Pubblicato il 30/10/2020

N. 00185/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00142/2020 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 142 del 2020, proposto da:

Impresa Pizzarotti & c. S.p.a., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Cristoforetti Servizi Energia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Caia e Roberta de Pretis con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via S. Trinità, n. 14, presso lo studio dell'avvocato Roberta de Pretis;

contro

Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli appalti e i contratti, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Sabrina Azzolini e Giuliana Fozzer, dell'Avvocatura della Provincia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché con domicilio eletto in Trento, piazza Dante n. 15, presso l'avvocato Giuliana Fozzer, nella sede dell'Avvocatura medesima;

nei confronti

Guerrato S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Dario Capotorto, Roberto Milia e Carolina D'Antuono, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché con domicilio eletto in Trento, via Calepina, n. 50, presso la Segreteria di questo Tribunale;

per l'ottemperanza

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento n. 91/2020, pubblicata in data 16 giugno 2020 e notificata in data 19 giugno 2020, con richiesta di determinazione delle modalità esecutive ex art. 114, comma 4, lett. a), cod. proc. amm.,

nonché per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dei seguenti atti:

A) determinazione del dirigente della Provincia autonoma di Trento n. 59 del 5 agosto 2020, avente ad oggetto *"Procedura di gara mediante ricorso alla Finanza di progetto per l'affidamento del contratto di costruzione e gestione avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la successiva gestione del "Nuovo Ospedale Trentino 2018" - Nomina del Promotore a seguito di attività amministrativa posta in essere in esecuzione della sentenza del T.R.G.A. di Trento n. 91 di data 16 giugno 2020"*, comunicata alla Impresa Pizzarotti con atto dell'Agenzia Provinciale per gli Appalti e Contratti in data 6 agosto 2020;

B) del provvedimento allegato alla predetta determinazione dirigenziale avente ad oggetto la *"verifica del requisito del capitale sociale"*, comunicata all'Impresa Pizzarotti con atto dell'Agenzia Provinciale per gli Appalti e Contratti in data 6 agosto 2020;

C) di ogni ulteriore atto connesso, conseguente o collegato, ivi compresi, per quanto occorrer possa: verbali di gara della Commissione tecnica del 13 luglio 2020, del 22 luglio 2020 e del 31 luglio 2020; verbale di gara in seduta pubblica del 3 agosto 2020;

nonché per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto eventualmente

medio tempore stipulato, con conseguente nomina del raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Pizzarotti & c. S.p.a. con Cristoforetti Servizi Energia S.p.a., secondo graduato nella procedura, quale soggetto promotore,

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni causati dai provvedimenti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla società ricorrente;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento e della controinteressata Guerrato S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli articoli 32, 60 e 114 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 il consigliere Antonia Tassinari e uditi per la parte ricorrente l'avvocato Roberta de Pretis, per l'Amministrazione provinciale l'avvocato Giuliana Fozzer e per la società controinteressata l'avvocato Dario Capotorto.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La Provincia autonoma di Trento, con bando di gara pubblicato il 21 dicembre 2011, indiceva una procedura aperta per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 39, comma 1, lettera b), della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, del contratto di costruzione e di gestione del nuovo Polo Ospedaliero del Trentino (NOT), individuando per la realizzazione dell'opera il sistema della finanza di progetto, disciplinato dall'art. 50 quater della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26.

2. L'individuazione del soggetto promotore veniva annullata da questo Tribunale

con sentenza n. 30 del 2014, sostanzialmente confermata dal Consiglio di Stato con sentenza della Sezione III n. 5057 del 2014, che peraltro riteneva non fosse *«possibile procedere, nella fattispecie, ad un nuovo esame, da parte di una nuova commissione, delle offerte tecniche già presentate dalle concorrenti, dovendo essere consentita una nuova valutazione di offerte non condizionata dalla conoscenza delle offerte economiche. Ciò può essere reso possibile attraverso la riapertura dei termini per la presentazione di nuove offerte sia tecniche che economiche»*, altresì statuendo che *«per effetto di quanto disposto, la Provincia può procedere alla rinnovazione della gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte. Peraltro, anche alla luce delle criticità emerse nei motivi sollevati dalle parti nei loro ricorsi, si ritiene che l'Amministrazione possa anche intervenire, nell'occasione, per perfezionare alcuni profili contestati delle disposizioni di gara. Sono fatti salvi ovviamente gli ulteriori atti dell'Amministrazione»*.

3. La Provincia, ritenendo non più conveniente procedere alla realizzazione del nuovo Polo Ospedaliero del Trentino mediante finanza di progetto, con determinazione dirigenziale n. 37 del 16 giugno 2016 disponeva la revoca della gara. I ricorsi presentati dai partecipanti alla gara avverso il provvedimento di revoca venivano respinti da questo Tribunale con le sentenze n. 398 del 2016, n. 400 del 2016, n. 404 del 2016 e n. 53 del 2017, ma il Consiglio di Stato con le sentenze della Sezione III n. 4467 del 25 settembre 2017 e n. 4555 del 29 settembre 2017 accoglieva gli appelli e annullava la richiamata determinazione n. 37 del 2016.

4. Per poter adeguatamente ottemperare alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 5057 del 2014, anche alla luce delle successive pronunce n. 4467 e n. 4555 del 2017, la Provincia, ai sensi dell'art. 112, comma 5, cod. proc. amm., chiedeva chiarimenti al Consiglio di Stato che si esprimeva con sentenza della Sezione III n. 1111 del 22 febbraio 2018, precisando che la gara avrebbe dovuto riprendere, nella forma di finanza di progetto, dalla fase di presentazione delle offerte, con la possibilità di adeguare il contenuto degli atti della *lex specialis* alle mutate esigenze

di politica sanitaria ed economica della Provincia; che alla gara rinnovata avrebbero potuto partecipare solo i concorrenti che avevano presentato offerta già nel 2011; che la normativa applicabile sarebbe stata logica conseguenza delle modifiche apportate alla *lex specialis* (dovendo dunque prevalere la disciplina vigente al momento della pubblicazione del bando).

5. La Provincia con la determinazione dirigenziale n. 66 del 1° ottobre 2018, ai fini della rinnovazione dell'affidamento mediante finanza di progetto, approvava i nuovi atti della *lex specialis* (disciplinare di gara, studio di fattibilità e rispettivi allegati), indicando quale normativa applicabile alla procedura, se non diversamente indicato, quella vigente alla data di pubblicazione del bando originario (21 dicembre 2011), ossia il previgente codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) e le norme, nel testo *ratione temporis* vigente, della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26.

6. Alla rinnovata gara hanno partecipato il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Pizzarotti & c. S.p.a. con Cristoforetti Servizi Energia S.p.a. (di seguito RTI Pizzarotti) e la Guerrato S.p.a. (di seguito Guerrato).

7. Verificata da parte del seggio di gara (cfr. il verbale della seduta del 9 aprile 2019) la regolarità della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, e sottoposta, con esito positivo, la Guerrato (a seguito di sorteggio) alla verifica a campione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa richiesti, i concorrenti sono stati ammessi alla successiva fase della procedura. A seguito delle valutazioni della Commissione tecnica (cfr. tabella finale di cui al verbale della Commissione tecnica di data 25/11/2019), l'offerta tecnica del RTI Pizzarotti ha ottenuto il punteggio di 65,367, mentre quella della Guerrato ha ottenuto il punteggio di 66. La commissione tecnica (cfr. i verbali delle sedute del 29 novembre, 5 dicembre, 9 dicembre e 17 dicembre 2019) ha poi svolto le valutazioni sulle offerte economiche, ai sensi dal punto 10 del disciplinare di gara. All'esito di tali valutazioni il seggio di gara (cfr. il verbale della terza seduta del 20

dicembre 2019) ha calcolato il relativo punteggio, assegnando punti 86,695 al RTI Pizzarotti e punti 95,308 alla Guerrato; ha poi determinato il punteggio complessivo conseguito dai concorrenti; ha quindi formato la graduatoria finale ed ha, infine, disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore della Guerrato. Con la determinazione dirigenziale n. 1 del 14 gennaio 2020 la Provincia ha nominato la Guerrato soggetto promotore, secondo quanto previsto dal punto 10 del disciplinare di gara e dall'art. 50-quater, comma 10, lett. b), della legge provinciale n. 26 del 1993.

8. Il RTI Pizzarotti ha impugnato la nomina a promotore della Guerrato ritenendo che quest'ultima dovesse essere esclusa dalla gara in ragione dell'inidoneità dei finanziamenti indicati per la realizzazione dell'opera, che inficiano la sostenibilità del piano economico finanziario (di seguito PEF), e della carenza del prescritto requisito di capacità economica e finanziaria. Questo Tribunale con la sentenza n. 91 del 16 giugno 2020, pur riconoscendo l'idoneità di una Società di Gestione del Risparmio (di seguito SGR) a prestare la manifestazione di preliminare interesse al finanziamento del c.d. *senior debt* (punto X della sentenza n. 91), ha accolto il ricorso del RTI Pizzarotti ritenendo carente, sotto il profilo istruttorio e motivazionale, l'operato della Commissione tecnica, che ha valutato coerente e sostenibile l'offerta economica della Guerrato, senza considerare affatto che il PEF dalla stessa presentato si riferisce a finanziamenti bancari, mentre la manifestazione di preliminare interesse, anch'essa facente parte dell'offerta, proviene da una SGR (la SGR Auriga) (punto XI della sentenza n. 91). Inoltre questo Tribunale, confermato il generale principio del necessario mantenimento dei requisiti senza soluzione di continuità da parte dei concorrenti, ha ritenuto inammissibile, ai sensi dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cod. proc. amm., il motivo di ricorso incentrato sul venir meno, in capo alla Guerrato, del requisito di capacità economico-finanziaria relativo al capitale sociale (punto VI della sentenza n. 91). Questo Tribunale ha poi ritenuto ragionevole e non in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, la

clausola escludente, inserita nella *lex specialis*, relativa al caso della mancata presentazione della dichiarazione di manifestazione di interesse del soggetto finanziatore (punto XIII della sentenza n. 91). Per l'effetto, questo Tribunale ha annullato il provvedimento di nomina del promotore, *«fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione procedente riterrà di assumere all'esito della rivalutazione dell'offerta economica della controinteressata alla luce di tutto quanto affermato nella presente sentenza»* (punto XIV della sentenza n. 91).

9. In esecuzione della sentenza n. 91 del 2020 (non appellata) la Provincia ha provveduto a riconvocare la Commissione tecnica ai fini della rivalutazione dell'offerta economica in conformità a quanto disposto con la sentenza stessa (cfr. deliberazione della Giunta provinciale n. 880 del 25 giugno 2020) e, nel contempo, ha svolto la verifica relativa alla perdurante sussistenza, in capo al promotore, del requisito di capacità economico-finanziaria relativo al capitale sociale. All'esito di tali attività - considerato che la Commissione tecnica ha confermato il proprio giudizio (cfr. i verbali della Commissione tecnica del 13 luglio 2020, del 22 luglio 2020 e del 31 luglio 2020), che il seggio di gara ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore della Guerrato (cfr. il verbale di gara della seduta pubblica del 3 agosto 2020) e che è stato ritenuto persistente il requisito del capitale sociale (cfr. il provvedimento del 5 agosto 2020, prot. n. 475196) - la Provincia con la determinazione dirigenziale n. 59 del 5 agosto 2020 ha confermato la nomina della Guerrato quale soggetto promotore.

10. La determinazione dirigenziale n. 59 del 5 agosto 2020 è stata avversata dal RTI Pizzarotti con il ricorso in esame, affidato a due distinte ed autonome domande giudiziali: la prima è una domanda di ottemperanza della sentenza di questo Tribunale n. 91 del 2020; la seconda è una domanda di annullamento della predetta determinazione dirigenziale n. 59 del 5 agosto 2020, nonché dell'allegato provvedimento di verifica del requisito del capitale sociale e degli altri atti in epigrafe indicati.

11. La domanda di ottemperanza è supportata dal primo motivo di ricorso, con cui vengono dedotte le seguenti censure: *violazione dell'art. 112, comma 1, cod. proc. amm. per violazione dell'obbligo di esecuzione dei provvedimenti del giudice amministrativo; inefficacia del provvedimento di nomina del promotore per elusione e violazione della sentenza n. 91/2020 (§ da XI a XIV).* In particolare, secondo il RTI Pizzarotti, dal verbale di gara del 31 luglio 2020 si desume che la Commissione tecnica non ha operato la richiesta valutazione di coerenza tra il PEF della Guerrato e la dichiarazione della SGR Auriga, ma ha solo formalmente dato esecuzione alla sentenza n. 91 del 2020, desumendo la coerenza e sostenibilità dell'offerta economica della Guerrato dall'ammontare complessivo dagli importi ivi indicati, senza svolgere la richiesta indagine sugli effetti concreti che le differenti forme di finanziamento - bancario o di natura obbligazionaria - possono produrre in relazione alla sostenibilità dell'offerta economica. Inoltre la Commissione ha erroneamente rimandato ogni valutazione sulla coerenza degli strumenti finanziari ad un momento successivo della procedura, in palese contrasto con le indicazioni contenute nella predetta sentenza, volte a richiedere la dimostrazione - in concreto e con adeguata motivazione - della fattibilità finanziaria del progetto, alla luce della manifestazione di preliminare interesse presentata, già nella fase della selezione del promotore. In particolare, secondo il RTI Pizzarotti, la Commissione *«non ha operato alcuna valutazione complessiva e globale di coerenza tra PEF e dichiarazione di interesse al finanziamento; non ha operato alcuna valutazione di concreta incidenza dei diversi strumenti di finanziamento utilizzati dalle imprese sulla sostenibilità e attuabilità del PEF; ha erroneamente rimandato ogni valutazione sulla coerenza degli strumenti finanziari ad un momento successivo (esecutivo/attuativo) dell'affidamento senza tenere conto delle indicazioni del giudice amministrativo che invece erano tutte rivolte a richiedere la dimostrazione, in concreto e con adeguata motivazione, della fattibilità finanziaria del progetto in ragione dell'attendibilità delle dichiarazione di preliminare interesse prima di procedere all'affidamento definitivo. In questi termini, vi è stata nuovamente una*

totale e completa sottovalutazione degli effetti concreti che i diversi impegni finanziari proposti esplicano sull'offerta economica e ciò in evidente elusione di quanto richiesto dal TAR».

12. La domanda di annullamento è affidata a tre distinti motivi, rubricati e sintetizzabili come segue.

Eccesso e sviamento di potere; violazione degli articoli 144 e 153 del d.lgs. n. 163 del 2006 e del disciplinare di gara; contraddittorietà ed irragionevolezza nella valutazione delle offerte; difetto di motivazione e carenza di istruttoria.

Secondo la *lex specialis* la dichiarazione di preliminare coinvolgimento di una o più banche e/o istituzioni finanziarie, di cui al documento 8, concorre unitamente al PEF, di cui al documento 5, a determinare la sostenibilità e la coerenza dell'offerta economico-finanziaria. La valutazione espressa dalla Commissione nel verbale del 31 luglio 2020 non è però supportata da alcuna motivazione che dimostri la congruità tra il PEF della Guerrato e la tipologia di finanziamento prescelto (con i relativi impatti su costi e flussi di cassa). Infatti la Commissione si è limitata ad affermare quanto segue: *«anche preso atto che nel PEF asseverato di Guerrato s.p.a. si parla di finanziamento "bancario", mentre la manifestazione di preliminare interesse, che fa parte dell'offerta, proviene da una SGR (in specie Auriga Asset Managemente Limited), sul piano sostanziale vi è coerenza tra il PEF e la manifestazione di interesse del finanziatore prodotti da Guerrato s.p.a., con specifico riferimento alla corrispondenza degli elementi indicati dagli offerenti nei Piani economici finanziari con gli elementi contenuti nelle offerte economiche»*, e ciò pur avendo la Commissione stessa precisato che nella relazione al PEF della Guerrato, tra le fonti di copertura del fabbisogno finanziario, non si riscontra uno specifico richiamo all'emissione di *bond/project bond*.

Violazione e falsa applicazione degli articoli 144 e 153 del d.lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis; eccesso e sviamento di potere; contraddittorietà ed irragionevolezza nella valutazione delle offerte; difetto di motivazione e carenza di

istruttoria.

Secondo il disciplinare di gara, il documento 5, piano economico-finanziario e relazione al PEF, è il *"documento finalizzato a dimostrare la sostenibilità e la fattibilità economico-finanziaria del progetto presentato dall'offerente, in relazione al quale gli elementi indicati nel precedente Documento 4 ed oggetto di valorizzazione sono soltanto alcuni degli elementi contenuti nel Piano economico-finanziario. Si fa presente che, in ogni caso, sarà inidonea un'offerta che non superi la verifica di coerenza e di sostenibilità economico-finanziaria espletata attraverso l'esame del Piano economico-finanziario stesso"*. Inoltre, a dimostrazione dell'equilibrio e dell'idoneità del PEF, la *lex specialis* pone quali indicatori il Tasso Interno di Rendimento dell'*equity* (TIR Equity) ed il Valore Attuale Netto (VAN) dell'*equity*, i quali *"dovranno evidenziare un'adeguata remunerazione del capitale di rischio investito, in linea con i range medi di mercato. Il TIR Equity dovrà essere in linea con il Rendimento atteso dell'Equity (Ke)"*; mentre il *"Costo medio ponderato del capitale - Weighted Average Cost of Capital (WACC): dovrà essere uguale o di poco inferiore al TIR di Progetto"*. Anche nelle Linee Guida ANAC n. 9 del 2018 (recanti *"Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"*) si legge che *«se i valori di VAN e TIR di progetto non tendono all'equilibrio significa che il contratto contiene margini di extra-redditività per il partner privato che ne riducono il trasferimento del rischio operativo e, pertanto, queste situazioni devono essere attentamente valutate dalle amministrazioni»*. La sostenibilità dell'offerta della Guerrato sarebbe inficiata da elementi di erroneità per la sottostima dei valori del costo del debito (kd) e del costo dell'*Equity* (ke), con la conseguenza che non risultano corretti alcuni degli indicatori esposti, (TIR, VAN e WACC). Inoltre il PEF non sarebbe in equilibrio e risulterebbe insostenibile non solo per i valori non corretti dei menzionati indicatori, ma anche perché non è stata indicata, nell'allegato Stato Patrimoniale Previsionale, con riferimento alla costituenda società di progetto, la corretta quota

di capitale sociale da versarsi ai sensi dell'art. 2342 (in tal modo concretizzandosi una sovrastima del TIR *Equity*). Il PEF presentato dalla Guerrato, infatti, non ha considerato gli impegni finanziari conseguenti alla società di progetto, pure indicati dal Disciplinare.

Violazione dell'art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 95 del d.P.R. n. 207 del 2010 e delle previsioni della lex specialis; eccesso e sviamento di potere; contraddittorietà ed irragionevolezza nella valutazione delle offerte di gara.

Il requisito relativo al capitale sociale - diversamente da quanto ritenuto dalla Provincia - non è stato costantemente mantenuto dal promotore. Infatti l'art. 95, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 prevede che il requisito possa essere provato attraverso il patrimonio netto solo relativamente all'incremento previsto dallo stesso comma 2 in alternativa ad altri requisiti. Invece in data 5 ottobre 2019, durante la procedura di gara, il capitale sociale della Guerrato è stato ridotto a € 8.000.000,00, di cui però solo € 2.000.000,00 versati. Dunque, considerato che secondo la *lex specialis* il capitale deve essere interamente versato e che l'impresa ausiliaria ha messo a disposizione della Guerrato il proprio patrimonio netto pari a € 22.089.826,00, il requisito richiesto a pena di esclusione - di importo pari a € 27.847.800,00 - non è stato mantenuto senza soluzione di continuità.

13. La Provincia si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e nelle proprie difese - premesso che la sentenza n. 91 del 2020 è stata notificata il 19 giugno 2020, ma non è stata appellata - ha eccepito l'infondatezza di entrambe le suesposte domande giudiziali.

Quanto alla domanda di ottemperanza, le modalità con cui la Stazione appaltante ha adempiuto alla sentenza n. 91 del 2020 sarebbero pienamente conformi a tale pronuncia. Infatti questo Tribunale avrebbe affermato la stretta connessione tra la dichiarazione di preliminare interesse di una o più banche e/o istituzioni finanziarie e il PEF, nonché l'esigenza di una valutazione di coerenza sostanziale tra elementi costitutivi dell'offerta della Guerrato, senza però indicare a tal fine particolari

metodologie e, soprattutto, senza imporre un onere dimostrativo circa l'effettiva misura dell'incidenza sull'offerta economica del ricorso ad un prestito obbligazionario piuttosto che al canale bancario, onere che - del resto - mal si concilierebbe con lo stato attuale della procedura. In definitiva la sentenza richiederebbe alla Commissione tecnica soltanto di valutare la sostenibilità dell'offerta per dirimere il dubbio derivante dalla rilevata incongruenza *«formale»* tra il PEF della Guerrato e la manifestazione di interesse della SGR Auriga, mentre la Commissione tecnica, attraverso un complesso costrutto motivazionale, avrebbe per l'appunto espresso, in conformità alle prescrizioni del disciplinare di gara ed alle linee guida dell'ANAC n. 9 del 2018 (in materia di *"Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"*), la specifica valutazione richiesta dalla sentenza n. 91 del 2020.

Quanto alla domanda di annullamento, la Provincia, in ragione di quanto già osservato con riferimento alla domanda di ottemperanza, ha eccepito l'infondatezza del secondo motivo di ricorso. È stata poi eccepita l'irricevibilità ed inammissibilità, prima ancora dell'infondatezza, del terzo motivo, in quanto volto a censurare aspetti che esulano dalla rivalutazione operata dalla Commissione in esecuzione della sentenza n. 91 del 2020. Infine, in replica al quarto motivo, la Provincia ha contestato l'interpretazione dell'art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 prospettata dalla ricorrente.

14. Anche la Guerrato si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e nelle proprie difese - premesso che la sentenza n. 91 del 2020 è stata notificata il 19 giugno 2020, ma non è stata appellata - ha diffusamente argomentato per la reiezione di entrambe le domande giudiziali.

In replica alla domanda di ottemperanza la Guerrato ha eccepito che la Commissione non era tenuta ad indagare gli effetti delle diverse forme di finanziamento (bancario o di natura obbligazionaria) perché la *lex specialis* non richiedeva che i flussi di cassa indicati nell'offerta economica dovessero tener

conto dell'incidenza della diversa struttura finanziaria dell'investimento e della relativa onerosità. Dunque, secondo la controinteressata, la Commissione avrebbe ottemperato alla sentenza n. 91 del 2020 perché i documenti dell'offerta economica della Guerrato sono stati redatti nel rispetto della *lex specialis*, i dati riportati nei vari documenti dell'offerta economica sono tra loro coerenti, l'indicazione dei flussi di cassa per il calcolo del TIR di progetto era espressamente richiesta senza l'indicazione dell'incidenza degli oneri finanziari (*unlevered*), una valutazione sull'onerosità dello strumento finanziario utilizzato potrà essere compiuta solo a seguito dell'esame delle condizioni concretamente applicate al concessionario e, in ogni caso, il rischio finanziario è allocato in capo a quest'ultimo.

In replica alla domanda di annullamento la Guerrato ha osservato riguardo al secondo motivo che la ricorrente non ha neppure indicato quale disposizione della *lex specialis* sarebbe stata violata dalla Commissione ed ha eccepito l'inammissibilità del terzo motivo. Inoltre, con particolare riferimento al quarto motivo, la Guerrato ha eccepito che il patrimonio netto corrisponde al capitale sottoscritto (non a quello versato) e che l'intero requisito del capitale sociale può essere dimostrato anche attraverso il patrimonio netto. Pertanto il requisito del capitale sociale previsto dal disciplinare di gara non è mai venuto meno.

15. All'udienza in camera di consiglio del 22 ottobre 2020 le parti costituite sono state avvisate della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata. Quindi il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare il Collegio ritiene che sussistano i presupposti per definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm..

2. Sempre in via preliminare, avendo il raggruppamento ricorrente proposto due distinte e autonome domande, una di ottemperanza e una di annullamento, giova rammentare che la possibilità di proporre contestualmente, nei confronti del medesimo provvedimento, l'azione di ottemperanza per violazione o elusione del

giudicato e l'azione di annullamento, ai sensi dell'art. 32, comma 1, cod. proc. amm., è stata da tempo riconosciuta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2 del 15 gennaio 2013, ove è stato precisato come possa *«ammettersi che, al fine di consentire l'unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente ad un giudicato, le doglianze relative vengano dedotte davanti al giudice dell'ottemperanza, sia in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto, quale è la nullità. Naturalmente questi in presenza di una tale opzione processuale è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori. Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, dichiarandone così la nullità, a tale dichiarazione non potrà che seguire la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione».* Dunque, qualora le azioni siano, come nel caso in esame, soggette a riti diversi, trova applicazione il rito ordinario, ma il giudice chiamato a pronunciare sull'azione dell'ottemperanza ben può esercitare i poteri di cui all'art. 114, comma 4, cod. proc. amm..

3. Giova poi rammentare che con l'azione di ottemperanza può essere censurata sia l'inerzia dell'amministrazione, che lasci del tutto inattuata la decisione del giudice, sia la condotta dell'amministrazione che si traduca in un'ottemperanza solo parziale o in una vera e propria violazione e/o elusione del giudicato. Difatti nella fattispecie in esame - pur avendo la Provincia palesato, con la delibera della Giunta provinciale n. 880 del 25 giugno 2020, l'intento di dare piena attuazione alla

sentenza n. 91 del 2020, che risulta passata in giudicato in quanto è stata notificata alla Provincia e alla Guerrato il 19 giugno 2020, ma non risulta appellata (sul punto non vi è contestazione) - tuttavia l'operato della Commissione tecnica, chiamata ad eseguire la predetta sentenza, non risulta conforme a quanto ivi affermato da questo Tribunale. In particolare occorre evidenziare sin d'ora che - sebbene la Giunta con la predetta delibera, nel disporre la rivalutazione dell'offerta della Guerrato, correttamente si riferisca non soltanto al punto XI, ma anche al punto XIV della sentenza n. 91 del 2020, ove si richiama "*tutto quanto affermato*" nella sentenza stessa - tuttavia la Commissione (per le ragioni che si diranno) non è stata in grado di fornire la richiesta dimostrazione della coerenza dell'offerta economica della Guerrato ed, anzi, per dimostrare la coerenza sostanziale tra il PEF e la manifestazione di preliminare interesse della SGR Auriga ha svolto considerazioni che si risolvono in una sostanziale elusione del giudicato formatosi sulla predetta sentenza.

4. Al fine di individuare l'esatta portata del giudicato amministrativo occorre evidenziare che questo Tribunale con la sentenza n. 91 del 2020 non si è limitato ad accertare l'illegittimità dell'operato della Commissione tecnica - in quanto affetto da gravi carenze istruttorie e motivazionali per aver «*atomisticamente considerato*» la manifestazione di preliminare interesse della SGR Auriga - perché tale accertamento è stato preceduto sia da un inquadramento sistematico del peculiare istituto previsto e disciplinato all'art. 144, comma 3 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 (ossia della "*manifestazione di interesse a finanziare l'operazione*" sottoscritta da uno o più istituti finanziatori), i cui effetti sono stati ritenuti assimilabili (con le differenze del caso) a quelli derivanti dalle cc.dd. "*lettres de patronage*", sia da un'interpretazione delle disposizioni di cui ai punti 8 e 10 del disciplinare di gara, volta a dimostrare la particolare rilevanza che nella fattispecie assume, ai fini della selezione del promotore, il ricorso al predetto istituto da parte della stazione appaltante. Pertanto - come precisato al punto XIV della sentenza n. 91 del 2020 -

il giudicato formatosi su tale pronuncia non comporta solo l'effetto costitutivo tipico di ogni sentenza di annullamento, ma anche uno stringente effetto conformativo, non potendosi evidentemente ammettere che la Commissione tecnica, nel rinnovare la valutazione annullata da questo Tribunale, fondasse il proprio rinnovato giudizio su valutazioni incoerenti, o addirittura contrastanti, con quanto affermato nella predetta sentenza circa le conseguenze della scelta della stazione appaltante di avvalersi della facoltà prevista dall'art. 144, comma 3 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 e, quindi, circa l'effettiva portata delle disposizioni di cui ai punti 8 e 10 del disciplinare di gara.

In particolare questo Tribunale - dopo aver accertato che anche una SGR (come la SGR Auriga) può rilasciare la dichiarazione di preliminare interesse richiesta dalla *lex specialis* (punto X della sentenza n. 91) - ha però affermato che la verifica della coerenza del PEF (cui si riferisce il disciplinare di gara a pag. 51) *«postula una valutazione unitaria da parte della commissione tecnica, ossia una verifica che abbia ad oggetto simultaneamente tutti i documenti (4, 5, 6, 7 e 8) costituenti l'offerta economica, non escluso il "Documento 8: Preliminare coinvolgimento di una o più banche e/o istituzioni finanziarie", perché la previsione del punto 10. del disciplinare di gara deve essere letta anche alla luce del punto 8. nel medesimo disciplinare, nella parte in cui dà attuazione al comma 3 ter dell'art. 144 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché della ratio sottesa a tale disposizione, finalizzata a consentire all'amministrazione procedente di verificare previamente - tramite la manifestazione di interesse dell'istituto finanziatore che ritenga di prevedere nel bando - la concreta fattibilità finanziaria del progetto»* (punto XI della sentenza n. 91).

Il Tribunale ha poi valorizzato *«il notevole rilievo»* che - alla luce delle previsioni della *lex specialis* - la manifestazione di interesse dell'istituto finanziatore assume nell'economia generale della procedura per cui è causa, precisando al riguardo che l'approccio della Commissione *«nella verifica dell'offerta del promotore, non può essere parcellizzato e formale, dovendo piuttosto essere globale e sostanziale, ossia*

comprensivo anche della valutazione di coerenza tra il PEF e la manifestazione di interesse del finanziatore che, come si è detto, fa parte dell'offerta economica ed è stata inserita nel bando "anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario" (art. 144, comma 3 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006)» (punto XI della sentenza n. 91).

Alla luce di queste considerazioni, tese a rimarcare la peculiarità della procedura di gara per cui è causa, stante la scelta della stazione appaltante di avvalersi della facoltà prevista dall'art. 144, comma 3 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo il quale *"Il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario"*), il Tribunale - considerato che, quanto all'offerta economica della Guerrato, *«il PEF si riferisce a finanziamenti bancari, mentre la manifestazione di preliminare interesse che fa parte dell'offerta proviene da una SGR»* - ha accertato l'illegittimità dell'operato della Commissione tecnica, affermando al riguardo che *«la valutazione, con mera formula di stile, di corrispondenza (tra gli "elementi indicati dagli offerenti nei Piani economico finanziari" e "gli elementi contenuti nelle offerte economiche"), espressa senza il corredo di alcuna motivazione, dalla commissione tecnica, costituisce una macroscopica aporia logica che induce a mettere in dubbio il successivo accertamento di sostenibilità del PEF ("i Piani economico finanziari risultano sostenibili ...") e, quindi, la coerenza, l'adeguatezza e l'attendibilità dell'offerta presentata, la quale deve a sua volta rispettare l'equilibrio economico-finanziario per l'intera durata della concessione»*.

A corredo di questa affermazione il Tribunale ha precisato l'insostenibilità della tesi difensiva della Guerrato, in base alla quale sarebbe *«sufficiente il PEF asseverato per valutare la coerenza e sostenibilità della struttura economico finanziaria dell'intervento», affermando al riguardo che, «anche al di là della*

considerazione che la modalità di finanziamento, bancario (previsto dal PEF) o nelle forme proprie della SGR (derivante dalla dichiarazione preliminare), influenza diversamente il tasso interno di rendimento (TIR) che costituisce uno degli indicatori del PEF (in relazione al quale, tra l'altro, il disciplinare prevede l'attribuzione di 2 punti), vale evidenziare che la stazione appaltante ha ritenuto di affidare l'attendibilità dell'offerta a due strumenti, ossia l'asseverazione e la dichiarazione di preliminare interesse. In sostanza la sostenibilità dell'operazione non si dimostra solo con il PEF asseverato, posto che la manifestazione di interesse concorre anch'essa, congiuntamente e coerentemente all'asseverazione del PEF, a consentire una verifica preventiva della fattibilità finanziaria del progetto» (punto XI).

Inoltre il Tribunale, nell'esaminare il ricorso incidentale proposto dalla Guerrato (volto a contestare la sanzione espulsiva prevista dal disciplinare di gara in caso di omessa allegazione all'offerta economica del documento 8: preliminare coinvolgimento di uno o più banche e/o istituzioni finanziarie), ha ulteriormente precisato che la disposizione del comma 3 quater dell'art. 144 del d.lgs. n. 163 del 2006 - che prevede non solo la risoluzione del rapporto di concessione in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o in mancanza della sottoscrizione o del collocamento delle obbligazioni di progetto, ma anche la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento anche attraverso altre forme di finanziamento - *«non elide la valenza della previsione del comma 3 ter ai fini della "previa" verifica della fattibilità finanziaria del progetto. Infatti ... nonostante il carattere eventuale che connota la previsione relativa alla presentazione a corredo dell'offerta della dichiarazione di preliminare interesse dell'istituto finanziatore, l'intervenuta introduzione nella lex specialis dell'obbligo, a pena di esclusione e del fac-simile della dichiarazione di manifestazione di interesse, dimostra lo specifico rilievo che tale dichiarazione nella fattispecie ha assunto, in aggiunta alla asseverazione del PEF, ai fini della formazione della volontà negoziale della stazione appaltante, così*

come, di conseguenza, anche ai fini della valutazione di competenza della commissione tecnica in ordine all'offerta economica (cui non avrebbe dovuto essere estranea, come si è detto, la considerazione della coerenza della dichiarazione di preliminare interesse al finanziamento rispetto al PEF asseverato). ... Pertanto, anche la circostanza che l'opera sia poi realizzata attraverso altre forme di finanziamento, così come consentito dal citato comma 3-quater, non solo non ridimensiona la valenza propria della dichiarazione preliminare, ma neppure scalfisce, come viceversa pretenderebbe Guerrato, il senso della contestata sanzione espulsiva voluta dalla stazione appaltante» (punto XIII della sentenza n. 91).

Infine, come già evidenziato, il Tribunale - nel far salvi *«salvi gli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione procedente riterrà di assumere all'esito della rivalutazione dell'offerta economica della controinteressata»* - ha precisato l'effetto conformativo della propria decisione specificando al riguardo che, ai fini della rinnovazione dell'attività amministrativa, l'Amministrazione avrebbe dovuto tener conto *«di tutto quanto affermato nella presente sentenza»* (punto XIV della sentenza n. 91).

In definitiva il Tribunale ha posto in rilievo innanzi tutto la particolare valenza che la dichiarazione di preliminare interesse del soggetto finanziatore ha assunto nel caso in esame, per preciso volere dell'amministrazione, e - muovendo da un'interpretazione della *lex specialis* orientata dalla disciplina posta dell'art. 144 del d.lgs. n. 163 del 2006, ai commi 3 ter e 3 quater - ha affermato (senza affrontare alcun profilo comparativo delle offerte presentate dai due concorrenti) l'imprescindibilità della dimostrazione, da parte della Commissione tecnica, della coerenza intrinseca tra i vari documenti costituenti l'offerta economica, ivi compresa la manifestazione di preliminare interesse dell'istituto finanziatore. Ciò in quanto, secondo il punto 8 del disciplinare di gara, l'offerta economica comprende il documento 4: contenuto quantitativo piano economico - finanziario; il documento

5: piano economico - finanziario e relazione al PEF; il documento 6: cronoprogramma; il documento 7: elaborati progettuali aventi contenuto economico (costituito da ben otto elementi); il documento 8: preliminare coinvolgimento di uno o più banche e/o istituzioni finanziarie nonché il documento di sintesi dell'offerta (e la documentazione attestante il pagamento dell'imposta prevista per la gara). Inoltre, sempre al punto 8 del disciplinare di gara (a pag. 51), si prevede che - essendo il PEF il *«documento finalizzato a dimostrare la sostenibilità e la fattibilità economico-finanziaria del progetto presentato dall'offerente, in relazione al quale gli elementi indicati nel precedente Documento 4 ed oggetto di valorizzazione sono soltanto alcuni degli elementi contenuti nel Piano economico-finanziario»*, di talché la verifica di coerenza va estesa anche alla dichiarazione di preliminare interesse sottoscritta dall'istituto finanziatore (come affermato nella sentenza n. 91 del 2020) - *«in ogni caso, sarà inidonea un'offerta che non superi la verifica di coerenza e di sostenibilità economico-finanziaria espletata attraverso l'esame del Piano economico-finanziario stesso»*, e (in coerenza con le previsioni del punto 8) al punto 10 del disciplinare di gara si richiede alla Commissione tecnica di procedere, tra l'altro, a verificare che il PEF prodotto dai concorrenti sia redatto *«nel rispetto delle prescrizioni contenute al punto 8, "documento 5: piano economico-finanziario e relazione al PEF" del presente Disciplinare di gara»*.

Giova allora ribadire in questa sede che il citato art. 144, al comma 3 ter, non impone l'obbligo di prevedere nel bando, a pena di esclusione, la presentazione, a corredo dell'offerta, della dichiarazione di uno più istituti finanziatori, recante la manifestazione di interesse a finanziare l'operazione e che nel caso in esame l'obbligatorietà, a pena di esclusione, di tale dichiarazione è dipesa dall'introduzione nella *lex specialis*, per scelta della stazione appaltante, dell'obbligo di allegare tale dichiarazione, redatta in conformità al *fac-simile* facente parte della *lex specialis*; così come giova ribadire che, laddove la *lex specialis* richieda tale dichiarazione, lo stesso art. 144 comma 3 ter specifica che la dichiarazione stessa deve essere resa avuto riguardo anche ai *"contenuti dello*

schema di contratto e del piano economico-finanziario".

Inoltre il Tribunale ha chiarito che la circostanza che l'opera possa essere realizzata attraverso altre forme di finanziamento (diverse da quelle indicate in sede di presentazione dell'offerta) o muti il finanziatore (perché interviene un soggetto diverso da quello indicato in sede di presentazione dell'offerta) - come espressamente consentito dall'art. 144, al comma 3 quater - non scalfisce affatto il rilievo centrale che la predetta manifestazione di interesse a finanziare l'operazione assume ai fini della formazione della volontà dell'amministrazione nella fase della selezione del promotore; ciò in quanto la scelta di avvalersi della facoltà prevista dall'art. 144, comma 3 ter, sta a significare che la stazione appaltante ha inteso tutelarsi, già nella fase di selezione del promotore, prevedendo in aggiunta alla verifica preventiva di fattibilità del progetto anche una verifica inerente l'affidabilità del futuro concessionario.

Giova allora ribadire altresì che nel caso in esame la stazione appaltante non ha ritenuto sufficiente affidarsi allo strumento dell'asseverazione del PEF, che attiene per l'appunto alla fattibilità del progetto, perché essa avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 144, comma 3 ter, ha inteso aver contezza anche dell'affidabilità economico-finanziaria del futuro concessionario. Del resto, a conferma di ciò - ossia dell'importanza attribuita all'affidabilità del futuro concessionario, che non può certo sorprendere trattandosi di *«un'opera di fondamentale importanza per la comunità e di considerevole impatto finanziario»* (punto XIII della sentenza n. 91) - vale ulteriormente evidenziare che la stazione appaltante ha inteso, anche sotto altri profili, avere maggiori garanzie circa la solidità economica del promotore, come dimostra la previsione del disciplinare di gara relativa al requisito di capacità economico-finanziaria inerente il capitale sociale (sulla quale s'incentra il quarto motivo di ricorso). Infatti - diversamente da quanto previsto nell'art. 95, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 207 del 2010, che per l'appunto si riferisce *sic et simpliciter* al "*capitale sociale*" - il disciplinare di gara si riferisce invece al "*capitale sociale*

interamente versato" (che non include anche i crediti verso i soci relativi a versamenti non ancora eseguiti).

5. Le valutazioni della Commissione tecnica sono esplicitate nell'impugnato verbale del 31 luglio 2020.

Innanzi tutto la Commissione ammette esplicitamente la discrasia evidenziata nella sentenza n. 91 del 2020, osservando che, *«su un piano formale, ... nel PEF asseverato di Guerrato S.p.a. si parla di finanziamento "bancario", mentre la manifestazione di preliminare interesse, che fa parte dell'offerta, proviene da una SGR»*, e quindi *«appare necessario esaminare se sia superabile la rilevata discrepanza sul piano formale, e se, sulla base dei documenti presentati, sia ravvisabile comunque una coerenza sostanziale tra il PEF e i contenuti dell'offerta tecnica di Guerrato S.p.a.»*.

Di seguito la Commissione osserva, in punto di fatto, che «il Term Sheet Preliminare, presentato a corredo della documentazione e allegato all'Attestazione di Preliminare Coinvolgimento sottoscritta da Auriga Asset Management Limited ... è redatto in coerenza (sia nei contenuti che nella forma) col format richiesto dal Disciplinare di gara (v. allegato 9 del Disciplinare); non scende nel dettaglio ad indicare la forma tecnica di finanziamento». Inoltre la Commissione, sempre in punto di fatto, osserva che dall'analisi della relazione sul PEF della Guerrato emerge che *«tra le Fonti di Copertura del Fabbisogno finanziario non si riscontra invero uno specifico richiamo all'emissione di un bond/project bond; al Punto 10.1. si trova un riferimento "all'indebitamento verso il sistema bancario"»*.

A fronte di tale stato di fatto, la Commissione - anche attraverso un analitico confronto tra l'offerta economica della Guerrato e quella del RTI Pizzarotti - conferma la propria precedente valutazione, che aveva portato alla nomina della Guerrato come promotore, affermando quanto segue: *«nella Relazione del PEF di Guerrato si fa riferimento ad un Finanziamento Principale (Linea Base) di Euro 103.962.806,08, ad un Finanziamento IVA di Euro 35.500.000,00 e ad una linea di credito di Euro 6.681.965,40. Analogamente, nella nota datata 4 aprile 2019,*

Auriga dichiara il proprio interesse a concedere il finanziamento per Euro 103.962.806,08 e per Euro 35.290.929,71. Auriga dichiara, in altre parole, l'interesse a finanziare il 100% del Senior Debt e la Linea IVA. Il PEF e l'offerta tecnica di Guerrato risultano, pertanto, coerenti».

Quindi la Commissione tenta di farsi carico dei rilievi formulati da questo Tribunale nella sentenza n. 91 del 2020 affermando quanto segue: *«Per quanto riguarda la diversa incidenza dei due strumenti, bancario e finanziario, occorre considerare che nella valutazione del principale indice di redditività, vale a dire il TIR di progetto (elemento di valutazione in gara), l'esame dei flussi di cassa per il conteggio è stata appositamente richiesta unlevered, quindi senza l'incidenza della diversa struttura finanziaria dell'investimento e della relativa onerosità. Lo studio di fattibilità (punto 1.2.4.1) stabilisce, infatti, che la valutazione dei flussi è da intendere a copertura finanziaria attraverso 100% ad equity*».

A corredo di tale affermazione la Commissione formula le seguenti precisazioni. Innanzi tutto, secondo la Commissione, *«tenuto conto che la proposta che viene formulata nei PPP è di tipo cd "predittivo" del futuro (probabilistica), la valutazione dovrebbe tendere a valutare principalmente la redditività operativa del progetto, senza essere influenzata dalla referenzialità dei soggetti promotori (v. linee guida ANAC n. 9/2018)*». Viene poi riprodotto il prospetto della pag. 8 del PEF della Guerrato ed il *file Excel* sugli oneri di strutturazione e finanziari capitalizzati nel periodo di costruzione, evidenziando che *«ogni valutazione legata al giudizio sulla diversa onerosità e incidenza fra il ricorso allo strumento di un prestito obbligazionario, piuttosto che al canale bancario, non potrà comunque prescindere da un'effettiva ricognizione di quelle che saranno (in definitiva) le condizioni applicate, soprattutto per quanto riguarda la fase di costruzione», e che «in merito alla diversa onerosità degli strumenti finanziari (e quindi al riflesso sul PEF), i costi di strutturazione del debito possono risultare diversi a prescindere dallo strumento di finanziamento prescelto. Questo in relazione ai differenti "pesi*

finanziari" verso gli istituti di credito o SGR che i proponenti possono vantare (in base al rating assegnato e agli indici di capacità e solidità patrimoniale del singolo proponente rispetto agli istituti di credito e finanziari)».

Quindi la Commissione - quasi a voler bilanciare la portata delle articolate considerazioni svolte nella sentenza n. 91 del 2010 con riferimento alla disciplina posta dell'art. 144 del decreto legislativo n. 163 del 2006, ai commi 3 ter e 3 quater - valorizza la portata della disposizione, l'art. 153, comma 10, lett. c), del medesimo decreto legislativo, osservando quanto segue: *«Gli elementi di cui tenere conto per una verifica di coerenza di carattere sostanziale tra il PEF e l'offerta tecnica devono essere considerati in relazione anche alla possibilità di modificare il PEF a valle dell'approvazione del progetto preliminare e alla diffusione di prodotti come l'emissione di strumenti finanziari quali le obbligazioni (bond, project bond) in operazioni di PPP. Per quanto riguarda la possibilità di modificare il PEF, l'art. 153, comma 10, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006 prevede, come noto, che l'Amministrazione aggiudicatrice pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'art. 97 e che in tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario»*.

Inoltre, secondo la Commissione, *«Considerato che il rischio finanziario è allocato in capo al promotore, lo stesso, una volta diventato concessionario, potrà "ottimizzare" la struttura finanziaria dell'operazione, fermo restando che da tale "ottimizzazione" non potrà derivare incremento alcuno degli elementi oggetto di gara (ad es. l'incremento del canone di disponibilità annuale, del canone per i servizi, ecc.)»*, e quindi le clausole dello schema di convenzione costituente parte integrante della *lex specialis* confermerebbero, sempre a giudizio della Commissione, *«che la Provincia può sempre valutare - al fine tra l'altro di*

facilitare il closing finanziario - proposte di modifica (non sostanziali) della Convenzione e che il Concessionario può sempre decidere di rifinanziare il debito senza che la Provincia possa opporsi. Il rischio finanziario è, infatti, allocato in capo al Concessionario. Spetta al proponente - come già detto - l'individuazione della più adeguata forma tecnica di finanziamento (ovviamente effettuando una scelta compatibile con le indicazioni della lex specialis e con la sostenibilità del proprio piano economico finanziario) e, dunque, dello strumento di finanziamento da utilizzare. Tale principio esprime la causa giustificativa del contratto di PPP, vale a dire il trasferimento del rischio operativo in capo all'impresa, qui declinato nella scelta della forma di finanziamento (finanziamento bancario a medio-lungo termine ovvero emissione di prestito obbligazionario)».

Da ultimo la Commissione svolge alcune considerazioni di carattere generale, osservando che, *«rispetto al successivo verificarsi delle condizioni effettive di finanziamento, gli istituti prevedono lo svolgimento di un'attività istruttoria e di due diligence da effettuare prima della definitiva concessione ed erogazione dei finanziamenti»*; che, quanto all'alternativa fra un finanziamento ottenuto rivolgendosi al sistema bancario ordinario (mediante la stipula di un contratto di mutuo) e il ricorso a strumenti di raccolta di risorse finanziarie a debito (emissione di *bond o project bond*), *«risulta ormai consolidato nella prassi il ricorso a strumenti di debito come i prestiti obbligazionari (quotati o non) per il finanziamento di progetti di investimento»; che nella prassi le strutture finanziarie della finanza di progetto «risultano sempre più complesse ed articolate» e ciò si traduce in «ipotesi di finanziamento innovative rispetto agli attuali standard di mercato, anche in un momento successivo alla sottoscrizione della Convenzione. Del resto, nella Matrice dei rischi è allocato in capo al concessionario, tra l'altro, il rischio finanziario, e sarà pertanto quest'ultimo a definire la struttura finanziaria finale, fermi restando gli elementi a carico dell'Amministrazione (Canone di Disponibilità e Canone di Gestione)».*

6. Poste tali premesse, il Collegio osserva innanzi tutto che - a prescindere da ogni considerazione in ordine alla non richiesta (nella sentenza n. 91 del 2020) comparazione tra l'offerta della Guerrato e quella del RTI Pizzarotti - non valgono affatto a giustificare il giudizio di coerenza espresso dalla Commissione nel verbale del 31 luglio 2020 né le considerazioni circa la possibilità (pur riconosciuta al promotore una volta diventato concessionario) di «*ottimizzare*» la struttura finanziaria dell'operazione, né tantomeno le finali considerazioni di carattere generale circa il ricorso ai *bond* e ai *project bond* per finanziare l'operazione. Infatti questo Tribunale nella sentenza n. 91 del 2020 ha già affermato l'ammissibilità del ricorso ai *bond* e ai *project bond* per finanziare l'operazione e - soprattutto - ha ritenuto non rilevante, ai fini delle valutazioni che avrebbe dovuto svolgere la Commissione ai fini della selezione del promotore, il possibile successivo mutamento del finanziatore e delle modalità di finanziamento dell'operazione. Invece proprio tale possibilità è stata ampiamente valorizzata dalla Commissione.

Al riguardo vale sottolineare, ancora una volta, che in questa sede si controverte di una specifica procedura di affidamento tramite finanza di progetto, che ha assunto una connotazione peculiare in ragione delle scelte operate dalla stazione appaltante in sede di predisposizione della *lex specialis*, specie avuto riguardo alla scelta di avvalersi della facoltà prevista dall'art. 144, comma 3 ter, del decreto legislativo n. 163 del 2006. Dunque le considerazioni della Commissione sull'allocazione dei rischi in capo al concessionario e le indicazioni dell'ANAC circa le modalità con cui le amministrazioni aggiudicatrici devono eseguire il monitoraggio sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato, esposte nelle Linee Guida n. 9 del 2018, non possono assumere decisivo rilievo ai fini della valutazione dell'operato della Commissione. Infatti nel caso in esame precipuamente rileva la struttura che l'operazione ha assunto in concreto, alla luce delle previsioni della *lex specialis* e, in particolare, di quelle del punto 8 del disciplinare di gara.

In tale ottica si deve ulteriormente ribadire che i possibili, futuri sviluppi del

finanziamento dell'operazione non possono condurre - a differenza di quanto assume la Commissione, in palese contrasto con quanto affermato nella sentenza n. 91 del 2020 - a ridimensionare, se non addirittura a minimizzare la valenza che la stazione appaltante ha inteso attribuire, già in fase di individuazione del futuro concessionario, alla manifestazione di preliminare interesse dell'istituto finanziatore. Parimenti, proprio in considerazione delle affermazioni contenute nella sentenza n. 91 del 2020 circa il rilievo che la stazione appaltante ha inteso attribuire alla manifestazione di preliminare interesse dell'istituto finanziatore, anche l'ulteriore affermazione della Commissione per cui "*la proposta che viene formulata nei PPP è di tipo cd "predittivo" del futuro (probabilistica)*", di talché "*la valutazione dovrebbe tendere a valutare principalmente la redditività operativa del progetto*", oltre a non dimostrare (come invece erroneamente ritenuto dalla Commissione) che la discrasia emersa nell'offerta della Guerrato è soltanto «*formale*», risulta palesemente elusiva del giudicato.

7. Inoltre il Collegio ritiene che la Commissione in realtà abbia colto la questione centrale posta dalla sentenza n. 91 del 2020, perché ha riconosciuto che nel PEF asseverato di Guerrato si parla di un finanziamento bancario, mentre la manifestazione di preliminare interesse del soggetto finanziatore proviene da una SGR, ossia non da un istituto bancario. Tuttavia, come già evidenziato, tale discrasia è stata ritenuta dalla Commissione stessa meramente «*formale*», e ciò in ragione della seguente affermazione: «*nella Relazione del PEF di Guerrato si fa riferimento ad un Finanziamento Principale (Linea Base) di Euro 103.962.806,08, ad un Finanziamento IVA di Euro 35.500.000,00 e ad una linea di credito di Euro 6.681.965,40. Analogamente, nella nota datata 4 aprile 2019, Auriga dichiara il proprio interesse a concedere il finanziamento per Euro 103.962.806,08 e per Euro 35.290.929,71. Auriga dichiara, in altre parole, l'interesse a finanziare il 100% del Senior Debt e la Linea IVA. Il PEF e l'offerta tecnica di Guerrato risultano, pertanto, coerenti*». Ritiene però il Collegio che tale affermazione si risolva in una

mera petizione di principio, che non tiene minimamente conto di quanto affermato nella sentenza n. 91 del 2020. Infatti - avendo questo Tribunale chiaramente evidenziato le ragioni della distonia tra il PEF della Guerrato e la manifestazione di preliminare interesse della SGR Auriga - la mera coincidenza tra l'entità del finanziamento e l'entità della linea di credito non vale certo a dimostrare la valutazione di coerenza sostanziale tra i due documenti cui è pervenuta la Commissione. Ed è appena il caso di osservare - riguardo al rilievo attribuito dalla Commissione alla coerenza della manifestazione di preliminare interesse della SGR Auriga con il format previsto dalla *lex specialis* - che, alla luce di quanto affermato nella sentenza n. 91 del 2020, alla Commissione erano richieste valutazioni ben diverse da un mero controllo di completezza del format sottoscritto dalla SGR Auriga.

Né può valere a giustificare la valutazione di "*coerenza sostanziale*" espressa dalla Commissione la seguente affermazione (che assume - a ben vedere - un rilievo centrale nel ragionamento svolto dalla Commissione): «*Per quanto riguarda la diversa incidenza dei due strumenti, bancario e finanziario, occorre considerare che nella valutazione del principale indice di redditività, vale a dire il TIR di progetto (elemento di valutazione in gara), l'esame dei flussi di cassa per il conteggio è stata appositamente richiesta unlevered, quindi senza l'incidenza della diversa struttura finanziaria dell'investimento e della relativa onerosità. Lo studio di fattibilità (punto 1.2.4.1) stabilisce, infatti, che la valutazione dei flussi è da intendere a copertura finanziaria attraverso 100% ad equity*».

Questa affermazione si pone in netto contrasto con quanto affermato da questo Tribunale nella sentenza n. 91 del 2020, ove - giova ribadirlo - si legge quanto segue: «*La coerenza tra PEF e manifestazione di interesse ed intrinsecamente dell'offerta economica ... oltre a corrispondere alla logica, è esplicitamente postulata dalla lex specialis, nella quale la stazione appaltante ha ritenuto di inserire - si badi - a pena di esclusione la dichiarazione di preliminare interesse "anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano*

economico-finanziario", per cui la tesi sostenuta dalla controinteressata in base alla quale sarebbe "sufficiente il PEF asseverato per valutare la coerenza e sostenibilità della struttura economico finanziaria dell'intervento" non ha pregio. A questo proposito, anche al di là della considerazione che la modalità di finanziamento, bancario (previsto dal PEF) o nelle forme proprie della SGR (derivante dalla dichiarazione preliminare), influenza diversamente il tasso interno di rendimento (TIR) che costituisce uno degli indicatori del PEF (in relazione al quale, tra l'altro, il disciplinare prevede l'attribuzione di 2 punti), vale evidenziare che la stazione appaltante ha ritenuto di affidare l'attendibilità dell'offerta a due strumenti, ossia l'asseverazione e la dichiarazione di preliminare interesse. In sostanza la sostenibilità dell'operazione non si dimostra solo con il PEF asseverato, posto che la manifestazione di interesse concorre anch'essa, congiuntamente e coerentemente all'asseverazione del PEF, a consentire una verifica preventiva della fattibilità finanziaria del progetto» (Punto XI della sentenza n. 91).

Osserva al riguardo il Collegio che nella sentenza n. 91 del 2020 è stato posto in rilievo come nel caso in esame la stazione appaltante abbia ritenuto di avvalersi di una forma di garanzia ulteriore rispetto a quella ordinariamente prevista nelle operazioni di *project financing*. Infatti l'asseverazione del PEF - specificatamente prescritta per la finanza di progetto dall'art. 153, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 - *"consiste nella valutazione degli elementi economici e finanziari, quali costi e ricavi del progetto e composizione delle fonti di finanziamento, e nella verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi e della congruenza dei dati con la bozza di convenzione"* (cfr. l'art. 96, comma 4, del d.P.R. n. 207 del 2010), ed è quindi volta a garantire l'affidabilità del PEF, che a sua volta costituisce un elemento essenziale per valutare la stessa fattibilità e sostenibilità economica dell'operazione oggetto della proposta formulata da ciascun concorrente. Invece la manifestazione di preliminare interesse dell'istituto finanziatore - prevista dall'art.

144, comma 3 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 - costituisce una forma di garanzia supplementare, della quale la stazione appaltante ha scelto di avvalersi nel caso in esame, inerente l'affidabilità del concorrente, intesa come idoneità dello stesso a realizzare l'operazione per come proposta. Inoltre - come pure evidenziato nella sentenza n. 91 del 2020 - la disposizione del punto 8 del disciplinare di gara deve essere letta nel senso che tale forma di garanzia supplementare, pur non comportando un vero e proprio impegno negoziale dell'istituto finanziatore a finanziare il progetto, acquista un rilievo fondamentale nella formazione della volontà della stazione appaltante ai fini della scelta del futuro concessionario.

Quindi la sentenza n. 91 del 2020, stante la rilevata distonia tra il PEF della Guerrato e la manifestazione di preliminare interesse della SGR Auriga, aveva richiesto un'analisi circa gli effetti concreti sull'offerta economica delle diverse forme di finanziamento - quello bancario indicato nel PEF della Guerrato e quello obbligazionario, evidentemente connesso alla manifestazione di preliminare interesse sottoscritta dalla SGR Auriga - e ciò indipendentemente dal fatto che *«l'esame dei flussi di cassa per il conteggio è stata appositamente richiesta unlevered, quindi senza l'incidenza della diversa struttura finanziaria dell'investimento e della relativa onerosità»*. Ciononostante un'analisi del genere non è stata svolta dalla Commissione. In particolare nel verbale del 31 luglio 2020 sono stati riprodotti il prospetto della pag. 8 del PEF della Guerrato e il *file Excel* sugli oneri di strutturazione e finanziari capitalizzati nel periodo di costruzione, ma all'esposizione di tali dati non consegue alcun tipo di analisi (in realtà neppure un cenno) circa la compatibilità con un prestito obbligazionario. Infatti la Commissione - ancora una volta in palese elusione del giudicato - si limita ad affermare che *«ogni valutazione legata al giudizio sulla diversa onerosità ed incidenza fra il ricorso allo strumento di un prestito obbligazionario, piuttosto che al canale bancario, non potrà comunque prescindere da un'effettiva ricognizione di quelle che saranno (in definitiva) le condizioni applicate, soprattutto per quanto riguarda la fase di costruzione»*.

8. In definitiva, la circostanza che il verbale del 31 luglio 2020 non solo non rechi - nonostante l'espressa richiesta formulata nella sentenza n. 91 del 2020 - una motivazione idonea a dimostrare la coerenza tra il PEF della Guerrato e la dichiarazione di preliminare interesse della SGR Auriga, ma piuttosto contenga considerazioni che si pongono in contrasto con quanto affermato nella predetta sentenza, non solo conferma che la discrasia rilevata da questo Tribunale non è meramente *«formale»* (come invece assume la Commissione), ma soprattutto dimostra l'elusione del giudicato di cui si duole il RTI Pizzarotti. In altri termini, neppure all'esito della nuova valutazione operata dalla Commissione il PEF della Guerrato risulta coerente con la tipologia di finanziamento di natura obbligazionaria postulata dalla dichiarazione di preliminare interesse sottoscritta da una SGR, e ciò non costituisce un accidente meramente *«formale»*, bensì una grave carenza dell'offerta economica della Guerrato, che ne avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara ai sensi del punto 8 del disciplinare di gara, nella parte in cui ivi si afferma che *«in ogni caso, sarà inidonea un'offerta che non superi la verifica di coerenza e di sostenibilità economico-finanziaria espletata attraverso l'esame del Piano economico-finanziario stesso»* (cfr. pag. 51 del disciplinare di gara).

9. Consegue da quanto precede la nullità - ai sensi dell'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, per elusione del giudicato formatosi sulla sentenza di questo Tribunale n. 91 del 16 giugno 2020 - dei verbali della Commissione tecnica del 13 luglio 2020, del 22 luglio 2020 e, in particolare, del 31 luglio 2020, così come dei successivi provvedimenti della stazione appaltante che si fondano sulla valutazione espressa dalla Commissione. Pertanto, in accoglimento della domanda di ottemperanza proposta dal RTI Pizzarotti, ai sensi dell'art. 114, comma 4, cod. proc. amm., va dichiarata la nullità di tali atti, ivi compresa la nomina della Guerrato a promotore, e si deve ordinare alla stazione appaltante di disporre l'aggiudicazione provvisoria in favore del RTI Pizzarotti e la nomina del medesimo quale promotore.

10. L'accoglimento della domanda di ottemperanza determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, della domanda di annullamento (e, quindi, l'assorbimento dei restanti motivi di ricorso, sui quali tale domanda è fondata), nonché di ogni altra domanda proposta dal RTI Pizzarotti.

11. La complessità delle questioni trattate anche in questa sede giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra tutte le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la Regione autonoma del Trentino – Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 142 del 2020, accoglie la prima domanda proposta dalla parte ricorrente e accerta l'inottemperanza alla sentenza di questo Tribunale n. 91 del 16 giugno 2020. Per l'effetto:

a) dichiara nulli i verbali della Commissione tecnica del 13 luglio 2020, del 22 luglio 2020 e del 31 luglio 2020 nonché il verbale di gara in seduta pubblica del 3 agosto 2020 e il successivo provvedimento di nomina del promotore, di cui alla determinazione dirigenziale n. 59 del 5 agosto 2020;

b) ordina all'Amministrazione di procedere all'aggiudicazione provvisoria in favore del RTI Pizzarotti e alla nomina del medesimo quale promotore;

c) dichiara improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, le restanti domande proposte in via subordinata dal RTI Pizzarotti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Polidori, Presidente FF

Mara Bertagnolli, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonia Tassinari

IL PRESIDENTE
Carlo Polidori

IL SEGRETARIO