



N.  
Reg. Dec.  
N. 7869 Reg. Ric.  
Anno 2008

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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)  
ha pronunciato la seguente

**D E C I S I O N E**

sul ricorso in appello iscritto al NRG. 7869 dell'anno  
2008 proposto ANAS S.P.A., in persona del legale  
rappresentante in carica, rappresentata e difesa  
dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici  
domicilia in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

**contro**

LOMBARDI PROJECT s.r.l., in persona del legale  
rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

**e nei confronti di**

GEMMO S.p.A., UNISCARL S.C.A.R.L., CONSORZIO  
RAVENNATE DELLE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E  
LAVORO, SITEL ENGINEERING S.R.L., ognuna in persona del  
proprio legale rappresentante in carica, tutte non costituite in  
giudizio;

**per l'annullamento**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale  
del Lazio, sez. III, n. 8194 del 9 settembre 2008;

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla camera di consiglio del 9 dicembre 2008, il consigliere Carlo Saltelli;

Udito l'avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### **F A T T O**

Con nota prot. CDG-0058998-P del 23 aprile 2008 l'ANAS S.p.A. informava la società Lombardi Project S.r.l., - la quale aveva partecipato alla procedura per l'affidamento in concessione delle attività di adeguamento e messa a norma delle gallerie del Compartimento della viabilità della Lombardia e successiva loro gestione (procedura DGPF 05/07) - che in pari data il Consiglio di Amministrazione aveva dichiarato di pubblico interesse la proposta presentata dall'A.T.I. Gemma S.p.A. - Uniland s.c.a.r.l. - Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro - Sintel Engineering s.r.l. Astaldi S.P.A. - Itinera S.p.A. - Impresa Pizzarotti & C. S.p.A.

Con successiva nota prot. CDG - 0069341 - P del 16 maggio 2008, riscontrando la richiesta in data 29 aprile 2008 della società Lombardi Project s.r.l. di accesso agli atti relativi alla proposta dichiarata di pubblico interesse (in particolare: a) delibera di nomina della commissione; b) verbale di audizione della società istante in data 16 aprile 2008; c) tutti i verbali di seduta della commissione, ivi compreso quello di individuazione di pubblica utilità; d) verbale del Consiglio di

amministrazione dell'ANAS del 23 aprile 2008); e) proposta completa dell'ATI Gemmo S.p.A., Uniland s.c.a.r.l., Consorzio Ravennate delle Cooperative di produzione e lavoro – Sintel Engineering s.r.l.), l'ANAS S.p.A., adducendo che l'ostensione degli atti richiesti "...determinerebbe la conoscenza degli elementi progettuali tecnici ed economico finanziari della proposta dichiarata di pubblico interesse, desumibili dagli atti richiesti" e "...comprometterebbe l'ulteriore prosieguo del procedimento, vanificando del tutto le fasi già svolte", ai sensi dell'art. 13, comma 2, del D. Lgs. 163/2006 differiva l'accesso ai richiesti atti alla conclusione del procedimento concorsuale di aggiudicazione.

La società Lombardi Project s.r.l. con rituale e tempestivo ricorso giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale del Lazio la declaratoria dell'illegittimità del differimento all'accesso agli atti della ricordata procedura di gara disposto con la nota ricordata dall'ANAS S.p.A., con conseguente ordine a quest'ultima di esibire gli atti stessi o di consentirne l'accesso.

A sostegno di tale ricorso la predetta società deduceva "violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e 2, L. n. 241/90; dell'art. 13, D. L.vo 12.4.2006, n. 163; degli artt. 2, 6 e 8 D.P.R. 12.4.2006, n. 184 – Violazione dei principi generali di trasparenza", rilevando innanzitutto che, avendo partecipato alla procedura di selezione del promotore finanziario non

poteva dubitarsi della sussistenza del suo interesse ad accedere agli atti della procedura terminata con la scelta del progetto proposto da altro concorrente.

D'altra parte, nel caso di specie non ricorreva alcuna delle ragioni atte a giustificare il differimento dell'accesso opposto dall'ANAS S.p.A., tanto più che tale differimento non teneva conto della peculiarità della finanza di progetto, articolata in due fasi, la prima delle quali culminava nella selezione del promotore, sulla scorta della valutazione comparativa delle proposte presentate: la circostanza, poi, che il promotore, all'esito della successiva fase di gara potesse, ai sensi dell'articolo 155 del d. lgs. 13 aprile 2006, n. 163, rendersi aggiudicatario della concessione, adeguando la propria proposta a quella ritenuta più conveniente dall'amministrazione, imponeva di considerare non solo autonoma la fase di selezione del promotore, ma anche immediatamente lesiva (e quindi immediatamente impugnabile) il provvedimento con cui una proposta veniva dichiarata di pubblico interesse; di conseguenza era illegittimo, pretestuoso e incoerente il differimento dell'accesso agli atti della procedura fino al termine dell'aggiudicazione, attesa la definitività, lesività ed impugnabilità della fase di selezione conclusa con la scelta del promotore, non sussistendo neppure l'esigenza di tutela della segretezza degli elementi progettuali tecnici ed economico – finanziari della proposta dichiarata di pubblico interesse, destinati ad

essere resi pubblici una volta indetta la successiva fase di gara.

L'adito tribunale, con la sentenza indicata in epigrafe, nella resistenza dell'intimata ANAS S.p.A., ha accolto il ricorso ed ha ordinato l'esibizione degli atti richiesti dalla Lombardi Project S.p.A. con l'istanza di accesso del 28 aprile 2008, rilevando la completa autonomia del sub procedimento di selezione del promotore nell'ambito della complessa procedura del project financing rispetto al sub procedimento successivo di aggiudicazione della concessione, con conseguente immediata lesività ed impugnabilità della scelta del promotore attraverso la dichiarazione di pubblico interesse di una determinata proposta, per un verso, e indiscutibile ammissibilità dell'istanza di accesso agli atti di quella fase, per altro verso, a nulla rilevando l'esistenza di un collegamento funzionale tra i ricordati due sub procedimenti; pertanto, secondo il Tribunale, il differimento all'accesso agli atti si configura come un sostanziale diniego di tutela, tanto più che, in concreto, non possono neppure considerarsi esistenti o prevalenti le esigenze di riservatezza degli elementi della proposta del promotore, come sostenuto dall'ANAS S.p.A, tanto più che lo stesso progetto di pubblico interesse deve essere comunque divulgato almeno quando è necessaria la procedura di valutazione di impatto ambientale.

Con atto notificato in data 27 novembre 2008 e depositato il successivo 14 ottobre 2008 l'ANAS S.p.A. ha

chiesto la riforma di tale statuizione, sostenendone l'erroneità per violazione, falsa interpretazione ed applicazione dell'articolo 13, comma 2, lett. c) del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 183, che espressamente prevede il differimento del diritto di accesso in relazione alle offerte "fino all'approvazione dell'aggiudicazione", applicabile anche alla procedura del project financing, nella quale l'aggiudicazione deve individuarsi nel momento finale della procedura negoziata tra il promotore ed i soggetti che abbiano presentato le due migliori offerte di cui alla lettera a) dell'articolo 155 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Secondo l'appellante, infatti, la procedura del project financing non è costituita da due serie di autonomi subprocedimenti funzionalmente collegati tra di loro, bensì da una serie di fasi all'interno di un unico articolato procedimento; d'altra parte la predetta decisione è finalizzata alla scelta del contraente, rispetto alla quale l'individuazione del promotore non esaurisce il potere dell'amministrazione; inoltre, sempre ad avviso dell'ANAS S.p.A., la tesi propugnata dai primi giudici determinerebbe una inammissibile disapplicazione del ricordato articolo 13, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e consentirebbe, fin dal momento dell'individuazione del progetto ritenuto di pubblico interesse, di conoscere il contenuto di tutte le offerte presentate, falsando così la successiva fase di gara.

Nessuno degli appellati si è costituito in giudizio.

Con la sentenza n. 5688 del 13 novembre 2008 la Sezione ha ordinato all'appellante di depositare "gli avvisi di ricevimento delle raccomandate attraverso cui si è proceduto alla notifica dell'atto di appello", rinviando la trattazione della causa all'udienza del 9 dicembre 2008.

In data 6 dicembre 2008 l'ANAS S.p.A. ha effettivamente depositato il duplicato dell'avviso di ricevimento dell'atto di appello notificato alla Lombardi Project s.r.l. e gli avvisi di ricevimento degli atti di appello notificati all'AT.I. Gemmo S.p.A. e Consorzio Ravennate delle Cooperative di produzione e lavoro.

All'udienza del 9 dicembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

I. L'appello è fondato e deve essere accolto.

La questione controversa concerne la immediata accessibilità agli atti di una procedura di selezione del promotore ed in particolare a quelli costituenti la proposta dichiarata dall'ANAS S.p.A. di pubblico interesse.

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

VIII.1. L'ANAS S.p.A. ha avviato una procedura di project financing per l'affidamento in concessione delle attività di adeguamento e messa a norma delle gallerie del Compartimento della viabilità della Lombardia e loro successiva gestione (DGPF 05/07).

Secondo quanto disposto dagli articoli 153, 154 e 155

del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, l'individuazione del promotore avviene sulla scorta di specifici criteri di valutazione delle proposte, quali la fattibilità sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale; la qualità progettuale in relazione al grado di definizione ed approfondimento della proposta tecnica; la funzionalità e fruibilità dell'opera; il rendimento, il costo di gestione e manutenzione, la durata della concessione; i tempi di ultimazione dei lavori della concessione; le tariffe da applicare e le metodologie di aggiornamento delle stesse; il valore economico e finanziario del piano; il contenuto della bozza di convenzione; i proventi sulle attività collaterali retrocessi al concedente.

E' altresì previsto che, qualora una delle proposte sia riconosciuta di pubblico interesse, l'amministrazione indice una gara da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'individuare le due migliori offerte, se esistenti, al fine di procedere alla loro successiva comparazione con l'offerta del promotore; infine era stabilito che la proposta del promotore posta a base della gara (eventualmente modificata dalle determinazioni dell'amministrazione) è vincolante per il promotore stesso in mancanza di altre offerte nella gara e che il promotore ha diritto ad essere preferito ai soggetti di cui all'articolo 155, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora adegui il proprio progetto alla migliore delle offerte presentate dai soggetti offerenti, rendendosi così



aggiudicatario della concessione.

I.2. Ciò posto non può condividersi la tesi sostenuta dai primi giudici, ma puntualmente avversata dalla parte appellante, circa la assoluta autonomia ed indipendenza della fase di selezione del promotore rispetto all'intero procedimento di project financing, così da determinare l'immediata lesività ed impugnabilità della individuazione del progetto dichiarato di pubblico interesse, indipendentemente dalla conclusione del procedimento stesso (e quindi dall'aggiudicazione della concessione).

Come è stato efficacemente rilevato dalla giurisprudenza (C.d.S., sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142) in tema di project financing, l'interesse a veder prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi di assumere la posizione del promotore nella relativa procedura, ancorché sia individuabile concettualmente come distinto dall'interesse alla concessione di eseguire l'opera stessa, contiene ed implica anche l'interesse all'aggiudicazione della concessione che, in definitiva, rappresenta il vero "bene della vita" cui tende il presentatore del progetto; ciò trova conferma del resto nel fatto che: a) il promotore deve possedere i requisiti per l'aggiudicazione della concessione; b) la sua proposta, che costituisce oggetto della successiva gara, è vincolante quando in detta gara non vi siano altre offerte; c) sussiste il diritto di prelazione all'aggiudicazione della concessione in favore del promotore quando questi intenda adeguare il proprio progetto

alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai soggetti offerenti.

In realtà, nella procedura delineata dagli articoli 153 e seguenti del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, piuttosto che individuarsi due serie sub - procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità, a sua volta articolata in due sub fasi, la prima di individuazione delle due offerte economicamente più vantaggiose e l'altra di procedura negoziata tra queste dette offerte economicamente più vantaggiose e quella proposta dal promotore), deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro proprio in funzione dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura.

La dichiarazione di pubblico interesse di un determinato progetto, per quanto costituisca concreta manifestazione

dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, non assicura di per sé al relativo soggetto presentatore alcuna diretta ed immediata utilità, la quale non può essere valutata ed apprezzata indipendentemente dalla successiva fase di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dall'aggiudicazione della concessione.

Si è in presenza dunque di un procedimento contraddistinto da una indiscutibile unitarietà, logico - giuridica (del tutto coerente e ragionevole con la stessa natura del project financing, quale tecnica finanziaria che consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e che si sostanzia in un'operazione economico - finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e/o finanziamento e gestione proficua dell'attività, così C.d.S., sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043), che non consente di poter applicare in modo automatico e semplicistico l'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'immediata impugnazione di qualsiasi atto endoprocedimentale che determini in danno di un concorrente un arresto procedimentale: in realtà nel caso di specie, anche a voler ammettere in ipotesi che la dichiarazione di interesse pubblico di una certa proposta di un concorrente determini un vulnus nei confronti di un altro concorrente, l'attualità e la lesività di tale vulnus potrà apprezzarsi solo all'esito del successivo procedimento di gara e dell'eventuale aggiudicazione, tanto più che al concorrente che ha presentato

la proposta non selezionata come progetto di pubblico interesse non risulta affatto impedita la partecipazione alla gara successiva per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

I.3. Il delineato profilo unitario della procedura in esame si apprezza agevolmente proprio con riferimento alla questione specifica oggetto di controversia.

Al riguardo giova evidenziare innanzitutto che, ai fini della selezione del progetto da dichiarare di pubblica utilità, il citato articolo 154 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nonché l'avviso indicativo cui si è fatto precedentemente cenno), ha stabilito i criteri di selezione, tra cui emerge anche quello del valore economico – finanziario, il quale costituisce in realtà il documento che individua le ragioni giustificatrici dell'offerta e che rappresenta e definisce i valori di partenza (per esempio, i ricavi attesi ed i relativi flussi finanziari in relazione ai costi di costruzione e ai costi di gestione stimati) e indica dunque la sostenibilità dell'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione: in altri termini tale piano, insieme del resto all'indicazione delle tariffe da applicare e alle metodologie di aggiornamento delle stesse, rappresenta l'offerta (o, quanto meno, gli elementi costitutivi dell'offerta) per la realizzazione dell'opera.

Ai sensi dell'articolo 155 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, poi, l'amministrazione indice la gara ponendo a base il progetto preliminare, nonché i valori degli elementi

necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico - finanziario presentato dal promotore.

Risulta evidente, ad avviso della Sezione, che nessuna autonomia può essere riconosciuta alla fase che si compie con la selezione del progetto da dichiarare di pubblico interesse, tanto più che uno degli elementi di tale progetto (il piano economico - finanziario) è destinato a diventare l'elemento fondamentale per lo svolgimento della successiva gara ad evidenza pubblica, ed in particolare per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Correttamente l'ANAS S.p.A. ha pertanto differito l'accesso agli atti della fase culminata con la dichiarazione di pubblico interesse della proposta presentata dall'A.T.I. Impresilo, Gemmo S.p.A., Consorzio Ravennate delle Cooperative di produzione e lavoro al momento della conclusione del procedimento di gara, e cioè alla aggiudicazione della concessione: anche a voler prescindere da ogni considerazione sulla delineata unitarietà della procedura di project financing, è decisiva la constatazione che un simile accesso consentirebbe, quanto meno al richiedente (cui, come si è visto, non risulta interdetta la partecipazione alla fase di gara ad evidenza pubblica per la individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa), di conoscere non solo i valori degli elementi necessari del piano economico - finanziario del progetto posto a base di gara per la

determinazione dell'offerta, ma addirittura gli elementi costitutivi del piano economico – finanziario stesso (analisi dei prezzi, dei costi, le modalità di gestione dell'opera, l'eventuale ammortamento degli oneri finanziari, etc) del progetto posto a base di gara, alterando sicuramente la procedura ad evidenza pubblica e violando, in particolare, il principio della par condicio degli offerenti. Ciò in quanto tale specifica conoscenza (non prevista dalla legge) consentirebbe in tesi di avere, rispetto agli ordinari tempi della gara pubblica, un maggiore lasso di tempo per formulare eventualmente un'offerta migliorativa di quella ricavabile dal presentato piano economico – finanziario. E ciò senza contare che, in tal modo, la par condicio sarebbe sicuramente alterata nei confronti dello stesso promotore, la cui offerta – sostanzialmente contenuta nel predetto piano economico finanziario – non è modificabile se non in pejus (a favore cioè della sola amministrazione).

Per completezza la Sezione ritiene di dover osservare che l'ammissibilità dell'accesso agli atti della fase di selezione del progetto da dichiarare di pubblico interesse (e quindi la autonomia e definitività di quest'ultima) può predicarsi solo allorquando l'amministrazione, esercitando le facoltà riservatesi nell'avviso indicativo, abbia deciso di non procedere all'indizione della gara di cui all'articolo 155 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, facendo di fatto decadere la procedura di project financing: solo in questo caso può

ammettersi l'esistenza di un interesse, rilevante e immediatamente tutelabile, sia pur solo morale, a conoscere le ragioni per le quali la propria proposta non sia stata dichiarata di pubblico interesse (e ciò al solo fine strumentale di poter farne tesoro per la partecipazione ad altre procedure di project financing).

II. Alla stregua delle osservazioni svolte l'appello, deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla società Lombardi Project s.r.l.

La novità della questione giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

#### **P. Q. M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla società Lombardi Project s.r.l..

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 9 dicembre 2008, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale –

Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Luigi COSSU	- Presidente
Pier Luigi LODI	- Consigliere
Anna LEONI	- Consigliere
Bruno MOLLICA	- Consigliere
Carlo SALTELLI	- Consigliere, est.
L'ESTENSORE Carlo Saltelli	IL PRESIDENTE Luigi Cossu

IL SEGRETARIO  
Giacomo Manzo

***Depositata in Segreteria***

**II 26/01/2009**

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa