento nel giudizio di appello. Invece, riguardo alle parti resistenti, il medesimo divieto va inteso come riferito alle sole eccezioni in senso tecnico, non rilevabili d'ufficio, ma non anche alle mere difese rispetto agli altrui motivi di impugnazione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 29 dicembre 2020, n. 8475; II, 17 marzo 2020, n. 1892).

Quanto, poi, all'argomento che, in tale guisa, si consentirebbe il mutamento degli atti di gara, è da obiettare che è la stessa verificazione a chiarire che non si incide sul PEF di Autolinee Toscane, atteso che “la correzione dell'errore” riguarda il solo calcolo del *DSCR*. In termini concreti, non si opera la sottrazione di € 144.000.000 , quanto piuttosto la loro ripartizione nel corso degli undici anni di gestione. Più tecnicamente, il ricalcolo riguarda il solo *DSCR*, il quale è un indice di bancabilità (*Debt Service Coverage Ratio*, cioè rapporto di copertura del *servizio del debito*: in generale, indica in modo dinamico la sostenibilità del debito di un'impresa in riferimento ai suoi piani di sviluppo). Si intende osservare che la verificazione non ha modificato né l'offerta, né il PEF, traducendosi nel ricalcolo di un indice, utilizzando le voci del PEF indicate dal concorrente che non vengono in alcun modo manipolate. Si tratta dunque di un'operazione meramente matematica, e non di modifica o adattamento, in questa sede, dell'offerta.

Giova aggiungere come in ogni caso il PEF non coincida con l'offerta, in quanto, come rilevato da questa Sezione con la sentenza 11 dicembre 2019, n. 8411 (concernente la prima *tranche* della presente controversia), il PEF è in realtà un documento la cui funzione è di giustificare la sostenibilità dell'offerta, rappresentandone un supporto dotato di autonomia formale e sostanziale.

2.2.- Ne consegue che il primo motivo dell'appello di Mobit va respinto, essendo stato accertato dalla verificazione che il PEF di Autolinee Toscane è bancabile e sostenibile, con un indice *DSCR* superiore ad 1, e dunque conforme alle prescrizioni di gara.

3. - Con un secondo motivo, proposto in via subordinata, Mobit critica la sentenza che non ha riconosciuto un'inammissibile modifica dell'offerta tecnica da parte di Autolinee Toscane nel sostituire il finanziamento bancario con il leasing.

Anche tale motivo è infondato.

La legge di gara consentiva infatti, come modalità di acquisizione della disponibilità degli autobus, sia l'acquisto in proprietà, sia il leasing (cfr., tra l'altro, art. 14 dello schema di contratto di concessione-allegato n. 3 alla lettera di invito, alla cui stregua «*gli interventi di rinnovo del parco previsti dal suddetto Programma possono essere realizzati con qualsiasi forma di acquisizione in proprietà o in leasing»*).

Quanto alla congruenza del nuovo PEF con l'offerta di Autolinee Toscane, è da considerare che la prima fase processuale, conclusa dalla sentenza di questa Sezione n. 8411 del 2019, cui ha fatto seguito la rinnovazione, il cui epilogo è oggetto del presente giudizio, si era conclusa con l'accertamento della necessità della presentazione di un nuovo PEF da parte di entrambi i concorrenti, in vista di una riedizione del segmento della procedura annullato non condizionato da vincoli. Giova ribadire che, del resto, anche detta sentenza della Sezione, in conformità della giurisprudenza prevalente, ha sottolineato che il PEF non fa parte del contenuto dell'offerta, essendo

finalizzato a dimostrare la sostenibilità del modello di servizio offerto da ciascun concorrente, con la conseguenza che la sua modificazione non comporta modifica dell'offerta.

Peraltro l'offerta tecnica (busta C) di Autolinee Toscane non indica il titolo di acquisizione degli autobus.

4. - Con ulteriore motivo gradato Mobit critica la sentenza per non avere accolto la censura di primo grado che stigmatizzava l'assenza nel PEF di Autolinee Toscane (in particolare, nel foglio di calcolo denominato “*Riepilogo rate leasing*”) delle “formule in chiaro”.

Il motivo è infondato.

La sentenza ha evidenziato che le celle prive di formule in chiaro attengono solo ai “*valori di input*”, e cioè a valori primari, che non sono il risultato dell'elaborazione di altre formule, e cioè frutto di calcoli aritmetici. Tra questi vanno incluse anche le rate di leasing.

5. - Viene poi ulteriormente censurata la sentenza per aver dichiarato inammissibile il quinto motivo del ricorso introduttivo di Mobit, con cui è stata eccepita l'illegittimità costituzionale dell'art. 84 (*Ambito territoriale ottimale del servizio di trasporto pubblico locale*) della l.r. Toscana 29 dicembre 2010, n. 65 (*Legge finanziaria per l'anno 2011*) (prevedente come ambito territoriale ottimale per lo svolgimento delle funzioni in materia di trasporto pubblico locale l'intera circoscrizione territoriale regionale, e, conseguentemente, l'affidamento sulla base di un unico lotto del trasporto su gomma) per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., nella considerazione che il lotto unico violerebbe il principio del diritto eurounitario di massima partecipazione alle gare bandite dall'amministrazione, sia se concernano appalti, sia concessioni di servizi (in questo secondo caso assumendo valore di parametro l'art. 3, comma 1, della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014).

Il motivo è infondato, e nei termini che seguono.

L'appellata sentenza ha dichiarato inammissibile il motivo perché coperto dal giudicato di cui alla sentenza di questa Sezione n. 8411 del 2019, che aveva scrutinato, disattendendoli, i profili attinenti essenzialmente alla tutela della concorrenza.

Osserva il Collegio come, effettivamente, il sistema di garanzie costituzionali circa le leggi non configura un giudicato sulla legittimità costituzionale di una norma primaria: perciò non è precluso al giudice che ha applicato una norma di sollevare successivamente la questione di legittimità costituzionale (Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50). In tale senso depone del resto l'invocata disposizione dell'art. 24, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

Peraltro il prospettato contrasto dell'art. 84 della l.r. Toscana n. 65 del 2010 con una norma della direttiva europea, in quanto tale priva di effetti diretti, da fare dunque valere sollevando la questione di legittimità costituzionale (in termini Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269), è infondato per le ragioni già esposte nella sentenza n. 8411 del 2019 (proprio perché la tutela della concorrenza è il principio cardine del diritto eurounitario, il fondamento di razionalità degli altri).

L'art. 3 della direttiva n. 2014/23/UE (c.d. *direttiva concessioni*) enuclea i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Tali principi non appaiono violati dalla norma di cui si contesta l'incostituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in quanto l'accorpamento in un unico lotto di più prestazioni, per quanto di notevoli dimensioni e notevole rilievo economico, è l'espressione di un non irragionevole bilanciamento tra il principio della concorrenza (di cui sono portato la parità di trattamento e la non discriminazione) ed il principio di buon andamento e di economicità (Cons. Stato, III, 17 ottobre 2018, n. 5953). Ora, anche a prescindere dall'assunto regionale che invoca l'applicazione del solo regolamento (CE) n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 (*regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per*

ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70) (il quale effettivamente prevede per il servizio di trasporto pubblico di passeggeri obblighi di servizio e compensazioni di servizio pubblico), anche a rimanere nel quadro delle direttive eurounitarie appare difficilmente contestabile la non irragionevolezza dell'ambito regionale se considerato dal punto di vista dell'efficienza del servizio in un contesto caratterizzato dalla riduzione delle risorse a disposizione del trasporto pubblico locale. Le ragioni e gli obiettivi a supporto del lotto unico appaiono comunque non illogicamente rappresentati dal *“documento finalità ed obiettivi della concessione”* della Regione Toscana, allegato alla lettera di invito.

Seppure, dunque, anche in materia di contratti di concessione, pur in assenza di norma esplicita (quale è l'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016), la suddivisione in lotti costituisca criterio preferenziale, rispondendo all'esigenza di favorire l'attività economica delle piccole e medie imprese, deve ammettersi anche un diverso apprezzamento in relazione alla situazione di fatto, che è consentito anche dalla *direttiva appalti* (si veda il considerando n. 78 della direttiva n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici).

Sicché, non essendo prevista la motivazione della deroga alla suddivisione in lotti per le concessioni, è consentito – nei limiti, che qui non appaiono valicati, della congruenza logica e della ragionevolezza - dare spazio anche in sede processuale alla spiegazione, ribadita dalla Regione Toscana negli scritti difensivi, che fa riferimento alla necessità di contenere i costi del servizio: il che, all'ultimo, va a beneficio dell'utilizzatore su cui altrimenti si tenderebbe a traslare i maggiori costi. Ciò appare non irragionevole se si tiene conto della diversità della concessione rispetto all'appalto (tratti peculiari della prima, bene delineati dal d.lgs. n. 50 del 2016, essendo la traslazione del rischio operativo in capo al concessionario e lo svolgimento del servizio nei confronti dell'utenza e non dell'amministrazione concedente: Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22).

Giova ricordare come in almeno un'altra occasione (e cioè con riguardo alla legge regionale della Liguria, che ha previsto il lotto unico) tale modello è stato sottoposto al vaglio di costituzionalità della Corte costituzionale, che si è pronunciata nel senso dell'inammissibilità per difetto di rilevanza (Corte cost., 20 novembre 2016, n. 245).

Ne segue che la sollevata questione di legittimità costituzionale non appare non manifestamente infondata.

6. - Le considerazioni che precedono portano alla reiezione dell'appello principale della Mobit s. c. a r.l..

7. - Procedendo ora alla disamina della memoria *ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.*, di Autolinee Toscane, notificata per valere anche come appello incidentale, viene riproposto, in via subordinata all'eventuale accoglimento dell'appello principale, il primo motivo del ricorso incidentale (dichiarato improcedibile dalla sentenza) con cui si è dedotto che l'offerta di Mobit avrebbe dovuto essere esclusa perché il PEF dalla stessa riproposto non risponderebbe ai requisiti di bancabilità, congruità e sostenibilità finanziaria richiesti dalla *lex specialis* di gara per le ragioni, essenzialmente attinenti alle modalità ed alle tempistiche di finanziamento, esposte al punto *sub 5)* dell'esposizione in fatto, cui si fa, per brevità, rinvio.

L'appello incidentale, se non anche inammissibile per essere stato proposto condizionatamente all'accoglimento dell'appello principale, è comunque infondato.

Anche a tale riguardo questa Sezione ha disposto la verificazione sul PEF di Mobit, «*allo scopo di valutarne i requisiti di bancabilità, congruità e sostenibilità finanziaria in relazione al suo connotarsi con la previsione di operazioni finanziarie a breve termine ed una “bullet” con rimborso al dodicesimo anno, inevitabilmente incidente sul DSCR*».

La relazione tecnica, anche in questo caso all'esito di un'approfondita valutazione, che ha tenuto conto delle considerazioni dei tecnici di parte, ha condivisibilmente concluso nel senso che «*non sussistano elementi atti a negare la*

presenza dei requisiti di bancabilità, congruità e sostenibilità finanziaria nel PEF di Mobit».

8. - Residuano da esaminare i motivi aggiunti di Mobit.

Sul primo motivo aggiunto, volto a denunciare il difetto di istruttoria e di motivazione nella qualificazione del leasing di Autolinee Toscane come operativo non permane l'interesse, essendo tale censura stata positivamente apprezzata in conformità delle risultanze della verificazione.

Il secondo motivo aggiunto deduce la violazione del principio di segretezza delle offerte e comunque l'irregolare svolgimento delle operazioni di gara lamentando riunioni del “gruppo di lavoro” alle quali avrebbero partecipato alcuni componenti della Commissione giudicatrice con membri esterni, secondo quanto emergente dalla trascrizione delle intercettazioni telefoniche disposte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, delle quali non si dà atto nei lavori della Commissione, con conseguente vizio della motivazione.

Anche tale motivo appare anzitutto carente di interesse, proprio alla luce delle acquisizioni della disposta verificazione, in quanto essenzialmente finalizzato a contestare l'inadeguatezza della Commissione a comprendere la natura finanziaria del leasing di Autolinee Toscane, con necessità di ricorrere al parere di un consulente esterno.

Si tratta peraltro anche di un motivo infondato. A prescindere dall'utilizzabilità in questa sede delle intercettazioni telefoniche, non sembra evincersi dalle medesime (le cui trascrizioni sono state versate in atti da Mobit) che sia intervenuta un'integrazione di quel collegio, affiancando ai commissari ulteriori soggetti valutanti, circostanza che violerebbe il principio del collegio perfetto ed il principio di esclusività della Commissione quale soggetto giudicante; piuttosto emergono, allo stato degli atti, consultazioni informali del presidente della Commissione (o del suo *staff*) con il consulente della Regione (o con la sua collaboratrice) al fine di acquisire chiarimenti su

entrambi i PEF presentati, il che non risulta concludente ai fini della dogianza in esame.

9. - In definitiva, alla stregua di quanto esposto, vanno respinti sia l'appello principale che quello incidentale.

La particolare complessità della controversia, oltre che la condizione di reciproca soccombenza, integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

Va poi posto a carico solidale della parti il compenso dei verificatori, liquidato nel dispositivo, tenendo conto della complessità e della durata del lavoro svolto, del valore della controversia, ma anche dello *status* professionale dei verificatori.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e quello incidentale.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Pone a carico delle parti in solido il compenso dei verificatori, unitariamente liquidato in complessivi euro novantamila/00 (90.000,00), dal cui importo va detratto l'anticipo di complessivi euro quindicimila/00 (15.000,00) posto provvisoriamente a carico di Mobit s.c.a r.l..

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.-l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.-l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO