



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3896 del 2017,
proposto da

Salini Impregilo s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale
rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale 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 Giuffré e Marco Annoni, con domicilio eletto presso lo studio del
primo, in Roma, via degli Scipioni 288;

contro

Autostrade del Lazio s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro
Botto e Silvia Cristina Victoria Hofmann, con domicilio eletto presso lo studio
del primo, in Roma, via di San Nicola Da Tolentino 67;

nei confronti

Consorzio stabile Sis s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci,
Giuseppe Rusconi e Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso lo studio del
primo, in Roma, piazza San Bernardo 101;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE I, n. 4001/2017, resa tra le parti, concernente la procedura della gara indetta da Autostrade del Lazio per l'affidamento in concessione delle attività di progettazione esecutiva, costruzione e gestione del “Corridoio Intermodale Roma-Latina e Collegamento **Cisterna-Valmontone**”

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrade del Lazio s.p.a.;

Visto l'appello incidentale del Consorzio stabile Sis s.c.p.a.;

Vista l'ordinanza della Sezione dell'11 dicembre 2017, n. 5831, con cui è stata disposta una verifica;

Vista l'istanza del verificatore, depositata il 10 aprile 2018, di proroga dei termini per il deposito in segreteria della relazione e di autorizzazione alla delega per lo svolgimento dell'incarico;

Vista l'ordinanza del 23 aprile 2018, n. 2421, con cui la Sezione ha accolto le istanze del verificatore;

Vista l'ordinanza dell'8 giugno 2018, n. 3474, con cui la Sezione ha respinto l'istanza del Consorzio stabile Sis s.c.p.a. di sostituzione del verificatore e ha fornito a quest'ultimo indicazioni circa le modalità di svolgimento dell'incarico affidatogli;

Vista la relazione depositata dal verificatore il 5 luglio 2018, in ottemperanza all'ordinanza istruttoria;

Visti i documenti e le memorie conclusionali successivamente depositati dalle parti in causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Annoni, Giuffrè, Botto, Cancrini, Leozappa, Rusconi e Vagnucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Salini Impregilo s.p.a. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio – sede di Roma in epigrafe, con cui è stata respinta la sua impugnazione (articolata in un ricorso e tre atti di motivi aggiunti) contro gli atti della procedura ristretta indetta da Autostrade del Lazio s.p.a. (con bando pubblicato il 19 novembre 2011) per l'affidamento in concessione della realizzazione e gestione del corridoio intermodale Roma - Latina e collegamento **Cisterna - Valmontone** (c.d. autostrada Pontina), opera inclusa tra le infrastrutture strategiche regolate dalla c.d. “legge obiettivo” (legge 21 dicembre 2001, n. 443), aggiudicata all'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sull'importo a base di gara di € 2.728.654.822,00 all'unico altro concorrente, Consorzio stabile Sis s.c.p.a. (determinazione di aggiudicazione in data 6 luglio 2016, n. 1).

2. Nel proprio appello la Salini Impregilo ripropone tutte le censure già formulate nel giudizio di primo grado e respinte dal Tribunale amministrativo adito in quella sede, dirette a sostenere sotto molteplici profili che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, per difformità essenziali tanto della sua offerta tecnica quanto di quella economica, o che la gara in sé sarebbe da annullare (in parte), per illegittimità configurabili sia nella lettera di invito che nelle modalità con cui essa è stata svolta. La Salini Impregilo ripropone inoltre le censure relative alla verifica delle condizioni di efficacia dell'aggiudicazione definitiva a favore del Consorzio stabile SIS (di cui alla nota di Autostrade del Lazio del 19 dicembre 2016, prot. n. 291-P), dedotte in primo grado con il terzo atto di motivi aggiunti.

3. Per resistere all'appello si sono costituiti in giudizio Autostrade del Lazio e il controinteressato Consorzio stabile Sis.

4. Quest'ultimo ha anche proposto appello incidentale, contenente le censure del proprio ricorso incidentale di primo grado, integrato da due atti di motivi

aggiunti, dichiarato improcedibile dal Tribunale amministrativo in conseguenza del rigetto del ricorso principale della Salini Impregilo.

5. La Sezione ha disposto una verifica al fine di acquisire elementi valutativi di carattere tecnico con riguardo alle censure della Salini Impregilo concernenti l'attribuzione del punteggio per il criterio di valutazione delle offerte consistente nel «*Contributo a fondo perduto a carico del concedente*», per un massimo di 30 punti, secondo la lettera d'invito). L'approfondimento ha riguardato nello specifico la questione, dedotta dall'appellante principale, concernente l'asserita equiparazione tra «*due situazioni assolutamente diverse*», di cui l'aggiudicatario Consorzio stabile Sis avrebbe illegittimamente beneficiato ai fini dell'attribuzione del punteggio; equiparazione consistita nel considerare la sua proposta di integrale restituzione del contributo pubblico utilizzato, nella misura e nei tempi previsti nel piano economico-finanziario dallo stesso presentato, come un'ipotesi di «*mancato utilizzo del contributo medesimo*» (ordinanza collegiale in data 11 dicembre 2017, n. 5831).

6. Dell'incombente istruttorio è stata incaricata la Banca d'Italia.

7. All'esito dello stesso le parti hanno insistito nelle loro rispettive domande, eccezioni e conclusioni.

8. La Salini Impregilo ha ribadito che l'interesse dedotto in via principale nel presente giudizio «è quello all'aggiudicazione della gara», previo accertamento dell'illegittima ammissione alla gara del controinteressato Consorzio Sis, e che «solo in via subordinata» è fatto valere «l'interesse strumentale al ripristino della legittimità del procedimento con l'annullamento della gara, ai fini della sua rinnovazione conforme alle regole del diritto» (memoria conclusionale).

9. Autostrade del Lazio e il Consorzio stabile Sis hanno criticato sotto vari profili le conclusioni cui è giunto il verificatore e formulato alcune eccezioni di carattere pregiudiziale rispetto alle domande dell'appellante principale.

10. Le parti hanno ulteriormente illustrato le loro rispettive conclusioni

all'udienza di discussione del 26 luglio 2018.

DIRITTO

1. La prima questione da esaminare è quella concernente l'ammissibilità del primo atto di motivi aggiunti della Salini Impregilo, recante censure dirette contro l'aggiudicazione definitiva a favore del Consorzio stabile Sis, e che quest'ultimo ripropone, in via d'eccezione, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. nel presente giudizio d'appello, poiché non esaminata dal Tribunale amministrativo (appello incidentale, § IV, pag. 47 e ss.). L'eccezione di inammissibilità si fonda sul presupposto che le censure contenute nel citato primo atto di motivi aggiunti avrebbero potuto essere dedotte con il ricorso introduttivo proposto contro all'aggiudicazione provvisoria, per cui la Salini Impregilo sarebbe decaduta da tale possibilità una volta estesa l'impugnazione al provvedimento conclusivo della procedura di gara.

2. L'eccezione è formulata in modo generico e pertanto è inammissibile.

Essa non reca infatti alcuna illustrazione delle pretese ragioni per le quali i motivi di impugnazione contenuti nel primo atto di motivi aggiunti si sarebbero potute proporre già con il ricorso introduttivo. Tale illustrazione era invece determinante per stabilire se l'originaria ricorrente sia o meno incorsa nella decadenza prospettata dal consorzio controinteressato.

3. Si può pertanto procedere all'esame del merito dell'impugnazione proposta dalla Salini Impregilo e quindi all'appello principale.

4. Con esso l'originaria ricorrente ripropone innanzitutto le censure dirette a sostenere che l'offerta tecnica del Consorzio Sis conterrebbe varianti rispetto al progetto definitivo a base di gara non consentite (ai sensi del paragrafo D.2 della lettera di invito), che avrebbero pertanto dovuto condurre alla sua esclusione.

5. Una prima variante vietata consisterebbe nella barriera di esazione sita in Valle del Tevere (pag. 13 e 14 dell'appello principale).

Si assume al riguardo che nel prevedere tale barriera il Consorzio Sis avrebbe

violato le prescrizioni formulate dal Comitato interministeriale per la programmazione economica – CIPE in sede di approvazione del progetto definitivo a base di gara (delibera n. 51 del 2 agosto 2013), ed in particolare che tale violazione sarebbe consistita nel collocare il manufatto nella sua originaria posizione, benché l'organo approvante ne avesse imposto la rimozione o il suo spostamento in un'area di minor pregio ambientale.

6. Analoghe censure vengono formulate con riguardo al viadotto sul Tevere (pag. 15 – 19 dell'appello principale).

Secondo la Salini Impregilo la variante non ammessa consiste nel ponte “strallato” offerto dal Consorzio Sis (in cui l'impalcato è sorretto da una serie di cavi - gli stralli - ancorati ai piloni di sostegno), in violazione dell'apposita prescrizione formulata dal CIPE. Sul punto l'appellante principale sottolinea che questa difformità è stata rilevata dalla stessa commissione giudicatrice (*«La Commissione rileva che, per quanto attiene l'opera “Viadotto Tevere”, il concorrente, ha proposto una tipologia strutturale caratterizzata da una propria specificità architettonica che, però, risulta impattante dal punto di vista paesaggistico, anche tenuto conto degli atti in proposito richiamati nella lettera di invito»*).

7. Le censure si fondano sull'assunto secondo cui tali prescrizioni, formulate in sede di approvazione del progetto definitivo, sulla base del parere espresso in tale fase procedimentale dal Ministero dei beni culturali e ambientali (parere dell'1 agosto 2012, prot. n. 21648), e poi recepite anche da Autostrade del Lazio attraverso le linee guida formulate per la procedura in contestazione (di cui alla nota di prot. n. 319 del 17 maggio 2012), avrebbero carattere vincolante per i concorrenti.

Sulla base di ciò la Salini Impregilo critica la sentenza di primo grado, per omessa pronuncia relativamente alle censure relative alla barriera di esazione e per avere ritenuto generiche ed impingenti nel merito delle valutazioni

discrezionali della commissione giudicatrice quelle relative al viadotto sul Tevere.

8. Le censure così sintetizzate sono infondate, sebbene per ragioni diverse da quelle enunciate dal giudice di primo grado, che di seguito si vanno ad esporre.

9. Occorre innanzitutto evidenziare che in base a quanto previsto dalla lettera d'invito con riguardo all'offerta tecnica (§ D) i concorrenti erano tenuti a proporre migliorie, relativamente agli «*elementi di natura qualitativa di cui ai punti 1., 3. e 4. del successivo capitolo F (dedicato alla valutazione delle offerte n.d.e.)*». Ivi si specifica che le migliorie dovevano avere «*carattere accessorio rispetto all'opera progettata e posta a base di gara*», ed essere che «*strettamente attinenti ai criteri di valutazione espressi nel bando di gara*», ed inoltre conformi alla «*normativa vigente di riferimento*», ai documenti contrattuali e a «*quanto autorizzato, approvato e prescritto da parte di tutti gli Enti e di tutti i Soggetti competenti durante la fase autorizzativa*» (§ D.2 della lettera di invito). Per le migliorie in questione è quindi formulato il divieto di varianti ed al riguardo si specifica che «*le Delibere CIPE n. 88/10 e n. 51/13 di approvazione dei progetti preliminari e definitivi posti a base dell'appalto, vengono poste in visione al fine di rendere noto ai Concorrenti il quadro prescrittivo che dovrà essere ottemperato nello sviluppo del successivo livello di progettazione, in modo che il Concorrente ne sia edotto e possa presentare delle offerte che non siano in contraddizione con tale quadro prescrittivo*» (*ibidem*).

10. Va ancora soggiunto sul punto che, per quanto rileva nel presente giudizio, tra gli elementi di natura qualitativa di cui ai punti 1, 3 e 4 del paragrafo relativo alla valutazione delle offerte tecniche il primo consiste nel «*Valore della proposta tecnica...*», in relazione ai sub-criteri di seguito specificati. Per questi ultimi, la lettera di invito reca a sua volta una dettagliata descrizione delle «*proposte migliorative che il Concorrente è tenuto a produrre e che saranno oggetto di valutazione specifica*» (§ D.2, pag. 30 e ss.).

In particolare, per il sub-criterio 1.1, concernente le *«proposte migliorative per la realizzazione delle opere d'arte, la cui tipologia formale e strutturale e la qualità dei materiali utilizzati dovrà rappresentare un esempio di buon design di architettura volta al migliore inserimento nel contesto territoriale»*, oltre all'invito a formulare le migliorie *«in conformità alle determinazioni ed alle prescrizioni derivanti dalla fase approvativa dei progetti preliminari e definitivi dell'Intervento»*, ribadisce ancora una volta che *«per ciò che attiene le opere principali presenti sugli assi autostradali si rimanda alle prescrizioni di cui alle Delibere del CIPE 11.88110 e n. 51113, che dovranno essere ottemperate nella successiva fase di progettazione esecutiva»* (pag. 31).

Di seguito sono indicati i profili su cui deve essere svolto il giudizio tecnico della commissione. Tra questi è compresa *«la proposta progettuale architettonica per le opere d'arte dell'infrastruttura»*, ai fini, tra l'altro, del suo *«migliore inserimento dell'opera stessa nel contesto paesaggistico, in relazione ai singoli tratti di infrastruttura ed al relativo aspetto territoriale»*; ed ancora *«lo studio e la caratterizzazione, in particolare, della forma delle pile e del rapporto pile-impalcato»*; quindi, *«l'impiego di materiali e tecnologie volti a sostenere la massima compatibilità ambientale ed ecocompatibilità»*; e *«l'ottimizzazione dell'altezza e dell'estensione delle opere d'arte»*.

Per quanto concerne il sub-criterio 1.2, relativo al *«miglioramento delle soluzioni progettuali adottate, utilizzando anche tecnologie innovative, nel rispetto delle prescrizioni e raccomandazioni formulate dal CIPE»*, la lettera di invito precisa che sarebbero stati valutati: *«- l'adozione di sistemi di esazione che garantiscano una maggior velocità di pagamento a vantaggio dell'utenza; - l'istallazione di sistemi di controllo della velocità media e puntuale; - l'adozione di un sistema di monitoraggio a distanza dal centro di controllo della situazione di tutte le dotazioni impiantistiche (illuminazione, esazione, segnaletica, portali, ecc)»*.

11. Vi sono poi ulteriori sub-criteri che non rilevano per l'esame delle censure

della Salini Impregilo e, infine, la precisazione in base alla quale: *«Al di fuori delle ipotesi di miglioramento della qualità e delle prestazioni delle opere, nonché delle modalità realizzative, di cui ai punti precedenti, il Concorrente non potrà apportare altro tipo di modifiche, a pena di esclusione, ai progetti posti a base gara»*.

12. Dalla ricognizione della normativa di gara finora svolta risulta quindi che, come deduce Autostrade del Lazio, il rispetto delle prescrizioni concernenti la (diversa) collocazione della barriera di esazione sita in Valle del Tevere non doveva essere assicurato in sede di gara, ma in sede di progettazione esecutiva e che, anzi, laddove i concorrenti avessero individuato una diversa ubicazione del manufatto già nelle proprie offerte ciò avrebbe comportato la loro esclusione dalla gara medesima. L'onere su di loro ricadente era invece quello di formulare proposte migliorative che non fossero *«in contraddizione con tale quadro prescrittivo»*, ovvero non precludessero loro di conformarsi alle prescrizioni del CIPE e del Ministero dei beni dei beni e della attività culturali e ambientali e del turismo nella fase di progettazione esecutiva, successiva alla procedura di gara in contestazione nel presente giudizio.

13. Considerazioni analoghe vanno fatte con riguardo alle caratteristiche del ponte sul Tevere.

A questo specifico riguardo, dallo stralcio di verbale di gara richiamato dalla stessa Salini Impregilo, e sopra riportato, si trae la prova che la commissione giudicatrice ha in effetti constatato che il ponte strallato offerto dal Consorzio Sis risultava *«impattante dal punto di vista paesaggistico»*, ma che, nondimeno, in conformità alle indicazioni fornite nella lettera di invito circa il contenuto delle proposte migliorative, del pari sopra richiamate, ha valutato questo elemento ai fini dell'attribuzione del punteggio per le offerte tecniche.

L'operato dell'organo di gara è immune da censure. Va infatti ribadito sul punto che in base alle previsioni della lettera di invito in esame l'esclusione era

connessa all'offerta di varianti rispetto al progetto definito a base di gara, e che alla successiva fase della progettazione esecutiva era per contro demandato il necessario adeguamento alle prescrizioni formulate dagli enti pubblici competenti per l'approvazione del progetto dell'opera. Pertanto, del tutto legittimamente la commissione giudicatrice ha considerato il maggiore impatto visivo del viadotto facente parte dell'offerta del Consorzio Sis ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, e non già come causa di esclusione dalla gara, come invece pretende la Salini Impregilo.

14. Con un distinto ordine di censure (pag. 19 – 22 dell'appello principale) quest'ultima reitera l'assunto che il Consorzio Sis avrebbe redatto il conto economico del proprio piano economico-finanziario in modo non conforme al modello predisposto per la procedura di gara (allegato 3.1 alla lettera di invito), a sua volta confezionato secondo la normativa regolatoria di settore, di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica in data 15 aprile 1997 n. 125 (*relativo allo schema di piano economico-finanziario da adottare da parte delle società concessionarie autostradali*), e ai principi contabili civilistici per esso valevoli: prevalenza della sostanza dell'operazione sulla forma e competenza economica, rispettivamente ai sensi dei nn. 1-*bis* e 3 dell'art. 2423-*bis* del codice civile.

Le censure dell'appellante principale muovono dalla premessa secondo cui l'aggiudicatario ha previsto di utilizzare gran parte del contributo pubblico previsto da Autostrade del Lazio per la realizzazione dell'opera (€ 902,3 mln, sull'ammontare complessivo di € 970,2 mln), per poi restituire lo stesso nella fase terminale della concessione (a partire dal 2044 e sino alla scadenza del 2056), e che tale soluzione impedirebbe di qualificare l'operazione congegnata dal Consorzio Sis come utilizzo del contributo a fondo perduto. Secondo la Salini Impregilo questa modalità di utilizzo del contributo pubblico attribuirebbe allo

stesso carattere di «*vero e proprio finanziamento oneroso*», da computare nel costo dell'investimento sostenuto dal concessionario (pag. 21).

15. Su questa base la Salini Impregilo deduce che l'aggiudicatario avrebbe dovuto imputare per ciascuna annualità della concessione, sin dall'inizio della sua vigenza, sia gli ammortamenti che gli interessi riconosciuti a titolo di remunerazione all'autorità concedente, mentre nulla di ciò risulta dal piano economico-finanziario del controinteressato, in cui gli ammortamenti sono infatti computati al netto del finanziamento pubblico, mentre gli interessi passivi decorrono dal 2044. L'appellante principale ritiene che per effetto di questa falsa rappresentazione economica dell'investimento di controparte la previsione di utili di esercizio dal 2019 e la distribuzione di dividendi dal 2022 sarebbe fallace, e che per effetto dei maggiori oneri non contabilizzati nei primi anni della concessione si sarebbero dovute esporre nel conto economico «*perdite di esercizi sino a 2034*» (pag. 22 dell'appello principale).

16. La Salini Impregilo enuclea un ulteriore profilo di falsità nella rappresentazione dell'equilibrio economico e finanziario della concessione prospettato dal Consorzio Sis, concernente la capitalizzazione degli oneri finanziari (pag. 23).

Secondo l'appellante principale questa ipotesi di falso avrebbe riguardato gli oneri finanziari assunti dall'aggiudicatario per la realizzazione del corridoio Roma – Latina (del costo complessivo di 1.721 milioni di euro circa), costituente la prima fase dell'opera (dal 2014 al 2019), precedente quella relativa al collegamento **Cisterna –Valmontone** (a sua volta del costo complessivo di circa 535,5 milioni di euro, con termine di costruzione previsto per il 2021), e sarebbe consistita nel capitalizzare tutti gli oneri finanziari, anche quelli relativi al primo stralcio, sino al 2021. La Salini Impregilo reputa così violati i principi contabili nazionali (OIC16) e internazionali (IAS23), per i quali gli oneri finanziari assunti per la realizzazione di un'opera possono essere capitalizzati «*sino al momento in*

cui l'opera è stata completata e non oltre tale data» (pag. 23).

17. La Salini Impregilo sostiene inoltre che sarebbe incongruo il tasso di remunerazione del capitale investo (Equity Risk Premium - ERP) del 9,2% indicato dall'aggiudicatario, in misura superiore al 4% previsto dalla delibera CIPE n. 27 del 21 marzo 2013 (Criteri per l'aggiornamento del piano economico-finanziario di cui alla delibera 15 giugno 2007, n. 39), e mantenuto costante per tutta la durata della concessione (pag. 24).

18. Secondo l'appellante principale sarebbero inoltre sopravvalutate le stime di traffico formulate nell'ambito delle assunzioni trasportistiche a base del piano economico-finanziario del Consorzio Sis (pag. 25).

19. Sui motivi ora sintetizzati devono essere svolte le seguenti considerazioni.

20. Come chiarito dalle parti resistenti, il fatto che il contributo pubblico utilizzato dal Consorzio Sis non sia stato considerato in ciascuna annualità della concessione e dunque nel piano economico-finanziario – o più precisamente non siano stati considerati gli oneri per la relativa restituzione - deriva dal fatto che esso è considerato un costo dell'investimento direttamente sostenuto dall'autorità pubblica, che poi acquisirà gratuitamente l'opera alla scadenza della concessione. Secondo questa ricostruzione il costo in questione non sarebbe riferibile quindi al concessionario e pertanto da sarebbe non includere nell'ammortamento a carico di quest'ultimo.

Sul punto le medesime parti hanno richiamato a sostegno dei propri assunti contrari la risoluzione del 2 febbraio 1994, prot. n. 12, del Ministero delle Finanze, recante indicazioni sul regime fiscale di questa tipologia di operazioni.

Al medesimo riguardo va poi dato atto che il Tribunale amministrativo ha evidenziato che non vi sono ragioni per non applicare lo stesso principio anche in caso di restituzione del contributo, poiché altrimenti l'aggiudicatario che abbia assunto questo obbligo *«verrebbe trattato in maniera peggiore, dal punto di vista degli adempimenti contabili, rispetto al contraente che non si assuma alcun*

obbligo di restituzione».

21. In contrario, la Salini Impregilo confuta il richiamo alla risoluzione ministeriale poc'anzi citata sulla base del rilievo che questa è relativa al trattamento fiscale dei contributi erogati per la realizzazione di opere pubbliche, e non già per il loro trattamento contabile a fini civilistici. L'originaria ricorrente sottolinea inoltre che la medesima risoluzione è stata resa «*in riferimento ad una fattispecie in cui il contributo pubblico era stato erogato a fondo perduto*» (memoria di replica depositata in vista dell'udienza pubblica del 5 dicembre 2017, § 3.2.9).

22. Tanto premesso, al di là del rilievo esclusivamente tributario o anche civilistico dell'indirizzo ministeriale, il ragionamento *a fortiori* svolto dal Tribunale amministrativo al fine di ritenere quest'ultimo applicabile anche al caso in cui sia prevista restituzione dell'intero contributo pubblico utilizzato non può essere ritenuto corretto. Infatti, il trattamento contabile suggerito nella risoluzione ministeriale si addice al caso di contributo pubblico a fondo perduto per la realizzazione di opere pubbliche in concessione acquisibili dall'amministrazione gratuitamente alla scadenza di quest'ultima, e cioè per un'ipotesi contraddistinta dalla mancata restituzione del contributo medesimo. Non vi sono pertanto elementi sufficienti per ritenere questa fattispecie estensibile al diverso caso, qui in esame, in cui il concessionario assuma un obbligo di restituzione del contributo, dal momento che proprio tale obbligazione ha indubitabili riflessi sul piano dell'equilibrio economico e finanziario dell'investimento complessivamente sostenuto dallo stesso soggetto privato.

Tuttavia, per quanto concerne l'ulteriore profilo relativo alle conseguenze di tale non corretta rappresentazione si rinvia a quanto si esporrà *infra* a proposito delle censure della Salini Impregilo concernenti la valorizzazione della proposta del Consorzio Sis relativamente all'impiego del contributo pubblico ai fini del punteggio per le offerte. Si tratta infatti di un profilo conseguente sul piano

logico-giuridico alle modalità di formulazione delle offerte consentite in base alla lettera di invito e alla correttezza del punteggio attribuito all'aggiudicatario, su cui la Salini Impregilo ha formulato altre censure, esaminate nel prosieguo.

23. Sono per contro infondate le contestazioni dell'appellante principale relative alla capitalizzazione degli oneri finanziari contenuta nel piano economico-finanziario dell'aggiudicatario.

Come infatti evidenziano le parti resistenti, l'opera pubblica oggetto della concessione impugnata nel presente ha carattere unitario, ancorché suddivisa in due stralci. Ciò si desume dal § A.1 della lettera di invito, contenente la descrizione delle opere, oltre che dai presupposti atti di approvazione dei progetti preliminare e definitivo.

L'unitarietà dell'opera non viene quindi meno per il fatto che al momento in cui è stata indetta la procedura di gara per l'affidamento della concessione sia stato finanziato soltanto il primo stralcio, con lo stanziamento di € 468,1 milioni, cui parimenti si riferisce il citato § A.1 della lettera di invito.

