



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE  
DEL LAZIO  
Sezione I

N. Reg. Sent.

Anno 2007

N. 12193/2006 -

1700/2007 Reg. Ric.

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sui ricorsi nn. 12193 del 2006 e 1700 del 2007, proposti entrambi da CO.ED.MAR. s.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I. CO.ED.MAR. s.r.l. – DEMONT AMBIENTE s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Tudor e Andrea Manzi, presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliata, in Roma, via F. Confalonieri n. 5

contro

- il Commissario delegato per l'emergenza socio-economico-ambientale relativa ai canali portuali di grande navigazione della Laguna di Venezia;
- la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri p.t.;

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono elettivamente domiciliati, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

- l'Autorità portuale di Venezia, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Biagini, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Roma, via di Porta Castello n. 33

e nei confronti di

- VENETO ACQUE S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;
- ALLES – Azienda Lavori Lagunari Escavo e Smaltimenti s.r.l., in persona del legale rappresentante, non costituitasi in giudizio;
- Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A., in persona del legale rappresentante, non costituitasi in giudizio

per l'annullamento

I) RICORSO N. 12193/2006:

- del provvedimento del Commissario delegato 22 dicembre 1996, prot. n. 23, con il quale, nella procedura negoziata per l'affidamento dello "scavo dei canali portuali di grande navigazione sino alla quota intermedia di – 11 m. s.l.m.m., manutenzione preordinata a garantire il mantenimento di detta quota e connessa messa a dimora dei sedimenti dragati, anche mediante realizzazione di nuove opere, con capacità non superiore a 3.000.000 di metri cubi, di

caratteristiche qualitative entro colonna C del protocollo di intesa 8 aprile 1993” è stata confermata l’aggiudicazione definitiva in favore del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese “Veneto Acque S.p.A., Alles s.r.l., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A.”, guidato da Veneto Acque S.p.A.;

- del verbale n. 3 della Commissione di gara in data 23 novembre 2006, con il quale, nella procedura negoziata per l’affidamento dei predetti lavori, è stata disposta l’aggiudicazione provvisoria in favore del costituendo raggruppamento di imprese sopra indicato, nonché nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione dalla procedura negoziata del raggruppamento stesso;
- dei verbali nn. 1 e 2 della Commissione di gara in data 23 novembre 2006, laddove non è stata disposta l’esclusione dalla procedura negoziata per la concessione dei predetti lavori del raggruppamento di cui sopra;
- del bando relativo alla procedura aperta per la scelta dei competitori del promotore, spedito il 7 agosto 2006 alla CE per la sua pubblicazione, nella parte in cui consente l partecipazione alla procedura negoziata del promotore e riconosce a quest’ultimo il diritto di essere preferito al competitore miglior offerente ove intenda adeguare la propria proposta all’offerta giudicata più conveniente;

- della lettera invito 9 novembre 2006, prot. n. 645300, nella parte in cui riconosce al promotore, ai sensi dell'art. 154, comma 1, ultimo periodo, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, "la facoltà nella stessa data di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente a conclusione della procedura negoziata suddetta, risultando in tal caso aggiudicatario della concessione";
- per quanto occorrer possa, della nota 22 dicembre 2006, prot. n. 737417/5700, con cui è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva in favore del costituendo R.T.I.;
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

II) RICORSO N. 1700/2007:

- del decreto del Commissario delegato 22 dicembre 1996, prot. n. 23, con il quale:
  - è stato approvato l'esito della procedura negoziata per l'affidamento dello "scavo dei canali portuali di grande navigazione sino alla quota intermedia di - 11 m. s.l.m.m., manutenzione preordinata a garantire il mantenimento di detta quota e connessa messa a dimora dei sedimenti dragati, anche mediante realizzazione di nuove opere, con capacità non superiore a 3.000.000 di metri cubi, di caratteristiche qualitative entro colonna C del protocollo di intesa 8 aprile 1993";

- sono stati approvati i verbali di gara, redatti in data 23 novembre 2006, relativi alla procedura negoziata di cui all'art. 155, comma 1, lett. b), del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163;
- è stata confermata in via definitiva l'aggiudicazione al promotore;
- si è ritenuto di procedere alla stipula del contratto di concessione con la società di progetto TRESSETRE S.c.p.A., costituita dal promotore ai sensi dell'art. 156 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sotto condizione risolutiva, in attesa dell'acquisizione delle informazioni antimafia;
- della nota 29 dicembre 2006 n. 744028, nella parte in cui è disposto che "qualora venisse accolta la domanda dell'ATI ricorrente in sede giurisdizionale, dovrebbe nuovamente darsi luogo all'indizione della gara di cui all'art. 155 del D.Lgs. 163/2006";
- della nota 6 febbraio 2007, prot. n. 71162/57.00, laddove è disposto che, in caso di accoglimento del gravame proposto dall'A.T.I. CO.ED.MAR. s.r.l. – DEMONT AMBIENTE s.r.l. "dovrebbe nuovamente darsi luogo all'indizione della gara di cui all'art. 155 del D.Lgs. 163/2006";
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

e per la nullità

del conseguente contratto, se stipulato, tra il Commissario delegato per l'emergenza socio-economico-ambientale relativa ai canali portuali di grande navigazione della Laguna di Venezia o l'Autorità portuale di Venezia e la società di progetto costituita dal costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese, nonché per l'annullamento di ogni atto connesso

**nonché per la condanna**

del Commissario delegato per l'emergenza socio-economico-ambientale relativa ai canali portuali di grande navigazione della Laguna di Venezia e/o dell'Autorità portuale di Venezia, se subentrata al Commissario delegato, al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla costituenda A.T.I. CO.ED.MAR. s.r.l. – DEMONT AMBIENTE s.r.l., ai sensi e per gli effetti degli artt. 34 e 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, così come sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205.

Visti i ricorsi con la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimata e della predetta parte controinteressata;

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

Visti gli atti tutti delle cause;

Relatore alla pubblica udienza del 18 aprile 2007 il dr. Roberto POLITI; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

### Fatto

Al fine di fronteggiare lo stato di emergenza socio economico ambientale determinatosi nella Laguna di Venezia in ordine alla rimozione dei sedimenti inquinati nei canali portuali di grande navigazione, il Presidente del Consiglio dei Ministri, con ordinanza 3 dicembre 2004 n. 3383 ha nominato Commissario delegato il Segretario regionale all'ambiente ed ai lavori pubblici della Regione Veneto, autorizzandolo all'individuazione ed alla realizzazione delle iniziative finalizzate all'attuazione degli interventi di che trattasi.

Con decreto del 2 agosto 2005, il Commissario dava avvio ad una procedura di project financing per l'aggiudicazione della concessione indicata in precedenza.

Il successivo 14 ottobre l'organo commissariale faceva propria la proposta pervenuta dal costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese "Veneto Acque S.p.A., Alles s.r.l., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A.", con capogruppo Veneto Acque S.p.A.

Il progetto base presentato dal promoter, successivamente aggiornato, veniva posto a base della procedura aperta per la selezione dei competitori ai sensi degli artt. 144 e 155, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

In esito alla gara, la ricorrente costituenda A.T.I. veniva individuata quale competitore del promotore nella procedura negoziata per l'affidamento della concessione.

Invitati entrambi i suddetti soggetti a formulare la propria migliore offerta sulla base delle prescrizioni di cui alla lettera invito del 9 novembre 2006, veniva valutata quale migliore offerta quella presentata dall' A.T.I. CO.ED.MAR. s.r.l. – DEMONT AMBIENTE s.r.l.

L'aggiudicazione veniva, tuttavia, pronunciata in favore del controinteressato costituendo raggruppamento "Veneto Acque S.p.A., Alles s.r.l., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A.", il quale, esercitando il diritto di prelazione ex art. 154, comma 1, ultimo periodo, del D.Lgs. 163/2006, adeguava la propria proposta a quella del competitor.

Questi i motivi di ricorso dedotti con l'impugnativa n. 12193/2006:

I.1) Violazione di legge, con riferimento all'art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni in legge 4 agosto 2006 n. 248. Violazione di legge con riferimento all'art. 2 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Eccesso di potere, sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento e/o erronea valutazione di fatti, violazione dei principi di buon andamento, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa



Con l'entrata in vigore dell'epigrafato decreto legge 223/2006 è stato inibito alle società a capitale pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali, lo svolgimento di prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara; accessoriamente prevedendosi la nullità dei contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del decreto stesso.

Viene quindi contestata – sulla base delle disposizioni di cui sopra – la legittimità dell'ammissione alla gara de qua della S.p.A. Veneto Acque, che è una società costituita dalla Regione Veneto per fini strumentali all'attività della Regione stessa, unico socio.

Sostiene ulteriormente parte ricorrente che, in ogni caso, la stipulazione del contratto con la costituenda A.T.I. aggiudicataria, sarà inficiata da nullità, per effetto delle corrispondenti previsioni pure dettate dal d.l. 223/2006.

Né, inoltre, sarà possibile all'aggiudicataria la costituzione di una società di progetto.

I.2) Violazione di legge, con riferimento agli artt. 43 e 49 del Trattato UE. Violazione del principio di parità di trattamento.

La disciplina del project financing, come dettata dagli artt. 153 e seguenti del D.Lgs. 163/2006, si porrebbe in violazione delle epigrafate disposizioni comunitaria, in ragione della posizione di vantaggio attribuita al promotore rispetto agli altri concorrenti

segnatamente sotto il profilo della consentita possibilità, per il primo, di procedere all'adeguamento della propria offerta rispetto a quella presentata dal competitore.

I.3) Violazione di legge, con riferimento alla lex specialis di gara. Violazione di legge, con riferimento all'art. 2 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, all'art. 41 della Costituzione ed agli artt. 81 e 82 del Trattato UE. Eccesso di potere, sotto il profilo della violazione dei principi di concorrenza, affidamento, trasparenza e par condicio.

Nella lettera invito del 9 novembre 2006 la stazione appaltante ha prescritto, a pena di esclusione, la presentazione a corredo dell'offerta di una dichiarazione che, dai dati del PEF già predisposto, risulta comunque assicurato l'equilibrio dell'intervento.

Il raggruppamento aggiudicatario, in sede di procedura negoziata ex art. 155, comma 1, lett. b), del D.Lgs. 163/2006, avrebbe invece presentato un PEF nuovo e diverso rispetto a quello prodotto in sede di presentazione della proposta di realizzazione dei lavori in discorso, con riveniente violazione della legge di gara.

I.4) Eccesso di potere, sotto il profilo della violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buona amministrazione. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Nell'osservare come la Commissione giudicatrice sia stata presieduta dal Commissario delegato (che è il Segretario regionale all'ambiente e ai lavori pubblici nella Regione Veneto), viene contestata la violazione degli epigrafati principi di trasparenza e imparzialità, atteso che il promoter aggiudicatario ha quale capogruppo una società – Veneto Acque S.p.A. – rispetto alla quale l'unico socio è la stessa Regione Veneto.

I.5) Violazione di legge, con riferimento all'art. 11, commi 10, 11 e 12, del D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere, sotto il profilo dell'erroneità della motivazione, della perplessità e contraddittorietà dell'azione amministrativa. Sintomi di sviamento.

Viene poi contestata la legittimità della deroga, per ragioni di presunta urgenza, al termine dilatorio previsto dal D.Lgs. 163/2006 ai fini della sottoscrizione del contratto (comunque sottoposto a condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti; mentre nel caso di specie è stata apposta esclusivamente una condizione risolutiva relativa agli accertamenti antimafia).

II) Con il successivo ricorso n. 1700/2007 parte ricorrente ha articolato ulteriori doglianze a seguito dell'esame della documentazione prodotta in sede giudiziale dall'organo commissariale, così sintetizzabili:

II.1) Violazione di legge, con riferimento alla lex specialis di gara. Eccesso di potere, sotto il profilo della violazione del principio di par condicio, della correttezza e della serietà della procedura. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Rileva in primo luogo parte ricorrente che il promotore, nell'esercizio del diritto di prelazione, abbia omesso di rendere la dichiarazione che, dai dati del PEF già predisposto, risulta comunque assicurato l'equilibrio dell'investimento, richiesta a pena di esclusione dalla lex specialis di gara.

Per l'effetto, il raggruppamento poi proclamato aggiudicatario avrebbe dovuto essere necessariamente escluso dalla procedura, atteso il carattere vincolante assunto dalla citata prescrizione del bando di gara.

II.2) Violazione di legge, con riferimento agli artt. 55 e 81 del D.Lgs. 163/2006. Violazione di legge, con riferimento alla lex specialis di gara. Eccesso di potere, sotto il profilo della violazione dei principi di economicità, di buon andamento, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, di concorrenza, affidamento e par condicio. Erroneità della motivazione, perplessità e contraddittorietà nell'azione amministrativa. Sintomi di sviamento.

Sostiene poi parte ricorrente l'erroneità del convincimento manifestato dall'organismo commissariale circa l'obbligatorietà, nel caso di accoglimento della domanda da essa proposta in

sede giudiziale, di rinnovazione dell'intera gara: laddove – atteso che la procedura è stata aggiudicata al promotore a seguito di adeguamento dell'offerta di quest'ultimo a quella presentata dal competitore, dovrebbe invece darsi luogo all'aggiudicazione in favore della ricorrente A.T.I.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento di entrambi i proposti gravami, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura e declaratoria di nullità del contratto medio tempore stipulato.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente – ai sensi dell'art. 7, lett. c), della legge 21 luglio 2000 n. 205 (che ha sostituito l'art. 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80) – il riconoscimento del pregiudizio asseritamente sofferto a seguito dell'esecuzione degli atti impugnati, con riveniente accertamento del danno e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

Le Amministrazioni intime, costitutesi in giudizio, hanno eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione delle impugnative.

Si è inoltre costituita in giudizio VENETO ACQUE S.p.A., parimenti insistendo per la reiezione dei gravami.

La domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale relativamente al ricorso n. 12193/2006, è stata da questo Tribunale respinta

con ordinanza n. 87, pronunciata nella Camera di Consiglio del 10 gennaio 2007.

I ricorsi vengono ritenuti per la decisione alla pubblica udienza del 18 aprile 2007.

## Diritto

Evidenti ragioni di connessione – rilevanti sotto i profili soggettivo ed oggettivo – consentono al Collegio di disporre la riunione dei ricorsi precedentemente indicati.

**I.** Vengono, in primo luogo, in considerazione le doglianze dalla parte ricorrente esplicitate con l'impugnativa n. 12193 del 2006.

**I.1** Ciò preliminarmente posto, appare opportuno esplicitare alcuni rilievi utili, ad integrazione di quanto riportato in narrativa, a puntualizzare aspetti della sottoposta vicenda contenziosa rilevanti ai fini del decidere.

Il Commissario delegato per l'emergenza socio economico ambientale relativa ai grandi canali di navigazione della Laguna di Venezia – nominato, con ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 3 dicembre 2004 n. 3383, nella persona del Segretario regionale all'ambiente ed ai lavori pubblici della Regione Veneto – avviava, con decreto 2 agosto 2005 n. 14, una procedura di project financing per l'aggiudicazione della concessione relativa allo "scavo dei canali portuali di grande navigazione sino alla quota intermedia di -11 m. s.l.m.m., manutenzione preordinata a garantire il

mantenimento di detta quota e connessa messa a dimora dei sedimenti dragati, anche mediante realizzazione di nuove opere, con capacità non superiore a 3.000.000 di metri cubi, di caratteristiche qualitative entro colonna C del protocollo di intesa 8 aprile 1993”.

La procedura anzidetta veniva avviata ai sensi dell'art. 37-bis della legge 109/1994, il quale (abrogato dall'articolo 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con decorrenza 1° luglio 2006) prevedeva che:

- “i soggetti di cui al comma 2, di seguito denominati "promotori", possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all'articolo 19, comma 2, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi” (comma 1);
- “possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 10 e 17, comma 1, lettera f) , eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi” (comma 2);

- "entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo con le modalità di cui all'articolo 80 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554" ... L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-quater, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti" (comma 2-bis, aggiunto dall'articolo 7 della legge 1° agosto 2002, n. 166 e successivamente modificato dall'articolo 24 della legge 18 aprile 2005, n. 62).

Di seguito all'avvio di tale procedimento, l'organo commissariale riceveva un'unica proposta, presentata dal raggruppamento temporaneo di imprese "Veneto Acque S.p.A., Alles s.r.l., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A."

Come sopra individuato il soggetto "promotore", il Commissario procedeva quindi alla pubblicazione del bando di gara a procedura aperta (approvato con decreto 3 agosto 2006 n. 15), ai sensi dell'art. 144 e dell'art. 155, comma 1, lett. a), del



D.Lgs. 163/2006 (medio tempore entrato in vigore) per la selezione del competitore, ponendosi a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore.

Le disposizioni da ultimo citate, infatti, stabiliscono che:

- "le stazioni appaltanti affidano le concessioni di lavori pubblici con procedura aperta o ristretta, utilizzando il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (art. 144, comma 1) e che "quale che sia la procedura prescelta, le stazioni appaltanti pubblicano un bando in cui rendono nota l'intenzione di affidare la concessione" (art. 144, comma 2);
- "entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'articolo 154 di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, applicano, ove necessario, le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, e, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 143, procedono, per ogni proposta individuata, ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83, comma 1, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano

economico-finanziario presentato dal promotore; si applica l'articolo 53, comma 2, lettera c)" (art.155, comma 1, lett. a).

Nel bando, è opportuno rammentare, veniva espressamente riservata al promotore la facoltà di "adeguare la propria offerta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente"; al riguardo osservandosi come tale prescrizione abbia carattere fedelmente riproduttivo della disposizione di cui al comma 1 dell'art. 37-ter della legge 109/1994 (modificato dall'articolo 7 della legge 1° agosto 2002, n. 166 e, ora, sostituito dall'art. 154 del D.Lgs. 163/2006), per effetto della quale "nella procedura negoziata di cui all'articolo 37-quater il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione".

In esito allo svolgimento della procedura come sopra indetta, il raggruppamento – odierno ricorrente - avente come capogruppo CO.ED.MAR. veniva individuato quale competitore.

Quest'ultimo ed il promotore venivano, quindi, invitati a presentare le proprie offerte.

La procedura si concludeva con l'adeguamento, ad opera del promotore, dell'offerta da quest'ultimo presentata a quella proposta dal R.T.I. di imprese ricorrente (risultata la più conveniente); e con l'accessiva aggiudicazione in via definitiva, allo stesso promotore, della gara all'esame.

**I.2.** Puntualizzato quanto sopra, viene in considerazione la prima delle censure dalla parte ricorrente dedotta con il ricorso n. 12193 del 2006.

Tale doglianza, come sintetizzato in narrativa, si appunta essenzialmente sulla asserita illegittimità della partecipazione alla procedura di Veneto Acque S.p.A., in quanto tale società – nella cui composizione entra, quale unico socio, la Regione Veneto – avrebbe dovuto essere estromessa in ragione dell'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni in legge 4 agosto 2006 n. 248.

Il comma 1 del citato articolo prevede, al riguardo, che "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre

1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti”.

Soggiunge il comma 4 dell'art. 1 all'esame (modificato dall'articolo 1, comma 720, della legge 27 dicembre 2006, n. 296) che “i contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data”

Alla portata applicativa dell'illustrato disposto normativo parte ricorrente assume acceda non soltanto l'illegittimità della mancata estromissione del promotore ad opera dell'Amministrazione precedente, ma, anche e in ogni caso:

- l'impossibilità, in capo al promotore stesso, di adempiere alle prescrizioni della concessione riguardanti l'obbligo di costituzione di una società di progetto ai sensi dell'art. 156 D.Lgs. 163/2006;
- la nullità del contratto stipulato in vigenza della disposizione onde trattasi.

**1.3.** La prospettazione introdotta con la censura all'esame va esaminata verificando la portata applicativa della disciplina introdotta dal d.l. 223/2006 con riferimento alla procedura avviata dal Commissario straordinario e conclusasi con l'aggiudicazione in favore del R.T.I. controinteressato.

Va preliminarmente disattesa l'eccezione di tardività della censura – dedotta sia dalla difesa erariale, che dal suddetto R.T.I. – atteso che, se è ben vero che la conoscibilità del promotore ha coinciso con l'emanazione del bando di gara per l'individuazione del competitore (agosto 2006) e se è parimenti vero che lo stesso promotore, per effetto delle disposizioni in materia di project financing, non poteva essere escluso, in tale veste, dalla partecipazione alla procedura (ad essa accedendo la consentita esercitabilità della prelazione disciplinata dall'art. 154 del D.Lgs. 163/2006 (ex art. 37-ter della legge 109/1994), è altrettanto vero che l'insorgenza dell'interesse, in capo all'odierna ricorrente, non può essere fatto coincidere se non:

- con la utile partecipazione alla gara stessa (conclusasi con l'individuazione, in quanto recante la migliore offerta, della proposta presentata da CO.ED.MAR. e della designazione di quest'ultima in qualità di competitore);
- e con il successivo esercizio della prelazione da parte di Veneto Acque (in difetto della quale la procedura sarebbe stata aggiudicata alla ricorrente stessa).

Se, conseguentemente, il gravame si rivela tempestivamente proposto rispetto all'insorgenza dell'interesse in capo all'odierna ricorrente, deve tuttavia escludersi la fondatezza delle doglianze da essa relativamente all'asserita portata preclusiva ai fini della

partecipazione alla procedura di Veneto Acque conseguente all'operatività delle disposizioni ex art. 13 del d.l. 223/2006.

Tale considerazione consegue al fondamentale carattere di unitarietà della procedura all'esame.

L'istituto del project financing, come in precedenza illustrato, consiste essenzialmente in un complesso procedimento di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in più fasi distinte:

- a) in una prima fase, l'Amministrazione, previa valutazione favorevole degli elementi analiticamente indicati dall'art. 37-ter, provvede ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse;
- b) in una seconda fase provvede, mediante licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37-quater comma 1 lett. a), della legge 109/1994;
- c) mentre la terza fase consiste, infine, nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento della fase precedente.

La sostanziale unitarietà di tale iter è già stata rilevata dalla giurisprudenza, nel senso che le norme sul project financing disciplinano la realizzazione di opere pubbliche su iniziativa del

promotore secondo un procedimento complesso articolato in varie fasi, che trovano momento culminante nell'aggiudicazione della concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte selezionati mediante apposita gara, ovvero, nel caso in cui alla gara abbia partecipato un solo soggetto, fra quest'ultimo ed il promotore (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6847, 10 febbraio 2004, n. 495, 5 settembre 2002, n. 4468).

In ragione della divisata unitarietà delle procedura preordinata alla conclusiva aggiudicazione della concessione (in tal senso, si confronti anche Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2006 n. 6727), deve escludersi che il complessivo iter procedimentale possa essere suscettibile di parcellizzata considerazione con riferimento alle diverse fasi che ne compongono lo svolgimento; partitamente considerandosi, come la prospettazione di parte ricorrente suggerisce, l'iter di individuazione del competitore rispetto all'individuazione della proposta del promotore che con quest'ultimo viene conclusivamente posto a raffronto, come in precedenza illustrato, ai fini dell'affidamento dell'intervento.

La sistematica interpretativa proposta dalla parte ricorrente è funzionale alla sostenuta applicabilità – in ragione della nota operatività del principio *tempus regit actum* – della

sopravvenienza normativa integrata dall'art. 13 del decreto legge 223/2006 alla procedura de qua.

Ostano tuttavia all'accogliibilità della tesi in esame:

- non soltanto il carattere, del quale si è trattato, di unitarietà del procedimento di project financing: tale che la normativa disciplinante lo svolgimento non può essere, alla stregua di quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 13 citato, che quella vigente al momento di adozione del decreto 2 agosto 2005 n. 14 (logicamente applicandosi la medesima sistematica interpretativa che, sulla base di quanto stabilito dall'ultima parte della disposizione in rassegna, riconosce la persistente validità dei contratti conclusi – pur a fronte di una generale declaratoria di nullità dei negozi giuridici stipulati dopo la data di entrata in vigore del decreto stesso, in violazione delle prescrizioni di cui ai precedenti commi 1 e 2 - “in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data”);
- ma, in linea generale, il notorio principio di depotenziata applicabilità, relativamente alle procedure lato sensu concorsuali, in itinere, della lex superveniens.

Sotto tale ultimo profilo, costituisce precipitato logico-assertivo di un costante, quanto convincente, orientamento giurisprudenziale il principio secondo cui le disposizioni normative sopravvenute non trovano applicazione relativamente



alle procedure in itinere alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio *tempus regit actum* attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di una procedura "concorsuale" di selezione; vieppiù contrassegnata, come nella fattispecie all'esame, dall'evidenziato carattere di unitarietà) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio.

Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenute non modificano, di regola, le procedure già bandite, a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse.

Con riferimento a quanto da ultimo sottolineato, non può esimersi il Collegio – a completamento delle osservazioni in precedenza rassegnate – dal porre in evidenza che proprio la letterale formulazione del testo del comma 4 dell'art. 13 del decreto 223/2006, come modificato dall'articolo 1, comma 720, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 assevera l'esposto convincimento in ordine alla "insensibilità" della procedura de qua agli effetti di tale *lex superveniens* (in ciò confermandosi il convincimento già omogeneamente espresso dalla Sezione I-ter di questo Tribunale, con sentenza 20 febbraio 2007 n. 1486): e

ciò ove si consideri che la locuzione (ora vigente) relativa alle "procedure di aggiudicazione bandite" anteriormente all'entrata in vigore del decreto stesso ha sostituito l'originaria espressione "procedure di aggiudicazione perfezionate".

Ne consegue, con ogni evidenza, che il Legislatore della legge finanziaria per il 2007, innovando al testo normativo in questione, ha inteso far espressamente salvi gli effetti, anche a livello contrattuale, conseguenti non già alle procedure di aggiudicazione "definite", ma anche a quelle meramente "indette" (rectius: "bandite") anteriormente: e ciò ad ulteriore prova, normativamente asseverata, dell'assunto in precedenza esplicitato dal Collegio quanto alla inoperatività, relativamente al caso di specie, delle preclusioni dettate ai commi 1 e 2 dello stesso articolo 13.

**I.4.** Deduce ulteriormente CO.ED.MAR. la violazione degli artt. 43 e 49 del Trattato UE, in relazione all'affermata violazione del principio di parità di trattamento, in ragione della posizione preferenziale attribuita dalla normativa in favore del promotore, al quale – come in precedenza evidenziato – è riconosciuto il diritto di prelazione, consistente nella facoltà di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente e rendersi pertanto affidatario del servizio.

Come è noto, la Comunità Europea ha aperto una procedura di infrazione ai danni dello Stato Italiano facendo presente che il

diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166 del 2002 viola il principio di parità di trattamento, vuoi perché consente al promotore di aggiudicarsi la concessione mediante il semplice adeguamento dell'offerta a quella del concorrente risultato vittorioso, vuoi perché la disciplina del project financing, pur disponendo la pubblicazione in G.U.C.E. di un avviso indicativo volto a far conoscere l'esistenza di interventi realizzabili mediante l'istituto della finanza di progetto, non prevedeva in alcun modo che detto avviso rendesse noti i vantaggi di cui beneficia il promotore nella successiva fase della procedura negoziata; ulteriormente osservando che solo una siffatta pubblicità consentirebbe a tutti i soggetti potenzialmente interessati di valutare, disponendo di tutte le necessarie informazioni, la convenienza, soprattutto in termini economici, della presentazione di un'eventuale proposta ovvero della mera partecipazione alla seconda fase della procedura negoziata.

Ciò posto, si rileva come la giurisprudenza, con riferimento alla problematica sopra evidenziata – ed alla connessa esigenza che la disciplina in materia di project financing, in ragione della peculiare posizione attribuita al promotore, non impinga in una violazione del principio di parità di trattamento – ha affermato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5316) che solo attraverso il rispetto delle forme di pubblicità introdotte dalla citata legge 166/2002 l'Amministrazione aggiudicatrice

garantisce effettivamente ai privati, potenzialmente interessati alla concessione, la possibilità di presentare proposte da sottoporre al vaglio dell'amministrazione aggiudicatrice e per tale verso concorrere ad essere prescelti come promotori.

Diversamente opinando, e cioè qualora si ritenesse possibile assegnare il diritto di prelazione pur in mancanza della cennata pubblicità dei programmi, si finirebbe per offrire, in palese violazione della indicata ratio legis nonché dei generali principi di concorrenza e par condicio, una ingiustificata posizione di prevalenza al soggetto promotore, in quanto non bilanciata da una misura idonea a garantire che tutti i soggetti potenzialmente interessati siano posti in grado, in condizioni di parità, di valutare l'opportunità di assumere la qualità di promotore.

Dalle suesposte considerazioni discende, allora, che solo nell'ipotesi in cui la procedura di "project financing" sia stata avviata dalle Amministrazioni aggiudicatrici sulla scorta di proposte ritenute di pubblico interesse sulla base di programmi resi pubblici nelle forme previste dalla legge 166/2002 è ragionevolmente consentito assegnare, altresì, al promotore il "diritto di prelazione".

Che, quanto alla fattispecie in esame, le predette forme di pubblicità siano state puntualmente ed esaustivamente osservate dalla precedente Amministrazione non è, invero,

revocabile in dubbio, secondo quanto dimostrato dagli atti depositati in giudizio: per l'effetto imponendosi la rielezione della censura ora all'esame.

**1.5.** Lamenta poi parte ricorrente che il promotore, in violazione di una specifica disposizione della *lex specialis*, avrebbe prodotto, in sede di svolgimento della procedura negoziata, un nuovo (e diverso) piano economico e finanziario (PEF) rispetto a quello presentato a corredo dell'originaria proposta: per l'effetto assumendosi che, a fronte di tale condotta, lo stesso promotore avrebbe dovuto essere necessariamente estromesso dalla procedura, in ragione della sanzione di esclusione ricongiunta a siffatta modificazione.

Va al riguardo rilevato che, come posto in evidenza dall'Avvocatura di Stato con memoria depositata il 9 gennaio 2007, i soggetti aspiranti all'aggiudicazione della concessione (promotore; competitori) sono stati resi edotti dall'Autorità Portuale di Venezia (nota del 27 luglio 2006) che quest'ultima aveva disposto l'erogazione di anticipazioni sull'importo complessivo massimo con frazionamento in cinque annualità per un importo unitario pari ad € 9.000.000,00.

Conseguentemente, il promotore ha provveduto a parametrare la propria offerta al *quid novi* integrato dalla illustrata disponibilità alla concessione di anticipazioni (elemento, quest'ultimo, inserito nel bando preordinato alla selezione dei

competitori): per l'effetto dovendosi escludere non soltanto il carattere di novità del PEF come sopra rimodulato da Veneto Acque, ma anche la contrarietà di siffatta riformulazione alle prescrizioni di gara, con riveniente indivisibilità dell'argomentazione – dedotta dalla parte ricorrente – secondo la quale la condotta nella circostanza posta in essere dal R.T.I. controinteressato avrebbe dovuto imporre l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura de qua.

**1.6.** Quanto alla contestata partecipazione, in qualità di Presidente del seggio di gara, del Commissario delegato (dirigente della Regione Veneto, partecipante in maniera esclusiva al capitale di Veneto Acque), deve escludersi che sia stato compiutamente dimostrato che siffatta presenza abbia indotto una valenza decettiva allo svolgimento delle funzioni rimesse al predetto organismo.

Nell'osservare, infatti, come lo svolgimento della selezione per l'individuazione dei competitori si sia risolto con la scelta dell'odierna ricorrente, va ulteriormente rilevato che la mancata aggiudicazione della concessione, da parte di quest'ultima, è conseguita unicamente all'esercizio della prelazione ad opera del promotor: con la conseguenza che non è dato ravvisare, all'interno della consecuzione di atti che ha condotto all'adozione della conclusiva determinazione, alcun esercizio di

discrezionali apprezzamenti che avrebbero potuto risentire della particolare posizione rivestita dal Presidente del seggio di gara. Né, fuori dalla dimostrata presenza di emergenze valutative che possano, anche all'interno di procedimenti logici a carattere meramente induttivo, consentire di apprezzare (con carattere di concreta concludenza) la fondatezza della censura all'esame (dedotta sub specie della violazione dei precetti di imparzialità, trasparenza e buona amministrazione dell'agire pubblico) è dato convenire con argomentazioni che non si sollevano, altrimenti, dal rango di indimostrate asserzioni.

**1.7.** Contesta poi parte ricorrente la deroga, a fronte della quale viene argomentato il carattere non dimostrato delle sottese ragioni di urgenza, quanto all'osservanza del termine dilatorio previsto dal D.Lgs. 163/2006 ai fini della sottoscrizione del contratto; ulteriormente argomentandosi che la prevista condizione sospensiva, relativa all'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti, sarebbe stata illegittimamente mutata in una condizione risolutiva relativa agli accertamenti antimafia.

Le disposizioni rilevanti ai fini della delibazione di tale censura sono contenute nell'art. 11 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, il quale dispone che:

- o "il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di

aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV" (comma 10);

- o "il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori" (comma 11);
- o "l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento" (comma 12).

Nel rilevare come il regolamento al quale il riportato comma 12 rinvia non ha ancora formato oggetto di approvazione, va ulteriormente osservato come l'art. 253 dello stesso D.Lgs. 163/2006 abbia stabilito che "per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5 continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al presente codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all'articolo 5, nei limiti di compatibilità con il presente codice".



Proprio il rinvio, operato dall'articolo da ultimo riportato, alle disposizioni di cui al D.P.R. 554/1999 rende ammissibile l'anticipata esecuzione ove sussistano ragioni d'urgenza; in proposito dovendosi rilevare:

- non solo che parte ricorrente ha omesso di confutare, con concludenti argomentazioni, il ricorrere di siffatte ragioni d'urgenza (in proposito dovendosi rammentare come l'intera procedura all'esame si sia svolta all'interno di un quadro emergenziale, la cui riscontrata presenza ha costituito presupposto per l'investitura dei poteri commissariali e per la conseguente adozione, da parte dell'organo straordinario insediato, degli atti volti a fronteggiare l'emergenza socio economico ambientale determinatasi nella Laguna di Venezia);
- ma che, vieppiù, la sottoscrizione della convenzione di concessione, originariamente prevista per il 29 dicembre 2006, non è a tale data comunque intervenuta (in ragione del provvedimento cautelare monocratico reso dalla Sezione), di tal guisa che la doglianza all'esame si dimostra, allo stato, non assistita dal necessario interesse in capo alla parte ricorrente.

Quanto al diverso atteggiarsi della condizione – da sospensiva a risolutiva – pure dalla parte ricorrente dedotto quale aspetto inficiante, va sottolineato che proprio la ipotizzata definizione in

via d'urgenza del rapporto negoziale accessivo alla convenzione non poteva non implicare – in ragione della verifica, necessariamente successiva, della presenza dei necessari requisiti soggettivi – siffatta mutata configurazione del presupposto condizionante l'idoneità alla produzione di effetti giuridicamente rilevanti da parte del negozio giuridico onde trattasi.

**II.** Esclusa, alla stregua delle considerazioni precedentemente esposte, l'accogliibilità del primo dei riuniti ricorsi (n. 12193 del 2006), rileva il Collegio come anche la seconda delle impugnative all'esame (distinta al R.G. dell'anno 2007 con il n. 1700) non rechi profili di censura meritevoli di favorevole considerazione.

**II.1.** Quanto al primo dei motivi con essa dedotti, è dato evincere dagli atti di causa – contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente – che la controinteressata Veneto Acque ha reso due dichiarazioni, entrambe alla data del 21 novembre 2006, recanti:

- indicazione della tariffa annua per metro cubo e del tempo di esecuzione dei lavori;
- allegazione del PEF rielaborato dalla Banca Nazionale del Lavoro.

In entrambe le suddette dichiarazioni si dà espressamente atto – con riferimento al profilo di censura nella fattispecie sollevato

– che “risulta comunque assicurato l’equilibrio dell’investimento”.

Né può fondatamente argomentarsi che tale dichiarazione non sia stata, ulteriormente, apposta a corredo della dichiarazione, pure resa dal R.T.I. controinteressato, recante data del 23 novembre 2006, con la quale il promotore ha esercitato, a fronte dell’offerta presentata dal competitore selezionato dall’Amministrazione, il diritto di prelazione al medesimo riconosciuto dalla legge: al riguardo osservandosi come tale obbligo non fosse per tale fase della procedura sancito dalla lex specialis della procedura, integrata dalla lettera di invito in data 9 novembre 2006.

**II.2** Palesemente inammissibile è, poi, la seconda delle censure dedotte con il ricorso n. 1700/2007, con la quale parte ricorrente ha rappresentato l’erroneità del convincimento, manifestato dall’organismo commissariale con nota del 29 novembre 2006, circa l’obbligatorietà, nel caso di accoglimento della domanda dalla ricorrente stessa proposta in sede giudiziale, di rinnovazione dell’intera gara.

Tale nota, infatti, non rivela contenuto provvedimento e, comunque, valenza attualmente lesiva per la posizione dalla ricorrente dedotta in giudizio, limitandosi essa ad esternare un convincimento che – impregiudicata la fondatezza delle sottese argomentazioni – non è stato sostanziato dall’adozione di

omogenea determinazione con la quale la gara in questione sia stata, in luogo di procedersi alla diretta aggiudicazione in favore di CO.ED.MAR., riavviata.

Deve pertanto escludersi, in ragione della ravvisata carenza, nell'atto come sopra impugnato, di un'attuale e concreta attitudine lesiva per la posizione giuridica vantata dalla ricorrente, che la nota anzidetta possa ammissibilmente essere sottoposta a delibazione, alla luce delle censure avverso essa esposte.

**III.** Nel ribadire le considerazioni in precedenza esplicitate, dispone il Collegio che, in ragione della riscontrata infondatezza delle doglianze dedotte con i ricorsi nn. 12193 del 2006 e 1700 del 2007, entrambi i gravami, come sopra riuniti, siano respinti. Accede all'anzidetta conclusione la preclusa esaminabilità della domanda risarcitoria dalla parte ricorrente pure fatta valere in ragione dell'asserito pregiudizio alla medesima riveniente dall'esecuzione degli atti impugnati.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I – preliminarmente riuniti i ricorsi nn. 12193 del 2006 e 1700 del 2007, proposti entrambi da CO.ED.MAR. s.r.l. (in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I. CO.ED.MAR. s.r.l. –

DEMONT AMBIENTE s.r.l.), respinge entrambe le suddette impugnative.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 18 aprile 2007, con l'intervento dei seguenti magistrati:

Pasquale DE LISE – Presidente

Roberto POLITI – Consigliere, relatore, estensore

Mario Alberto DI NEZZA – Primo Referendario

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE