



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 6430 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da: SOC CINTRA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE SA + ATI; CMC COOPERATIVA MURATORI CEMENTISTI DI RAVENNA; SOC FERROVIAL AGROMAN SA; SOC MERLONI FINANZIARIA SPA, rappresentate e difese da: CLARIZIA AVV. ANGELO, con domicilio eletto in ROMA, VIA PRINCIPESSA CLOTILDE, 2 presso lo studio dello stesso;

contro

Anas - Spa, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; Collegio Tecnico per

l'Intervento "Collegamento viario tra il porto di Ancona e la grande viabilità"; Comitato Interministeriale per la Programmazione economica;

nei confronti di

Soc Impregilo Spa + Ati con Astaldi spa, Itinera spa, Impresa Pizzarotti & C spa, rappresentate e difese dagli Avv.ti Carbone Benedetto Giovanni e Annoni Marco, con domicilio eletto in ROMA, Viale di Villa Grazioli,13, presso lo studio del primo;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della delibera del Consiglio di amministrazione di ANAS s.p.a. del 23 aprile 2008, con la quale l'ANAS s.p.a. ha deliberato di dichiarare di pubblico interesse la proposta presentata dalla a.t.i. costituita tra Impregilo s.p.a. ed altre società nell'ambito dell'affidamento in concessione delle attività di progettazione, realizzazione e successiva gestione del collegamento viario compreso tra il porto di Ancona e la grande viabilità – Procedura DG PF01/07 di selezione del promotore ai sensi degli artt. 152 e segg. del D.Lgs. n. 163/2006, e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale tra cui i verbali di gara, l'avviso spedito alla GUUE il 7.7.2007, la nota ANAS 13.6.2008;

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti i cinque atti di motivi aggiunti proposti dalla parte ricorrente, riguardanti anche (il quarto di essi) i provvedimenti di modifica alla proposta ATI Impregilo di cui ai verbali del Collegio Tecnico del 21.9.2009, 8.10.2009, 22.10.2009, la conferma della dichiarazione di

pubblico interesse della proposta Impregilo, le determinazioni Anas di cui ai verbali suddetti e i verbali stessi, nonché (il quinto di essi) il provvedimento assunto dal Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica nella seduta del 13.5.2010 di approvazione del "progetto preliminare del collegamento viario tra il porto di Ancona e la grande viabilità, interamente a carico della finanza di progetto" dell'Ati Impregilo;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas - Spa e di Soc Impregilo Spa + Ati;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visto il ricorso incidentale con gli ulteriori relativi motivi, depositato dalla Impregilo spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2010 il dott. Domenico Lundini e uditi per le parti, all'udienza stessa, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Costituisce prioritario oggetto d'impugnativa, nella controversia in esame, la delibera del Consiglio di Amministrazione di ANAS spa del 23.4.2008, con la quale è stata dichiarata di "pubblico interesse" la proposta presentata dall'ATI costituita tra le società Impregilo, Astaldi, Itinera, Pizzarotti & C., nell'ambito di un procedimento per l'affidamento in concessione delle attività di progettazione, realizzazione e successiva gestione del collegamento viario tra il Porto di Ancona e la grande viabilità, mediante ricorso alla finanza

di progetto (procedura DG PF01/07 di selezione del promotore ai sensi degli artt. 152 e seguenti del D.Lgs. n. 163/2006).

L'individuazione dell'Ati suddetta come soggetto promotore è censurata dall'ATI avente la società Cintra Concesiones de Infraestructuras de Transporte come mandataria (che ha presentata anch'essa proposta nel medesimo procedimento), con il ricorso e i motivi aggiunti di cui in epigrafe, i quali investono poi anche le modifiche apportate al progetto del promotore, a sua volta modificativo del progetto preliminare ANAS, in sede di esame da parte del Collegio Tecnico costituito ai sensi dell'art. 165 co. 6 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché, da ultimo la stessa approvazione del progetto in questione da parte del CIPE nella seduta del 13.5.2010.

Essendosi ancora, tuttavia, nella fase della procedura antecedente l'indizione della gara vera e propria, ex art. 155 (vigente all'epoca di avvio della procedura stessa) del D.Lgs. n. 163/2006, l'esame del ricorso postula la preliminare definizione della questione riguardante la lesività ed impugnabilità immediate (o meno) degli atti allo stato intervenuti e contestati.

Al riguardo, questo Tribunale, con ordinanza n. 3705 del 18.7.2008, sebbene ai fini della definizione di una fase processuale di accesso incidentale, ex art. 25 della legge n. 241/1990, all'epoca instaurata dal ricorrente raggruppamento, aveva motivatamente opinato -con diffuse ed analitiche argomentazioni riguardanti, in particolare, anche l'autonoma valenza provvedimentale, nell'ambito del complesso meccanismo del project financing, della fase e dell'atto di individuazione della proposta di "pubblico interesse"- circa l'autonoma impugnabilità (giustificativa quindi del diritto d'accesso

ai relativi atti e documenti) dell'atto di scelta del soggetto "promotore" ex art. 154 del D.Lgs. n. 163/2006.

Peraltro, in accoglimento di ricorsi in appello proposti dalla società Impregilo e da Anas spa, tale ordinanza è stata riformata, con motivate ordinanze del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4972 e n. 4973 del 23.9.2008, sulla base, tra l'altro, per quanto interessa in questa sede, dell'affermazione per cui "una delle peculiarità del project financing consiste nella previsione di un procedimento volto all'affidamento della concessione sostanzialmente unitario, anche se articolato in due distinte fasi, la prima volta alla selezione del promotore e la seconda consistente nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito della fase precedente, con la conseguenza che risulta impugnabile solo il provvedimento conclusivo della intera procedura".

Tale orientamento del Consiglio di Stato è stato successivamente più volte ribadito (vedi decisione Sez. V n. 3319 del 28.5.2009), anche con riferimento specifico, su appelli proposti proprio da ANAS ed Impregilo, alla procedura di cui trattasi (per l'affidamento in concessione delle attività di progettazione, realizzazione e successiva gestione del collegamento viario compreso tra il porto di Ancona e la grande viabilità -procedura DG PF01/07 di selezione del promotore ai sensi degli artt. 152 e seguenti del D. Lgs. 163/06), con decisione della Sez. V n. 392 del 26.1.2009 (vedi anche decisione della stessa Sez. n. 391/2009).

Si afferma, tra l'altro, nella suddetta decisione n. 392/09:

-che "ANAS S.p.A. ha avviato una procedura di project financing per l'affidamento in concessione delle attività di progettazione,

realizzazione e successiva gestione del collegamento stradale tra il porto di Ancona e la grande viabilità”;

-che sulla scorta del quadro normativo di cui all’avviso indicativo ANAS per la selezione del promotore, “del tutto conforme alle disposizioni contenute negli articoli 153, 154 e 155 del già citato decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non” poteva condividersi la tesi sostenuta dal TAR, “ma puntualmente avversata dalle parti appellanti, circa la assoluta autonomia ed indipendenza della fase di selezione del promotore rispetto all’intero procedimento di project financing, così da determinare l’immediata lesività ed impugnabilità della individuazione del progetto dichiarato di pubblico interesse, indipendentemente dalla conclusione del procedimento stesso (e quindi dall’aggiudicazione della concessione)”;

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

adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai soggetti offerenti”;

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

-che pertanto “la dichiarazione di pubblico interesse di un determinato progetto, per quanto costituisca concreta manifestazione dell’esercizio del potere discrezionale dell’amministrazione, non assicura di per sé al relativo soggetto presentatore alcuna diretta ed immediata utilità, la quale non può

essere valutata ed apprezzata indipendentemente dalla successiva fase di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dall'aggiudicazione della concessione”;

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

-che “il delineato profilo unitario della procedura in esame si apprezza agevolmente proprio con riferimento alla questione

specifica oggetto di controversia” ove ai sensi dell’articolo 155 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, “l’amministrazione indice la gara ponendo a base il progetto preliminare, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico - finanziario presentato dal promotore” per cui risulta evidente “che nessuna autonomia può essere riconosciuta alla fase che si compie con la selezione del progetto da dichiarare di pubblico interesse, tanto più che uno degli elementi di tale progetto (il piano economico – finanziario) è destinato a diventare l’elemento fondamentale per lo svolgimento della successiva gara ad evidenza pubblica, ed in particolare per la selezione dell’offerta economicamente più vantaggiosa”.

Tanto premesso, rileva il Collegio che la suddetta, inequivoca, presa di posizione del CdS circa la natura giuridica della procedura di project financing di cui trattasi, nella disciplina vigente all’epoca dell’avvio della stessa, non è certamente meno probante e significativa, con riferimento alla ritenuta non lesività e non impugnabilità immediate dell’atto di selezione del promotore e di individuazione della proposta di “pubblico interesse”, per essere stata assunta in sede di giudizio riguardante accesso ad atti ex art. 25 L. n. 241/90, trattandosi comunque di affermazioni di principio non limitativamente correlate e circoscritte alla specifica materia della trasparenza documentale.

Ritenendo dunque il Collegio stesso di dover aderire al menzionato indirizzo del giudice di appello, ne consegue, in dipendenza della valenza non autonomamente lesiva ed immediatamente impugnabile

degli atti in contestazione (ivi compresi quelli, quali la delibera CIPE, successivi alla determinazione ANAS di individuazione del promotore e della relativa della proposta di "pubblico interesse", ma pur sempre antecedenti all'atto di indizione della gara vera e propria), l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dall'istante ATI Cintra, per difetto di interesse. L'esito del ricorso principale (e dei relativi motivi aggiunti) determina, a sua volta, l'improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, del ricorso incidentale e successivi ulteriori motivi proposti da Impregilo spa. Le spese e gli onorari del giudizio, stante la peculiarità della questione trattata e le oscillazioni giurisprudenziali, possono essere compensati tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, III, conclusivamente pronunciando, così decide:

- dichiara inammissibile il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale e i relativi motivi integrativi;
- compensa le spese e gli onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2010

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

IL SEGRETARIO