

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione,

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 4805/2008 del 13/06/2008 , proposto dall' AUTOSTRADA ESTENSE S.C.P.A., rappresentato e difeso dagli avv.ti GIUSEPPE GIUFFRE' e MASSIMILIANO LOMBARDO con domicilio eletto in Roma, VIALE DI VILLA GRAZIOLI N.13 presso lo studio del primo;

contro

REGIONE EMILIA ROMAGNA, rappresentata e difesa dagli avv.ti ANTONIO CARULLO, FRANCO MASTRAGOSTINO, FRANCO PELLIZZER e LUIGI MANZI con domicilio eletto in Roma VIA FEDERICO CONFALONIERI, 5 presso lo studio dell'ultimo;

e nei confronti

dell' AUTOSTRADE DEL BRENNERO S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti FABIO ROVERSI MONACO, GIANLUIGI PELLEGRINO, GIOVANNI PELLEGRINO, GIULIA ROVERSI MONACO e GUALTIERO PITTALIS con domicilio eletto in Roma CORSO DEL RINASCIMENTO 11, presso lo studio del secondo (STUDIO LEG. ASS.);

del COMUNE DI FINALE EMILIA, non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del **TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA**
:Sezione I n.1552/2008 , resa tra le parti, concernente
REALIZZAZIONE E GESTIONE DELL'AUTOSTRADA
REGIONALE CISPADANA – RIS.DANNI ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della REGIONE EMILIA
ROMAGNA e AUTOSTRADE DEL BRENNERO S.P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 16 Dicembre 2008 , relatore il
Consigliere Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avvocati G.
Giuffre', M. Lombardo, A. Carullo, F. Mastragostino, L. Manzi,
G. Pellegrino, F. Roversi Monaco e G. Pittalis;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

I presupposti di fatto della presente controversia possono essere
così riassunti.

Con deliberazione 5 luglio 2006, n. 64, l'Assemblea legislativa
della Regione Emilia-Romagna ha proceduto alla
programmazione dell'Autostrada regionale Cispadana ai sensi
dell'art. 164 *ter* L.R. n. 3/1999, stabilendone la realizzazione
mediante ricorso all'apporto progettuale, finanziario e gestionale
di idonei soggetti privati e prevedendo, quale limite all'eventuale
partecipazione finanziaria regionale, un contributo pubblico
massimo del 30%, rapportato ad un investimento stimato di 1.100

milioni di euro.

In data 25 luglio 2006, è stato conseguentemente pubblicato l'avviso indicativo di intervento realizzabile con capitale privato, secondo le procedure *ex artt.* 152 e ss. D. Lgs. n. 163/06: tale avviso fissava in € 350.000.000. (comprensivi di IVA) il tetto massimo della partecipazione finanziaria regionale e stabiliva i criteri di valutazione delle proposte.

All'esito della pubblicazione dell'avviso, hanno manifestato la propria candidatura diversi soggetti, tra i quali la ricorrente in primo grado.

Dette proposte sono state esaminate dalla Responsabile del procedimento, coadiuvato da apposito gruppo di lavoro e da esperti incaricati; in particolare, il verbale in data 8.1.2007 del suddetto gruppo di lavoro riporta la precisazione del R.U.P., secondo cui "non appare necessario procedere ad ulteriore esplicitazione e/o ponderazione dei criteri di valutazione delle proposte, già individuati in modo puntuale ed articolato ... nel pubblicato avviso".

Infine, con deliberazione Giunta regionale 27 luglio 2007, n. 1149, la proposta dell'ATI Autostrada del Brennero S.p.a. (ed altri) è stata valutata di pubblico interesse ai sensi dell'art. 154 D. Lgs. 163/2006.

Sottolineando in particolare che a fronte della propria proposta comportante un contributo pubblico pari a zero è stata prescelta la proposta di Autostrada del Brennero comportante un

contributo pari a 198 milioni di euro, Autostrada Estense ha impugnato innanzi al TAR l'esito del procedimento di scelta del promotore, deducendo, in diritto, le seguenti censure:

I) violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento; violazione degli artt. 1, 3 e 12 legge n. 241/1990; violazione di un autolimita, sotto il seguente, duplice profilo:

1. pur non essendo la scelta del promotore vincolata alle rigide forme dell'evidenza pubblica, essa non può non avvenire sulla base di criteri predeterminati e adeguatamente formalizzati, assumendo al riguardo rilievo la disposizione di cui all'art. 12 legge n. 241/1990; inoltre, per effetto del riconoscimento al promotore del diritto di prelazione (previsto nella specie e successivamente espunto dall'ordinamento ad opera del 2° decreto correttivo del Codice dei contratti, n. 113/2007), la fase di selezione del promotore stesso rivestirebbe natura sostanzialmente concorsuale: donde la necessità della fissazione di criteri e relativi valori ponderali, a garanzia dei principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento;

2. in ogni caso, nella specie la stessa amministrazione procedente, nella persona del Responsabile del procedimento, si sarebbe autovincolata – in risposta a specifica istanza di chiarimenti – a precisare i criteri di ponderazione prima dell'apertura delle buste e tale formale statuizione non poteva essere legittimamente disattesa;

II) violazione dell'avviso di indizione della procedura;

eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà della motivazione; violazione dei principi di ragionevolezza e buona amministrazione, sotto i seguenti profili:

1. mancata ponderazione del maggior costo per la Regione della proposta prescelta: tra i criteri di aggiudicazione indicati dall'avviso, il punto IV.1. precisava espressamente, quale fattore di preferenza fra gli elementi del piano economico e finanziario, "la minore partecipazione finanziaria pubblica indicata dal proponente"; ma la Regione avrebbe proceduto alla valutazione di convenienza delle proposte *<senza tenere nella benché minima considerazione la circostanza che la proposta da essa valutata infine di pubblico interesse comporta una partecipazione finanziaria regionale di ben 198 milioni di euro, a fronte di un valore di detta partecipazione pari a zero nella proposta della odierna ricorrente>*, con ciò violando i criteri *<che la stessa P.A. si era formalmente data>*, tra i quali *<l'elemento economico è quello che riveste il maggior rilievo>* e che ha orientato *<in misura rilevante il comportamento del concorrente, odierno ricorrente, in sede di elaborazione delle proposte e del connesso Piano economico-finanziario>*; in definitiva, la P.A. avrebbe dovuto *<rendere esplicite le ragioni per le quali la proposta dell'ATI Autobrennero, malgrado accollasse alla Regione costi dell'opera per ben 198 milioni di euro, dovesse ritenersi più conveniente di quella dell'odierna ricorrente, che ha previsto di realizzare l'opera senza richiedere*

alcun concorso finanziario della Regione>;

2. modalità di esazione dei pedaggi-inserimento necessario della barriera di esazione: *<l'odierna ricorrente ha contemplato l'inserimento di una apposita barriera di esazione tale da consentire certezza nella ripartizione dei pedaggi con le altre società autostradali>*, ma di *<siffatta misura viene dato atto senza che, peraltro, se ne desuma alcuna valutazione né sotto il profilo della convenienza della relativa proposta, né sotto il profilo della deficienza grave della proposta prescelta>*;

3. mancata valutazione della predisposizione alle tre corsie: lo studio di fattibilità posto dalla Regione a base dell'avviso di indizione della procedura ha previsto la realizzazione dell'autostrada a due corsie, con espressa richiesta ai proponenti di elaborare la proposta in modo da consentire successivamente l'ampliamento a tre corsie; sotto tale specifico profilo, *<la proposta dell'odierna ricorrente si connota per una particolare cura e attenzione che si è spinta a contemplare sin da ora l'espropriazione (con oneri a cura del concessionario e relative previsioni già inserite nel Piano economico-finanziario) delle aree occorrenti alla realizzazione della futura terza corsia>* che potrà avvenire senza ulteriore spesa e senza necessità di nuovi cantieri per opere di ampliamento su ponti e viadotti; mentre la proposta prescelta non conterrebbe (o conterrebbe solo in misura minima) tale predisposizione, donde il mancato confronto tra le due soluzioni.

Innanzi al TAR si sono costituite in giudizio la Regione Emilia-Romagna e la controinteressata ATI con capofila Autostrada del Brennero S.p.A.. Le parti intime hanno formulato eccezioni preliminari, articolando la controinteressata anche ricorso incidentale relativo alla ritenuta circostanza che l'amministrazione avrebbe dovuto escludere la ricorrente principale dopo aver rilevato che la stessa aveva formulato la propria proposta sulla base di dati trasportistici non allineati a quelli previsti dal piano trasportistico regionale.

Abbinata al merito la fase cautelare, in vista della pubblica udienza il Comune di Finale Emilia depositava (8 aprile 2008) intervento *ad adiuvandum*, con il quale chiedeva l'accoglimento del ricorso principale.

Di tale intervento la Regione eccepiva l'inammissibilità.

In sede di udienza di merito innanzi al TAR, parte ricorrente depositava atto di motivi aggiunti con cui impugnava la deliberazione Giunta regionale 27.3.2008, n. 398, avente ad oggetto l'approvazione di documenti ed elaborati da porre a base della procedura *ex art. 155 comma 1 lett. a) D. Lgs. n. 163/2006*, relativi alla procedura dichiarata di pubblico interesse con DGR 1149/07, come modificata su richiesta della Regione ai fini dell'indizione della gara.

Avverso tale atto, Autostrade Estense ha svolto censure di illegittimità derivata (riproponendo tutti i profili di censura dedotti con i due mezzi di impugnazione in cui si articola il

ricorso introduttivo) e deducendo un ulteriore ed autonomo motivo, che la decisione di primo grado così riassume:

III) violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento; violazione degli artt. 1, 3 e 12 legge n. 241/1990; violazione dei principi di parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e non discriminazione di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato UE; violazione art. 83 D. lgs. 163/2006, nel fondamentale assunto che dalla determinazione 11 ottobre 2007, n. 8 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (in tema di diritto di prelazione del promotore), discenderebbero tre conseguenze, tra loro collegate, e cioè:

1) pur a seguito della menzionata abrogazione del diritto di prelazione, disposta dal D. Lgs. 113/2007, nella procedura *de qua* il soggetto nominato promotore conserverebbe il diritto di prelazione, in quanto l'avviso è stato pubblicato prima della data di entrata in vigore (1.8.2007) del suddetto decreto correttivo, subordinatamente al ricorrere delle condizioni indicate dall'Autorità;

2) nella fattispecie di cui è causa, l'Amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto predeterminare i criteri di valutazione con i relativi punteggi;

3) in difetto di tale specificazione/ponderazione, dovrebbe essere eliminato il diritto di prelazione.

