

N. 00075/2010 REG.DEC.

N. 01044/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale n. 1044 del 2008, proposto da:

ANAS S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi 12;

contro

Impresa Pizzarotti S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Izzo e Mario Sanino, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Lungotevere Marzio 3;

nei confronti di

Coopsette Società Cooperativa, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluigi Pellegrino e Fabio Roversi Monaco, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Corso del Rinascimento 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione III[^] - n. 11149 del 12 novembre 2007, resa tra le parti, concernente progetto di costruzione e gestione del nuovo raccordo autostradale Campogalliano-Sassuolo;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata impresa Pizzarotti;

Visto l'intervento ad adjuvandum svolto da Coopsette;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il dispositivo di decisione n. 552 del 15 giugno 2009;

Vista la decisione interlocutoria n. 4294 del 6 luglio 2009;

Vito il dispositivo di decisione n. 739 del 12 novembre 2009;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2009 il Consigliere Guido Romano e uditi per le parti l'avv. dello Stato Del Gaizo, l'avv. Izzo, l'avv. Sanino, l'avv. Gianluigi Pellegrino, in proprio e su delega dell'avv. Roversi Monaco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con ricorso proposto al TAR del Lazio l'Impresa Pizzarotti & C. (di seguito: Pizzarotti) chiedeva l'annullamento della nota n. 3125 del 19 aprile 2005, a firma del Presidente dell'ANAS s.p.a. (di seguito: ANAS), con la quale era stato comunicato a detta impresa la

determinazione del Consiglio di Amministrazione del 16 febbraio 2005 di rigettare la proposta avanzata, ex art. 37-bis della legge n. 109 del 1994, di progettazione, costruzione e gestione del nuovo raccordo autostradale Campogalliano-Sassuolo; della delibera anzidetta del 16 febbraio 2005; della relazione istruttoria predisposta dalla Direzione Centrale Autostrade e Trafori; della relazione del responsabile del procedimento; di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o conseguente a quelli impugnati.

Con un primo atto di motivi aggiunti la medesima Pizzarotti impugnava anche la nota ANAS del 5 maggio 2006 -con la quale era stato comunicato che il Consiglio di Amministrazione, nella seduta del 20 febbraio 2006, aveva deliberato di dichiarare insussistente il pubblico interesse in relazione alla nuova proposta di project financing avanzata da detta impresa in data 15 febbraio 2005- e la nota 11 maggio 2006 che comunicava che lo stesso Consiglio di Amministrazione dell'ANAS, in data 1° dicembre 2005, aveva approvato, in via definitiva, un proprio progetto dell'opera autostradale Campogalliano-Sassuolo, individuando anche l'importo della spesa ed i tempi di realizzazione delle relative opere.

Con un secondo atto di motivi aggiunti, proposto dopo l'acquisizione iussu iudicis al processo di documentazione ritenuta utile al fine di decidere, la Pizzarotti impugnava, infine, la delibera ANAS del 1° dicembre 2005, nella parte in cui l'Ente aveva deciso di ricorrere all'istituto del "contraente generale" per la realizzazione del citato raccordo autostradale.

In relazione a tali domande giudiziali, il TAR del Lazio, Sezione III[^], con sentenza n. 11149 del 12 novembre 2007, ha deciso quanto segue:

1)- ha dichiarato improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse le doglianze prospettate con il ricorso principale, atteso che il provvedimento con il quale ANAS aveva rilevato l'assenza di pubblico interesse in ordine alla proposta del giugno 2004 di Pizzarotti, era stato superato dalla nuova deliberazione, di analogo contenuto, con la quale la stessa ANAS si era pronunciata negativamente anche sulla successiva proposta di detta impresa, inoltrata nel febbraio 2005;

2)- ha accolto, invece, la domanda di annullamento proposta con il primo atto di motivi aggiunti avverso la delibera ANAS del 20 febbraio 2006, ritenendo le doglianze proposte "...suscettibili di favorevole esame...";

3)- ha dichiarato assorbita ogni pronunzia sulle censure prospettate con il secondo atto di motivi aggiunti;

4)- ha rigettato la domanda di risarcimento danni perché "...nella fattispecie in esame è indubbio che permane in capo alla resistente Amministrazione, anche dopo l'annullamento disposto con la presente sentenza, il potere discrezionale di valutare la sussistenza del pubblico interesse della proposta presentata dalla Pizzarotti...".

Più in particolare, le considerazioni svolte dal Giudice di prime cure per ritenere viziata la (sola) delibera del Consiglio di Amministrazione ANAS del 16 febbraio 2006 possono essere così riassunte :

- contraddittorietà dell'operato della resistente ANAS perché detto Ente, da un lato, ha "...omesso di procedere e di pronunciarsi in tempi ragionevoli, come dovuto, tenuto conto che la proposta de qua era ben conosciuta dalla suddetta Amministrazione in quanto sostanzialmente analoga a quella precedentemente prodotta, eccetto che per il piano finanziario..." e, dall'altro, ha "...poi invocato l'avvenuta approvazione del progetto definitivo concorrente, al fine di giustificare il rigetto...", con ciò "...ignorando che tale elemento era da imputare unicamente ad una colposa inerzia dell'ANAS che ha tenuto in stand by l'esame della suddetta proposta, per poi rigettarla dopo l'avvenuta approvazione del progetto definitivo ed a causa dello stesso...";

- "...un simile modus procedendi non risponde ai criteri di correttezza amministrativa, in quanto nessuna disposizione normativa riservava un trattamento privilegiato al progetto dell'ANAS rispetto alla proposta formulata dalla Pizzarotti, trattandosi di due metodi alternativi e concorrenti di realizzazione delle opere pubbliche...";

- nel merito, "...il rigetto della proposta, fondato soprattutto su una previsione di spesa inferiore e dei minori tempi di realizzazione dell'infrastruttura, risulta non tenere conto di tutti i criteri contemplati nell'art. 37-ter della legge n. 109 del 1994 cui devono attenersi le competenti Amministrazioni nel valutare il pubblico interesse della proposta di project financing...".

Con l'appello in esame ANAS ha contestato tale parte di motivazione della sentenza impugnata, assumendo che sarebbe errata in quanto:

- 1)- l'Ente non avrebbe avuto alcun obbligo di esaminare, in tempi prestabiliti, la proposta spontaneamente presentata dalla Pizzarotti, tenuto conto dell'essenzialità, secondo la legge (al tempo) vigente, di un previo inserimento del progetto preliminare dell'opera negli atti programmatici dell'Ente stesso e, dunque, dell'insussistenza del presupposto essenziale sul quale si è fondata la motivazione di accoglimento pronunciata dal Giudice di prima istanza;
- 2)- non esisterebbe, diversamente da quanto affermato dal TAR, alcuna norma che, al di fuori degli impegni programmatici assunti dalla stazione appaltante, riservi un trattamento privilegiato alla proposta del promotore rispetto ad altre soluzioni eventualmente considerate dalla stessa Stazione appaltante, siccome ritenute praticabili;
- 3)- la valutazione operata con la delibera ritenuta illegittima sarebbe stata condotta, invece, alla stregua di criteri di buona fede e correttezza, tenuto conto che, difettando una previa scelta dell'ANAS di ricorrere alla finanza di progetto, e cioè l'inserimento di una tale previsione nella propria programmazione delle opere, la valutazione della proposta Pizzarotti non poteva non essere condotta anche alla luce del confronto con i costi ed i benefici ottenibili mediante la soluzione prevista dal proprio progetto definitivo approvato con la delibera 1° dicembre 2005;
- 4)- l'articolata serie di considerazioni di merito espresse nella delibera del 1° dicembre 2005 dimostrerebbe come la determinazione conclusiva di rigettare nuovamente la proposta Pizzarotti per carenza di pubblico interesse sia stata adottata in conformità alla norma vigente, per cui non sussisterebbe il rilevato

difetto di motivazione, né tanto meno potrebbe imputarsi ad ANAS una "...colpevole sottovalutazione della praticabilità della proposta della ricorrente...".

L'appellata Pizzarotti si è costituita in giudizio e, con memoria datata 3 giugno 2009, ha diffusamente argomentato in ordine alla correttezza della motivazione della sentenza impugnata, formulando le seguenti conclusive richieste:

i)- improcedibilità dell'appello, per sopravvenuta carenza di interesse alla sua decisione, in conseguenza del fatto che "...la decisione di ricorrere allo strumento del project financing risulta da ultimo definitivamente assunta dalla stessa ANAS con il piano di investimenti 2007-2011, approvato con delibera CIPE 20 luglio 2007, n. 65, la quale include definitivamente l'intervento tra quelli da realizzare mediante finanza di progetto, in virtù della proposta presentata da Pizzarotti...";

ii)- inammissibilità dell'intervento ad adjuvandum proposto da Coopsette, sia in quanto quest'ultima non sarebbe "...titolare di un interesse di fatto consistente in un apprezzabile vantaggio conseguibile come riflesso della tutela adita dalla parte asseritamene adiuvata...", sia perché la stessa Coopsette avrebbe la possibilità "...di partecipare alla procedura di scelta del contraente all'esito dell'auspicato riconoscimento del pubblico interesse in capo alla proposta Pizzarotti, riconoscimento che l'interveniente Cooperativa ha, sotto questo aspetto, interesse a sostenere non già a contrastare...";

iii)- infondatezza dello stesso appello, anche alla luce della citata sopraggiunta evenienza di programmazione dell'opera mediante

project financing, oltre che per le ragioni condivise dal Giudice di prime cure.

Con la stessa memoria, infine, Pizzarotti ha riproposto i secondi motivi aggiunti di impugnazione dichiarati assorbiti dal Giudice di prima istanza, chiedendone l'accoglimento, ovviamente in subordine alla reiezione dell'appello.

L'interveniente Coopsette con due memorie ha, preliminarmente, argomentato in ordine alla sussistenza di un suo interesse di fatto ad adiuvare la parte appellante, ed ha sostenuto, nel merito, che i motivi di appello proposti da ANAS sarebbero fondati.

Con decisione istruttoria n. 4294 del 6 luglio 2009 è stata ordinata l'acquisizione del "...piano degli interventi 2007-20011, approvato con delibera CIPE del 20 luglio 2007, n. 65...", al fine di decidere l'eccezione formulata in via pregiudiziale dalla appellata Pizzarotti, rinviando per il prosieguo alla pubblica udienza del 10 novembre 2009.

Detta documentazione è stata successivamente depositata in giudizio dalla onerata ANAS, nel termine indicato in decisione.

Pizzarotti, con memoria depositata il 4 novembre 2009, ha formulato le proprie deduzioni con riferimento a detta documentazione, ed ha ribadito l'eccezione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse alla sua decisione.

L'intervenitrice Coopsette, con memoria depositata anch'essa il 4 novembre 2009, ha insistito sulla fondatezza dell'appello che sarebbe ulteriormente corroborata proprio dagli atti esibiti in giudizio iussu iudicis in quanto essi dimostrerebbero come, all'atto dell'emanazione dei provvedimenti impugnati, non sussistessero i

presupposti di legge per poter qualificare la proposta Pizzarotti come rituale proposta di project financing per cui, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, alcun obbligo di esame e pronuncia sussisteva in capo ad ANAS.

Alla pubblica udienza del 10 novembre 2009 l'appello in epigrafe è stato introitato per la decisione.

Tutto ciò premesso, può ora darsi ingresso all'esame delle questioni proposte dalle parti, delle quali vanno esaminate per prime, in ordine logico, le due eccezioni pregiudiziali sollevate da Pizzarotti concernenti, l'una, l'esclusione dal giudizio dell'intervenitrice Coopsette e, l'altra, la declaratoria di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse alla sua decisione.

Di dette eccezioni va esaminata per prima l'eccezione di inammissibilità dell'intervento di Coopsette inerendo essa alla verifica della corretta costituzione del rapporto processuale tra le parti.

Sostiene l'appellata Pizzarotti che Coopsette, per poter far parte legittimamente del (presente) rapporto processuale, avrebbe dovuto impugnare direttamente il provvedimento (poi) annullato dal TAR con la sentenza appellata e che, in ogni caso, la stessa Cooperativa non avrebbe alcun interesse alla reviviscenza del provvedimento anzidetto, per effetto dell'eventuale accoglimento dell'impugnativa ANAS.

L'eccezione è infondata.

Quanto al primo di detti profili, possono condividersi sul punto le controdeduzioni svolte da Coopsette, tenuto conto, per un verso, che gli atti impugnati hanno come loro contenuto soltanto le

contestazioni mosse da ANAS alla Pizzarotti, al fine di dimostrare l'assenza di un pubblico interesse alla positiva valutazione della proposta di project financing, e, per altro verso, del fatto che da nessuna delle valutazioni effettuate con detti atti può discendere una lesione a carico dell'interesse giuridicamente protetto della citata Cooperativa, essendo evidente, al contrario, che lo stesso provvedimento avesse ed ha effetti lesivi esclusivamente nella sfera giuridica dell'appellata impresa. Quanto al secondo profilo dell'eccezione in esame, possono valere le medesime considerazioni testé svolte, essendo anche qui evidente che l'eventuale accoglimento dell'appello non solo non arrecherebbe alcun danno alla Coopsette, ma anzi, proprio per effetto della reviviscenza della contestata seconda delibera di rigetto della proposta Pizzarotti, si riaprirebbe per detta Cooperativa la possibilità di partecipare all'eventuale procedimento volto alla realizzazione dell'opera strategica in questione.

In breve, può ritenersi ammissibile l'intervento svolto dalla citata Cooperativa essendo non revocabile in dubbio che essa abbia un qualificato interesse acché venga accolto l'appello proposto da ANAS, comportando tale eventuale soluzione giudiziale il ripristino in capo a tale Ente del proprio ordinario potere, o di attivare un procedimento concorsuale ad evidenza pubblica, al quale la Coopsette stessa possa partecipare in piena parità di condizioni con tutti gli altri eventuali concorrenti, ovvero di ricorrere, previa programmazione, alla finanza di progetto, al cui relativo procedimento (da attuarsi secondo le regole di evidenza pubblica

vigenti) ha pure manifestato intenzione di voler partecipare detta parte interveniente.

Parimenti infondata è, inoltre, anche l'eccezione di improcedibilità dell'appello per le seguenti ragioni.

A seguito di apposita istruttoria il Collegio ha acquisito agli atti di causa "...il piano degli interventi 2007-20011, approvato con delibera del Comitato Interministeriale della Programmazione Economica (di seguito: CIPE) del 20 luglio 2007, n. 65..." nel quale l'opera autostradale in questione risulta inserita tra quelle da realizzare mediante project financing e, inoltre, ha avuto contezza, per effetto delle indicazioni fornite in memoria dalla appellata Pizzarotti, dell'intervenuta pubblicazione sulla GURI, supplemento ordinario n. 10 del 13 gennaio 2009, di una ulteriore delibera CIPE n. 54 del 27 marzo 2009 con la quale il predetto Comitato ha provveduto anche ad assegnare, in via programmatica, un contributo per la realizzazione della stessa opera, essendo essa inclusa tra gli interventi da realizzare mediante finanza di progetto.

L'appellata Pizzarotti afferma che dette risultanze documentali dimostrerebbero come ANAS non abbia più alcun interesse a coltivare l'appello, essendo ormai previsto che la realizzazione dell'opera (bretella Campogalliano-Sassuolo) avvenga tramite finanza di progetto, tant'è che a tal fine il CIPE ha anche provveduto ad assegnare un iniziale contributo, collegandolo apertamente alla proposta di project financing presentata da detta Impresa.

L'eccezione non può essere condivisa poiché detta documentazione, come meglio sarà precisato in prosieguo, in sede di valutazione nel

merito dell'appello di ANAS, dimostra esattamente il contrario e cioè che, alla data di emanazione dei provvedimenti impugnati, non sussisteva in capo a detto Ente alcun obbligo di esame e di valutazione della proposta Pizzarotti, difettando, ai fini di una corretta qualificazione del progetto presentato come formale proposta di project financing, il necessario presupposto dell'inserimento dell'opera nella (preventiva) programmazione della stazione appaltante, secondo quanto richiesto dall'art. 8 del d.lgs. n. 190 del 2002 per le opere strategiche (inserimento nella "...lista..." delle infrastrutture strategiche da realizzare) e, per quanto non previsto da detta norma, dall'art. 37-bis della legge n. 109 del 1994, al tempo applicabili alla fattispecie in esame.

Inoltre, giova evidenziare che le su citate delibere di ANAS e del CIPE non possono, in nessun caso, incidere retroattivamente sugli atti impugnati in primo grado, nei sensi esposti da Pizzarotti, tenuto conto che non hanno alcuna valenza, né interpretativa, né modificativa di detti atti.

In sintesi, permane tuttora un qualificato giuridico interesse di ANAS alla decisione dell'appello in esame, non solo per le ragioni anzidette, ma anche soltanto allo scopo di eliminare l'ingiusta soccombenza pronunciata nei propri confronti dal Giudice di primo grado.

Ciò deciso in relazione alle eccezioni pregiudiziali sollevate dalla parte appellata, dovrebbe ora esaminarsi l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado sollevata dall'intervenitrice Coopsette.

Al riguardo, osserva il Collegio che può prescindere dall'esame di detta eccezione, così come delle ulteriori eccezioni sollevate con la memoria datata 4 novembre 2009, essendo fondato nel merito l'appello di ANAS per le seguenti considerazioni.

Al fine di valutare i singoli motivi proposti da ANAS e i secondi motivi aggiunti riproposti da Pizzarotti, giova, preliminarmente, definire quale sia il perimetro effettivo del giudizio rimesso a questo Consiglio di Stato, tenuto conto degli atti processuali posti in essere dalle parti.

La sentenza impugnata, come già evidenziato più innanzi, contiene quattro statuizioni fondamentali:

- la prima, con la quale è stato dichiarato improcedibile il ricorso principale volto all'annullamento della delibera del Consiglio di Amministrazione di ANAS del 16 febbraio 2005 (ivi comprese le relazioni istruttorie della Direzione Centrale Autostrade e del responsabile del procedimento) nonché della nota di comunicazione di detta delibera n. 3125 del 19 aprile 2005, essendo stato esso "...superato dalla nuova deliberazione, di analogo contenuto, con la quale la stessa Anas si era pronunciata negativamente anche sulla successiva proposta di detta impresa, inoltrata nel febbraio 2005...";
- la seconda, con la quale è stata accolta la domanda di annullamento proposta con i (primi) motivi aggiunti avverso la (seconda) deliberazione dell'ANAS del 20 febbraio 2006 della seconda proposta di project financing di Pizzarotti;
- la terza, con la quale è stata dichiarata "...assorbita ogni pronuncia sulle censure prospettate con i secondi motivi aggiunti...";

- la quarta, con la quale è stata rigettata la domanda di risarcimento danni.

Orbene, avuto presente il contenuto dell'appello di ANAS e delle memorie (non notificate) di Pizzarotti, deve rilevare il Collegio che l'oggetto del presente (grado di) giudizio è costituito soltanto, per un verso, dalla domanda di ANAS di riforma della seconda delle anzidette statuizioni contenute nella sentenza appellata e, per altro verso, dalla riproposizione, da parte della citata Pizzarotti, delle censure formulate in primo grado con il suo secondo atto di motivi aggiunti, in quanto dichiarati "assorbiti" con la terza delle statuizioni emesse dal Giudice di prime cure.

Infatti, Pizzarotti non ha interposto appello incidentale, né avverso la declaratoria di improcedibilità del ricorso principale di primo grado, di cui alla prima delle citate statuizioni della sentenza appellata, né avverso la decisione di rigetto della domanda di risarcimento danni, pure proposta in prime cure, con la conseguenza che è estraneo all'indicato perimetro del decidere, sia ogni questione relativa al primo diniego (del 2005) opposto da ANAS alla prima proposta di project financing di detta Impresa, sia ogni questione concernente il risarcimento dei danni, essendosi formato il giudicato su entrambi tali capi di decisione dell'appellata sentenza.

Ciò precisato, può ora darsi ingresso all'esame delle critiche mosse da ANAS alla sentenza appellata che possono ritenersi fondate alla stregua delle considerazioni che seguono.

Con il motivo di gravame rubricato più innanzi sub 1), ANAS deduce che non aveva alcun obbligo di esaminare, in tempi

prestabiliti, la proposta di Pizzarotti, tenuto conto che, secondo la legge (al tempo) vigente, era necessario un previo inserimento del progetto preliminare dell'opera negli atti programmatici dell'Ente stesso e, dunque, dell'insussistenza del presupposto sul quale si è fondata la motivazione di accoglimento pronunciata dal Giudice di prima istanza.

Con il motivo di gravame sub 2, ANAS ha affermato che sarebbe, invece, vero l'opposto di quanto affermato dal giudice di prima istanza, e cioè che non esiste alcuna norma che riservi un trattamento privilegiato, al di fuori dei citati impegni programmatici di legge, alla proposta del promotore rispetto ad altre soluzioni eventualmente praticabili.

Per un corretto esame di detti motivi è opportuno definire, preliminarmente, il quadro normativo di riferimento della fattispecie in esame che sia, ovviamente, temporalmente corrispondente -alla stregua delle precisazioni più innanzi fatte in relazione all'effettivo perimetro della decisione da assumersi in questa sede- alla data del 20 febbraio 2006 di emanazione della seconda delibera dell'ANAS di rigetto della domanda di project financing, nonché tenga conto che si verte in tema di opera pubblica di interesse strategico, secondo quanto desumibile, allo stato, dalla delibera del CIPE n. 121 del 2001.

Non è revocato in dubbio dalle parti, e può essere condiviso dal Collegio, che il predetto quadro normativo sia costituito, innanzi tutto, dalla legge obiettivo n. 443 del 2001 e dal decreto legislativo n. 190 del 2002, il cui articolo 8, in particolare, regola(va) l'ipotesi della finanza di progetto applicata alle grandi infrastrutture, nonché (per il

rinvio generale operato dall'art. 1, comma 6, dello stesso decreto n. 190, per le parti non espressamente disciplinate da detta normativa speciale, integrato dall'ulteriore specifico rinvio fatto dallo stesso art. 8, comma 1) dagli articoli 37-bis a 37-quater della legge n. 109 del 1994, i quali, a loro volta, disciplina(va)no la finanza di progetto per le opere pubbliche ordinarie.

Orbene, l'esame delle predette fonti mostra come costituisca presupposto essenziale, non altrimenti surrogabile, il preventivo inserimento dell'opera (da affidarsi mediante finanza di progetto) nei programmi dell'Amministrazione appaltante, sia che si tratti di opera pubblica strategica, sia che si tratti di opera pubblica ordinaria, tenuto conto che entrambe le disposizioni (art. 8 d.lgs. n. 190/2002 ed art. 37-bis della legge n. 109/1994, cui l'art. 8 comunque fa specifico rinvio) individuano espressamente l'atto di programmazione attraverso il quale l'Amministrazione deve necessariamente, quanto preventivamente, indicare l'opera per la quale, in carenza di proprie risorse, abbia intenzione di sollecitare i privati al finanziamento dell'opera stessa.

Infatti, la prima di dette norme (art. 8) indica la "...lista delle infrastrutture..." (da pubblicarsi sul sito informatico dell'Amministrazione pubblica procedente) quale atto nel quale deve essere inserita, preventivamente, l'indicazione espressa dell'opera pubblica strategica per la quale si ritenga di "...sollecitare, ai sensi dell'art. 37-bis della legge quadro..." la finanza privata, mentre la seconda (art. 37-bis) stabilisce, con altrettanta chiarezza, che i promotori possono presentare proposte di project financing se "...i lavori pubblici o i lavori di pubblica utilità..." siano "...inseriti

nella programmazione triennale di cui all'art. 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'Amministrazione aggiudicatrice...".

Discende che, in assenza dell'indicato presupposto di preventivo inserimento dell'opera nella programmazione di ANAS tra quelle da attuarsi mediante project financing -che è circostanza non controversa tra le parti- non sussisteva alcun obbligo di detto Ente di dare risposta alla proposta di Pizzarotti, non potendosi essa qualificare come corrispondente alla fattispecie delineata dall'applicazione delle norme dell'art. 8 del decreto legislativo n. 190 del 2002 e dell'art. 37-bis della legge n. 109 del 1994.

Consegue, altresì, diversamente da quanto ritenuto dal primo Giudice, che non è imputabile all'Ente alcuna contraddittorietà del proprio operato, tenuto conto che in virtù dell'interpretazione normativa testè definita:

- non sussiste alcuna omissione di pronunzia in tempi ragionevoli di ANAS, rispetto alla seconda proposta Pizzarotti (del 2005 e denegata il 20 febbraio 2006), essendo in facoltà dell'Ente anzidetto di rispondere o meno ad una proposta informale, al limite valutabile (sempre che richiesto) soltanto come domanda di inserimento della proposta stessa nella programmazione delle opere per le quali sollecitare la finanza di progetto privata, in applicazione della disposizione di cui all'ultimo periodo dello stesso comma 1 dell'art 37-bis della legge n. 109 del 1994;

- non era e non è ipotizzabile, allo stato degli atti e delle norme applicabili alla fattispecie, alcun impedimento di ANAS a portare avanti un proprio progetto autonomo di realizzazione dell'opera,

che, peraltro, è iniziativa, a ben vedere, temporalmente antecedente anche alla prima proposta del 2004 di Pizzarotti (sul cui diniego del 2005 si è formato il giudicato già più innanzi accertato), essendo stato approvato il progetto preliminare sin dal 2003, come affermato da Coopsette nei propri scritti, senza essere smentita sul punto dalle altre parti processuali.

Inoltre, per le stesse considerazioni sin qui svolte, discende anche che erroneamente la sentenza appellata imputa ad ANAS di non essersi attenuta a criteri di correttezza amministrativa (“...il modus operandi non risponde ai criteri di correttezza amministrativa in quanto nessuna disposizione normativa riservava un trattamento privilegiato al progetto dell’ANAS rispetto alla proposta formulata dalla Pizzarotti, trattandosi di due metodi alternativi e concorrenti di realizzazione delle opere pubbliche...”). Infatti le disposizioni applicabili al caso di specie attribuivano ad ANAS la facoltà (e non l’obbligo) di rispondere ad una istanza non qualificabile come proposta di project financing (ex artt. 8 del d.lgs. n. 190 del 2002 e 37-bis della legge n. 109 del 1994), e nulla impediva allo stesso Ente di portare avanti proprie autonome soluzioni risalenti a data anteriore (progetto preliminare 2003) alla prima proposta di Pizzarotti (2004). Nessuna disposizione normativa, dunque, riservava un trattamento privilegiato alla proposta Pizzarotti, rispetto all’autonoma iniziativa dell’Ente, il che porta ad escludere che, in simili ipotesi, vi sia un’alternatività forzata delle due iniziative.

Quanto ai motivi di appello sopra rubricati sub 3 e 4, non dissimile valutazione positiva degli stessi può essere operata per le seguenti ulteriori considerazioni.

Le critiche concretamente mosse con detti motivi alla sentenza appellata sono rivolte, in particolare, al punto di motivazione ove si afferma che "...il rigetto della proposta, fondato soprattutto su una previsione di spesa inferiore e dei minori tempi di realizzazione dell'infrastruttura, risulta non tenere conto di tutti i criteri contemplati nell'art. 37-ter della legge n. 109 del 1994 cui devono attenersi le competenti Amministrazioni nel valutare il pubblico interesse della proposta di project financing..." , nonché all'ulteriore passaggio nel quale si imputa ad ANAS la "...colpevole sottovalutazione della praticabilità della proposta della ricorrente...".

Al riguardo, alle ragioni già sin qui indicate per affermare l'inesistenza, nella specie, di un dovere di ANAS di considerare come formale proposta di project financing quella avanzata per la seconda volta nel 2005 da Pizzarotti, giova aggiungere che anche nel merito delle valutazioni operate con detta delibera non sembrano cogliere nel segno, né i motivi proposti in primo grado dal ricorrente Pizzarotti, né, tanto meno, la parte di sentenza che tali motivi ha accolto.

Va infatti osservato, per un verso, che ANAS, pur potendo limitarsi, secondo la legislazione al tempo vigente, a dichiarare inammissibile detta proposta, per essere stata formulata in carenza di un previo inserimento della stessa nella lista delle opere strategiche per le quali fosse utile sollecitare la finanza privata, ha invece preferito dare,

comunque, una risposta all'impresa dichiaratasi promotrice; per altro verso, che, a ben vedere, la valutazione concretamente operata con la delibera del 20 febbraio 2006 è, quanto meno, sufficientemente puntuale e motivata circa l'insussistenza, a quel momento, di un pubblico interesse a realizzare l'opera mediante finanza di progetto.

Infatti, a tal ultimo proposito, non pare né irrazionale né incongruo che ANAS, al fine di valutare detto pubblico interesse, abbia posto in comparazione la propria iniziativa progettuale con la (seconda) proposta Pizzarotti, tenuto conto, da un lato, che detta iniziativa, rimontando al 2003 (anno di approvazione del progetto preliminare) era di molto anteriore non solo a detta seconda proposta (del 2005), ma anche alla prima del 2004; dall'altro, che la preesistenza di un proprio autonomo percorso valutativo di realizzazione dell'opera in questione imponeva ad ANAS di valutare costi e benefici dell'una (iniziativa) rispetto all'altra (proposta) poiché, diversamente, sarebbe stata omessa la considerazione di uno dei concreti elementi utili per l'individuazione di quale fosse l'effettivo pubblico interesse da perseguire.

Inoltre, già dalla sintesi della relazione approvata dal Consiglio di Amministrazione (che è specchio della corposa istruttoria effettuata dall'Ente nel 2005, confermata nel 2006 ed integrata nello stesso anno da specifico supplemento di indagine) si ha, quanto meno, sufficiente contezza del puntuale esame della proposta Pizzarotti sotto tutti i profili individuati dall'articolo 37-bis della legge n. 109 del 1994, espressamente richiamato dall'art. 8 del d.lgs. n. 190 del 2002 e cioè:

- sotto quello tecnico, attraverso l'istruttoria redatta dalla Direzione Centrale Autostrade e Trafori attestante l'inesistenza di sostanziali elementi di differenziazione rispetto al progetto ANAS del 2003;
- sotto l'aspetto dei vantaggi conseguibili in termini di tempi di realizzazione dell'infrastruttura, per effetto dello stato più avanzato della progettazione ANAS rispetto a quella Pizzarotti;
- sotto il profilo della spesa, attraverso l'evidenziazione della minore spesa comportante il progetto ANAS, a parità di condizioni, rispetto a quella indicata nella proposta Pizzarotti;
- sotto l'aspetto procedurale, attraverso l'emersione dall'istruttoria effettuata di maggiori elementi di positività nel progetto ANAS quanto al raggiungimento degli obiettivi (prefissati) del servizio per i profili di tempo, economicità e qualità del servizio stesso;
- infine, sotto il profilo della maggiore idoneità del progetto ANAS a soddisfare le richieste di mobilità ed a salvaguardare gli interessi collettivi.

In sintesi, ritiene il Collegio che:

- da un lato, può essere confermato l'avviso espresso dal primo Giudice sulla legittimità dell'operazione di comparazione della (seconda) proposta Pizzarotti con il progetto definitivo approvato da ANAS in relazione al quale, peraltro, è stato correttamente evidenziato da Coopsette come, sul punto, si sia formato il giudicato interno per non essere stata impugnata tale specifica ed espressa statuizione di detto Giudice con apposito mezzo incidentale notificato;
- dall'altro, merita condivisione la critica dell'appellante secondo la quale il TAR non si è avveduto dell'esistenza delle considerazioni di

merito esistenti negli atti presupposti alla delibera impugnata del 20 febbraio 2006 e, primo fra tutti, della relazione istruttoria condotta dagli Uffici interni di ANAS, con la quale correttamente era stato anche posto in risalto come la seconda proposta Pizzarotti si differenziasse dalla prima (rigettata con la delibera del 16 febbraio 2005) soltanto per la parte concernente la sostituzione del "pedaggio ombra" con un "contributo pubblico a fondo perduto", per cui assumevano significato di mera conferma le considerazioni allegare al secondo provvedimento di rigetto, avendo le stesse già costituito fondamento della citata prima deliberazione (di rigetto) del 16 febbraio 2005.

La conclusione testé raggiunta dal Collegio di fondatezza dell'appello ANAS comporta la declaratoria di inammissibilità dei secondi motivi aggiunti riproposti in questa sede da Pizzarotti, per le seguenti ragioni.

Nella memoria, non notificata, datata 3 giugno 2009 detta Impresa - dichiarata la volontà di riproporre "...di seguito gli ulteriori motivi di gravame dichiarati assorbiti dal TAR..."- ha affermato, letteralmente, quanto segue: "Come anticipato, nella delibera di approvazione del progetto definitivo dell'ANAS si era passati dalla concessione di cui all'art. 19 della legge n. 109/1994 al ricorso al sistema del contraente generale. Ebbene, tale affidamento a contraente generale di cui si prende atto nella delibera di approvazione del progetto definitivo ANAS, è illegittimo, in quanto, in sede di prima applicazione della disciplina ex d.lgs. 190/2002, non è possibile utilizzarlo in difetto dei rigorosi presupposti legittimanti indicati dall'art. 16, comma 3, e non rinvenibili nel caso

in esame...". Ha, inoltre, formulato, di seguito, nella stessa pagina (n. 25) ed in quella successiva (l'ultima), deduzioni volte a corroborare l'affermata illegittimità della determinazione ANAS di affidamento dell'opera a "contraente generale", contenuta nella delibera del 1° dicembre 2005 di approvazione del progetto definitivo ANAS.

Orbene, è evidente che questa è l'unica doglianza riproposta e che essa attiene esclusivamente a profilo per il quale Pizzarotti non gode di una posizione differenziata rispetto alla generalità dei consociati, una volta ritenuta da questo Collegio la fondatezza dell'appello di ANAS e, quindi, l'infondatezza dell'impugnativa svolta da Pizzarotti in primo grado (con il primo atto di motivi aggiunti) avverso la delibera ANAS del 20 febbraio 2006 di rigetto della propria seconda proposta di project financing presentata nel 2005.

Ed infatti, l'intervenuta approvazione da parte di ANAS di una propria progettazione definitiva dell'opera strategica in questione, non era e non è certo di per sé ostacolo all'eventuale successiva determinazione della stessa ANAS di procedere con la finanza di progetto (nel rispetto, ovviamente, delle procedure di evidenza pubblica previste dalla legge vigente anche per la scelta del promotore) come, peraltro, già risulta dimostrato dal fatto che il predetto Ente ha inserito tale opera strategica nel proprio programma 2007-2011, tra quelle per le quali sollecita il concorso finanziario dei privati, e come può ritenersi confermato anche dalla delibera CIPE n. 54 del 27 marzo 2009 di assegnazione, in via programmatica, di un contributo proprio per la realizzazione della bretella autostradale Campogalliano-Sassuolo.

In conclusione, può ribadirsi che l'appello è fondato e può disporsi, quanto alle spese di giudizio, che le stesse siano integralmente compensate tra le parti, attesa la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, accoglie l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Luigi Cossu, Presidente

Armando Pozzi, Consigliere

Antonino Anastasi, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Guido Romano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2010

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

Il Dirigente della Sezione