Ed infatti, in ragione di tale stanziamento iniziale, solo parziale, si prevede che il contratto di concessione *«sarà, pertanto, immediatamente efficace solo per il citato primo stralcio dell'Intervento»* (pag. 5 della lettera di invito), ferma restando comunque la validità dello stesso per le parti contraenti relativamente all'intera opera. Sulla base dei rilievi ora svolti non può pertanto ritenersi errato l'orizzonte temporale previsto dal Consorzio Sis per la capitalizzazione di tutti gli oneri finanziari connessi alla realizzazione delle opere sulla base dell'ultimazione dei lavori relativi al secondo stralcio.

24. Per quanto riguarda le censure relative al tasso di remunerazione del capitale investito e alle assunzioni trasportistiche, le stesse rimangono sul piano dell'opinabilità, anche alla luce delle puntuali difese svolte sul punto sia da Autostrade del Lazio che dal Consorzio Sis, per cui le stesse risultano inidonee a fare emergere profili di illegittimità, rilevanti nel presente contenzioso, nei

confronti valutazioni di carattere tecnico-discrezionale formulate al riguardo dalla stazione appaltante. Le censure in questione vanno quindi respinte.

25. Con un distinto ordine di motivi (esposti da pag. 27 a pag. 36 dell'appello principale) la Salini Impregilo contesta l'ammissibilità dell'offerta del Consorzio Sis relativamente alla soluzione sopra esposta, consistente nell'utilizzo in misura quasi integrale del contributo pubblico previsto da Autostrade del Lazio, e precisamente € 902,3 mln, sui € 970,2 mln previsti, e nella sua successiva e graduale restituzione all'amministrazione concedente, a partire dal 2044 e fino alla scadenza contrattuale del 2056.

Attraverso questa soluzione il valore attualizzato del contributo è risultato pari a zero ed in virtù di ciò il controinteressato ha conseguito il massimo punteggio (30 punti) per il criterio di valutazione delle offerte consistente nel «*contributo pubblico a fondo perduto a carico del Concedente*», contro i 5,48 punti ottenuti dalla Salini Impregilo, la cui offerta sul punto prevede l'utilizzo di € 635 mln, senza alcuna restituzione.

Secondo quest'ultima la soluzione elaborata dal Consorzio Sis non consente tuttavia di qualificare l'utilizzo del contributo «*a fondo perduto*», ma darebbe luogo ad «*una forma illegittima di remunerazione del concessionario*» (pag. 27) non prevista dalla lettera di invito ed allo schema di convenzione ad esso relativo, oltre che in contrasto con la normativa relativa alle concessioni. In ragione di ciò – soggiunge la Salini Impregilo - il controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

In subordine, laddove ritenuta ammissibile, l'appellante principale sostiene che la soluzione avrebbe dovuto essere prevista in modo chiaro nella lettera di invito e che in mancanza di ciò sarebbe stata lesa la *par condicio* tra i concorrenti.

26. Al medesimo riguardo, la Salini Impregilo reitera l'assunto (pag. 36 – 40) secondo cui l'offerta dell'aggiudicatario sarebbe condizionata e comunque indeterminata, a causa del fatto che la restituzione del contributo pubblico da

quest'ultimo prevista: ha una scadenza lunga; è postergata a tutte le altre passività contratte per l'investimento; non è assistita da alcuna forma di garanzia. In ragione di tutto ciò il rischio economico proprio della concessione sarebbe stato traslato dal concessionario alla concedente Autostrade del Lazio, come peraltro ipotizzato dalla stessa autorità concedente nell'istanza di parere all'ANAC (datato 14 marzo 2015 e divenuto improcedibile, in conseguenza della proposizione del ricorso introduttivo del presente giudizio).

27. La Salini Impregilo enuclea un ulteriore ordine di censure con riguardo all'utilizzo del contributo pubblico e alla sua restituzione alle condizioni offerte dal Consorzio Sis (lunga scadenza, tasso agevolato ed assenza di garanzie), riferito al punteggio previsto per il criterio di valutazione sopra richiamato (pag. 40 – 43). Secondo l'appellante principale la soluzione prescelta dal controinteressato comporta l'effetto di *«equiparare due situazioni assolutamente diverse»* (pag. 40), in cui il punteggio attribuito è illogicamente lo stesso rispetto all'ipotesi di rinuncia totale o parziale al contributo, benché nel caso in contestazione il rimborso del contributo ad Autostrade del Lazio non sia certo né garantito.

28. Al medesimo riguardo nell'appello principale si criticano le ragioni addotte dal Tribunale amministrativo a fondamento del rigetto della censura, incentrate sull'assunto che la con la restituzione del contributo *«l'importo destinato a permanere nel patrimonio del beneficiario al termine dell'esecuzione (...) è pari a zero»*. Secondo la Salini Impregilo questa equiparazione sarebbe insostenibile *«perché è fin troppo evidente che il beneficio che il Consorzio SIS consegue è nel detenere un miliardo per 30-40 anni, senza garanzia alcuna»*, mentre ben altra sarebbe invece la *«rinuncia tout court a percepire la stessa somma»* (pag. 41).

29. L'appellante principale ripropone inoltre la censura di contraddittorietà in atti (pag. 43 – 53), ricavata dal fatto che Autostrade del Lazio ha approvato l'operato della commissione giudicatrice e pertanto aggiudicato al Consorzio Sis la gara

malgrado le numerose criticità riscontrate nell'offerta di quest'ultima ed evidenziate all'ANAC nel parere poi dichiarato improcedibile in conseguenza della proposizione del presente giudizio; ed inoltre benché la commissione stessa, invitata a rivalutare il proprio operato, nel confermare la correttezza del punteggio attribuito in base alla formula prevista nella lettera di invito avesse nondimeno rimesso ad Autostrade il giudizio sulla convenienza economica dell'offerta del Consorzio.

30. I motivi qui sintetizzati si incentrano tutti sulle modalità d'impiego del contributo pubblico proposto dall'aggiudicatario e possono pertanto essere esaminati congiuntamente.

31. Sono innanzitutto infondati quelli con cui la Salini Impregilo sostiene che l'utilizzo del contributo pubblico e la sua successiva restituzione all'autorità concedente costituirebbe una soluzione normativamente vietata per le concessioni di lavori pubblici.

Elementi a sostegno della tesi sostenuta dall'odierna appellante principale non possono in primo luogo essere tratti dalla definizione del contratto in questione contenuta nell'(allora vigente) art. 3, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nella quale è posto in rilievo l'elemento caratteristico e distintivo rispetto all'appalto di lavori pubblici, consistente (ai sensi dell'art. 143, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006) nel diritto del concessionario «*di gestire l'opera*» o nello stesso diritto«*accompagnato da un prezzo*», riconosciuto dall'amministrazione a quest'ultimo al fine di assicurare l'equilibrio economico del contratto, per il caso in cui le tariffe da praticare all'utenza non consentano di remunerare l'investimento o comunque la gestione funzionale dell'opera non sia in grado di procurare ritorni sufficienti.

Dalla definizione normativa della concessione non è quindi possibile ricavare un divieto di sovvenire il concessionario mediante forme di anticipazione del prezzo a carico dell'amministrazione concedente, con successiva restituzione a

quest'ultima. Come anche evidenziato dal Tribunale amministrativo l'operazione così congegnata costituisce un *minus* rispetto all'erogazione a fondo perduto del contributo pubblico, o altrimenti detto costituisce una variante, sia pure sostanziale, in cui l'apporto finanziario dell'autorità concedente non viene utilizzato a titolo definitivo dal privato concessionario.

32. E' peraltro indubbio – come deduce ulteriormente l'appellante principale – che una simile modalità di impiego del contributo pubblico richiede che gli obblighi restitutori a carico del concessionario siano compiutamente definiti sul piano convenzionale e che il relativo adempimento sia assistito da garanzie adeguate a favore dell'amministrazione concedente.

Di quanto ora rilevato si trae conferma da quanto previsto dall'art. 156 del previgente codice dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui sia previsto il subentro nel rapporto concessorio della società di progetto. Il comma 3 della disposizione ora citata prevede «*nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione*», la responsabilità solidale dei soci «*per l'eventuale rimborso del contributo percepito*», con correlata previsione di un capitale minimo fissato dall'amministrazione (comma 1), o in alternativa la prestazione di «*garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera*».

Tali ultime previsioni hanno in particolare la finalità di evitare forme surrettizie di trasferimento dei rischi economici insiti nella concessione dal privato concessionario alla pubblica amministrazione e la cui assunzione a carico del primo, attraverso la gestione funzionale dell'opera, costituisce il *proprium* di questa tipologia di contratto pubblico [come poi sancito *a posteriori*, ma con valenza ricognitiva per anche il passato, dal nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50: in particolare all'art. 3, comma 1, lett. zz)].

33. A conclusione del ragionamento, se dunque l'impiego del contributo pubblico

come anticipazione sul prezzo non può ritenersi vietato dalla normativa primaria relativa alle concessioni di opera pubblica, occorre nondimeno che tale ipotesi sia adeguatamente disciplinata sul piano convenzionale e che la stessa riceva una valutazione corretta e coerente dal punto di vista del punteggio attribuibile per le modalità di utilizzo del contributo medesimo. *Infra* si rileverà che ciò non è avvenuto nel caso di specie, con le conseguenze ivi precisate.

34. Proseguendo nell'esame dei motivi di impugnazione formulati dalla Salini Impregilo, deve escludersi che l'utilizzo e successiva restituzione del contributo pubblico fosse vietato dalla normativa di gara.

Come infatti deducono Autostrade del Lazio e il Consorzio Sis, la praticabilità di questa ipotesi era ricavabile dalla lettera di invito, nel § F, relativo ai criteri di valutazione delle offerte, e precisamente in relazione al criterio, sopra menzionato, consistente nel «*contributo pubblico a fondo perduto a carico del Concedente*», su cui si incentrano le censure della Salini Impregilo. Nell'enunciare la formula matematica per l'attribuzione dei punteggi per il criterio in questione secondo il «*metodo aggregativo compensatore*», si prevede in particolare che l'interpolazione lineare avverrà «*tra il valore attualizzato del contributo pubblico offerto più basso, (coefficiente 1) ed il valore più alto del contributo pubblico attualizzato (coefficiente 0), pari a 711,63 milioni di euro per l'Intero Intervento...*»; e si specifica che il contributo attualizzato «*è calcolato come valore attuale al 31 dicembre 2013 (al tasso del 5%) dei flussi di contributo pubblico, inclusivi di restituzione ovvero remunerazione dello stesso*».

Il riferimento testuale alla restituzione e remunerazione consente dunque di includere anche l'ipotesi di utilizzo del contributo pubblico accompagnato da tali obblighi aggiuntivi a carico del concessionario e a favore di Autostrade del Lazio, nell'ambito di una formula che – come precisato dal Tribunale amministrativo – è finalizzata a «*premiare l'utilizzo più contenuto del contributo medesimo, con conseguente risparmio della corrispondente spesa pubblica*». Nell'ambito del

marginale di apprezzamento così rimesso ai concorrenti era dunque possibile modulare tale utilizzo sia dal punto di vista quantitativo, sia per quanto riguarda le relative modalità, ed in particolare di impegnarsi a restituire all'autorità concedente quanto in precedenza utilizzato, sulla base di una facoltà non vietata ma anzi espressamente riconosciuta.

35. Le contrarie deduzioni formulate al riguardo dalla Salini Impregilo, dirette a sostenere che la parte della lettera di invito dedicata alle formule di attribuzione dei punteggi per le offerte non sarebbe quella «*ove explicitare le modalità di formulazione dell'offerta economica*» (pag. 28 dell'appello principale) e, in subordine, che la gara sarebbe così inficiata da scarsa trasparenza, a danno della *par condicio* tra i concorrenti, non possono essere accolte.

La prima, pur in astratto condivisibile, non è idonea a qualificare in termini di illegittimità la normativa di gara, ma rimane circoscritta ad un piano di opportunità non sindacabile nel presente giudizio. Tanto meno può pertanto configurarsi un'offerta invalida da parte del Consorzio Sis, il quale non ha fatto altro che optare per una soluzione comunque consentita dalla lettera di invito.

Gli assunti della Salini Impregilo si traducono in sostanza nell'enucleazione di una causa di esclusione dalla gara non prevista a livello testuale dalla lettera di invito, né tanto meno ricavabile *aliunde* e si infrangono contro l'imperativo, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, di interpretare i bandi di gara in modo da evitare di trarre da essi cause di esclusione implicite, non desumibili dal loro contesto letterale (cfr. tra le altre: Cons. Stato, III, 24 settembre 2013, n. 4364; V, 7 febbraio 2018, n. 796, 15 gennaio 2018, n. 187, 30 novembre 2017, n. 5621, 5 ottobre 2017, n. 4644, 27 luglio 2017, n. 3699, 28 ottobre 2016, n. 4553).

36. In relazione alla censura svolta in via subordinata, la documentazione versata agli atti del presente giudizio relativa a procedure di affidamento analoghe a quella oggetto del presente giudizio conferma quanto sostenuto da Autostrade del

Lazio e dal Consorzio controinteressato, e cioè che la formula di attribuzione del punteggio così congegnata risponde ad una prassi dell'ANAS (da cui Autostrade del Lazio è partecipata), che si presume conosciuta dagli operatori economici del settore o comunque conoscibile in base alla diligenza ordinaria, prima ancora che a quella professionale. Peraltro, nel caso di specie si ha la prova diretta di tale conoscenza in capo all'odierna appellante principale, in particolare da parte della Pizzarotti s.p.a., mandante del raggruppamento temporaneo di imprese di cui la Salini Impregilo è capogruppo, che la soluzione della restituzione del contributo pubblico aveva proposto – sempre in forma aggregata con altri operatori – in una delle procedure di affidamento analoghe indetta dall'ANAS poc'anzi richiamate, e precisamente quella la gara per la concessione autostradale Campogalliano-Sassuolo.

37. Sono poi da respingere anche le deduzioni con cui la Salini Impregilo sostiene che l'offerta del Consorzio Sis sarebbe indeterminata e condizionata.

Attraverso questa censura l'odierna appellante principale tende in realtà a sovrapporre le prospettive di effettiva restituzione del contributo pubblico cui l'aggiudicatario si è impegnato con le caratteristiche strutturali della sua offerta, quale risultante in particolare dal piano economico-finanziario. Dalla lettura di quest'ultimo documento si possono invece apprezzare con chiarezza le caratteristiche in questione, sotto lo specifico profilo dei tempi dell'ammontare della restituzione graduale del contributo pubblico, per cui non si configura alcuna incertezza o indeterminatezza dell'offerta. Aspetto ulteriore e distinto è quello concernente la reale capacità del Consorzio Sis di restituire il contributo pubblico secondo le modalità cui lo stesso si è impegnato, con riguardo al quale si rinvia al motivo trattato immediatamente di seguito

38. Si tratta più precisamente della censura, sopra accennata, con cui la Salini Impregilo contesta l'attribuzione all'aggiudicatario del punteggio massimo (30) per il più volte citato criterio di valutazione delle offerte relativo all'utilizzo del

contributo pubblico.

In ordine a questa censura – che diversamente da quanto assume Autostrade del Lazio (nella memoria conclusionale per l'udienza del 5 dicembre 2017, a pag. 67) non era soggetta ad onere di immediata impugnazione, poiché non lesiva *ex se* (si rinvia al riguardo ai principi espressi dalla costante giurisprudenza amministrativa, da ultimo ribadita da Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4) - la Sezione ha disposto la verifica indicata nel preambolo. Con tale incombenza istruttorio è stato chiesto alla Banca d'Italia di chiarire se l'attribuzione del punteggio massimo è corretta dal punto di vista matematico-finanziario e, dunque, dopo avere precisato il valore attualizzato del contributo pubblico utilizzato dal Consorzio Sis, se su di esso *«possano influire profili di ordinaria rischiosità delle condizioni e dei tempi di restituzione del contributo offerti dall'aggiudicatario»*; e inoltre se *«date queste condizioni e tempi, il tasso di interesse previsto risulti congruo rispetto ai valori correnti di mercato»*.

39. Vanno ora riportate le risultanze dell'incombenza istruttorio.

Il verificatore ha confermato che il valore attualizzato del contributo pubblico sulla base della proposta del Consorzio aggiudicatario al 31 dicembre 2014 *«è nullo ($VAN = 0$)»* (pag. 6 della relazione; la lettera di invito considera il 31 dicembre 2013, ma il risultato non muta). Prima di fornire questo dato l'ausiliario aveva tuttavia precisato che il VAN: valore attuale netto, con cui si misura la convenienza economica di un investimento, rapportando ad uno stesso istante gli esborsi di denaro e i successivi ritorni, *«dipende dal valore del saggio di attualizzazione il quale è, a sua volta, influenzato positivamente dal rischio di progetto»* (pag. 4).

40. Nel rispondere quindi al quesito relativo ai profili di rischiosità delle condizioni e dei tempi di restituzione del contributo offerti dall'aggiudicatario, il verificatore ha premesso che nell'ambito del piano economico-finanziario presentato dal Consorzio Sis il contributo pubblico *«rappresenta una importante*

fonte di copertura delle esigenze finanziarie del progetto», pari al 20% nel periodo di costruzione dell'autostrada (pag. 7 della relazione). Come poi rappresentato dal verificatore nella tabella a pag. 5 della relazione, l'aggiudicatario ha previsto di utilizzare il contributo nella parte iniziale della concessione, e precisamente dal 2014 al 2029, e di restituirlo all'autorità concedente nell'ultimo periodo, dal 2044 al 2056.

L'ausiliario ha quindi espresso l'avviso per cui in base all'utilizzo prospettato dall'aggiudicatario *«esso assume la veste di una fonte di finanziamento onerosa essendo previsto il suo integrale rimborso secondo un preciso piano d'ammortamento con il pagamento di un tasso di interesse per il capitale utilizzato» (ibidem).*

Più precisamente, a fronte del finanziamento degli azionisti per € 520 mln, di quello bancario, suddiviso in due fidi *«strutturati in maniera sequenziale»,* ciascuno dei quali ammonta a circa € 1.500 mln, per cui il rimborso del primo è posto in corrispondenza con l'erogazione del secondo, e l'autofinanziamento del progetto (€ 266 mln nel 2021), il contributo messo a disposizione da Autostrade del Lazio ammonta – come accennato in precedenza - ad € 902,3 mln (sugli € 970,2 mln massimi consentiti).

Sulla base di questa analisi il verificatore ha quindi affermato che il rimborso del contributo pubblico *«è esposto alle alee associate al rischio di inadempimento, essendo il rimborso differito nel tempo e dipendente dalla capacità del debitore di far fronte ai pagamenti previsti sulla sola base dei flussi di cassa prodotti dal progetto» (pag. 7).*

41. Il verificatore ha poi stimato che la capacità del progetto di generare flussi di cassa a copertura del fabbisogno inerente al rimborso dell'indebitamento si pone ad *«basso livello» (pag. 9).*

La conclusione cui l'ausiliario è giunto si basa sull'applicazione dell'indicatore finanziario DSCR (*debit service cover ratio*), espressivo della capacità poc'anzi

riferita, e risultante dal rapporto tra queste due grandezze economiche, tale per cui valori di questo rapporto inferiori a 1 *«rappresentano l'assenza di risorse generate nell'anno per far fronte agli impegni di debito»* (nota 9 a pag. 8 della relazione).

42. Più nello specifico, il verificatore ha ricostruito l'indice DSCR in tre diversi periodi della concessione con il Consorzio Sis.

Il primo, dal 2022 - anno da cui decorre la restituzione dell'indebitamento bancario (cfr. nota 10 a pag. 9 della relazione) - al 2043, anno antecedente all'inizio della restituzione del contributo pubblico. Per questo periodo l'indicatore si attesta su valori di poco superiori a 1: dal valore minimo di 1,05, non considerando i flussi di cassa del contributo pubblico, poiché non derivanti dalla gestione dell'opera, al valore medio di 1,42.

Il secondo, dal 2022 alla scadenza della concessione al 2056, in cui la forbice del DSCR va dal valore minimo 0,78 a quello medio di 1,30, e per il quale la variazione negativa rispetto al primo periodo *«è spiegata dal minore livello di sostenibilità del progetto nel periodo di restituzione del Contributo maggiorato della componente di remunerazione»*. Pertanto, in questo scenario *«i flussi di cassa generati sarebbero totalmente “assorbiti” per far fronte alle esigenze di restituzione dello stesso»* (pag. 9).

Nel terzo periodo, circoscritto all'orizzonte temporale in cui il Consorzio Sis prevede di restituire ad Autostrade del Lazio il contributo pubblico, l'indice DSCR si pone tra un valore minimo di 0,78 ad un valore medio di 1,10 *«evidenziando una precarietà nella capacità di rimborso»* (pag. 10; in nota 12 il verificatore offre una comparazione di tale dato con i valori medi del mercato di una forma analoga di indebitamento, oscillante tra 1,3 e l'1,5).

Come poi rappresentato graficamente (pag. 9 della relazione), secondo questa ricostruzione il fabbisogno finanziario inerente alla restituzione del contributo pubblico assorbirebbe completamente il *cash flow* dal 2044, anno a partire dal

quale dovrebbe avere luogo la restituzione del contributo pubblico.

43. Dagli *stress-test* successivamente condotti dal verificatore sul piano economico-finanziario del Consorzio Sis il grado di grado di copertura di tale fabbisogno risulta ulteriormente ridotto. Tali simulazioni sono basate su riduzioni relative agli introiti tariffari da pedaggi autostradali.

Per questi scenari negativi il verificatore ha constatato innanzitutto che non sono stati previsti fattori di mitigazione, quale *«una riserva di cassa, eventualmente prodotta nella fase antecedente la restituzione, né la possibilità per il finanziatore di ricorrere a forme di accelerazione del rimborso»* (pag. 10); inoltre ha stimato che la diminuzione massima sostenibile degli introiti da pedaggio, tale da non comportare alcuna modifica alla restituzione del contributo pubblico, sarebbe quella del 7% (pag. 11). In ogni caso, secondo l'ausiliario variazioni in diminuzione del 5 o del 10 per cento dei volumi di traffico determinerebbero peggioramenti nel DSCR minimo e medio, su valori prossimi o inferiori all'1 (cfr. la tabella a pag. 12 della relazione di verifica).

44. Va al riguardo precisato che le analisi del *«grado di resilienza»* del progetto del Consorzio Sis condotte dall'ausiliario, e poc'anzi esposte in sintesi, si fondano sull'assunto secondo cui il sistema di adeguamento tariffario non sarebbe in grado di sterilizzare i rischi connessi alla restituzione del contributo pubblico (si afferma nella verifica che le analisi di rischio si pongono *«al netto del meccanismo di revisione del PEF»*). Ciò sarebbe dovuto in particolare al fatto che a termini di convenzione l'adeguamento tariffario, scadenzato per ciascun periodo regolatorio della concessione (5 anni), è destinato ad operare *«sempre su base previsionale»*, e cioè, in conformità alla delibera del CIPE del 15 giugno 2007, n. 39 (*Direttiva in materia di regolazione economica del settore autostradale*), in funzione delle stime di traffico per il periodo regolatorio successivo, senza capacità di fronteggiare disallineamenti momentanei della domanda (cfr. a pag. 12 e 13 della relazione; ed in particolare in nota 13).

45. Di seguito, nel descrivere la struttura finanziaria dell'utilizzo del contributo pubblico previsto dal Consorzio Sis il verificatore ha sottolineato che: *«L'elevata durata del finanziamento e la dinamica del rimborso che prevede una capitalizzazione della componente remunerativa espone il Concedente ad un rischio maggiore a parità di contributo erogato»* (pag. 14); il rischio sarebbe poi aggravato dal fatto che non è prevista *«una vita del progetto successiva alla scadenza contrattuale del Contributo»*, la quale avrebbe in ipotesi potuto consentire un'eventuale rimodulazione dello stesso (*ibidem*). In sostanza, secondo il verificatore la restituzione del contributo in linea capitale e la remunerazione ad esso relativa *«a distanza di venti anni rispetto all'entrata in equilibrio del progetto (2024) e nella sua fase finale rappresenta(no: n.d.e.) un fattore rilevante che incide negativamente sul profilo di rischio»* insito nella concessione (ancora a pag. 14).

46. Come accennato in precedenza, per il verificatore i rischi così rappresentanti sarebbero ulteriormente aggravati dalla mancanza di garanzie contrattuali a favore di Autostrade del Lazio, laddove garanzie sono invece previste per i soci della società veicolo subentrante nella concessione, con riguardo alla distribuzione degli utili tempo per tempo maturati nella misura ipotizzata nel piano economico-finanziario medesimo; ed anche per il debito bancario *senior*, ovvero quello contratto per secondo (pari a circa € 1.504 mln), in virtù dell'appostamento di riserve di capitale, di cui invece il contributo pubblico di Autostrade del Lazio è privo (pag. 15 della relazione).

47. Secondo il verificatore l'assenza di garanzie non sarebbe adeguatamente compensata dal potere di dichiarare la decadenza dalla concessione per inadempimento del concessionario. Ciò a causa del fatto che il contributo pubblico è comunque sempre temporalmente postergato rispetto al restante debito e che secondo la prassi bancaria l'erogazione di un fido è subordinata al riconoscimento di una preferenza nel rimborso (pag. 15).

In questo quadro il rischio sarebbe anche insito nell'evenienza in cui l'investimento non si riveli remunerativo ed occorra quindi riconoscere al concessionario il valore non ammortizzato dell'investimento, oltre al credito figurativo maturato da quest'ultimo per effetto dei meccanismi di adeguamento tariffario; del pari sull'amministrazione concedente graverebbe il rischio di dovere riconoscere all'eventuale subentrante adeguate correzioni della concessione in grado di ripristinarne l'equilibrio economico e finanziario, ivi compresa la rinuncia parziale al credito restitutorio avente ad oggetto il contributo pubblico (pag. 16 e ss.). Secondo il verificatore, inoltre, quand'anche in questo scenario vi sia la riacquisizione dell'opera da parte dell'amministrazione, ciò non avrebbe comunque *«l'effetto di ridurre l'esposizione al rischio del Contributo»* (pag. 16).

48. In relazione al terzo quesito posto nell'ordinanza istruttoria, incentrato sulla congruità della remunerazione riconosciuta ad Autostrade del Lazio dal Consorzio Sis, il verificatore ha premesso che nella prima fase della concessione, quella che termina al 2043, il contributo pubblico ha una funzione di protezione degli investitori privati dai rischi di insolvenza della società veicolo e dal rischio operativo insito nella concessione (pag. 19). Nella seconda fase, dal 2044 fino alla scadenza, destinata alla restituzione del contributo pubblico attraverso il *cash flow* assicurato dalla gestione funzionale dell'opera autostradale a partire da tale anno, *«quando ormai le altre fonti di debito e i dividendi sono stati ripagati»*, tale contributo assume la funzione di una *«riassicurazione(...) a beneficio dei soci»* per tutta la durata del rapporto (pag. 21).

Più nello specifico, in base a questa ricostruzione attraverso l'utilizzo del contributo nei primi anni e la sua restituzione nel periodo terminale, si ottiene una liquidità immediata avente l'effetto di mitigazione dei rischi tipici della concessione (di progetto, operativi, di costruzione e gestione) a carico del concessionario e il loro riversamento all'autorità concedente (pag. 20 e 21; in

particolare note 15 e 16).

49. Il grado di rischiosità assunto da quest'ultima sarebbe dunque «*quantomeno equipollente a quella dello stesso equity holder (rappresentato dai soci della società veicolo)*» (pag. 20). Nondimeno - si precisa in risposta al quesito - a questo vero e proprio sovvertimento della graduazione dei rischi non corrisponde un tasso di remunerazione adeguato: il 5%, che secondo il verificatore il Consorzio aggiudicatario ha riconosciuto ad Autostrade del Lazio risulta infatti inferiore al tasso di rendimento previsto a favore degli azionisti privati: 7,53% sui dividendi; 11,01% sui flussi di cassa (pag. 21). Al medesimo riguardo, il verificatore ha rilevato che tassi di remunerazione (ROE: *return on equity*) comparabili, ovvero di società operanti nel medesimo settore e con struttura delle fonti di finanziamento simili, sono superiori: 8,96% (*ibidem*).

Analogamente, anche laddove vi fosse una parziale rinuncia degli azionisti alla loro remunerazione, e dunque il contributo pubblico assumesse le caratteristiche di un debito “mezzanino”, il tasso di mercato ricostruito dal verificatore si pone nella forbice tra il 5,86 e l'8,95 per cento, con un valore medio del 7,41%, dunque ancora una volta superiore a quello che il Consorzio Sis riconoscerebbe da Autostrade del Lazio (pag. 25).

50. Così riassunti gli esiti della verifica, deve innanzitutto darsi atto che la società Autostrade del Lazio e il Consorzio aggiudicatario hanno riproposto le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità delle censure della Salini Impregilo su cui l'incombente istruttorio è stato disposto.

Le parti resistenti fondano tale eccezione innanzitutto sulla circostanza che la Salini Impregilo non avrebbe impugnato la lettera di invito, nella parte relativa alla previsione del tasso del 5% quale valore di attualizzazione per l'utilizzo del contributo pubblico (pag. 47, § F, ultimo alinea); e quindi sul capo della sentenza di primo grado in cui in relazione al medesimo motivo di impugnazione è stata ravvisata la carenza di interesse della medesima ricorrente, sul rilievo che non vi

erano concorrenti *«che abbiano rinunciato al contributo»*.

51. Entrambe le eccezioni vanno respinte.

Con riguardo alla prima è sufficiente evidenziare che la Salini Impregilo ha da un lato impugnato la *«lettera di invito e relativi allegati, nei limiti dell'interesse fatto valere con il presente ricorso, con particolare riferimento al paragrafo F ultimo alinea di pag. 47 (che prosegue a pag. 48) della lettera di invito, nonché della 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»* (epigrafe del ricorso di primo grado); e dall'altro lato formulato in proposito censure relative al punteggio attribuito all'aggiudicataria sulla base di questa soluzione – utilizzo e restituzione del contributo pubblico – e del tasso del 5% previsto dalla lettera di invito.

52. Con riguardo alla seconda eccezione, va evidenziato che dopo avere riportato il passaggio della motivazione della sentenza di primo grado su cui tale eccezione si fonda, la Salini Impregilo ha lamentato che il giudice di primo grado non abbia *«affatto preso in considerazione quanto la ricorrente ha replicato alla resistente AdL (Autostrade del Lazio; n.d.e.)»* (pag. 42 dell'appello principale). In particolare, l'appellante principale ha criticato la pronuncia di primo grado per non avere il Tribunale preso in esame le proprie considerazioni, e cioè che la restituzione integrale del contributo pubblico utilizzato, a decorrere dal trentesimo anno della concessione, senza garanzie e a tasso agevolato, come se si fosse in presenza di una rinuncia integrale al contributo medesimo, era illogica ed inficiava così l'attribuzione dei punti in favore della controinteressata.

La critica mossa alla sentenza di primo grado si incentra pertanto sull'equiparazione tra queste due situazioni, ad avviso della Salini Impregilo non assimilabili. La stessa assume dunque carattere radicale e tale da comportare,

laddove accolta, una rinnovazione parziale della gara, a partire dalla stessa formula di attribuzione dei punteggi. Sotto il profilo ora evidenziato la censura in esame si rivela pertanto in grado di infirmare il fondamento logico-giuridico della carenza di interesse ravvisata dal Tribunale amministrativo, incentrato invece sul *posterius* costituito dalle caratteristiche dei piani economico-finanziari presentati dai due unici partecipanti alla procedura di gara, sulla base della formula di attribuzione dei punteggi prevista dalla lettera di invito.

Il punto controverso risulta pertanto devoluto in modo rituale alla cognizione del giudice d'appello, nel rispetto dell'onere di specificità dei motivi d'appello stabilito dall'art. 101, comma 1, cod. proc. amm.; sulla base di ciò è stata pertanto disposta la verifica.

53. Si può allora procedere ad esaminare le osservazioni che le medesime parti resistenti hanno formulato a quest'ultima.

A questo riguardo deve innanzitutto darsi atto di quelle concernente il tasso del 5% previsto per l'utilizzo del contributo pubblico ed in particolare delle controdeduzioni del Consorzio Sis, il quale contesta di avere offerto tale remunerazione.

Precisa sul punto il controinteressato di avere previsto, a fronte dell'utilizzo complessivo di € 902,3, mln una restituzione all'amministrazione concedente di € 4.161 mln e che in ciò si esaurisce il proprio piano economico-finanziario. Come ulteriormente precisa sul punto il Consorzio aggiudicatario, il tasso del 5% è invece quello che, in applicazione della formula di attribuzione del punteggio prevista nella lettera di invito la commissione di gara ha calcolato su quest'ultimo ammontare per quantificarne il valore attualizzato (VAN) di 0, e così riconoscere allo stesso concorrente il punteggio di 30. Di ciò – prosegue il Consorzio Sis - si sarebbe avveduto lo stesso verificatore, in risposta alle osservazioni dei consulenti tecnici di parte (cfr. a pag. 28, sub “E” della relazione).

54. Nondimeno, lo stesso Consorzio ha riconosciuto che i flussi restitutori in

questione *«sottendono un tasso “implicito” di rendimento (un TIR, appunto), che nel caso dell’offerta SIS è pari al 5%»*, salvo precisare che l’indicatore in questione, TIR – tasso interno di rendimento *«si caratterizza per includere la capitalizzazione dei rendimenti progressivamente maturati, operazione viceversa impossibile nelle ordinarie operazioni di finanziamento stante il notorio divieto di anatocismo»* (memoria conclusionale in data 10 luglio 2018, pag. 19).

Come poi chiarito dal consulente tecnico dell’aggiudicatario nelle proprie osservazioni alla relazione di verifica, il TIR del 5% costituisce il *«sovrapprezzo»* che ai fini del punteggio Autostrade del Lazio ha imposto per l’utilizzo e restituzione del contributo a proprio carico, per azzerarne così il valore attualizzato ed aumentare correlativamente la quota di investimento a carico del concessionario. Il consulente tecnico ha quindi specificato che tale restituzione onerosa *«così è stata contabilizzata nel caso di specie dal Consorzio Sis»*(pag. 5 delle osservazioni).

55. Sul punto il medesimo aggiudicatario ha nondimeno criticato la metodologia utilizzata dal verificatore per stimare la congruità del tasso del 5%, perché condotta sulla base dei *«tassi di interesse correnti nel mercato degli investimenti finanziari»*, anziché secondo il raffronto con *«operazioni consimili»* di concessione autostradale (pag. 19 della citata memoria conclusionale), per le quali il medesimo 5% è stato proprio il tasso previsto dall’amministrazione (pag. 37 della medesima memoria). Le critiche alle analisi svolte dall’ausiliario si impernano sull’assunto secondo cui il raffronto con le condizioni vigenti nel mercato dei capitali è scorretto, perché l’operazione congegnata dall’aggiudicatario può essere considerata *«una forma di finanza agevolata, il cui tasso d’interesse non è “agganciato” al mercato libero dei capitali»*, ma è ispirato da *«logiche di opportunità di politica economica nel rispetto dei vincoli di bilancio pubblico»* (pag. 24 della memoria, in cui il Consorzio Sis riprende le osservazioni del proprio consulente tecnico).

Laddove invece la comparazione dovesse essere condotta con i tassi di mercato – prosegue il controinteressato - l'impiego TIR è metodologicamente errato, perché da esso dovrebbero essere scorporati gli interessi capitalizzati, per cui il tasso effettivo salirebbe all'11,4% (secondo la ricostruzione del consulente tecnico di Autostrade del Lazio), o comunque al 9,682% (secondo quella del consulente tecnico del Consorzio: cfr. a pag. 43 della più volte citata memoria conclusionale; il tema è stato poi ulteriormente sviluppato dalla difesa dell'aggiudicatario in sede di discussione, all'udienza del 26 luglio 2018).

56. Inoltre, secondo il Consorzio Sis l'esame del tasso di rendimento sarebbe privo di utilità, a causa dell'impossibilità di comparare le due offerte, dal momento che quella della Salini Impregilo non prevede alcuna restituzione del contributo pubblico.

57. Con specifico riguardo ai profili di rischio dell'operazione, il Consorzio ha imputato al verificatore di non avere considerato: il patrimonio netto della società veicolo che subentrerà nella concessione, ammontante in base al piano economico-finanziario ad € 518.650.876,53, cui vanno aggiunti € 90.896.064,75 a titolo di riserva legale obbligatoria (pag. 26 della memoria conclusionale); e che anche gli scostamenti rispetto alle stime di traffico ipotizzati nell'ambito degli *stress test* determinerebbero lievi diminuzioni di *cash flow* (al massimo € 133 mln nel caso del -10%), scarsamente significativi sul piano quantitativo, tenuto conto degli oltre € 4 mln investiti per la realizzazione dell'opera.

58. L'aggiudicatario ha inoltre censurato il fatto che il verificatore non abbia considerato i crediti figurativi maturandi a proprio favore per effetto del sistema di aggiornamento tariffario a copertura degli scostamenti rispetto alle previsioni di incasso, secondo lo schema di convenzione e la citata delibera CIPE del 15 giugno 2007, n. 39 (pag. 27 - 30).

Con riguardo a tale profilo il Consorzio Sis ha sottolineato che in sede di esame delle osservazioni dei consulenti tecnici di parte il verificatore ha considerato la

possibilità di compensazione tra i crediti in questione con il debito a titolo di restituzione del contributo pubblico, pervenendo alla conclusione che in tal caso quest'ultimo «*sia da assimilare ad un investimento di liquidità del Concedente*» il cui rendimento del 5% sarebbe congruo rispetto al 3,88% assicurato da un BTP trentennale (risposta “B” alle osservazioni; pag. 28 della relazione).

59. Così sintetizzate le controdeduzioni formulate nei confronti del verificatore, si deve rilevare che le stesse non sono idonee a confutare le conclusioni cui quest'ultimo è pervenuto. Ne segue che le censure della Salini Impregilo nei confronti della formula matematica prevista nella lettera di invito sono fondate, nella misura in cui contestano l'assimilazione di ipotesi non equiparabili, date dalla rinuncia al contributo pubblico, da un lato, e dal suo utilizzo e successiva restituzione, dall'altro lato.