Come sempre emerge dalla decisione qui appellata nel corso

della stessa pubblica udienza le parti hanno rinunciato ai termini a difesa connessi al deposito dei motivi aggiunti, sicchè la causa è stata ivi discussa e trattenuta per la decisione.

Con la sentenza appellata il TAR dopo aver dato atto che anche a seguito della rinuncia ai termini nonché in considerazione del relativo ampliamento del *thema decidendum* la controversia potesse essere integralmente decisa anche con riguardo ai motivi aggiunti depositati nella stessa udienza di discussione, ed evidenziata l'insussistenza di ragioni che potessero ancora legittimare l'istanza cautelare, ha proceduto ad una diffusa disamina della natura procedimentale e sostanziale degli istituti interessati (realizzazione di opere pubbliche a mezzo di finanza di progetto con scelta del promotore) sulla base della disciplina *ratione temporis* applicabile. Ha quindi disatteso le eccezioni preliminari. Ha effettuato un preliminare esame dei contenuti del ricorso incidentale anche al fine stabilire la sua eventuale priorità giuridica rispetto al ricorso principale, pervenendo ad escludere che l'impugnazione incidentale potesse avere valenza paralizzante e quindi concludendo per la posteriorità del suo esame rispetto al ricorso principale. Quanto all'intervento *ad adiuvandum* ne ha sottolineato la stretta dipendenza dal ricorso principale sull'esame delle cui censure, il TAR, si è quindi analiticamente soffermato.

Il primo motivo è stato rigettato in tutte le sue articolazioni, negando, il TAR che la procedura in esame possa qualificarsi

come prettamente concorsuale sì da richiedere una suddivisione in pesi e punteggi dei criteri di selezione. Come pure i primi giudici hanno escluso che a tanto la PA potesse ritenersi autovincolata. Infine il TAR ha anche escluso che nel caso di specie potesse affermarsi la carenza di motivazione in ordine alla scelta finale effettuata. Pertanto ha rigettato il primo motivo di ricorso principale anche per come riprodotto nei motivi aggiunti. Con riguardo al secondo motivo principale e aggiunto il TAR, dopo aver ampiamente riportato gli argomenti allegati dalla giunta regionale per la valutazione delle proposte delle due parti in causa, ha sottolineato come gli stessi, anche nella loro articolazione, impedissero di ritenere la determinazione assunta viziata, nei limiti in cui il GA possa intervenire su determinazioni che indubbiamente si connotano di discrezionalità.

In particolare quanto alla circostanza che non sia stata prescelta quale proposta di pubblico interesse quella della ricorrente, il TAR richiama, tra l'altro, i rilievi che la Regione ha mosso all'attendibilità complessiva del PEF, con ciò depotenziandosi il richiamo della ricorrente alla circostanza che la stessa avesse offerto un azzeramento del contributo pubblico, nel medesimo avviso indicato come fattore di preferenza nella valutazione del PEF.

Con riferimento al terzo dei motivi aggiunti il TAR ha ritenuto di poter rinviare a quanto esposto in merito alla natura del procedimento per come delineato da dottrina e giurisprudenza,

idonea a smentire l'impostazione seguita dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con la propria decisione n. 8/07, posta a base della doglianza mossa dalla ricorrente anche con riguardo alla possibilità di mantenimento del diritto di prelazione in favore del selezionato promotore.

Al rigetto della domanda di annullamento il TAR ha fatto conseguire anche la reiezione dell'istanza risarcitoria nonché l'improcedibilità del ricorso incidentale come innanzi qualificato e il rigetto dell'intervento *ad adiuvandum* del Comune di Finale Emilia. Le spese sono state compensate, con mantenimento del contributo unificato a carico della parte ricorrente.

Avverso la predetta decisione ha proposto appello principale la ricorrente in primo grado.

Si sono costituite in giudizio le parti come indicate in epigrafe. La controinteressata in primo grado ha spiegato appello incidentale avverso la parte della sentenza che, sia pure ai fini della valutazione dell'ordine di esame delle questioni, ha valutato il ricorso incidentale escludendone una valenza paralizzante.

Abbinata al merito la fase cautelare, all'udienza del 16 dicembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

Con il numero 767/08 è stato pubblicato dispositivo di rigetto dell'appello in esame.

DIRITTO

L'appello è infondato, sicchè può prescindersi dall'esame delle eccezioni di rilievo preliminare e dall'appello incidentale.

L'appellante principale dopo aver richiamato sinteticamente i motivi articolati in primo grado e i contenuti della sentenza, nonché succintamente le proprie ragioni di lamentela avverso la stessa, nel dettaglio, in dichiarata inversione dell'ordine logico delle censure, ha principiato dalla contestazione della decisione di prime cure nella parte in cui ha respinto la doglianza afferente alla *“omessa ponderazione del minor prezzo offerto dall'attuale ricorrente”*.

Sempre con riguardo al medesimo gruppo di censure articolato in primo grado, ha quindi contestato la sentenza con riguardo alla mancata positiva delibazione dei motivi relativi alla considerazione dell'assenza nella proposta prescelta di *“un necessario casello di esazione dei pedaggi”* e della sussistenza nella proposta di essa appellante principale della previsione *“di parte rilevante delle spese di allargamento di tre corsie”*.

Al riguardo questo giudice di appello ritiene che la censura sia infondata in tutte le sue articolazioni.

Giova sul punto preliminarmente richiamare i principi fondamentali che in materia sono stati affermati sia in dottrina, che in giurisprudenza, e che il primo giudice ha condivisibilmente posto a base della propria decisione reiettiva.

Il riferimento è in primo luogo all'insegnamento secondo cui nella valutazione sulla rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori, l'Amministrazione eserciti una *“in alto grado”* (ovvero il *“massimo margine”*) di

discrezionalità. La procedura di scelta del promotore è caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di merito, per cui le Amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne dell'Amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata.

Ovviamente, come puntualmente rilevato da questa sezione (cfr. dec. n. 4811/2007) ciò non esclude il sindacato di legittimità da parte del G.A., sia pure nei confini tipici che una siffatta qualificazione del potere esercitato, come noto, comporta (manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà, errori di fatto).

In tale quadro, il TAR ha pure correttamente sottolineato come assume valenza peculiare la valutazione del Piano economico e finanziario. Ed infatti da un lato la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto dell'intera operazione di Project Financing, non essendo consentita la sottrazione del piano economico finanziario a una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente. Dall'altro, aggiunge l'odierno Collegio, è evidente come anche l'apprezzamento di tale specifico aspetto della proposta venga operata nel quadro della natura discrezionale del potere

esercitato.

Ed infatti come ricorda lo stesso TAR nella decisione appellata, questa Sezione (cfr. dec. n. 6727/2006) ha anche avuto modo di sottolineare la “strategicità del PEF nell’ambito della procedura di finanza di progetto” e la “immanente rilevanza del PEF ai fini della sostenibilità del progetto”. E ciò in quanto il PEF è parte essenziale delle proposte dei promotori, ai fini dell’individuazione di quella ritenuta più conforme al pubblico interesse, da porre in gara per il passaggio alla successiva fase (cfr. dec. cit.)

Ciò evidenziato sul versante dei principi fondamentali che il Collegio ritiene applicabili ai procedimenti in parola, è opportuno riportare, come già correttamente effettuato dal primo giudice, i passaggi essenziali della motivata valutazione che nel caso di specie l’Amministrazione ha operato con riguardo alle proposte presentate, da un lato, dall’appellante principale e, dall’altro, dall’appellata, che è stata, infine, prescelta e, quindi, ritenuta più conforme al pubblico interesse.

Quanto alla proposta di Società Autostrada Estense, la P.A. ha rilevato quanto segue rispetto a ciascun criterio indicato nell’avviso:

- fattibilità sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale: “attenzione discontinua nei confronti del territorio attraversato” (localizzazione dei quattro caselli intermedi addensata nel tratto centrale; elementi di criticità nella

interconnessione con una delle autostrade esistenti, mentre la seconda è adeguatamente studiata; assenza di proposte progettuali o indicazioni circa l'integrazione dell'infrastruttura con la viabilità ordinaria e soluzioni relative alla viabilità interferite non sempre in grado di garantire sicurezza e fluidità della circolazione per pendenze e sinuosità del tracciato; poco efficace la soluzione del tracciato per gli abitati di S. Agostino-S. Carlo, ove risulta accentuata la frattura fra i due centri abitati); sotto il profilo ambientale, si segnala l'approfondimento della proposta per alcune tematiche ambientali quali rumore (esaustivo trattamento dell'impatto acustico), inquinamento atmosferico, paesaggio, flora, fauna ed ecosistemi, con particolare approfondimento del tema dell'approvvigionamento degli inerti, mediante una soluzione migliorativa di quella regionale; si evidenzia, tuttavia, il carattere non altrettanto circostanziato della proposta sotto i profili della cantierizzazione, dell'idrologia e dei piani di monitoraggio ambientale;

- qualità progettuale: “differente grado di approfondimento tra le sue componenti” (Progetto preliminare adeguato e supportato da analisi di base idonee; non altrettanto dicasi per lo Studio di inquadramento territoriale e lo Studio di fattibilità; compatibilità della proposta con il possibile, futuro allargamento a tre corsie dell'autostrada, con allargamento del rilevato autostradale e senza necessità di effettuare opere di ampliamento su ponti e viadotti; costo chilometrico attendibile, con positiva

previsione di opere di compensazione ambientale);

- modalità di gestione dell'opera: proposta di “buon livello con riferimento all'aspetto impiantistico” (tecnologie di nuova generazione per esazione pedaggi; sufficiente livello di approfondimento del tema della manutenzione); si riporta, altresì, che il proponente prevede l'inserimento di una barriera di esazione, ad elevata automazione, per avere la certezza dei riparti del pedaggio;
- PEF: si sottolinea che “il Sistema di offerta infrastrutturale (che costituisce uno dei presupposti dello stesso Piano) ... risulta non allineato con le ipotesi dello Studio trasportistico regionale e ciò in particolare nel primo periodo di esercizio che è anche il più sensibile per il PEF. Ciò conferisce ad uno degli *input* trasportistici del PEF del Proponente elementi di incertezza”; per il resto si dà atto della sostanziale correttezza degli altri elementi, tra i quali si menziona quello dell'assenza di partecipazione finanziaria da parte della Regione.

Quanto invece alla proposta dell'ATI Autostrada del Brennero ritenuta di pubblico interesse, la P.A. ha rilevato quanto segue:

- fattibilità sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale: “la proposta si caratterizza per una particolare attenzione al territorio, comprovata dalla ricerca della migliore integrazione dell'infrastruttura con la rete viaria esistente, sia tramite una distribuzione abbastanza uniforme dei quattro caselli intermedi, sia mediante una adeguato studio delle

interconnessioni autostradali” (viene reputata particolarmente qualificante la proposta di opere stradali “compensative”, che fra l’altro “rientrano in gran parte degli interventi che la Regione dovrebbe realizzare nei prossimi anni” e risultano funzionali al sistema della viabilità regionale e locale; minimizzazione dell’incidenza dell’infrastruttura su aree sensibili, con soluzioni meno impattanti per gli ambiti di Novi e delle Partecipanze agrarie di Cento; “di grande interesse” le due alternative per l’attraversamento degli abitati di S. Agostino-S.Carlo); sotto il profilo ambientale, si sottolinea la previsione di un’estesa superficie a verde in grado di determinare una minore evidenziazione dell’autostrada nel territorio e la puntualità del Piano di monitoraggio ambientale;

- qualità progettuale: “il progetto risulta ben strutturato ed articolato in ogni sua parte, sviluppato con metodologia chiara e precisa, supportato da analisi di base idonee al miglior inserimento dell’infrastruttura nel territorio e atte a comprovare l’attendibilità della stima dei costi” (puntuale considerazione del profilo della sicurezza stradale; compatibilità della proposta con il possibile, futuro allargamento a tre corsie dell’autostrada, con allargamento del rilevato autostradale e con la realizzazione di limitate opere di adattamento di ponti e viadotti; costo chilometrico attendibile, con previsione di opere di compensazione ambientale);
- modalità di gestione dell’opera: proposta di “alto livello in

riferimento all'aspetto impiantistico" (completa e dettagliata previsione – significativa per qualità e quantità – di tecnologie di nuova generazione in grado di assicurare elevati standard di sicurezza e confort per l'utenza; utilizzo di energie alternative; discreto livello di approfondimento del tema della manutenzione);

- PEF: si sottolinea che “i presupposti trasportistici presi a riferimento dal Proponente risultano allineati con le ipotesi dello Studio trasportistico regionale e ciò conferisce agli stessi una buona attendibilità, anche per la prudenza dimostrata nelle stime di traffico dei primi anni di esercizio che incidono significativamente sul PEF.”; per il resto si dà atto della sostanziale correttezza degli altri elementi e dell'ammontare della partecipazione finanziaria pubblica pari a Euro 198 milioni (comprensivo di IVA).

Orbene, alla luce, da un lato, dei principi fondamentali in materia innanzi richiamati e, dall'altro, dell'operata valutazione delle due offerte, il Collegio ritiene di dover pienamente condividere la valutazione operata dal TAR nel senso che i profili su cui l'appellante principale appunta le proprie censure non risultano idonei ad inficiare il giudizio che la P.A. ha operato riconoscendo di pubblico interesse la proposta di Autobrennero.

Ed invero con specifico riferimento al profilo relativo al rilievo del contributo pubblico previsto, è pur vero che l'avviso individua tale elemento come fattore di preferenza, ma ciò da un

lato con riferimento esclusivo ad uno dei criteri di valutazione (quello relativo al PEF), dall'altro anche nell'ambito di tale criterio, restando fermo che pure la puntuale valutazione da operarsi per tale criterio dovesse essere compiuta sempre in termini di rispondenza a pubblico interesse e pertanto pur sempre con i margini di discrezionalità di cui si è detto e i correlativi limiti di sindacabilità in sede giurisdizionale.

Sul punto non è condivisibile l'assunto dell'appellante principale secondo cui una volta che il TAR ha ritenuto di negare (in sede di verifica dell'incidenza del ricorso incidentale) che il rilievo sul non allineamento al piano trasportistico regionale potesse comportare l'esclusione della ricorrente, a quel punto avrebbe contraddittoriamente attribuito importanza a tale profilo nel negare incidenza all'elemento della mancata considerazione dell'azzeramento del contributo pubblico richiesto.

Ed infatti anche una proposta che, pur sulla base delle regole della procedura, superi la soglia di ammissibilità, non per questo deve ritenersi rispondente a pubblico interesse; tanto meno in ordine ad ognuno dei criteri di valutazione ed in particolare con riguardo alla fondamentale valutazione del PEF. Vuol dirsi in altri termini che il fattore di preferenza che l'avviso aveva assegnato nell'ambito del criterio relativo al PEF all'elemento del contributo pubblico era ovviamente destinato ad operare nell'ambito di proposte recanti un PEF che esponesse dati ed elementi pur sempre nel loro complesso integranti una proposta

realizzativa valutata di pubblico interesse da parte della P.A.

Ne deriva che alla luce delle articolate motivazioni innanzi riportate, risulta chiaro come nel caso di specie la P.A. proprio con riguardo al PEF proposto dall'appellante principale abbia operato una valutazione negativa come tale di non rispondenza a pubblico interesse attesa la rilevanza della criticità riscontrata. E ciò, per quanto si è detto, anche se la stessa non è stata ritenuta dal TAR di per sé idonea a comportare l'esclusione in radice della proposta. Con la conseguenza che non vi era luogo per accedere alla necessità di attribuzione di una preferenza che poteva operare solo rispetto ad una proposta che comunque fosse stata valutata di pubblico interesse e non in termini espressamente critici proprio sotto il fondamentale profilo degli elementi emergenti dal PEF.

Infatti come innanzi riportato la P.A. ha in merito mosso il rilievo secondo cui “il Sistema di offerta infrastrutturale ... risulta non allineato con le ipotesi dello Studio trasportistico regionale e ciò in particolare nel primo periodo di esercizio che è anche il più sensibile per il PEF. Ciò conferisce ad uno degli *input* trasportistici del PEF del Proponente elementi di incertezza”.

Tale rilievo resiste pienamente, a meditato avviso del Collegio, alle censure che muove l'appellante e ciò nei limiti del sindacato ammissibile nei termini innanzi illustrati.

In aggiunta a tutto quanto esposto può evidenziarsi come non sia utile affermare che l'evoluzione dei flussi di traffico sia infine a

carico del rischio che il soggetto realizzatore si assume, perchè ovviamente ciò non toglie che tutti gli elementi dell'offerta vengano vagliati dalla P.A. in termini di ritenuta o meno rispondenza a pubblico interesse, anche sul versante della più o meno marcata attendibilità e concreta realizzabilità in futuro degli elementi considerati, senza, si ripete, che gli stessi operino solo sull'alternativa "ammissibilità/inammissibilità" della proposta, per converso ben potendo e anzi dovendo essere apprezzati anche in sede di valutazione della rispondenza a pubblico interesse.

In conclusione sul punto specifico sul quale ha lungamente insistito l'appellante principale, il Collegio ritiene che la statuizione reiettiva del TAR trovi riscontro negli atti impugnati, risultando anzi pienamente conforme ai contenuti sostanziali degli stessi; la medesima per quanto detto, statuizione non si appalesa in contraddizione con la non ritenuta incidenza del profilo del disallineamento dalla programmazione trasportistica sul versante dell'ammissibilità *in limine* della proposta, né con le norme di gara che pur là dove prevedono che il candidato potesse discostarsi dalle previsioni di traffico, certamente non escludevano che della previsione in concreto operata e degli elementi in concreto considerati dal proponente, la PA dovesse comunque operare una valutazione in termini di pubblico interesse, che all'evidenza per il PEF dell'appellante principale è stata negativa per il rilievo espressamente e motivatamente

operato dalla P.A. In definitiva nella propria non irragionevole discrezionalità la P.A. ha ritenuto non rispondere a pubblico interesse un PEF fondato su dati trasportistici disallineati dalla programmazione regionale. Rilievo che per il suo peso ha chiaramente agio sugli altri elementi pur non negativi rilevati e che come detto non risulta né manifestamente illogico, né manifestamente contraddittorio, né fondato su erronei presupposti di fatto e come tale resiste alle doglianze di parte appellante in via principale.

Sulla scorta delle più volte ricordate coordinate rinvenienti da un lato dalla natura del potere valutativo esercitato e connesso limite di sindacato da parte del G.A., dall'altro della puntuale e diffusa motivazione che dà conto della valutazione operata con riguardo alle proposte delle imprese concorrenti, odierne parti in causa, il Collegio ritiene che non meritino positivo apprezzamento nemmeno i rilievi afferenti alla circostanza che la proposta prescelta non recherebbe la previsione di una barriera di esazione e che la proposta dell'appellante principale avrebbe previsto l'allargamento a tre corsie.

Ed invero anche a voler prescindere dalla circostanza se sia o meno attuale rispetto all'epoca in cui verrà realizzata l'opera pubblica in questione il superamento del sistema di esazione tramite barriera di pedaggio, ritiene il Collegio che nei limiti dello scrutinio consentito non possa ritenersi idoneo ad inficiare le valutazioni operate dalla PA la circostanza che la stessa non

abbia assegnato alla mancata previsione della barriera da parte della proposta prescelta, il rilievo negativo che pretenderebbe l'appellante principale; e ciò una volta che non è nemmeno contestato che là dove si rivelasse necessaria l'allocazione della barriera la proposta complessiva prescelta sia finanziariamente idonea a sostenere il relativo costo come del resto l'appellata ha allegato riferendosi alle somme complessivamente stanziare per imprevisti.

Quanto all'allargamento a tre corsie è già il carattere eventuale dello stesso ad impedire anche in questo caso, nei limiti dello scrutinio ammissibile, di ritenere inficiata la valutazione operata dalla P.A. per non avere la stessa attribuito particolare rilievo a tale elemento delle proposte. Peraltro, parte appellata ha anche diffusamente evidenziato di aver tenuto conto, in diversi aspetti della proposta, dell'eventualità (futura e incerta) dell'allargamento (p. 6.2 della memoria depositata il 18.7.08).

In definitiva il primo articolato motivo di appello merita rigetto anche alla luce della complessiva richiamata motivazione che dà ampiamente conto della valutazione (come detto altamente discrezionale, sia pure non arbitraria) di ritenere di pubblico interesse la proposta dell'appellata e non quella dell'appellante.

Con il secondo motivo di gravame l'appellante censura la decisione di primo grado nella parte in cui ha disatteso le doglianze relative alla mancata specificazione dei criteri in punteggi o pesi.

Sul punto al Collegio appare sufficiente evidenziare quanto rilevato da questa Sezione nel precedente di cui alla decisione n. 6287/2005, là dove si è sottolineato come la procedura di scelta del promotore – in particolare avendo riguardo alla normativa *ratione temporis* applicabile al caso di specie – sia oggetto di disciplina specifica che agli art. 153 e ss. Vecchio testo prevede contenuti dell'avviso e fase di valutazione; con il che deve escludersi l'applicabilità della generale disciplina volta alla selezione di un contraente per la realizzazione di opere pubbliche alla quale altrimenti il legislatore avrebbe fatto semplice rinvio.

Con il corollario che risponde a norma una procedura di scelta del promotore fondata su un avviso recante i criteri di valutazione come è nella specie senza ulteriore specificazione degli stessi in pesi e punteggi.

Ed infatti è *jus receptum* che la procedura di scelta del promotore, pur dovendo articolarsi come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara, essendo al contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi (cfr., da ultimo, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – sez. giurisdizionale, 29/1/2007 n. 7, secondo cui “l'esame delle proposte e la scelta del promotore non sono vincolati per legge alle rigide forme dell'evidenza pubblica”).

Le stesse disposizioni in tema di PEF, del resto, individuano con

assoluta chiarezza e inequivocità gli elementi sui quali deve cadere la valutazione di fattibilità della/delle proposta/e, senza stabilire alcun ordine decrescente di importanza, trattandosi di valutazione globale della “fattibilità” delle medesime sotto una pluralità di profili che rispecchiano la complessità degli elementi da considerare nell’ambito di un peculiare sistema di realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità nel quale viene in gioco la “credibilità” della proposta sotto il profilo tecnico, economico e finanziario; la conclusione è che “non possono quindi istituirsi analogie o parallelismi di sorta tra una gara d’appalto a licitazione privata con aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa (in cui, proprio in vista dell’aggiudicazione del contratto, è imprescindibile che gli elementi valutativi siano graduati dalla *lex specialis* di gara in ordine d’importanza), o anche di un appalto concorso, ed una procedura selettiva intesa a individuare una proposta in *project financing*.”

Quanto precede conduce al rigetto della censura, così da non richiedere ulteriore approfondimento la circostanza se, come pure argomentatamente rilevato nel presente giudizio, la non specificazione dei criteri in rigidi pesi e punteggi risulti maggiormente conforme, con particolare riguardo alla normativa *ratione temporis* applicabile al caso di specie, ad un tipo di procedura del tutto peculiare perché volta all’individuazione non già di un contraente (che ci sarà solo all’esito della successiva

gara e corrisponderà al promotore solo se questi sarà aggiudicatario della successiva fase, ovvero eserciterà la prelazione), bensì di una proposta che infine integri la individuazione e la specificazione dell'interesse pubblico perseguito. Con la conseguenza che se è possibile individuare criteri preventivi di valutazione ben più arduo è irreggimentare gli stessi in rigidi pesi e criteri stante il carattere altamente discrezionale degli apprezzamenti da operarsi in sede di valutazione e quindi definizione del pubblico interesse da perseguire.

Ad ogni modo, quanto innanzi illustrato nel richiamare condivisibile consolidato orientamento giurisprudenziale, vale comunque a superare qualsivoglia valenza voglia attribuirsi alla posizione espressa dal Ministero ovvero dall'Autorità di vigilanza (su cui insiste l'appellante). L'Autorità – peraltro in modo ellittico – ha affermato l'esigenza della specificazione in pesi e punteggi al fine del mantenimento del diritto di prelazione. E ciò in relazione alla circostanza che il legislatore aveva nelle more novellato la normativa in commento sopprimendo la previsione del diritto di prelazione.

In realtà nella presente vicenda l'avviso per la selezione del promotore è stato redatto conformemente alla normativa applicabile anche con la prevista attribuzione del diritto di prelazione al promotore che sarebbe stato prescelto. Ciò non di meno, per tutto quanto sopra esposto, in modo corretto la scelta del promotore è avvenuta sulla base dei criteri indicati

nell'avviso, senza necessità di specificazione in pesi e punteggi.

Si aggiunga ancora che anche la normativa ulteriormente sopravvenuta da un lato ha reintrodotto la previsione del diritto di prelazione nell'ipotesi di scelta del promotore che preceda la selezione dell'affidatario e dall'altro ha richiesto soltanto un indicazione dei criteri secondo l'ordine di importanza, e non già una necessità di specificazione in pesi o punteggi. Restando fermo, peraltro, che nel caso di specie trova applicazione la norma pregressa che si limitava a richiedere che l'avviso indicasse i criteri di valutazione delle proposte allo stesso tempo contemplando l'attribuzione al promotore prescelto del diritto di prelazione da allegarsi anch'esso nell'avviso.

Anche tale censura merita, pertanto, rigetto.

Integralmente da condividere è poi la sentenza di primo grado nella parte in cui esclude la sussistenza di un autovincolo che avrebbe comunque imposto alla P.A. la specificazione in pesi o punteggi.

L'appellante si riferisce alla risposta fornita - dal Direttore generale della Direzione regionale Programmazione territoriale e sistemi di mobilità (cfr. doc. 5 Regione) e poi resa pubblica agli altri partecipanti - ad apposita richiesta di chiarimenti di altro proponente (Cispadana) e secondo la quale "a garanzia dell'imparzialità, la ponderazione dei criteri avverrà preventivamente all'apertura delle buste contenenti le proposte di intervento, tenendo conto delle priorità evidenziate dall'avviso

pubblicato ai fini della valutazione del pubblico interesse”.

E, invero, la giurisprudenza ravvisa l'esistenza di un autolimito giuridicamente rilevante, posto dalla stessa P.A. procedente, laddove eventuali prescrizioni ulteriori rispetto a quelle di legge siano contenute in atti generali “destinati a regolare la procedura di cui si tratta” (cfr. Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2007, n. 527), quali i bandi di gara, tanto in procedure ad evidenza pubblica (cfr. Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 195 e Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2162), quanto per l'accesso ai pubblici impieghi (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 30 gennaio 2008, n. 708).

Da qui l'impossibilità di inferire un autovincolo da una semplice riscontro ad una richiesta di chiarimenti. Né vi sono ragioni per modificare tale condivisibile insegnamento alla luce del nuovo codice dei contratti come accenna l'appellante. Peraltro gli stessi atti impugnati danno atto della sufficiente specificità dei criteri proprio alla luce della peculiarità della valutazione prevista.

Infine l'appellante principale torna sul proprio motivo, afferente la contestazione dell'attribuzione e poi del mantenimento anche con gli atti successivi alla selezione del promotore, del diritto di prelazione in favore di questo (censura articolata in particolare con i motivi aggiunti proposti in primo grado).

Sul punto l'appellante contesta la decisione del TAR che da un lato non avrebbe tratto in merito le dovute conseguenze connesse alla ritenuta non concorsualità (*strictu sensu*) della procedura di scelta del promotore e dall'altro non avrebbe nella sostanza

delibato la censura.

Dal lamentato vizio di omessa pronuncia può prescindersi, posto che comunque la censura è infondata nel merito. La natura prettamente concorsuale o meno della procedura di scelta del promotore non incide invero sulla legittimità dell'attribuzione e del mantenimento del diritto di prelazione nel caso di specie.

Come già detto la procedura in parola ha preso il via sotto l'egida di una norma che disciplinava anche l'attribuzione al promotore del diritto di prelazione. L'avviso era puntualmente conforme a legge contenendo anche tale attribuzione. Peraltro, come detto la indicazione dei criteri di valutazione era idonea al rispetto dei generali principi in tema di *par condicio* e concorrenzialità. I partecipanti hanno riposto pieno e legittimo affidamento sull'attribuzione del diritto di prelazione. Ne consegue che una volta selezionato il promotore sulla base di tale avviso la PA non avrebbe potuto legittimamente negare a questo l'attribuzione del previsto diritto di prelazione. Si aggiunga inoltre per completezza che solo temporaneamente il legislatore ha modificato la disciplina cassando la previsione di (obbligatoria) attribuzione del diritto di prelazione, che infatti è nuovamente inserita nell'ultima novella sia pure nell'ambito di procedimenti per alcuni aspetti modificati, giammai peraltro e come già detto con la previsione di necessaria specificazione dei criteri in pesi e punteggi.

Ad ogni modo ciò che qui rileva è che sulla base dell'avviso rispondente a norma pubblicato dalla stazione appaltante (ed inoltre, si aggiunga, effettuata la selezione dopo aver dato pure atto del rilievo equiordinato dei criteri) la stessa non poteva successivamente privare il promotore prescelto del diritto di prelazione per l'acquisizione del quale invece le ditte avevano concorso sulla base del puntuale avviso pubblicato, recante i criteri di valutazione e quindi in regime di assoluta *par condicio* tra loro.

Né è utile all'appellante il riferimento alle norme che regolano la fase transitoria della disciplina contenuta nel codice dei contratti (e succ. mod.) atteso che per tutto quanto esposto nel caso di specie il riferimento all'avvio della procedura non può che intendersi all'avviso per la selezione del promotore, che è quello che ha previsto l'attribuzione del diritto di prelazione, dovendosi ovviamente intendere l'espressione "avviso con cui si indice la gara" ai fini della individuazione della disciplina applicabile nel senso di atto di indizione della procedura che per la scelta del promotore attributario del diritto di prelazione è appunto il relativo avviso contenente i criteri di valutazione oltre che la prevista assegnazione del diritto di prelazione in parola.

Anche tale censura pertanto merita rigetto.

L'integrale rigetto dell'appello principale consente di ritenere assorbito per difetto di interesse l'appello incidentale.

La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione integrale

delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 16 Dicembre 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Domenico La Medica	Presidente
Nicola Russo	Consigliere est.
Gabriele Carlotti	Consigliere
Adolfo Metro	Consigliere
Giancarlo Giambartolomei	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Nicola Russo

f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....23/03/09.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale