

Publicato il 29/03/2017

N. 04001/2017 REG.PROV.COLL.

N. 03819/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3819 del 2016, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Salini Impregilo S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella
qualità di capogruppo mandataria della associazione temporanea di imprese
costituita con le imprese mandanti Astaldi S.p.A., Pizzarotti S.p.A. e Ghella S.p.A,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Giuffrè e Marco Annoni,
elettivamente domiciliata in Roma via degli Scipioni, 288, presso lo studio legale
Giuffrè - Gai in Roma;

contro

Autostrade del Lazio S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avvocati Alessandro Botto e Silvia Cristina Victoria Hofmann,
elettivamente domiciliata in Roma, via di San Nicola Da Tolentino, 67, presso lo
studio legale Associato Legance;

nei confronti di

Consorzio Stabile Sis S.c.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Patrizio Leozappa e Giuseppe Rusconi, elettivamente in Piazza San Bernardo, 101, presso lo studio dell'avv. Arturo Cancrini.

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

quanto al ricorso introduttivo,

degli atti, dei provvedimenti e dei verbali di gara, nella parti in cui la Commissione giudicatrice e/o Autostrade del Lazio S.p.A. risultano aver ammesso e non escluso il Consorzio Stabile Sis dalla procedura per l'affidamento in concessione delle attività di progettazione esecutiva, costruzione e gestione del “*Corridoio Intermodale Roma-Latina e Collegamento Cisterna-Valmontone*”;

dei verbali di gara recanti le valutazioni della Commissione sull'offerta del Consorzio Stabile Sis e l'attribuzione dei punteggi e, tra questi, il verbale delle sedute pubbliche del 18 dicembre 2015 e del 19 febbraio 2016;

dell'offerta del Consorzio Stabile Sis;

ove occorra, del bando di gara, della lettera di invito e relativi allegati, nei limiti dell'interesse fatto valere con il presente ricorso, con particolare riferimento all'ultimo alinea di pag. 47 (che prosegue a pag. 48) della lettera di invito, nonché alla disciplina di gara in generale, ove interpretati nel senso di ammettere e premiare un'offerta di contributo pubblico a fondo perduto a carico del concedente, strutturata come richiesta di corresponsione e successiva restituzione del contributo medesimo, con richiesta di ogni conseguente statuizione;

ove occorra, di ogni altro atto comunque collegato e/o connesso, presupposto e/o conseguente;

in subordine, ove la restituzione del contributo fosse ritenuta ammissibile e premiabile e la *lex* di gara non fosse sul punto ritenuta illegittima, della procedura di gara;

nonché, quanto al primo e al secondo ricorso per motivi aggiunti, della determinazione n. 1 del 6 luglio 2016 di Autostrade del Lazio S.p.A., con la quale vengono approvati i verbali della Commissione di gara e disposta l'aggiudicazione definitiva, in favore del Consorzio Stabile Sis, della gara indetta per l'affidamento in concessione delle attività di progettazione esecutiva, costruzione e gestione del “*Corridoio Intermodale Roma-Latina e Collegamento Cisterna-Valmontone*”; del verbale di gara della seduta pubblica del 13 giugno 2016, n. 38, con il quale la Commissione ha disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore di Sis;

dei verbali della Commissione di gara da n. 1 al 37, nella parti in cui ammettono e non escludono il Consorzio Sis dalla gara e nella parti in cui danno atto delle valutazioni sulle varie componenti dell'offerta di Sis ed attribuiscono i punteggi, nonché sui giustificativi dell'anomalia dell'offerta di Sis;

per quanto occorra, della nota della Commissione di gara prot. n. 72 del 26 aprile 2016 e della nota ADL prot 0000079 del 2 maggio 2016;

di tutti gli ulteriori atti, relazioni e provvedimenti della commissione e/o della stazione appaltante relativi alla verifica e valutazione della documentazione amministrativa di Sis e della verifica e valutazione dell'offerta tecnica ed economica e dei giustificativi di Sis;

ove occorra, del bando di gara, della lettera di invito e relativi allegati, nei limiti dell'interesse fatto valere con il presente ricorso, con particolare riferimento all'ultimo alinea di pag. 47 (che prosegue a pag. 48) della lettera di invito, nonché alla disciplina di gara in generale, ove interpretati nel senso di ammettere e premiare un'offerta di contributo pubblico a fondo perduto a carico del concedente

strutturata come richiesta di corresponsione e successiva restituzione del contributo medesimo, con richiesta di ogni conseguente statuizione;

ove occorra, di ogni altro atto comunque collegato e/o connesso, presupposto e/o conseguente;

in subordine, ove la restituzione del contributo fosse ritenuta ammissibile e premiabile e la lex di gara non fosse sul punto ritenuta illegittima, della procedura di gara;

nonché

per l'annullamento

del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio

e per la condanna di Autostrade del Lazio

al risarcimento dei danni in forma specifica, anche mediante subentro nel contratto o per equivalente;

nonché, quanto al terzo ricorso per motivi aggiunti,

per l'annullamento

degli atti già impugnati con il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti;

della delibera (prot. ADL- 0000291-P del 19 dicembre 2016) di avvenuta verifica delle condizioni previste per l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva di cui alla lettera H della lettera di invito e di tutti gli ulteriori atti, relazioni e provvedimenti, preordinati e comunque connessi e/o conseguenti a tale delibera - ivi compresa la delibera del Consiglio di Amministrazione di AdL del 28 novembre 2016 – ed alla verifica e valutazione della documentazione presentata da Sis in sede di comprova dei requisiti;

per quanto occorra, dei pareri, citati nella predetta delibera, espressi dal consulente finanziario e dal consulente giuridico esterno di AdL e dal responsabile finanziario Anas in ordine alla pretesa ricorrenza della condizione di efficacia

dell'aggiudicazione di cui alle lett. H) della lettera di invito sull'“*impegno qualificato*” a finanziare l'opera presentato da Sis;

nonché

per l'annullamento

del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio

e per

il risarcimento dei danni in forma specifica, anche mediante subentro nel contratto o per equivalente;

nonché, quanto al ricorso incidentale,

per l'annullamento,

degli atti e dei provvedimenti coi i quali Autostrade del Lazio ha ammesso e/o non ha escluso i ricorrenti principali (e le imprese Itinera S.p.A., C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, cooperativa Muratori e Cementisti C.M.C., Grandi Lavori Fincosit S.p.A.) dalla procedura ristretta avente ad oggetto la concessione di costruzione e gestione del “*Corridoio Intermodale Roma-Latina e Collegamento Cisterna-Valmontone*”;

dei verbali di gara della procedura ristretta menzionata, con i quali sono stati ammessi e/o non esclusi gli attuali ricorrenti principali (e le imprese Itinera S.p.A., C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, cooperativa Muratori e Cementisti C.M.C., Grandi Lavori Fincosit S.p.A.), compreso il provvedimento finale di chiusura di gara;

di ogni altro atto o provvedimento ad essi connesso o comunque collegato;

nonché, quanto al primo ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale,

per l'annullamento,

- degli atti e dei provvedimento coi i quali Autostrade del Lazio ha ammesso e/o non ha escluso i ricorrenti principali (e le imprese Itinera S.p.A., C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, cooperativa Muratori e Cementisti

C.M.C., Grandi Lavori Fincosit S.p.A.) dalla procedura ristretta avente ad oggetto la concessione di costruzione e gestione del “*Corridoio Intermodale Roma-Latina e Collegamento Cisterna-Valmontone*”;

- dei verbali di gara della procedura ristretta menzionata, con i quali sono stati ammessi e/o non esclusi gli attuali ricorrenti principali (e le imprese Itinera S.p.A., C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, cooperativa Muratori e Cementisti C.M.C., Grandi Lavori Fincosit S.p.A.), compreso il provvedimento finale di chiusura di gara;

- di ogni altro atto o provvedimento ad essi connesso o comunque collegato;

- della lettera di invito, nella parte in cui non prevede che tutti i soggetti sottoscrittori dell’offerta tecnica rilascino le dichiarazioni di cui all’art. 38 de. D.lgs. 163/2006; nonché, quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale, per l’annullamento

degli atti già impugnati con il ricorso in incidentale;

ove occorra, della lettera di invito, paragrafo H, nella parte in cui prevede che “*l’aggiudicazione definitiva ... diventa efficace successivamente ... alla presentazione da parte dell’aggiudicatario di un impegno qualificato avente validità di almeno sei mesi da parte dei soggetti finanziatori a finanziare l’opera alle condizioni ed ai termini previsti in entrambi i piani economici finanziari presentati in sede di gara*”;

ove occorra, della nota di AdL del 27 luglio 2016 nella parte in cui chiede “*la presentazione di un impegno qualificato avente validità di almeno sei mesi da parte dei soggetti finanziatori a finanziare l’opera alle condizioni ed ai termini previsti in entrambi i piani economici finanziari presentati in sede di gara rilasciato da primari istituti di credito*”.

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

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Autostrade del Lazio S.p.A.;

Visto l’atto di costituzione in giudizio, il ricorso incidentale e i ricorsi per motivi aggiunti al ricorso incidentale, proposti dal Consorzio Stabile Sis S.c.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2017 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla GUUE n. 244 del 20 dicembre 2011 e sulla GURI n. 149 del 19 novembre 2011, Autostrade del Lazio S.p.A (d'ora innanzi anche AdL) indiceva una procedura ristretta per l'affidamento in concessione della attività di progettazione esecutiva, costruzione e gestione del corridoio intermodale Roma-Latina e collegamento Cisterna-Valmontone.

Per l'opera, da assegnarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era previsto un importo a base di gara € 2.728.654.822,00.

L'opera rientrava nel programma delle opere strategiche di preminente interesse nazionale per la modernizzazione e lo sviluppo del paese di cui alla legge n. 443/2001 ed era oggetto delle delibere Cipe n. 50/2004, n. 88/2010 e n. 51/2013.

Le delibere prevedevano un contributo a fondo perduto nella misura massima del 40% del costo dell'intero intervento, pari ad un valore massimo di 970,2 milioni di euro.

In considerazione delle risorse pubbliche effettivamente rese disponibili (468,1 milioni di euro), il bando prevedeva la realizzazione dell'opera per stralci: 1) corridoio intermodale Roma (Tor de' Cenci) – Latina (Borgo Piave) e opere connesse e relativo collegamento autostradale A12 Roma Roma (Tor de' Cenci) (primo stralcio); 2) Collegamento Cisterna – Valmontone ed opere connesse (secondo stralcio), quest'ultimo condizionato all'assegnazione di ulteriori risorse pubbliche.

Presentavano domanda di partecipazione 5 concorrenti.

A seguito della lettera d'invito, l'offerta veniva poi presentata da due soli candidati: l'RTI Salini – Impregilo e il Consorzio Sis.

Aveva dunque inizio un complesso procedimento di valutazione delle offerte, in corso del quale il raggruppamento Salini Impregilo, a titolo cautelativo, proponeva ricorso avverso la mancata esclusione del Consorzio Sis, il quale, pur avendo richiesto un contributo di importo maggiore di quello richiesto dal raggruppamento ricorrente, aveva ottenuto un punteggio maggiore per aver offerto di restituire l'intero importo.

Questi i motivi di doglianza:

A. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* di gara in tutte le parti in cui la stessa prevede l'offerta di un “*contributo pubblico a fondo perduto a carico del “Concedente”*”, nonché delle delibere CIPE 50/2004, 88/2010, 51/2013. Violazione e falsa applicazione del paragrafo F, pag. 47-48 della lettera di invito, relativo alla modalità di valutazione dell'elemento contributo pubblico. Violazione e/o falsa applicazione di legge ed in particolare degli artt. 143 e 156 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 140 del d.P.R. 207/2010. Eccesso di potere per disparità di trattamento e violazione della *par condicio* e del principio di trasparenza. Contraddittorietà e illogicità manifesta.

B. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* di gara ed in particolare del paragrafo M, pag. 54, della lettera di invito e del paragrafo F, pag. 47-48. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità, contrarietà al pubblico interesse, violazione dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa e *par condicio*.

C. Illegittimità del bando *in parte qua* relativa ai criteri di valutazione ed attribuzione del punteggio sul contributo, con riguardo alla praticabilità di una offerta di restituzione del contributo pubblico a fondo perduto. Violazione e o falsa applicazione dei principi in materia di gare ed in particolare dei principi di *par condicio*

e trasparenza in relazione alle modalità di valutazione dell'offerta di contributo ed attribuzione del punteggio. Eccesso di potere per incongruità, contraddittorietà e illogicità manifesta.

D. Violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in materia di gare ed in particolare dei principi di *par condicio* e di trasparenza, efficacia e buon andamento. Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta.

Intanto, il 13 giugno 2016, la commissione giudicatrice concludeva le attività di gara e dichiarava aggiudicatario provvisorio della procedura il consorzio Sis.

Con provvedimento del 6 luglio 2016 ADL disponeva l'aggiudicazione della gara al primo classificato Consorzio Sis.

Tale ultimo provvedimento veniva impugnato, unitamente ad alcuni atti endoprocedimentali e a quelli già gravati con il ricorso introduttivo, con il primo ricorso per motivi aggiunti.

Questi i motivi di doglianza:

A. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* di gara in tutte le parti in cui la stessa prevede l'offerta di un “*contributo pubblico a fondo perduto a carico del “Concedente”*”, nonché delle delibere CIPE 50/2004, 88/2010, 51/2013. Violazione e falsa applicazione del paragrafo F, pag. 47-48 della lettera di invito, relativo alla modalità di valutazione dell'elemento contributo pubblico. Violazione e/o falsa applicazione di legge ed in particolare degli artt. 143 e 156 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 26 ter del d.l. 69/203 (oggi art. 35 del d.lgs. 50/2016), anche in relazione al richiamato art. 124 del d.P.R. 207/2010 e art. 140 del d.P.R. 207/2010. Eccesso di potere per disparità di trattamento e violazione della *par condicio* e del principio di trasparenza. Contraddittorietà e illogicità manifesta.

B. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* di gara ed in particolare del paragrafo M, pag. 54, della lettera di invito e del paragrafo F, pag. 47-48. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità, contrarietà al

pubblico interesse, violazione dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa e *par condicio*.

C. Illegittimità del bando *in parte qua* relativa ai criteri di valutazione ed attribuzione del punteggio sul contributo, con riguardo alla praticabilità di una offerta di restituzione del contributo pubblico a fondo perduto. Violazione e/o falsa applicazione dei principi in materia di gare ed in particolare dei principi di *par condicio* e trasparenza in relazione alle modalità di valutazione dell'offerta di contributo ed attribuzione del punteggio. Eccesso di potere per incongruità, contraddittorietà e illogicità manifesta.

D. Violazione e o falsa applicazione dei principi generali in materia di gare ed in particolare dei principi di *par condicio* e di trasparenza, efficacia e buon andamento. Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta.

E. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 81, comma 3, del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza, illogicità manifesta, difetto di motivazione e di istruttoria, contrarietà al pubblico interesse, violazione dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2 del d.lgs. 163/2006, 1 e 3 della legge 241/1990 e dell'art. 97 della Costituzione.

F. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, contrarietà al pubblico; violazione dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa e dei principi generali in materia di gare. Travisamento dei fatti. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2 del d.lgs. e 1 e 3 della legge n. 241/1990 e dell'art. 97 della Costituzione.

G. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza, illogicità. Travisamento dei fatti. Violazione dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa.

H. Violazione dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di correttezza, trasparenza e garanzia del confronto concorrenziale. Travisamento dei fatti. Violazione della fede pubblica.

Chiedeva altresì l'annullamento del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio e la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni in forma specifica, anche mediante subentro nel contratto o per equivalente.

A seguito dell'acquisizione di ulteriore documentazione avvenuta in accoglimento di domande di accesso, la ricorrente presentava poi il secondo ricorso per motivi aggiunti, con i quali censurava i medesimi atti già impugnati con il primo ricorso per motivi aggiunti.

Richiamati i motivi da A ad H già articolati nelle precedenti impugnative, la ricorrente articolava le seguenti ulteriori doglianze.

I - Violazione e falsa applicazione degli artt. 143 e ss del d.lgs. 163/2006 e successive modificazioni. Violazione dei principi che determinano l'effettiva sussistenza dell'equilibrio economico finanziario della concessione. Violazione delle delibere CIPE n. 27/2013 e n. 39/2007. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, falso presupposto, illogicità manifesta.

II - Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e delle prescrizioni delle delibere CIPE. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 152/2006 e 161/2012. Difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per illogicità manifesta e violazione della *par condicio*.

III - Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e delle prescrizioni del MIBAC e del CIPE. Difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità. Travisamento dei fatti. Violazione dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa.

IV - Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. 163/2006, art. 26 del d.lgs. 81/2008). Difetto di istruttoria e di

motivazione. Violazione dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa.

V- Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Con il terzo ricorso per motivi aggiunti, poi, la ricorrente, oltre gli atti già impugnati, censurava l'attività svolta da AdL in sede di verifica delle condizioni previste per l'efficacia della aggiudicazione definitiva ed alcuni pareri in tale fase acquisiti.

Questi i motivi di ricorso:

I - illegittimità derivata

II - Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (lettera di invito – paragrafo H). Difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per illogicità manifesta, irragionevolezza e contraddittorietà, travisamento dei fatti e violazione della par condicio. Violazione dei principi di trasparenza, efficacia e buon andamento.

III - Eccesso di potere. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà ed irragionevolezza.

IV - Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e dell'art. 85 del d.lgs. n. 159/2011 e dell'art. 11 del d.lgs. 163/2006. Difetto di istruttoria.

V - Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere. Si costituivano in giudizio AdL e il Consorzio Sis, che chiedevano il rigetto del ricorso e dei ricorsi per motivi aggiunti.

Il Consorzio Sis presentava pure un ricorso incidentale e due successivi atti di motivi aggiunti, a mezzo dei quali contestava la mancata esclusione di Salini dalla procedura di gara per asseriti vizi dell'offerta. Con i secondi motivi aggiunti contestava pure la norma della lettera di invito che prevedeva la presentazione da parte dell'aggiudicatario di un impegno qualificato teso a garantire l'esecuzione e della nota con la quale AdL le ha chiesto la presentazione di detto impegno.

I motivi di doglianza articolati con il ricorso incidentale sono i seguenti:

Quanto all'Ati costituenda Impregilo, Pizzarotti, Itinera:

Violazione e falsa applicazione del punto III.2.3 del bando di gara. Falsa dichiarazione ex art. 76 del d.P.R. 445/2000;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, lettera m-ter del d.lgs. 163/2006 e del punto III.2.1 del bando di gara. Falsa dichiarazione ex art. 76 del d.P.R. 445/2000.

Quanto all'Ati costituenda Salini s.p.a., Astaldi s.p.a., Ghella s.p.a., C.M.B., C.M.C., Grandi Lavori Fincosit s.p.a.:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.P.R. 207/2010 e del punto III.2.2. del bando. Falsa dichiarazione ex art. 76 del d.P.R. 445/2000;

Quanto a Salini s.p.a.:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e del punto III.2.1. del bando di gara;

Quanto ad Astaldi s.p.a.:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e del punto III.2.1. del bando di gara;

Quanto a Ghella s.p.a.:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.P.R. 207/2010 e del punto III.2.2 del bando. Falsa dichiarazione ex art. 76 del d.P.R. 445/2000;

Violazione del punto III.2.1 del bando di gara;

Quanto a C.M.B.:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.P.R. 207/2010 e del punto III.2.2. del bando. Falsa dichiarazione ex art. 76 del d.P.R. 445/2000;

Quanto a Grandi Lavori Fincosit s.p.a.:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.P.R. 207/2010 e del punto III.2.2. del bando. Falsa dichiarazione ex art. 76 del d.P.R. 445/2000;

Violazione del punto III.2.1 del bando di gara;

Quanto a C.M.C.:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.P.R. 207/2010 e del punto III.2.2 del bando. Falsa dichiarazione ex art. 76 del d.P.R. 445/2000;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e del punto III.2.1 del bando di gara;

Quanto alla fase di presentazione dell'offerta:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, comma 9 e comma 12 del d.lgs. 163/2006 e del punto II.2.3 del bando di gara;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del d.lgs. 163/2006. Violazione dei principi di segretezza delle procedure ad evidenza pubblica e della libera concorrenza tra operatori economici;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, comma 16, e 75 del d.lgs. 163/2006 e del punto C, lettera i) del bando di gara. Nullità della cauzione presentata da Salini Impregilo per carenza di poteri;

Violazione e falsa applicazione lettera "C documentazione amministrativa" punto h) della lettera di invito.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale, il Consorzio ha dedotto:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 in relazione ai progettisti e ai tecnici dell'Ati ricorrente principale. Violazione e falsa applicazione della lettera di invito Punto C e punto D3;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 143 del d.lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione della lettera di invito Punto D.iii e Punto E;

Violazione e falsa applicazione della lettera di invito Punto C lettera a.12 nonché dei "chiarimenti" di cui al quesito n. 5. Falsa dichiarazione;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006;

Violazione e falsa applicazione del Punto A e Punto E della lettera di invito; violazione artt. 12 e 13 dello schema di convenzione.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale, il Consorzio Sis ha lamentato:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 46, 48 e 144 del d.lgs. 163/2006.

Violazione e falsa applicazione della lettera di invito, paragrafo H, ultimo periodo e paragrafo M. Eccesso di potere per illogicità manifesta, irragionevolezza e contraddittorietà. Violazione della *par condicio* e dei principi di efficacia, buon andamento e massima concorrenzialità. Violazione del divieto di aggravamento procedimentale di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 241/1990.

L'ADL chiedeva il rigetto anche di tali ricorsi.

All'udienza del 22 marzo 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso introduttivo, volto all'annullamento della mancata esclusione del consorzio Sis dalla procedura di gara, è inammissibile, come eccepito dalle difese di AdL e del Consorzio controinteressato, perché rivolto avverso un atto endoprocedimentale, con riferimento ad una procedura iniziata sotto il vigore del d.lgs. 163/2006.

I tre ricorsi per motivi aggiunti, volti all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio Sis, e, via subordinata, del bando e dell'intera procedura sono infondati, ciò che rende improcedibili il ricorso incidentale e due ricorsi per motivi aggiunti all'incidentale (cfr., da ultimo, Tar Campania, Napoli, 2 novembre 2016. n. 5030).

La rilevata infondatezza consente pure al Collegio di prescindere dall'esame dell'eccezione, sollevata dalle difese di AdL e del Consorzio, di parziale inammissibilità delle censure articolate nei ricorsi per motivi aggiunti, laddove riformulano in via addittiva o introducono profili nuovi non dedotti con il ricorso introduttivo, benché già conoscibili al momento della proposizione del primo gravame.

Sempre in via preliminare e per una migliore comprensione dei fatti di causa è utile ricordare come, con specifico riferimento alla fruizione del contributo previsto nell'ambito della procedura di gara di cui si discute, l'R.T.I. ricorrente, nella sua offerta, ha prospettato un utilizzo parziale del contributo pari, per l'intero intervento, ad € 653, 04 milioni (attualizzato € 527,65 milioni) e un contributo pubblico per il primo stralcio pari a € 367,44 (attualizzato € 323,39).

Il Consorzio Sis, invece, nella sua offerta ha dichiarato di voler utilizzare il contributo di € 902,3 milioni per l'intero intervento, di cui € 461,1 per il primo stralcio, obbligandosi, tuttavia, a restituire l'importo dell'intero contributo negli ultimi anni dell'intervento, così che il valore attualizzato del contributo è stato pari a 0, circostanza che ha consentito al Consorzio di ottenere il massimo punteggio attribuibile.

Con il motivo A del primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente sostiene l'inammissibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, in quanto basata sull'erogazione e restituzione integrale del contributo a fondo perduto posto a base di gara, ipotesi, a suo giudizio, non consentita dalla *lex specialis*.

La prospettazione non può essere condivisa.

Come sopra ricordato, il bando di gara prevedeva l'erogazione a favore dell'aggiudicatario di un contributo a fondo perduto fino ad un massimo pari al 40% del costo dell'intero intervento.

La percentuale di contributo della quale i concorrenti intendevano usufruire era uno degli elementi di valutazione dell'offerta economica, secondo quanto specificato al punto "F. Elementi di valutazione" della Lettera di invito.

In particolare, la Lettera di invito, alla pagina 47 e seguente, stabiliva che il punteggio relativo al contributo a fondo perduto sarebbe stato attribuito dalla commissione di gara con interpolazione lineare tra il valore attualizzato del contributo pubblico offerto più basso (coefficiente 1) e il valore più alto del contributo attualizzato

(coefficiente 0), specificando che “*Il contributo attualizzato è calcolato come valore attuale al 31 dicembre 2013 (al tasso del 5%) dei flussi di contributo pubblico, inclusi di restituzione ovvero remunerazione dello stesso*”.

La ratio della disposizione era quella di premiare l'utilizzo più contenuto del contributo medesimo, con conseguente risparmio della corrispondente spesa pubblica.

Dalla lettura di tale previsione appare chiaro come fosse rimessa ai singoli concorrenti la scelta sulla modalità di fruizione del beneficio, non risultando esclusa, ed essendo, anzi, espressamente prevista, la possibilità di una restituzione totale o parziale dello stesso.

Deve poi osservarsi come la stessa inequivoca possibilità di un utilizzo parziale - l'importo del quale era rimesso alla valutazione economica dei singoli concorrenti - comportando la legittimità della rinuncia ad una porzione più o meno ampia del contributo, conteneva in sé la possibilità di utilizzare a termine l'importo medesimo, prevedendo la restituzione integrale della somma posta a carico del concedente.

Tale scelta non si differenzia, quanto agli effetti pratici, dalla fruizione del contributo in maniera parziale o minima o dalla rinuncia integrale allo stesso, non potendo deporre in senso contrario l'utilizzo del termine “*a fondo perduto*”, né potendo, in sede interpretativa e a fronte di un dato letterale non ambiguo, introdursi una ipotesi di “*finanziamento*” o di “*prestito*”, mai introdotta né disciplinata negli atti di gara.

Come rilevato dalla difesa di AdL e da quella del Consorzio interessato, peraltro, la plausibilità logica dell'opzione interpretativa operata dalla stazione appaltante appare in linea con quanto avvenuto in appalti aventi analogo oggetto, a cui avevano partecipato anche società appartenenti al raggruppamento oggi ricorrente – peraltro aggiudicandosi proprio in forza di offerte che prevedevano la restituzione del contributo – e con quanto affermato da altre stazioni appaltanti di lavori autostradali per i quali era prevista eguale clausola di finanziamento a fondo perduto.

Ne discende la legittimità della offerta del Consorzio Sis, che ha previsto nella sua proposta la restituzione integrale del contributo, previa remunerazione dello stesso. La clausola di restituzione ha determinato un valore del contributo attualizzato a carico del concedente pari a zero, nonché l'attribuzione alla controinteressata di un punteggio superiore a quello assegnato al raggruppamento ricorrente, il quale, pur prevedendo l'utilizzo di un importo inferiore, non prevedeva obblighi restitutori. Va dunque esclusa la prospettata violazione della *par condicio* tra i concorrenti, asseritamente realizzata da AdL nell'ammettere l'offerta del consorzio controinteressato, essendo l'operato della commissione, come rilevato dalla difesa della stessa, volto a consentire la massima partecipazione alla procedura, nel rispetto della normativa di gara.

Con il motivo B parte ricorrente sostiene che l'offerta della controinteressata, sottoposta alla condizione dell'evento, futuro ed incerto, della restituzione del contributo, avrebbe dovuto essere esclusa in quanto condizionata o, quanto meno, indeterminata, sotto il profilo dell'assenza di garanzie della restituzione medesima. La riconsegna dell'importo, osserva infatti il raggruppamento ricorrente, stando all'offerta della controinteressata, dovrebbe avvenire solo nel periodo 2044 – 2056, ad avvenuta remunerazione e dei finanziatori e degli azionisti, e sarebbe garantita dai soli utili attesi nella corrispondente fase di esecuzione.

In tal modo l'offerta del Consorzio risulterebbe subordinata ad una serie di fattori operativi che potrebbero modificare l'equilibrio del Pef (piano economico finanziario) e l'effettiva disponibilità di risorse, in ciò rendendo aleatoria la stessa restituzione del contributo.

La censura non può essere condivisa.

Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, la nozione di "*offerta condizionata*" ricorre "nel caso in cui l'offerente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante; in tal caso l'offerta va

dichiarata inammissibile, atteso che le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della par condicio e della certezza dei rapporti giuridici (funzionali all'imparzialità nella scelta del contraente e al buon andamento in ordine alla serietà dell'offerta e alla corretta esecuzione dell'appalto), la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato” (cfr., ex multis, Tar Piemonte, sez. II, 12/12/2016, n. 1514, T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 05 maggio 2016 n. 5268).

L'offerta indeterminata, invece, è quella contiene elementi che introducono nel sinallagma negoziale profili di indeterminatezza o di incertezza.

Alla luce di quanto sopra chiarito in ordine alla piena conformità della clausola di restituzione del finanziamento alla *lex specialis*, non si ravvisa alcuna difformità dell'offerta del consorzio dalla normativa di gara, alla luce del fatto che questa consentiva la restituzione dell'importo del contributo e non subordinava la stessa ad alcuna specifica modalità di garanzia del rimborso.

Sotto altro profilo, deve osservarsi come l'offerta del Consorzio non possa essere nemmeno considerata indeterminata, atteso che la stessa non lascia dubbi in ordine al tempo e all'importo della restituzione.

Né, in assenza di specifiche disposizioni di gara in ordine a tali ultimi profili, può giungersi, come fa parte ricorrente con prospettazione sostanzialmente ipotetica, ad una valutazione di merito in ordine alla attendibilità del piano economico finanziario del Consorzio, nella parte in cui ha previsto la restituzione, atteso che il detto piano, come si vedrà più dettagliatamente in prosieguo, non può essere in questa sede censurato con riferimento alle valutazioni rimesse alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

Quanto all'asserzione di parte ricorrente secondo cui tale modalità di restituzione sarebbe stata riconosciuta illegittima dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1461 del 26 marzo 2014, va in primo luogo rilevata la non perfetta coincidenza di fattispecie (avendo in quel caso acquisito particolare rilievo il dato dell'avere un

concorrente subordinato la restituzione del finanziamento al previo pagamento di altri oneri economici e non la restituzione in sé), dovendosi pure rilevare che la decisione è stata oggetto di revocazione anche su tale specifico aspetto (Consiglio di Stato, sez. IV, 13 ottobre 2014, n. 5043).

La ricorrente non può essere seguita neppure laddove sostiene, al punto quattro del motivo in esame, che la ritenuta libertà del concorrente di scegliere le modalità e i tempi della restituzione priverebbe il concedente della libertà di assumere provvedimenti sanzionatori a carico del concessionario eventualmente inadempiente, integrando, in sostanza, una disciplina negoziale carente di rimedi nei confronti dell'eventuale inadempimento dell'obbligo di restituzione.

Deve in primo luogo osservarsi come l'argomentazione è sviluppata in termini sostanzialmente ipotetici.

Deve, inoltre considerarsi, come la misura e l'intensità del controllo che la commissione di gara deve effettuare sulle offerte, non si pone in maniera diversa nel caso in cui il contraente si sia offerto di restituire il contributo e nel caso in cui il contraente abbia dichiarato di trattenerlo, atteso che, anche in tale secondo caso, l'(eventuale) inaffidabilità dell'operatore economico produrrebbe la distrazione delle somme anticipate dal concedente dalla loro finalità istituzionale di finanziamento dell'opera pubblica, non meno dannosa, per le pubbliche casse, di una incerta restituzione dell'importo.

Con il motivo C del ricorso introduttivo la ricorrente lamenta l'illegittimità del bando nella parte in cui equipara, ai fini di attribuzione del punteggio, la rinuncia totale al contributo alla sua restituzione nel tempo, atteso che le due situazioni importano obblighi totalmente differenti in capo all'aspirante contraente.

La prospettazione non può essere condivisa.

La formula matematica censurata e prescelta dall'amministrazione in sede di lettera di invito, infatti, tiene conto di un profilo oggettivamente indiscutibile, vale a dire,

l'importo destinato a permanere del patrimonio del beneficiario al termine dell'esecuzione, che è pari a zero sia nel caso di rinuncia totale che nel caso di utilizzo e successiva restituzione.

Quanto poi ai profili differenziali che avrebbero potuto astrattamente legittimare una valutazione diversa delle due ipotesi, deve rilevarsi come gli stessi, pur a loro volta astrattamente apprezzabili, si muovano su un piano della teorica possibilità e non della necessità logica, così che la corrispondente scelta deve ritenersi rientrare nella discrezionalità amministrativa nel formulare i criteri di valutazione.

Come, infatti, osservato in giurisprudenza, *“nelle gare pubbliche, l'Amministrazione dispone di ampi margini di discrezionalità nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche delle relative formule matematiche”* (T.A.R. L'Aquila, (Abruzzo), sez. I, 28 luglio 2016, n. 461) così che *“le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte”* (cfr., T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 giugno 2016, n. 1249 e T.A.R. Veneto, sez. III, 10 giugno 2016, n. 620).

Pertanto, come osservato dalla difesa dell'amministrazione intimata, non essendovi stati nella gara in esame concorrenti che abbiano rinunciato al contributo, appare, in concreto, estremamente sfumato e sostanzialmente ipotetico l'interesse della ricorrente a sostenere l'illegittimità della clausola, nella parte in cui equipara un'offerta che preveda la rinuncia integrale e un'offerta che preveda il rimborso integrale.

Resta invece ferma, e rispondente a corretti principi di logica e razionalità, la legittimità dell'attribuzione di un punteggio maggiore all'offerta che ha previsto la restituzione rispetto a quella che ha previsto il trattenimento della somma presso il concessionario.

Con il motivo sub D, formulato in via subordinata, la ricorrente sostiene che se l'AdL avesse effettivamente voluto consentire la restituzione del contributo da parte dell'aggiudicatario e se tale opzione operativa fosse stata perseguita a mezzo di una clausola legittima, allora la stazione appaltante avrebbe dovuto evidenziare la detta opzione operativa con sufficiente enfasi nel bando e non in una sintetica specificazione della lettera di invito.

Così operando, AdL avrebbe violato la *par condicio* tra i concorrenti.

La censura va disattesa.

Alla luce di quanto sopra osservato, non sussistono dubbi sul contenuto della previsione contenuta nella lettera di invito, né sulla legittimità della stessa.

La possibilità di restituzione poteva, dunque, essere utilizzata da qualunque concorrente, senza necessità di ulteriori enfaticizzazioni.

Sarebbe, invece, risultato violativo dell'affidamento ingenerato nei partecipanti alla procedura, fornire una interpretazione diversa della lettera di invito.

Con il motivo sub E la ricorrente rileva come, contraddittoriamente, la stazione appaltante, che aveva formulato un quesito all'Anac in ordine a criticità dell'offerta di Sis, proprio con riguardo alla proposta restituzione del contributo, si sarebbe poi, nelle sue statuizioni definitive, discostata dalla sua precedente prospettazione.

Nella richiesta di parere all'Autorità, peraltro, AdL avrebbe rivendicato la sua ampia discrezionalità nel fare o meno propri gli esiti delle valutazioni della commissione, mentre, in seguito ne avrebbe acriticamente accettato tutte le conclusioni.

La stessa commissione, rileva ancora parte ricorrente, aveva manifestato perplessità in ordine alla affidabilità e convenienza dell'offerta del Consorzio, riconoscendo,

tuttavia, come tali valutazioni fossero di competenza della stazione appaltante, così che si sarebbe innestato una sorta di ragionamento circolare in ordine alla spettanza della decisione definitiva, rimessa dalla stazione appaltante alla commissione e da questa alla stazione appaltante.

La censura deve essere disattesa.

In punto di fatto va rilevato come la difesa di AdL ha chiarito come il quesito all'Anac sia stato proposto dalla stazione appaltante a seguito di corrispondenti contestazioni di parte ricorrente.

La richiesta del parere, peraltro, aveva la sola finalità di stimolare l'acquisizione di un'opinione autorevole proprio sulle questioni prospettate da Salini - Impregilo, ragion per cui le questioni erano state riportate nel quesito in termini sostanzialmente ripetitivi di quelli utilizzati dal raggruppamento in sede procedimentale.

Poiché il procedimento dinanzi all'Anac era divenuto improcedibile a seguito della proposizione del ricorso introduttivo, la stazione appaltante ha dunque rivalutato tutte le argomentazioni prospettate in fase procedimentale ed ha ritenuto le conclusioni della commissione condivisibili e comunque tali da non far emergere profili di irragionevolezza del bando o delle operazioni di gara idonei a legittimare un intervento in autotutela.

L'adozione di atti di ritiro, del resto, è connotata da ampi profili di discrezionalità, così che le censure con le quali la ricorrente si duole del mancato esercizio del potere di autotutela appaiono in sostanza inammissibili (sulla natura discrezionale dei poteri in esame cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4302 T.A.R. Piemonte, sez. I, 15 maggio 2015, n. 807)

Con il motivo sub F la ricorrente sostiene che né la commissione né la stazione appaltante avrebbero valutato, da un punto di vista sostanziale, la sostenibilità economica dell'offerta del Consorzio Sis esposta nel piano economico finanziario,

la cui coerenza interna e attendibilità andrebbero verificate dalla commissione di gara anche a prescindere dalla presenza di una esplicita previsione nella *lex specialis*. Nel caso in esame, per contro, la commissione si sarebbe limitata ad una mera verifica formale di conformità del piano alle prescrizioni di bando.

I controlli sarebbero particolarmente carenti per quanto attiene alla restituzione del contributo, non garantito da nulla se non dagli utili della società di progetto - restituzione, oltretutto, significativamente rinviata nel tempo - e nella parte in cui è stata operata la comparazione tra il Pef di essa ricorrente e quello dell'aggiudicataria, nel quale sarebbero previsti ricavi di gran lunga superiori.

Altri profili problematici del Pef dell'aggiudicataria concernerebbero: a) le tariffe applicate agli utenti; b) il trattamento fiscale; c) la remunerazione del rischio del capitale del concessionario, ossia l'Equity Risk Premium (ERP); d) la durata del finanziamento; e) le spese di gestione.

Ulteriori criticità, rilevate a seguito dell'esame del Pef effettuato in sede di accesso, sono poi evidenziate nel secondo ricorso per motivi aggiunti, con particolare riferimento alla violazione delle norme contabili relative al trattamento degli ammortamenti e degli oneri finanziari nel Pef di Sis, alla già dedotta errata assunzione dell'Equity Risk Premium e alle erronee assunzioni trasportistiche.

La prospettazione non può essere condivisa.

In primo luogo, deve osservarsi come proprio dalla comparazione tra i due Pef, emerge una complessiva affidabilità del piano economico finanziario di Sis.

Ed infatti, mentre i soci del Consorzio Sis, secondo il piano economico di quest'ultimo, beneficerebbero di dividendi per un ammontare complessivo pari ad € 1.717,5 mln, i soci delle imprese facenti capo al raggruppamento ricorrente beneficerebbero di dividendi complessivamente pari a € 5.343,8 mln; a favore degli stessi, inoltre, oltre la restituzione integrale del prestito, è prevista l'attribuzione di

interessi sul prestito soci ad un tasso dell'11% annuo, per un totale complessivo pari a circa € 6.667 mln.

Inoltre, con riferimento alle previsioni che riguardano la posizione del concedente, la sola offerta di Sis prevede il versamento di € 4.093,2 mln, somma che, come emerge anche dai grafici allegati al piano, assorbirà gli utili della fase finale della concessione.

Sempre in via generale, va rilevato come quello che parte ricorrente definisce come controllo meramente formale del Pef, ossia l'accertata redazione dello stesso in conformità alle prescrizioni di gara, è già fortemente indicativo del fatto che i criteri di redazione seguiti fossero quelli applicabili al tipo di procedura sulla base della *lex specialis*, con conseguente inapplicabilità di ulteriori criteri, civilistici e/o comunque extratestuali, evocati da parte ricorrente.

Addentrandosi nell'analisi delle singole argomentazioni, va poi respinta la doglianza con cui, sia nella citata lettera F del primo ricorso per motivi aggiunti, che nella lettera B del secondo ricorso per motivi aggiunti, parte ricorrente sostiene l'illegittimo apprezzamento della attendibilità del Pef sulla base della prospettata equiparazione dell'obbligo di restituzione del contributo a fine concessione ad un prestito oneroso vero e proprio, con conseguente applicabilità delle norme civilistiche e commerciali applicabili a tale modalità di acquisizione del capitale.

Tale equiparazione, come sopra visto, non era prevista nelle specifiche norme di gara, né, stante la diversa funzione del "contributo" e del "finanziamento", la stessa può essere introdotta in via interpretativa anche al solo fine di individuare la disciplina contabile applicabile.

Come poi sostenuto dalle difese di AdL e Sis, la contabilizzazione operata dal Consorzio appare coerente con la risoluzione prot. n. 12 del Ministero delle Finanze del 2 febbraio 1994, la quale fornisce le linee guida di riferimento in materia di tassazione dei contributi corrisposti per la realizzazione di opere pubbliche

gratuitamente devolvibili, chiarendo come i contributi erogati dal soggetto concedente per la costruzione di tratte autostradali costituiscono l'investimento diretto del concedente su opere che gli dovranno essere restituite al termine della concessione, ragion per cui, gli stessi non vanno conteggiati nel costo dell'investimento da ammortizzare.

Del resto, a seguire la prospettazione della ricorrente, l'aggiudicatario che intenda restituire l'importo del contributo, verrebbe trattato in maniera peggiore, dal punto di vista degli adempimenti contabili, rispetto al contraente che non si assuma alcun obbligo di restituzione.

Né vi è stato, come sostenuto nel punto 8 della lettera B del secondo ricorso per motivi aggiunti, un'erronea individuazione del periodo rilevante per la contabilizzazione e capitalizzazione degli oneri finanziari, per non avere il Pef del Consorzio tenuto conto della divisione dell'intera opera in due stralci.

Va in proposito osservato che la concessione è comunque disciplinata come opera unica distinta in due stralci, mentre è rimasta incontestata l'affermazione delle resistenze secondo cui la previsione di restituzione è stata disciplinata nel piano di Sis nel rispetto degli artt. 104, comma 4, e 110 del TUIR (DPR n. 917/86),

Del resto, la censura in esame non argomenta con sufficiente chiarezza l'assunto secondo il quale, in caso di esecuzione parziale, dovrebbe risultare compromessa l'intera tenuta del Pef del Consorzio Sis, senza che sia possibile rimodulare lo stesso sulla base della separata indicazione di spese e ricavi riferiti ai due diversi stralci.

Conclusivamente, sul punto deve rilevarsi come l'argomentazione sia sviluppata in maniera assertiva e circolare, così che, una volta eliminato il presupposto logico erroneo dell'equiparazione del contributo restituito ad un finanziamento, la prospettazione di parte ricorrente non fa emergere quelle carenze logiche e strutturali del piano la cui ricorrenza giustifica l'invocato provvedimento demolitorio per cattivo uso della discrezionalità amministrativa.

Vanno poi esaminate le argomentazioni con le quali il raggruppamento ricorrente ha censurato il Pef del consorzio aggiudicatario per erronea assunzione dell'Equity Risk Premium (ERP) (lettera F del primo ricorso per motivi aggiunti e punto C dei secondi motivi aggiunti).

L'erroneità consisterebbe, da un lato, nell'individuazione di un valore fisso e immutabile per l'intera durata della concessione, peraltro in misura superiore al "*valore soglia*" individuato dai consulenti di parte ricorrente sulla base di studi particolarmente rigorosi, dall'altra, nella mancata riduzione dell'ERP, a partire dal secondo periodo regolatorio, al valore del 4% individuato dalla Delibera CIPE 27/2013, che fissa le modalità e i criteri per gli aggiornamenti quinquennali dei piani economici finanziari dei concessionari autostradali.

Deve per contro osservarsi come, ai sensi dell'allegato 3.2 della lettera di invito, il valore dell'ERP doveva essere oggetto di offerta da parte dei concorrenti, senza che la lettera stessa contenesse indicazione di valori minimi e massimi predefiniti, e doveva rimanere fisso per tutta la durata della concessione.

Deve ancora rilevarsi come tale valore costituiva, nella rilevata assenza di parametri standard individuati nelle prescrizioni di gara, oggetto di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, sulla cui oggettiva irragionevolezza nulla è stato rilevato.

Considerato infine che l'ERP, corrispondendo al tasso di remunerazione del capitale atteso dall'imprenditore, non attiene a profili di convenienza di diretto interesse dell'amministrazione, se ne desume che l'asserita erroneità del valore non può avere efficacia invalidante dell'intero piano nel quale è contenuta.

Né l'obbligo di attestarsi al valore del 4% poteva discendere dalla applicazione della Delibera CIPE 27/2013 che, nella ricostruzione di parte ricorrente, avrebbe imposto tale misura quantomeno in sede di revisione quinquennale del PEF e, dunque, con riferimento al secondo periodo regolatorio.

La delibera del CIPE invocata, infatti, è successiva alla pubblicazione del bando, non è richiamata in nessuno dei documenti di gara e, come emerge pure dalla produzione probatoria allegata da parte ricorrente, si applica alle “*convenzioni uniche sottoscritte nel 2007*”, riferite a reti autostradali nazionali scadute al 31 dicembre 2012. Quanto alla contestazione delle assunzioni trasportistiche contenute nel Pef di Sis (oggetto delle argomentazioni svolte al punto D dei secondi motivi aggiunti), deve rilevarsi come i valori indicati dal consorzio aggiudicatario, supportati da un’analisi redatta da una società di consulenza specializzata nel settore, appaiono contestate, non per profili di logicità e congruità, ma per valutazioni di opportunità, che non possono tuttavia essere oggetto di sindacato giurisdizionale.

Sul punto, richiamando sinteticamente i dati riportati dalla stazione appaltante al fine di valutare, *ab externo*, l’attendibilità delle premesse logiche del piano sotto tale specifico profilo, si osserva come: a) il piano dell’aggiudicataria fa riferimento a stime di attesa di traffico in relazione all’intera durata della concessione, inferiori a quelle della ricorrente; b) la riduzione del traffico per aumento delle tariffe, postulata dalla ricorrente, non appare condivisibile, alla luce della oggettiva inesistenza di alternative all’opera da realizzare, appetibili da un punto di vista della lunghezza e della comodità del percorso, nonché dell’analisi socioeconomica sul tipo di utenti dell’edificanda infrastruttura effettuata dal Consorzio.

Lo studio, inoltre, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, è stato effettuato con riferimento all’effettivo pedaggio da corrispondere dagli utenti e non al pedaggio netto atteso dal concessionario.

Medesima attinenza al merito presenta la censura relativa alla contestazione dei criteri di calcolo del Vot (valore monetario del tempo), tanto più che il valore utilizzato da Sis è comunque in linea con i valori utilizzati in tempi recenti e in fattispecie similari.

Con il motivo sub G del primo ricorso per motivi aggiunti, poi sviluppato nel motivo sub III dei secondi motivi aggiunti, la ricorrente, dopo aver premesso che, sulla base della *lex specialis* di gara e delle delibere Cipe in questa richiamate, i progetti presentati avrebbero dovuto rispettare il contenuto delle linee guida che la stazione appaltante si era data per adeguarsi alle prescrizioni del Ministero per i beni e le attività culturali, rileva come illegittimamente la commissione, che pure aveva manifestato perplessità in ordine all'impatto paesaggistico del progetto di Sis, non ha poi escluso l'offerta della controinteressata, nella parte in cui ha progettato il Viadotto Tevere.

La soluzione proposta dal Consorzio, inoltre, comporterebbe la necessità di un nuovo iter autorizzativo, circostanza che, oltre a contrastare con le previsioni di gara, inciderebbe pure sui tempi di realizzazione dell'opera e sui costi della medesima, rendendo ancora più inaffidabile il già contestato piano economico finanziario del consorzio.

La censura, in primo luogo, appare inammissibile per genericità, non avendo la ricorrente chiaramente individuato le asserite violazioni del parere Mibac, il quale prevedeva che per le opere d'arte più significative e in particolare per il ponte sul Tevere avrebbero dovuto essere utilizzate impostazioni formali e strutturali adeguate alla ricerca dei migliori rapporti forma/funzione in considerazione del rilevante valore scenico e percettivo dell'opera.

Ove pure la censura dovesse intendersi legittimamente integrata sul punto nei successivi ricorsi per motivi aggiunti, così che la contestazione dovesse essere riferita alla violazione del divieto di criteri costruttivi che prevedessero, per il ponte, soluzioni strallate a campata unica o a due campate, la stessa andrebbe comunque disattesa.

Ed infatti la contestazione della riconduzione del progetto ad una tipologia di ponte estradossato e non strallato è sia assertiva che tale da impingere nel merito della valutazione discrezionale della commissione.

Quanto alla svincolo di Pomezia nord, la cui mancata progettazione, nella prospettazione di parte ricorrente, individuerebbe una carenza nella soluzione progettuale offerta da Sis, deve rilevarsi come la prescrizione n. 29 dettata dalla delibera 88/2010, rinvia la progettazione al momento della redazione del progetto esecutivo, così che la censura è al momento priva di attualità.

Con il motivo sub H del primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha censurato l'operato della commissione, nella parte in cui non ha provveduto ad una verbalizzazione contestuale delle operazioni di gara, ciò che emergerebbe *per tabulas* dal fatto che nel verbale n. 39 del 9 maggio 2016 si citano atti venuti ad esistenza in un momento successivo.

La doglianza è infondata.

Il principio di analiticità e tempestività della verbalizzazione non può essere declinato in termini di necessaria contestualità di esternalizzazione dell'attività svolta dalla commissione.

Come recentemente ribadito in giurisprudenza “*Se, da un lato, la verbalizzazione consiste nella redazione di un documento che riassume taluni fatti accaduti, ciò non significa che, al termine di ogni seduta, esso debba essere redatto, approvato e indi sottoscritto. In sintesi, sebbene la confezione di separati atti, ossia, un verbale per ciascuna seduta, sia il metodo da preferire, in mancanza di norme, anche della lex specialis, che prescrivano la documentazione distinta di ogni riunione, nulla impedisce ad una commissione di gara di redigere un unico verbale di tutte o di parte delle operazioni compiute, ancorché relativo a più giornate ...*” essendo in concreto sufficiente che la verbalizzazione successiva avvenga “*in tempi idonei ad evitare l'insorgenza di errori od omissioni nella ricostruzione sia dei fatti che dell'iter valutativo percorso dalla Commissione*” (così Tar Abruzzo, L'Aquila, 2 gennaio 2017, n. 2).

Con il motivo sub II dei secondi motivi aggiunti, la ricorrente ha sostenuto che la proposta di Sis concernente il piano di utilizzo delle terre e rocce da scavo integrerebbe una miglioria o una variante al progetto posto a base di gara, inammissibile ai sensi del punto II.1.9 del bando e delle corrispondenti prescrizioni della lettera di invito.

La censura va respinta.

In primo luogo, deve rilevarsi come l'affermazione secondo cui la proposta progettuale relativa alla cantierizzazione della gestione delle materie e il piano di riutilizzo delle terre elaborata dal consorzio Sis sarebbe ascrivibile non a un'ipotesi di proposta migliorativa (ammissibile), ma ad un'ipotesi di variante (vietata), rimane sostanzialmente assertiva.

Quanto, poi, alla normativa applicabile alla gestione delle dette materie, correttamente, nella proposta di Sis, viene richiamata la disciplina giuridica di cui al d.M. 161 del 10 agosto 2012 ("Regolamento recante la disciplina dell'utilizzazione delle terre e rocce da scavo").

Ed, infatti, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, le delibere CIPE 88/2010 e 51/2013 non possono aver operato un rinvio fisso all'art. 186 del d.lgs. 152/2006 ("Terre e rocce da scavo"), avendo, per contro, sia la *lex specialis* di gara, previsto che, in fase di progettazione esecutiva e realizzazione dell'opera, si sarebbe dovuto far riferimento alla "*normativa vigente*".

La scelta regolatoria operata, di richiamare la normativa vigente al momento delle singole fasi della realizzazione dell'opera, appare, poi, particolarmente opportuna, in considerazione del fatto che si è in presenza di una infrastruttura da realizzare in tempi apprezzabilmente lunghi, tanto più che i mutamenti normativi in materia si imporrebbero alle parti al di là delle previsioni di bando.

Il fatto poi che espressamente il bando rinviasse la progettazione riferibile allo smaltimento dei materiali di scavo alla fase esecutiva, rendeva inapplicabile la

prescrizione di cui all'art. 15 del regolamento medesimo, pure invocata da parte ricorrente, non essendo, al momento dell'entrata in vigore dello stesso, già stata avviata la procedura ex art. 186.

La ricorrente non può essere seguita neppure laddove (motivo IV del secondo ricorso per motivi aggiunti) sostiene che il Consorzio Sis avrebbe dovuto essere escluso per mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale.

Sul punto, è sufficiente richiamare quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 19 del 27 luglio 2016, secondo cui *“Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, approvato con d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 (che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza: «Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro»), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.”* (nello stesso senso cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 18/01/2017, n. 179, secondo cui *“Nelle gare pubbliche l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, in assenza di specifica previsione nella modulistica predisposta dalla stazione appaltante per formulare l'offerta economica o comunque in una situazione di fatto tale da ingenerare il legittimo affidamento, non determina l'incertezza assoluta dell'offerta ed è suscettibile di soccorso istruttorio”*).

Nel caso in esame, la *lex specialis* non prescriveva nulla in ordine all'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, così che, non essendo stata dedotta l'incongruità dell'offerta di Sis, non ricorrevano i presupposti per l'esclusione automatica dell'offerta medesima.

Con il motivo V del secondo ricorso per motivi aggiunti il raggruppamento ricorrente ha sostenuto che l'offerta del consorzio Sis avrebbe dovuto essere esclusa in considerazione del fatto che il piano particellare da esso proposto indica alcune particelle soggette ad occupazione temporanea non previste negli elaborati a base gara.

La censura è infondata.

La differenza, infatti, come rilevato dalla ricorrente stessa, non attiene agli espropri ma, appunto, alle occupazioni temporanee, il ricorso alle quali, con riferimento a tre particelle, è stato previsto dal Sis al fine di consentire l'esecuzione dei lavori prevista nel progetto e, più in particolare, una deviazione provvisoria.

Alla fattispecie si applica l'art 49 del Testo unico sugli espropri (DPR 8 giugno 2001, n. 327), che regola l'acquisizione temporanea di aree necessarie alla corretta esecuzione dei lavori, per la quale non occorre la ricomprensione della dichiarazione di pubblica utilità.

Con il terzo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente, oltre a censurare gli atti già impugnati, ha contestato irregolarità a suo giudizio verificatesi nella fase di prova e di integrazione d'efficacia dell'aggiudicazione.

In proposito, alla luce di quanto sin qui osservato, va, in primo luogo, respinta la censura di invalidità derivata.

Va poi esaminato il secondo motivo di doglianza, con il quale la ricorrente ha sostenuto la violazione del par. H della lettera di invito, che prevede che l'acquisto di efficacia dell'aggiudicazione definitiva è subordinato alla *“presentazione da parte dell'aggiudicatario di un impegno qualificato avente validità di almeno sei mesi da parte dei soggetti finanziatori a finanziare l'opera alle condizioni e ai termini previsti in entrambi i piani economico finanziari presentati in sede di gara”*.

Sostiene la ricorrente che, diversamente da quanto previsto dall'art. 144, comma 3-ter del d.lgs. 163/2006 - il quale disciplina la possibilità per il bando di prevedere

che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione, sottoscritta da uno o più istituti finanziatori, di “*manifestazione di interesse a finanziare l'operazione*” - la previsione di bando secondo cui, dopo l'aggiudicazione, la concorrente doveva presentare un “*impegno qualificato*”, importava la necessità, per la concorrente aggiudicataria, di presentare documentazione che garantisse l'investimento in maniera concreta e da parte di operatori qualificati, non essendo, per contro, sufficiente una generica disponibilità da parte di istituti neppure muniti di sufficiente patrimonio.

L'oggettiva insufficienza della documentazione presentata dal Consorzio ad integrare il richiesto “*impegno qualificato*”, del resto, era stata puntualmente evidenziata da AdL nella missiva del 10 novembre 2016, agli adempimenti previsti dalla quale il consorzio non avrebbe adempiuto sia perché i presunti “*garanti*” non presentavano dimensioni sufficienti rispetto all'impegno da garantire, sia perché uno degli istituti era, in sostanza, riconducibile, al soggetto garantito.

La prospettazione non può essere condivisa.

La dizione dell'invocata lettera H, infatti, deve essere interpretata alla luce delle ulteriori previsioni di gara, in forza delle quali un impegno vincolante degli enti finanziatori dovrà essere presentato soltanto decorsi 12 mesi dalla stipula della convenzione di concessione.

Ne consegue che l'interpretazione particolarmente stringente invocata da Salini Impregilo, porterebbe o ad una duplicazione, in fase precontrattuale, degli adempimenti richiesti all'aggiudicataria nella fase contrattuale vera e propria, ovvero all'inutilità della previsione successiva, come osservato da AdL già in fase procedimentale, risultanti entrambi incongrui.

L'oggettiva incertezza della portata della prescrizione contenuta nella citata lettera H, depone poi nel senso della legittimità della valutazione operata dalla stazione appaltante nel senso della non perentorietà del termine assegnato al Consorzio per la integrazione documentale in materia di impegni, tanto più che le vicende in esame

si sono verificate nel segmento di verifica di congruità e di comprova, fase procedimentale avulsa da formalismo.

Con il terzo motivo di doglianza, la ricorrente ha sostenuto l'esistenza di violazioni procedurali nella fase di verifica dell'anomalia, nel corso della quale la controinteressata, che aveva presentato solo fotocopie con riferimento a due giustificativi prodotti, ha dichiarato di non aver rinvenuto gli originali ed ha prodotto giustificativi rilasciati da altre ditte.

La prospettazione non può essere condivisa.

In primo luogo, la ricorrente non evidenzia l'incidenza dei giustificativi in esame sugli esiti del giudizio di congruità da espletarsi nella fase di verifica dell'anomalia.

La non contestata congruità dei prezzi, di conseguenza, rende irrilevante l'avvenuta sostituzione del partner commerciale.

In materia la giurisprudenza ha più volte rilevato come *“la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile e, dunque, se dia o non serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto, il relativo procedimento deve essere avulso da ogni formalismo e improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente; il contraddittorio deve essere effettivo; non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; mentre l'offerta è immutabile, modificabili sono le giustificazioni, e sono ammesse quelle sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, a garanzia di una seria esecuzione del contratto”* (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6231 e, più di recente Consiglio di Stato, sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514)

Con il quarto motivo di doglianza la ricorrente ha sostenuto che il Consorzio non avrebbe inviato, in sede di comprova dei requisiti ai sensi dell'art. 11, comma 8, del d.lgs. n. 163/2008, la dichiarazione sostitutiva dell'iscrizione alla camera di

commercio corredata dalla compilazione integrale, ai fini antimafia, delle autodichiarazioni relative a tutti i soggetti di cui all'art. 85.

In particolare, sarebbero state omesse la dichiarazione riguardante il signor Isnardi, membro supplente del Collegio sindacale, i signori Turso e Fegatelli, direttori tecnici, e i signori Cossetto Ribaudò e Liguori, membri del Collegio sindacale.

In proposito si osserva come AdL, con affermazioni rimaste incontestate da parte di Salini Impregilo, ha riferito che il sig. Isnardi è deceduto in data antecedente alla relativa richiesta di ADL del 27 luglio 2016, mentre la verifica nei confronti degli altri soggetti è in corso di svolgimento ai sensi dell'art. 91 del d.lgs. 159/2011.

Da ultimo, si osserva che, nella stessa prospettazione di parte ricorrente, la contestazione ha valenza meramente formale.

Con il quinto motivo di doglianza del terzo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente lamenta violazione dell'art. 84 del d.lgs. 163/2006, in quanto il rag. Settimio Nucci - Responsabile Finanza ANAS e componente della Commissione giudicatrice, sarebbe stato interpellato dai vertici ADL in occasione dell'esame della documentazione prodotta da SIS con riguardo all'impegno degli enti finanziatori, in violazione del principio per cui un componente della commissione non può svolgere una funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Analoghi profili di illegittimità presenterebbe l'acquisizione del parere del dott. Stabile.

Deve per contro osservarsi che le verifiche alle quali sono stati chiamati il rag. Nucci e il dott. Stabile (consulente finanziario esterno sia alla compagine di ANAS che a quella di ADL) sono avvenute a procedura comparativa terminata e sono consistite in pareri non vincolanti.

In conclusione, il ricorso e i ricorsi per motivi aggiunti vanno respinti, anche nella parte in cui articolano la domanda dipendente di risarcimento del danno.

Il ricorso incidentale e i ricorsi per motivi aggiunti proposti dal Consorzio vanno dichiarati improcedibili.

La complessità della vicenda e la novità di alcune questioni affrontate giustificano, a giudizio del Collegio, la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Dichiara improcedibili il ricorso incidentale e i ricorsi per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Rosa Perna, Presidente FF

Ivo Correale, Consigliere

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Rosa Perna

IL SEGRETARIO