Pertanto, diversamente da quanto ritenuto sul punto dal Tribunale amministrativo, lungi dal muoversi nei limiti della «*teorica possibilità*» di una valutazione differenziata, cosicché la diversa scelta di Autostrade del Lazio «*deve ritenersi rientrare nella discrezionalità amministrativa nel formulare i criteri di valutazione*» (così la sentenza di primo grado), la censura in esame coglie un errore di fondo nella predisposizione della normativa di gara, tale da rendere la stessa illegittima.

60. L'errore in questione consiste nel trattare irragionevolmente in modo eguale le due ipotesi poc'anzi menzionate, benché nel caso di utilizzo e successiva restituzione del contributo pubblico il valore attualizzato di questo è soggetto al rischio che il concessionario non riesca ad adempiere all'obbligo di restituzione così assunto.

In termini matematico-finanziari il rischio in questione è stato misurato dal verificatore attraverso il rapporto di copertura tra il flusso di cassa generato dal progetto e il costo per il servizio del debito comprensivo, espresso dall'indicatore DSCR. Come si è rilevato in precedenza, il valore di tale indicatore si pone a

livelli insoddisfacenti, prossimi o inferiori ad 1, proprio a causa dell'onere assunto dal concessionario attraverso l'obbligazione restitutoria del contributo pubblico utilizzato.

Dal punto di vista strutturale, il contributo in questione risulta infatti impostato dal Consorzio Sis come debito postergato a tutte le altre fonti di finanziamento dell'investimento nell'opera autostradale, non solo rispetto all'indebitamento bancario, ma anche alla remunerazione degli azionisti, tale da assumere il ruolo di uno strumento di capitale. Ulteriori criticità rilevate sono legate alla scadenza della relativa restituzione, posta nell'ultimo periodo della concessione, quando dovrebbe essere già stata assicurata la remunerazione degli azionisti e la restituzione dell'indebitamento bancario, e dunque con scarsi margini di manovra per eventuali rimodulazioni dell'onere, ulteriormente aggravata dall'assenza di garanzie contrattuali.

61. In ordine ai profili in questione va evidenziato che il DSCR calcolato dal verificatore non è contestato nemmeno nelle analitiche osservazioni del consulente tecnico di parte controinteressata. Quest'ultimo si limita a fornire una tabella di tale indicatore sino al 2043, prima dell'inizio della restituzione del contributo pubblico (pag. 11 delle osservazioni). Per tale ulteriore fase della concessione il medesimo consulente propone un indicatore ulteriore, consistente nel rapporto tra il finanziamento concesso e il valore dell'investimento, mai superiore ad 1 in ciascuno degli anni dal 2044 al 2056 (*ibidem*: laddove al crescere del valore aumenta il rischio di incapienza patrimoniale del debitore e dunque la rischiosità dell'investimento).

62. Sennonché la deduzione non è in grado di fare emergere errori nel ragionamento del verificatore, incentrato essenzialmente sull'adeguatezza dei flussi di cassa derivanti dalla gestione funzionale che a partire dal 2044 siano residuati dopo l'adempimento degli altri debiti e la remunerazione degli azionisti. Al medesimo riguardo, nel definire la struttura finanziaria dell'investimento

programmato dall'aggiudicatario, lo stesso verificatore ha ben evidenziato la ripartizione dei rischi economici insiti nella concessione tra le varie fonti di finanziamento, ed in particolare come la maggiore esposizione a tali rischi sia riversata sul contributo pubblico da restituire, proprio a causa della postergazione di tale fonte rispetto a quelle concorrenti e all'assenza di altri strumenti di copertura del relativo fabbisogno e di garanzia per l'obbligo restitutorio assunto dal concessionario.

La necessità poi che per fare fronte ai rischi in questione debba sovvenire il patrimonio della società veicolo è indicativa del fatto che nella pianificazione economico-finanziaria del Consorzio Sis il contributo pubblico funge da strumento di *equity* aggiuntivo al capitale investito dal concessionario privato, con funzione di garanzia ulteriore a favore di quest'ultimo per la propria parte di investimento.

Quello ora esposto è il profilo determinante: uno strumento ordinariamente concepito come quota di investimento a carico della parte pubblica – il «*prezzo*» cui si riferiscono i sopra citati artt. 3, comma 11, e 143, comma 3, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici – diviene uno strumento di liquidità immediata per il concessionario e contemporaneamente di finanziamento subordinato, con caratteristiche di lunga durata, e «*a tasso agevolato*» (come lo stesso consulente tecnico dell'aggiudicatario non ha potuto fare a meno di riconoscere).

Nondimeno, nella valutazione di convenienza economica svolta in sede di esame dell'offerta nella procedura di affidamento questa modalità di impiego del contributo pubblico viene considerata come se quest'ultimo non fosse stato utilizzato. Emerge sotto questo profilo la contraddizione con la struttura finanziaria prefigurata dal Consorzio Sis, in cui il contributo assume invece una funzione di finanziamento fondamentale nell'ambito dell'investimento complessivamente previsto da quest'ultimo, pari come accennato in precedenza al

20% del costo di costruzione dell'opera, ed in linea con quello erogato dal ceto bancario, sebbene ad esso posposto.

63. Rispetto al ruolo così assunto dal contributo pubblico nel piano economico-finanziario del Consorzio non risulta pertanto coerente il punteggio ottenuto dallo stesso per il criterio di valutazione delle offerte relativo a tale contributo. La proposta di utilizzo e successiva restituzione è stata infatti considerata come se l'aggiudicatario abbia del tutto rinunciato a tale contributo, laddove è invece evidente che l'impiego dello stesso come fonte di finanziamento implica la partecipazione dell'autorità concedente ai rischi dell'operazione, con la conseguente esposizione al rischio di non vedersi restituita l'erogazione a favore del concessionario.

64. Nella discrasia finora descritta, empiricamente accertata su base matematico-finanziaria dal verificatore, risiede il limite della normativa di gara, rispetto al quale – come ulteriormente dedotto dalla Salini Impregilo e confermato dall'ausiliario - non vi sono adeguati correttivi nell'ambito delle previsioni convenzionali destinate a regolare la concessione. Ed infatti nella bozza di convenzione non vi è alcuna regolamentazione degli obblighi di restituzione, né tanto meno garanzie di restituzione anticipata. Al contrario, come emerso dalle puntuali ricostruzioni del verificatore, in base alle clausole dello schema di convenzione il soggetto maggiormente protetto è il concessionario privato quanto al proprio diritto alla distribuzione degli utili (in particolare ai sensi dell'art. 10.6 dello schema di convenzione allegato all'offerta). Per il resto, il ceto bancario risulta a sua volta assicurato dalle scadenze previste per la restituzione del proprio finanziamento e dalla prassi di mercato che lo pone in posizione di forza contrattuale, tale da condizionare l'erogazione del fido al rilascio di preferenze nell'ordine dei pagamenti.

65. Ciò precisato, occorre specificare sul punto che non è qui in discussione la possibilità di praticare la soluzione finora descritta, che come rilevato in

precedenza non incontra in generale divieti di carattere normativo primario o specifiche di gara.

Le critiche della Salini Impregilo, qui in esame, si incentrano sull'esistenza nella lettera di invito di un sistema adeguato di valutazione della convenienza dell'offerta e di un parimenti adeguato complesso di garanzie contrattuali a favore dell'autorità concedente nello schema convenzionale a base di gara. La *lex specialis* si rileva pertanto incompleta ed inadeguata a fare fronte al deterioramento del profilo di rischio del finanziamento pubblico e tale da aggravare le criticità insite nella formula matematica prevista dalla lettera di invito per la valutazione dell'utilizzo del contributo pubblico. Ne risulta nel complesso che in sede di gara è stata valutata con maggiore favore un'offerta tale da addossare all'amministrazione notevoli rischi economici, in contrasto con la funzione tipica dell'istituto concessorio.

66. Per quanto concerne poi i meccanismi di adeguamento tariffario previsto in caso di scostamenti nelle stime di traffico autostradale, sui quali le parti resistenti si sono diffusamente intrattenute nel criticare l'operato del verificatore, va sottolineato che i crediti figurativi che per effetto di essi il concessionario abbia a maturare a proprio favore sono incontestabilmente fonte di ulteriore peggioramento delle prospettive di rimborso del contributo pubblico all'autorità concedente, nella misura in cui sono suscettibili di determinare un aumento delle poste a credito del concessionario.

Al medesimo riguardo, la riacquisizione dell'opera a favore dell'autorità concedente, nell'ipotesi peggiore di decadenza o fallimento del concessionario, comporterebbe solo l'anticipazione temporale di un effetto comunque già previsto alla scadenza originaria della concessione, che mantiene comunque inalterato l'onere per l'amministrazione di riaffidare la gestione dell'infrastruttura a terzi e di regolare i rapporti di dare e avere con il precedente concessionario.

67. Da questa ulteriore analisi si trae pertanto conferma che attraverso la

soluzione proposta dal Consorzio Sis su Autostrade del Lazio siano stati riversati rischi economici significativi, tali da snaturare l'istituto della concessione e che nondimeno una simile proposta è stata quella ritenuta maggiormente conveniente per l'amministrazione con riguardo al parametro relativo all'utilizzo del contributo pubblico.

La carente regolamentazione di gara a fronte della possibilità di un'offerta in cui è insita una componente di leva finanziaria a carico della parte pubblica trova ulteriore riscontro nella necessità di rappresentare fedelmente una simile modalità, in conformità ai principi civilistici di prevalenza della sostanza dell'operazione sulla forma e competenza economica richiamati dall'appellante principale, la cui applicazione si pone in logica coerenza con le caratteristiche economico-finanziarie dell'operazione prospettata dall'aggiudicatario. Ciò al fine di consentire all'amministrazione una valutazione di convenienza con piena cognizione di causa.

68. Quella finora descritta era del resto l'ipotesi che la stessa Autostrade del Lazio aveva prefigurato nel parere in data 14 marzo 2016 di precontenzioso all'ANAC, poi divenuto improcedibile per effetto della proposizione del ricorso in sede giurisdizionale da parte della Salini Impregilo.

Nel documento in questione, oltre ad evidenziare i rischi di *«equiparazione di due posizioni differenti»* dal punto di vista del punteggio per il valore del contributo pubblico, la società Autostrade del Lazio aveva ipotizzato che l'offerta dell'aggiudicatario potesse tradursi in un *«aliud pro alio, atteso che incide su aspetti essenziali, modificando il rapporto contrattuale»* e che la stessa fosse caratterizzata da un *«alto rischio di inadempimento e default»*.

Con nota del 18 aprile 2016 la medesima amministrazione concedente aveva peraltro sollecitato la commissione giudicatrice a rivalutare l'ammissione in gara del Consorzio Sis. In riscontro, l'organo di gara aveva tuttavia rappresentato che l'offerta era conforme alla formula di attribuzione del punteggio relativo al

contributo pubblico prevista nella lettera di invito, ma che nondimeno ogni valutazione sulla convenienza economica era rimessa alla stazione appaltante (nota del 26 aprile 2018).

69. Dal carteggio così sinteticamente descritto si trae conferma delle criticità insite nel criterio di valutazione predisposto nella lettera di invito, oltre che della fondatezza delle censure di contraddittorietà dell'operato dell'amministrazione formulate sul punto dalla Salini Impregilo.

70. Per quanto concerne l'adeguatezza del tasso di interesse previsto per remunerare l'utilizzo del contributo pubblico, va premesso che – al di là delle diffuse critiche formulate all'operato del verificatore dalle parti resistenti – vi è un dato obiettivo che nemmeno queste ultime pongono in discussione. Si tratta del 5% previsto dalla lettera di invito come saggio di interesse al quale attualizzare il valore del contributo pubblico in caso di suo utilizzo e restituzione. Come esposto in precedenza, a questo saggio si è adeguato il Consorzio Sis nel determinare la remunerazione dovuta ad Autostrade del Lazio ed al fine di conseguire così un valore attualizzato del contributo pari a 0 (si rinvia a quest'ultimo riguardo il § 3.8 a pag. 42 della memoria conclusionale del controinteressato più volte richiamata in precedenza).

71. Posta questa premessa, occorre ancora ricordare che secondo le deduzioni difensive delle parti resistenti il tasso così riconosciuto consiste in quello annuale composto, utilizzato per misurare il rendimento del contributo pubblico (TIR), per cui secondo gli ordinari criteri di computo del tasso di remunerazione applicata sul debito occorre scorporare gli interessi capitalizzati, così ottenendosi nel caso di specie valori superiori al 5%: 11,4 o 9,682 per cento, alternativamente secondo i conteggi del consulente tecnico di Autostrade del Lazio e di quello del Consorzio Sis; laddove il tasso del 5% risulterebbe invece del tutto in linea con i valori del “mercato regolato” delle concessioni autostradali.

Queste deduzioni confermano quanto finora evidenziato e cioè che a fronte delle

assunzioni economiche a base della lettera di invito le possibilità di modulazione del piano economico-finanziario erano tali da consentire, da un lato, di piegare il «prezzo» riconosciuto dalla parte pubblica al concessionario per l'investimento infrastrutturale a scopi di finanziamento agevolato), per giunta a lunga scadenza e subordinato nel rimborso rispetto al restante indebitamento («*forma di sostegno agevolato*»: pag. 6 delle osservazioni del consulente tecnico del Consorzio Sis); e dall'altro lato di beneficiare contemporaneamente di un punteggio per tale elemento di valutazione analogo a quello ottenibile per il caso “normale”, di rinuncia integrale al contributo pubblico.

72. La notazione ora svolta conferma che la lettera di invito non ha adeguatamente considerato, nella parte censurata dalla Salini Impregilo, le possibilità offerte ai concorrenti, sino al punto da consentire di premiare sul piano del punteggio per l'utilizzo del contributo pubblico offerte tali da mettere a repentaglio la restituzione dello stesso all'amministrazione concedente, quand'anche formalmente prevista nel piano economico-finanziario.

73. Sotto il profilo ora evidenziato il richiamo alla circostanza che analoga forma di remunerazione è stata prevista per analoghe procedure di affidamento – come documentato dalle medesime parte resistenti - non giova alle posizioni di queste ultime.

In primo luogo perché non è dimostrato, ed anzi è fermamente contestato dalla Salini Impregilo, che gli aggiudicatari in queste procedure di gara abbiano assunto obblighi restitutori analoghi a quelli del Consorzio Sis nei confronti di Autostrade del Lazio, sotto il profilo della scadenza e della graduazione rispetto alle altre fonti di finanziamento.

In secondo luogo perché non è del pari dimostrato che la previsione di questo tasso sia il frutto di una consapevole valutazione dell'autorità concedente in ordine alle possibilità di utilizzo del contributo pubblico offerte ai concorrenti e sotto il profilo della coerenza tra tali possibilità e la formula di attribuzione del

punteggio relativo al medesimo contributo. Al contrario, nel riprodurre schemi negoziali consolidati la previsione di *lex specialis* contestata dalla Salini Impregilo appare assumere carattere tralatizio.

74. Le preoccupazioni espresse dalla stessa Autostrade del Lazio nella richiesta di parere all'ANAC e quindi nella richiesta di riesame delle offerte indirizzata alla commissione giudicatrice confermano i rilievi ora svolti e consentono di neutralizzare l'argomento, ancora una volta sollevato dal consulente tecnico dell'aggiudicatario, secondo cui tassi di interesse inferiori a quelli di mercato nel settore delle concessioni autostradali sono giustificati da valutazioni di interesse pubblico connesse alle opportunità di potenziamento infrastrutturale.

75. In base alle considerazioni testé svolte l'approccio metodologico del verificatore di comparare il tasso offerto dal Consorzio Sis a titolo di remunerazione per l'utilizzo del contributo pubblico messo a disposizione da Autostrade del Lazio con i tassi di mercato ha una coerenza insita nel fatto che, in concreto, nell'offerta del primo tale contribuzione assume la funzione di un finanziamento con le caratteristiche di rischiosità finora poste in rilievo, al punto da potere essere equiparato ad uno strumento di capitale (*equity*), e tale da rendere manifestamente incongruo il tasso del 5% previsto nella lettera di invito.

76. In ragione di tutto quanto finora rilevato le censure della Salini Impregilo concernenti la formula matematica prevista dalla lettera di invito per la valutazione delle offerte relativamente all'utilizzo del contributo pubblico (pag. 40 – 43 dell'appello principale), e di contraddittorietà in atti nell'operato dell'amministrazione, nella parte in cui pur a fronte di notevoli perplessità emerse in ordine alla convenienza dell'offerta del Consorzio Sis Autostrade del Lazio ha nondimeno aggiudicato a questa la gara (pag. 43 - 52).

Dal relativo accoglimento deriva l'annullamento *in parte qua* della lettera di invito e l'obbligo per l'amministrazione di rinnovare la gara a partire da tale segmento risultato illegittimo.

77. Poiché tuttavia la Salini Impregilo ha ribadito anche dopo la verifica di vantare in via principale l'interesse ad ottenere l'aggiudicazione della concessione, attraverso l'esclusione dalla gara del controinteressato, occorre esaminare le ulteriori censure contenute nell'appello principale, e dunque proseguire nell'ordine in cui in questo atto le medesime sono esposte.

78. L'originaria ricorrente reitera innanzitutto le censure concernenti l'offerta tecnica, sulla base della stessa impostazione di quelle già esaminate in precedenza relative alla barriera di esazione e al viadotto sul Tevere.

Questa impostazione è riproposta dapprima per quanto concerne lo svincolo di Pomezia, per la cui collocazione – deduce la Salini Impregilo – il Consorzio Sis non avrebbe rispettato le prescrizioni formulate dal CIPE in sede di approvazione del progetto a base di gara (pag. 54 – 55). Quindi, la medesima appellante principale enuclea un'ulteriore variante non consentita nell'offerta di controparte, consistente nella modifica del tracciato dell'autostrada in corrispondenza di un cavalcavia sito in zona Casalazzara nel Comune di Aprilia, tale da comportare la necessità di espropriare terreni ulteriori rispetto al piano particellare facente parte del progetto definitivo a base di gara.

79. Per il rigetto di tali censure è dunque sufficiente richiamare quanto osservato a proposito di quelle precedenti, con la precisazione, relativa alla seconda, che per quanto riguarda le ulteriori aree interessate dai lavori è sufficiente un'occupazione temporanea ai sensi dell'49 del testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, come statuito dal Tribunale amministrativo. Le contrarie deduzioni svolte sul punto dall'appellante principale si infrangono sul chiaro tenore letterale della disposizione ora richiamata, a mente della quale l'autorità espropriante *«può disporre l'occupazione temporanea di aree non soggette al procedimento espropriativo anche individuate ai sensi dell'articolo 12, se ciò risulti necessario per la corretta esecuzione dei lavori previsti»*. Non è in discussione pertanto la

possibilità di fare ricorso a tale previsione di legge nella fase esecutiva dell'opera.

80. Un'ulteriore censura nei confronti dell'offerta tecnica del Consorzio Sis concerne l'utilizzo delle rocce da scavo (pag. 57 - 61). L'originaria ricorrente sostiene che l'aggiudicatario non avrebbe potuto predisporre il relativo piano sulla base del regolamento in materia, contenuto nel decreto del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare del 10 agosto 2012, n. 161, perché entrato in vigore in epoca successiva alla valutazione di impatto ambientale (VIA) del progetto a base di gara e tale da comportare modifiche sostanziali a quest'ultimo. Al riguardo, la Salini Impregilo si duole che nel ritenere questa deduzione «*sostanzialmente assertiva*» il giudice di primo grado non abbia considerato le rilevanti conseguenze derivanti dal piano di utilizzo delle rocce da scavo del Consorzio Sis, in particolare per quanto riguarda i siti di deposito delle terre e le incertezze legate alle procedure autorizzative presso i competenti enti pubblici richieste.

81. Il motivo è infondato.

Deve infatti essere confermato l'avviso del Tribunale secondo cui lungi dal violare i limiti posti dalla lettera di invito ai concorrenti nell'offerta di migliorie tecniche, la pianificazione dell'utilizzo delle rocce da scavo secondo la normativa sopravvenuta rispetto a quella in cui è stato approvato il progetto posto a base di gara è addirittura conforme alla medesima lettera di invito. Ciò in virtù del rinvio, da considerarsi mobile, alla «*normativa vigente di riferimento*», previsto al § D per quanto riguarda le offerte tecniche.

Deve ancora soggiungersi che per la risoluzione di tutte le problematiche sollevate dalla Salini Impregilo a tale riguardo è deputata la fase di progettazione esecutiva, successiva alla procedura di affidamento in contestazione nel presente giudizio. Pertanto, nessuna causa di esclusione nelle offerte presentate in sede di gara è al riguardo configurabile.

82. Le ulteriori censure contenute nell'appello principale concernono o fasi di

gara successive a quelle della presentazione dell'offerta (in particolare: prestazione dell'impegno qualificato a finanziare l'opera da parte dei soggetti finanziatori; congruità degli oneri per la sicurezza aziendale e dell'offerta in generale; verifiche antimafia) o ne comporterebbero la rinnovazione parziale, senza alcun accertamento del diritto all'aggiudicazione (composizione della commissione di gara e verbalizzazione delle relative operazioni). Pertanto, non vi è luogo a provvedere sulle stesse.

Nel primo caso vanno applicati i principi espressi dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 27 aprile 2015, n. 5 (§ 9.2), sull'ordine di esame di motivi non graduati dalla parte, da condurre secondo il criterio della più grave illegittimità, cui vanne aggiunte, sempre con riguardo a tale problematica, le precisazioni sulla suddivisione delle procedure di affidamento di contratti pubblici in fasi poste in sequenza logica e cronologica fornite dalla stessa Adunanza plenaria nella sentenza 25 febbraio 2014, n. 9 (cfr. § 8.3.6.2.). A tali principi si fa rinvio, ai sensi degli artt. 120, comma 10, 74 e 88, comma 2, lett. d), del codice del processo amministrativo.

Nel secondo caso vi è invece il difetto di interesse della Salini Impregilo.

83. L'accoglimento, sia pure nei termini sopra precisati, dei motivi di impugnazione proposti da quest'ultima comporta la necessità di esaminare anche l'appello incidentale del Consorzio Sis.

84. Con un primo motivo l'aggiudicatario deduce che le dichiarazioni rese dalle s.p.a. Impregilo (poi fusasi con la Salini), Astaldi, Pizzarotti e Ghella nella fase di prequalifica sul possesso dei requisiti di qualificazione non risulterebbero veritiere, con riguardo ad alcune attestazioni SOA richieste dal bando di gara (secondo il dettaglio fornito a pag. 6 dell'appello incidentale).

85. Il motivo è inammissibile per genericità.

Come infatti controdeduce la Salini Impregilo, la pretesa falsità dichiarativa viene argomentata sulla base dei requisiti richiesti dal bando di gara per l'esecuzione

integrale della concessione da parte di un singolo operatore economico (punto III.2.3), mentre quelle contestate dal Consorzio Sis si riferiscono alla quota dei servizi di progettazione e dei lavori di rispettiva competenza nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, rispetto alla cui qualificazione nel suo complesso non vi è alcuna contestazione.

86. Con un ulteriore motivo il Consorzio Sis enuclea un'ulteriore causa di esclusione del raggruppamento temporaneo avversario, ricavata dalla pretesa ambigua dichiarazione resa in sede di prequalifica dalle società Impregilo, Pizzarotti ed Itinera di non essere state vittime dei reati previsti dalla lett. m-ter dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006. L'appellante incidentale sottolinea che dal modulo di domanda a tal fine presentato risulta la dichiarazione *«essere state vittime dei citati reati, ma anche l'esatto contrario»*, e cioè di non avere omesso la denuncia essendo stati vittime dei medesimi reati, dacché si configurerebbe una dichiarazione omessa.

87. Il motivo è manifestamente infondato.

Le dichiarazioni in questione sono state rese lasciando inalterata la dicitura contenuta nel modello di domanda predisposto da Autostrade del Lazio, recante le due ipotesi sopra menzionate, dalle quali è ricavabile una dichiarazione comunque positiva sul requisito in questione. Eventuali dubbi che in ipotesi la stazione appaltante avrebbe potuto nutrire (circostanza peraltro non verificatasi) avrebbero peraltro legittimamente attivato il potere di soccorso istruttorio da parte della stessa. Non è dunque corretto fare discendere da ciò la conseguenza dell'esclusione dalla gara della Salini Impregilo.

88. Con un ulteriore motivo il Consorzio Sis sostiene che la Salini avrebbe reso una falsa dichiarazione sul requisito di capitale sociale e/o patrimonio netto richiesto dal bando di gara, nella misura del doppio richiesta in sostituzione dei requisiti di capacità tecnica previsti, e cioè nella misura pari ad € 274.000.000,00 *«avendo dichiarato essa stessa un patrimonio netto di € 230.864.172,00»*.

89. Il motivo è inammissibile per genericità per le ragioni già evidenziate a proposito delle attestazioni SOA, e cioè perché riferite al singolo componente del raggruppamento temporaneo di imprese anziché a quest'ultimo nel suo complesso.

90. Con un ulteriore motivo viene censurata la mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti di affidabilità morale ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 da parte del sig. Simon Pietro Salini, componente del comitato esecutivo dell'omonima s.p.a., e in quanto tale titolare di rilevanti poteri gestori, in virtù di apposite deleghe ex art. 2381 del codice civile.

91. Il motivo deve essere respinto, poiché l'obbligo dichiarativo previsto dalla disposizione del previgente codice dei contratti pubblici ora richiamata si configura quando al potere di amministrazione della società si accompagna quello di rappresentanza della stessa. In ordine a quest'ultimo profilo l'aggiudicatario non deduce alcunché.

92. Il Consorzio Sis sostiene inoltre che in analoghe omissioni dichiarative sarebbero incorsi numerosi procuratori speciali della mandante Astaldi (di cui è fornito un elenco nominativo nell'appello incidentale).

93. Sennonché l'obbligo dichiarativo ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 nei confronti del procuratore speciale presuppone che questi sia al contempo qualificabile come amministratore di fatto, per la rilevanza dei poteri gestori ad esso attribuiti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2013, n. 23). Ebbene, anche in ordine a questo decisivo profilo nulla viene dedotto nell'appello incidentale, per cui anche questo motivo è inammissibile per genericità.

94. Con un ulteriore motivo il Consorzio Sis deduce che anche la mandante Ghella avrebbe dichiarato di possedere i requisiti di capacità tecnica o, in alternativa, di capitale sociale e/o patrimonio netto richiesti dal bando di gara pur non avendoli.

95. Nella censura ora in esame non si specifica tuttavia se l'asserita carenza, e la

conseguente falsità della dichiarazione, riguardi la quota di contratto assunta dalla mandante in questione, per cui anch'essa risulta inammissibile per genericità.

96. Secondo il Consorzio Sis sarebbero poi carenti le dichiarazioni ex art. 38 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici dei rappresentanti della mandante Ghella, perché circoscritte ai soli reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionali e non già estese a tutti i reati, come invece richiesto dal bando di gara.

97. La censura è meramente formalistica e va pertanto respinta. Con essa l'appellante incidentale si limita infatti a prospettare un'incompletezza dichiarativa senza nemmeno ipotizzare se a ciò corrisponda la mancanza del requisito in questione sul piano sostanziale.

Rispetto a tale motivo di impugnazione incidentale va poi tenuto conto della specifica contestazione formulata al riguardo dalla Salini Impregilo. Quest'ultima assume infatti di avere dimostrato in questo giudizio, con la produzione dei certificati del casellario giudiziale relative ai rappresentanti della Ghella. Ebbene, su tale deduzione difensiva non vi è alcuna presa di posizione da parte dell'appellante incidentale, per cui la censura rimane ad un livello di genericità tale da renderla inammissibile.

98. Il Consorzio Sis formula poi contestazioni analoghe a quelle finora esaminate nei confronti delle imprese Cooperativa Muratori & Cementisti CMC e Grandi Lavori Fincosit s.p.a., tuttavia presentatesi solo nella fase di prequalifica e non in quella successiva di gara. L'individuazione di eventuali cause di esclusione nei confronti di queste ultime è dunque irrilevante nel presente giudizio. In esso si controverte infatti sulla legittima partecipazione alla gara del raggruppamento temporaneo formato dalle imprese Salini Impregilo, quale mandataria, e dalle mandanti Astaldi, Pizzarotti e Ghella, né viene prospettato che vi sia stata nel caso di specie una modifica nella composizione del raggruppamento temporaneo pre-qualificatosi finalizzata ad eludere la verifica dei requisiti di partecipazione

alla gara di competenza dell'amministrazione.

99. Con riguardo al cambiamento intervenuto tra la fase di prequalifica e quella di gara nel raggruppamento in questione, con la rinuncia a quattro mandanti, il Consorzio Sis formula un ulteriore ragione di illegittimità della partecipazione del medesimo soggetto, consistente nella violazione del punto III.2.1. del bando di gara, il quale si limita a consentire solo sostituzioni di partecipanti nella prima fase.

100. Il motivo è infondato.

Secondo la costante giurisprudenza amministrativa nelle procedure ristrette la fase di pre-qualificazione ha lo scopo di fare acquisire all'amministrazione la conoscenza del mercato nel settore di riferimento, per definire i requisiti che gli operatori economici devono possedere per partecipare alla successiva gara, senza alcuna conseguenza sulla svolgimento di quest'ultima. Da ciò viene ricavata la conseguenza secondo cui la validità della costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese va valutata esclusivamente al momento della presentazione dell'offerta (tra le altre Cons. Stato, IV, 13 marzo 2013, n. 1243).

Ciò precisato, come deduce sul punto la Salini Impregilo la previsione del bando di gara richiamata dal Consorzio Sis a sostegno del motivo di impugnazione in esame, dalla quale non è in ogni caso ricavabile alcuna preclusione a modifiche "in diminuzione" dei raggruppamenti temporanei di imprese, va comunque interpretata in conformità con l'indirizzo ora richiamato. Deve pertanto escludersi che con il venir meno nella fase di gara vera e propria di alcuni operatori economici presentatisi nella prodromica fase di pre-qualifica si sia avverata alcuna causa di esclusione.

101. Peraltro, il Consorzio Sis enuclea al medesimo riguardo un ulteriore motivo di illegittimità della partecipazione alla gara del raggruppamento temporaneo avversario, relativo alla dichiarazione relativa alle modifiche soggettive intervenute tra la fase di prequalifica e quella di gara, che tuttavia si fonda sulla

errata premessa secondo cui per quest'ultima erano consentite solo sostituzioni e non rinunce, per cui al fine del rigetto della stessa è sufficiente richiamare quanto poc'anzi osservato.

102. Secondo il Consorzio appellante incidentale la modifica in contestazione avrebbe anche comportato una violazione del principio di segretezza delle offerte, in particolare a causa del fatto che il raggruppamento temporaneo di cui la Salini Impregilo è capogruppo deriva dalla riunione di imprese originariamente qualificatesi in separati raggruppamenti.

103. Sennonché per il rigetto della censura va anche in questo caso ribadito che le modifiche intervenute tra la fase di prequalifica e quella di gara non rendono di per sé illegittima la partecipazione alla gara.

104. Con un ulteriore censura, il Consorzio Sis sostiene che sarebbe affetta da invalidità la cauzione provvisoria rilasciata dal raggruppamento temporaneo di cui la Salini Impregilo è mandataria, poiché sottoscritta solo da quest'ultima in assenza di un mandato a stipulare i contratti di garanzia anche in nome e per conto anche di tutti gli altri partecipanti al raggruppamento.

105. Il motivo va respinto sulla base del rilievo che ai fini della garanzia è determinante che il soggetto garante assuma nei confronti della stazione appaltante il relativo impegno per conto delle imprese raggruppate (cfr., in termini: Cons. Stato, Ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8, richiamata dalla Salini Impregilo). Con la pronuncia ora richiamata l'Adunanza plenaria ha invece precisato che in caso di cauzione provvisoria prestata da un raggruppamento temporaneo di imprese è necessario che la garanzia sia assunta nei confronti di tutte queste ultime. In ordine a questo decisivo punto non vi è tuttavia contestazione alcuna da parte dell'appellante incidentale.

106. Con un ulteriore motivo il Consorzio Sis sostiene che nella documentazione amministrativa del raggruppamento temporaneo avversario non sarebbe stato inserito, come invece richiesto dalla lettera di invito, il DURC relativo ad ogni

componente di quest'ultimo.

107. L'esistenza di questa pretesa causa di esclusione è tuttavia confutata sulla base di quanto affermato dalla stessa Autostrade del Lazio nel presente giudizio, e cioè che nell'ambito della documentazione esibita dal Consorzio Sis in sede di accesso agli atti di gara «*per un mero errore materiale*» (pag. 75 della memoria conclusionale in data 6 marzo 2017).

108. Il Consorzio Sis sostiene che il raggruppamento temporaneo con capogruppo la Salini Impregilo avrebbe dovuto essere escluso perché l'offerta tecnica è stata sottoscritta oltre che dal titolare di potere rappresentativo di quest'ultima anche da progettisti, che tuttavia non hanno reso le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di affidabilità morale ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

109. Il motivo deve essere respinto sulla base del rilievo che la lettera di invito non imponeva tali dichiarazioni (§ D.3).

110. La censura deve essere respinta anche nella parte in cui con essa è impugnata la lettera di invito *in parte qua*, dal momento che nel caso di specie i progettisti non sono parti del contratto di concessione da aggiudicare all'esito della procedura di gara in contestazione nel presente giudizio, per cui non si configura alcun interesse di Autostrade del Lazio a verificare il possesso dei requisiti ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 nei confronti di tale categoria di soggetti.

111. Secondo Il Consorzio Sis la Salini Impregilo avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per contraddizioni nella stima degli oneri relativi agli espropri. In particolare la stima formulata nell'apposito elaborato sarebbe difforme da quanto esposto nel quadro economico dell'offerta.

112. La censura va respinta.

Come infatti evidenziato da Autostrade del Lazio (memoria conclusionale in data 6 marzo 2017, pag. 80) la modifica contestata dall'appellante incidentale riguarda la stima degli oneri economici connessi agli espropri, che i concorrenti erano

liberi di formulare autonomamente rispetto a quanto posto a base di gara, senza modificare l'elaborato progettuale relativo ai piani di esproprio.

113. Con un ulteriore motivo il Consorzio Sis sostiene che la Salini Impregilo avrebbe violato la lettera di invito laddove questa imponeva ai concorrenti di impegnarsi a «*realizzare prioritariamente opere relative alla tratta Tor de'Cenci - Latina A12*» [§ C., a.12)], mentre nel proprio cronoprogramma l'appellante principale avrebbe previsto la realizzazione prioritaria della tratta Tor de'Cenci - Latina.

114. Il motivo è infondato.

L'anticipazione contestata riguarda in realtà, per deduzione dello stesso Consorzio Sis, le attività propedeutiche concernenti la seconda tratta (doc. sub n. 42), ed in particolare le attività di: acquisizione delle aree, cantierizzazione, verifiche archeologiche e rimozione interferenze. Si tratta dunque di operazioni preliminari rispetto alla realizzazione dell'intervento e rispetto alle quali non vi era alcun vincolo nella lettera di invito.

115. Il Consorzio Sis ripropone poi un motivo riguardante i requisiti di affidabilità morale, nel caso di specie riferito al «*dirigente con responsabilità strategiche*» della mandante Astaldi ing. Nicola Oliva, che tuttavia non avrebbe reso la dichiarazione ai sensi del più volte citato art. 38 d.lgs 163 del 2006.

116. La censura è infondata in fatto, perché come documentato dalla Salini Impregilo l'esponente societario in questione è cessato dalla carica dal 23 aprile 2010 (doc. n. 90), oltre un anno prima di pubblicazione del bando (pubblicato il 19 dicembre 2011 sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana). Sul punto va poi rilevato che ai sensi del § III.2.1 lett. d) del bando l'obbligo era limitato a questo periodo temporale, in conformità all'allora vigente comma 1, lett. c), dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

117. Con un ulteriore motivo il Consorzio Sis sostiene che la Salini Impregilo avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere previsto nel proprio piano

economico-finanziario un erogazione del contributo pubblico previsto, sia per il primo stralcio dell'opera, dell'importo di € 468,1 mln, - in cui sono incluse l'autostrada Roma-Latina, la viabilità di adduzione alla barriera di Latina (Borgo Piave), la viabilità di adduzione al casello di Aprilia Nord e al casello di Aprilia Sud -, sia per quanto riguarda l'intera opera, in misura superiore a quanto previsto, in violazione delle inderogabili previsioni sul punto contenute nella lettera di invito (§§ A.1 e E). Secondo l'appellante vi sarebbero in particolare dei disallineamenti nei tempi di erogazione previsti dal raggruppamento temporaneo avversario e quelli del piano economico-finanziario a base di gara e si sarebbe così violata la funzione del contributo pubblico, consistente nell'abbattere l'investimento a carico del privato.

118. Sul punto la Salini Impregilo ha controdedotto evidenziando che i pretesi scostamenti derivano dalla ricostruzione del conto economico dell'investimento secondo il criterio di competenza, mentre la rappresentazione dei flussi economici secondo il criterio di cassa conduce alla prova che l'appellante principale ha rispettato le prescrizioni contenute nella lettera di invito relative all'impiego del contributo pubblico. Questa deduzione difensiva, in assenza di ulteriori repliche da parte del Consorzio Sis, è sufficiente al rigetto di una censura rimasta a livello meramente assertivo.

119. In conclusione, l'appello principale deve essere accolto nei termini sopra esplicitati, mentre l'appello incidentale va respinto. Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado il ricorso e i motivi aggiunti della Salini Impregilo va accolto nei termini parimenti precisati.

120. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate, per l'estrema complessità delle questioni controverse.

Il pagamento del compenso del verificatore ai sensi dell'art. 66, comma 4, cod. proc. amm., liquidato in dispositivo, segue invece la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie nei sensi di cui in motivazione l'appello principale;
- respinge l'appello incidentale;
- per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti della Salini Impregilo s.p.a. ed annulla gli atti impugnati, nei termini indicati in motivazione.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Liquida il compenso del verificatore nella misura di € 15.000,00 in favore del verificatore, ponendolo a carico di Autostrade del Lazio s.p.a. e Consorzio stabile Sis s.c.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella