

N. 00099/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01687/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1687 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Net Engineering S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Vanilla Resente, Nicola Creuso, Stefania Lago, Antonio Franciosi, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.;

contro

Regione Veneto in Persona del Presidente P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Zanlucchi, Antonella Cusin, Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso Francesco Zanlucchi in Venezia, Regione Veneto - Cannaregio, 23; Ministero dell'Economia e delle Finanze, Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Venezia, San Marco, 63;

nei confronti di

Adria Infrastrutture S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Fabrizio Lemme, Antonella Anselmo, con domicilio eletto presso Ludovico Marco Benvenuti in Venezia, Santa Croce, 205; Strade del Mare S.p.A., Consorzio via del Mare;

per l'annullamento

della delibera adottata dal CIPE nella seduta del 30.4.2012, con cui è stato approvato con prescrizioni il progetto preliminare del collegamento autostradale "Via del Mare: A4 - Jesolo e litorali".

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Veneto in Persona del Presidente P.T. e di Adria Infrastrutture S.p.A. e di Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2012 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso integrato da motivi aggiunti, Net Engineering s.p.a. ha impugnato la D.G.R.V. n. 988 del 21 aprile del 2009 con la quale, «a seguito dei lavori della Commissione istituita con DGR n. 2670 del 11.9.2007, per l'esame delle proposte pervenute relative alla Superstrada a pedaggio denominata "Via del Mare: collegamento A4-Jesolo e litorali"», è stata dichiarata di pubblico interesse la proposta di finanza di progetto (per la progettazione, costruzione ed esercizio della superstrada in questione) presentata in data 2.4.2007 dalle società Adria Infrastrutture s.p.a., Strade del Mare s.p.a., e Consorzio Via del Mare, nonché la delibera adottata dal CIPE nella seduta del

30 aprile 2012, con cui è stato approvato con prescrizioni il progetto preliminare autostradale suddetto.

1.1. Alla procedura conclusasi con il provvedimento impugnato ha partecipato anche Net Engineering s.p.a., quale mandante del costituendo RTI con Autovie Venete s.p.a. e Finanziari Internazionale Securitisation Group s.p.a.

1.2. L'avviso con il quale era stata indetta la procedura in questione (cfr. Avviso pubblicato in GUUE il 25 maggio 2007) – premesso che in data 1.4.2007 le società Adria Infrastrutture s.p.a. e Consorzio Via del Mare avevano congiuntamente presentato alla Regione Veneto, «in qualità di proponenti», «una proposta di finanza di progetto ai sensi dell'art. 153 del d.lgs. n. 1663/2006 e della L.R. n. 15 /2002» per la realizzazione della superstrada suddetta – prevedeva che l'Amministrazione avrebbe proceduto «in maniera obiettiva e non discriminatoria alla individuazione della proposta» che avrebbe dovuto costituire, in seguito, «base di gara per l'aggiudicazione della concessione, in attuazione a quanto disciplinato dal comma 3 dell'art. 11 della L.R. 11/2002».

1.3. Sempre secondo detto avviso, la selezione de qua sarebbe stata condotta sulla base di tre elementi:

- a) «qualità tecnica della proposta progettuale presentata, anche con riferimento agli elementi di carattere ambientale (40 punti su 100)»;
- b) «quota di capitale pubblico richiesto e sua percentuale in rapporto al costo complessivo stimato per la realizzazione dell'opera (40 punti su 100)»;
- c) «livello di soddisfacimento delle esigenze di mobilità per il traffico locale, anche mediante l'adozione di forme agevolate di pedaggiamento (10 punti su 100)» (cfr. avviso pubblicato in GUUE il 25 maggio 2007).

1.4. Detta fase selettiva ebbe il seguente esito: al primo posto si classificò la proposta presentata dal RTI guidato da Adria Infrastrutture s.p.a., con 90 punti, mentre al secondo posto si classificò, con 88 punti, il RTI guidato dall'odierna ricorrente.

2. Orbene, ad avviso di Net Engineering s.p.a., tale scelta risulterebbe viziata per violazione e falsa applicazione dell'art. 152 e ss. del d.lgs. n. 163 del 2006, eccesso di

potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifeste, violazione del giusto procedimento e della par condicio dei concorrenti.

2.1. Segnatamente, la ricorrente si duole del fatto che la proposta presentata dal RTI guidato da Adria Infrastrutture s.p.a. sia stata «oggetto di una inopinata richiesta di modifica/adeguamento in corso di selezione e comparazione che avrebbe comportato la rinuncia a qualsiasi forma di contributo, risultando così concorrenziale e addirittura più vantaggiosa rispetto a quella» formulata dalla ricorrente, senza tuttavia che questo «adeguamento» sia stato richiesto anche a quest'ultima «in palese violazione dei più elementari principi di par condicio e di trasparenza nella valutazione comparativa».

2.2. Con successivo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha sviluppato e ulteriormente articolato la censura suddetta evidenziando tre profili di illegittimità.

2.2.1. In primo luogo, il Nucleo di valutazione e verifica degli investimenti (NUVV) avrebbe rilasciato parere “favorevole con prescrizioni” sulla proposta presentata dal RTI guidato da Adria Infrastrutture s.p.a. invero riscontrando «molteplici incongruità ed erroneità », sì da rilasciare il proprio nulla osta solo dopo aver ottenuto dall'ATI proponente l'impegno a rinunciare ai contributi pubblici contemplati nella propria offerta ed imponendo di apportare alla proposta una serie di modifiche funzionali (modifiche progettuali) e normative (modifiche alla bozza di convenzione allegata alla proposta).

2.3. Secondo la prospettazione della ricorrente, dunque, si sarebbe svolto un procedimento anomalo, conclusosi con il provvedimento impugnato, che avrebbe dichiarato di pubblico interesse, da un lato, «una proposta i cui contenuti si discostano notevolmente, se non integralmente, da quelli dell'offerta formulata in seno alla procedura comparativa dal RTI Adria Infrastrutture», con evidente violazione del principio di par condicio tra i concorrenti, dall'altro, un'offerta che, «così come concepita originariamente dal concorrente, non avrebbe potuto essere dichiarata di pubblico interesse e in relazione ai cui profili economico-finanziari e alla cui convenzione economica il NUVV non avrebbe di certo potuto esprimere parere favorevole».

2.3.1. Infatti le modifiche sollecitate dal NUVV avrebbero inciso direttamente ed in misura consistente sul PEF originario della proposta del RTI Adria Infrastrutture tanto da «doversi ragionevolmente ritenere che», in ragione di esse, «il PEF sia stato integralmente rielaborato dal promotore»: l'eliminazione dei contributi pubblici originariamente previsti da Adria Infrastrutture, nonché le consistenti modifiche apportate allo schema di convenzione su richiesta del NUVV (in particolare con riferimento alla nuova ripartizione dei rischi fra concedente e concessionario, inizialmente addossati interamente alla Regione) avrebbero in definitiva inciso su elementi che lo stesso concorrente aveva qualificato come «condizioni essenziali per il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario».

2.4. In secondo luogo, la Commissione avrebbe illegittimamente, nel corso dell'ultima seduta di gara del 30 gennaio 2009, ossia quando ormai erano già note le offerte, fissato «il criterio algebrico per l'assegnazione del punteggio relativo al predetto elemento b)» in applicazione del quale la proposta del RTI Net Engineering, «non prevedendo l'erogazione di alcun contributo regionale, ha conseguito il massimo punteggio mentre il punteggio assegnato all'offerta poi risultata aggiudicataria, pur contemplando un consistente contributo pubblico pari al 9,84% del costo stimato dell'opera, è stato decurtato di soli 4 punti su 40, risultando così pari a 36».

2.4.1. Tale *modus operandi* avrebbe violato sia i principi di trasparenza sia quelli di logicità e ragionevolezza, ponendosi altresì in contrasto con il criterio enunciato nell'avviso.

2.5. In terzo luogo, la stessa richiesta da parte di Adria Infrastrutture s.p.a. di un contributo pubblico pari ad oltre 20 milioni di euro costituirebbe di per se stesso motivo di esclusione della stessa proposta poiché ai sensi dell'art. 46 della L.R. n. 27 del 2003 la Regione potrebbe garantire la realizzazione di opere di pubblico interesse in *project financing* entro l'importo massimo di 15 milioni di euro.

2.6. Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha esteso il giudizio alla Presidenza del Consiglio dei ministri, al CIPE, al Ministero per le infrastrutture e dei trasporti, al Ministero dello sviluppo economico e al Ministero dell'economia e delle finanze, al fine di chiedere l'annullamento della delibera CIPE n. 56 del 2012 di approvazione del progetto preliminare dell'opera "Via del Mare: collegamento A4-

Jesolo e litorali” (approvazione con precisazioni e raccomandazioni anche ai fini dell’attestazione della compatibilità ambientale).

3. Si è costituita la Regione Veneto contestando l’ammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva in capo a Net Engineering infatti, posto che la proposta ad essa riferibile è stata presentata congiuntamente ad altri due operatori economici che non hanno impugnato il provvedimento, per cui in ipotesi di accoglimento, la medesima società non potrebbe validamente assumere, uti singula, il ruolo di “promotore”.

3.1. Quanto al merito, la difesa regionale osserva che nella procedura in esame vi sarebbe una netta separazione fra la fase di valutazione delle proposte presentate a seguito dell’avviso pubblico e quella dell’esame della proposta selezionata dalla Commissione da parte del NUVV.

3.1.1. Il raffronto delle proposte presentate implicherebbe, poi, una valutazione caratterizzata da ampia discrezionalità, in quanto tale non assimilabile, nei contenuti e nella forma, ad una vera e propria procedura di gara. Del tutto diversa sarebbe poi la successiva fase, volta ad indagare la sostenibilità economico-finanziaria del progetto e non a selezionarlo sulla base di una valutazione comparativa.

3.1.2. Inoltre, la presenza di un contributo pubblico non potrebbe comportare alcuna causa di esclusione nei confronti della proposta di Adria Infrastrutture s.p.a., trattandosi di un elemento ammesso dall’avviso, che ha coerentemente formato oggetto di valutazione in rapporto al criterio introdotto sub b).

3.1.3. Del pari, quanto all’esame compiuto dal NUVV, il relativo operato rientrerebbe nel compito istruttorio cui tale organo sarebbe istituzionalmente deputato. In particolare, qualora il NUVV rilevi che vi siano criticità superabili senza inficiare il PEF, sarebbe del tutto legittima l’introduzione di adattamenti della proposta, in contraddittorio con il proponente, come accaduto nel caso in esame.

4. Si è costituita in giudizio Adria Infrastrutture s.p.a., eccependo l’irricevibilità per tardività nonché l’inammissibilità del ricorso introduttivo così come dei motivi aggiunti, per carenza di interesse ad agire, per mancato assolvimento della prova di resistenza così come della necessaria impugnazione della parte valutativa della commissione.

4.1. La controinteressata ha eccepito altresì, da un lato, la contraddittorietà delle richieste avanzate, in assenza di precisazione di alcun rapporto di subordinazione fra le censure svolte, dall'altro, che alcun vantaggio potrebbe derivare alla ricorrente dall'annullamento richiesto in considerazione del fatto che quest'ultima si è classificata al secondo posto in graduatoria con 88 punti, a pari merito, con altra società concorrente (Società italiana per condotte d'acqua s.p.a.).

4.2. L'impugnazione risulterebbe comunque infondata sotto ogni profilo: l'operato della Commissione non avrebbe determinato alcuna violazione della par condicio, dal momento che l'aver incluso nella nozione di capitale pubblico non solo quello richiesto ai fini della realizzazione dell'opera, ma anche eventuali contributi in conto esercizio e contributi erogati alla fine del periodo di concessione, quale corrispettivo per la devoluzione dell'opera, corrisponderebbe alla ratio dell'istituto della finanza di progetto volto ad evidenziare il criterio di riparto della contribuzione e degli oneri finanziari dell'intervento rispettivamente tra soggetti pubblici e privato. Peraltro, il criterio introdotto dalla Commissione avrebbe del tutto opportunamente operato una contestualizzazione degli effetti finanziari del progetto, utilizzando un tasso di sconto finanziario del 5% in termini reali, in considerazione dell'ampiezza del periodo (2008-2050) del progetto.

5. Si è costituita in giudizio anche la Presidenza del Consiglio dei ministri eccependo il difetto di legittimazione attiva in capo alla società ricorrente in ordine alla impugnazione della delibera del CIPE n. 56 del 2012 di approvazione del progetto preliminare dell'opera "Via del Mare: collegamento A4-Jesolo e litorali" – per illegittimità derivata dalla DGRV n. 988 del 2009 con la quale è stata dichiarata di p.i. la proposta del RTI guidato da Adria Infrastrutture s.p.a. – trattandosi di atto autonomo rispetto alla procedura di gara dal cui annullamento non deriverebbe alcun vantaggio alla ricorrente.

6. All'udienza del 29 novembre la causa, dopo rituale discussione, è stata trattenuta in decisione.

7. Preliminarmente devono essere scrutinate le eccezioni di irricevibilità per tardività nonché di inammissibilità per difetto di legittimazione ed interesse ad agire.

7.1. Quanto alla tardività della proposizione del ricorso, deve rilevarsi che il procedimento di notifica è stato avviato mediante spedizione postale il 13.7.2009, mentre il termine ultimo per la notifica scadeva sabato 11.7.2009 (60 gg. dalla pubblicazione in data 12.5.2009 sul BUR della DGR n. 988 del 2009), sicché il termine risultava prorogato ex lege al lunedì 13.7.2009.

7.2. La proposizione del ricorso deve pertanto ritenersi tempestiva.

7.3. Deve, inoltre, affermarsi che ricorre anche un interesse attuale e concreto al ricorso in capo all'odierna ricorrente, considerato che nel procedimento di *project financing*, articolato in più fasi, la scelta da parte della stazione appaltante del promotore, a conclusione della prima di esse, determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori sub-procedimenti di aggiudicazione della concessione (cfr. Cons. St. Ad Prel. n. 1 del 2012).

7.4. Peraltro, tenuto conto della portata concreta delle censure svolte, con riguardo alla pretesa violazione della par condicio, deve altresì affermarsi che, pur in mancanza dell'assolvimento della prova di resistenza, residua comunque in capo alla ricorrente un interesse strumentale alla riedizione dell'intera procedura.

7.5. Sussiste inoltre anche la legittimazione ad agire, posto che, al caso di specie, risulta applicabile il principio consolidato in giurisprudenza e condiviso dal Collegio, secondo il quale essa spetta a ciascun componente del RTI, a ciò non ostando il mandato speciale collettivo conferito alla impresa mandataria, dal momento che il RTI non dà luogo ad un'entità giuridica autonoma che esclude soggettività alle singole imprese che lo compongono.

7.6. Tutte le eccezioni svolte in via preliminare devono pertanto essere respinte.

8. Passando all'esame del merito, il ricorso non merita accoglimento sotto alcuno dei profili sollevati.

8.1. Giova, preliminarmente, evidenziare che la procedura che viene in rilievo nel caso in esame, disciplinata dagli artt. 152 e ss. del d.lgs. n. 163 del 2006, si snoda attraverso

una pluralità di fasi che, ancorché fra loro collegate, rispondono a finalità ed ambiti valutativi diversi: occorre dunque tenere distinte, per quel che interessa la fattispecie oggetto di giudizio, la fase di valutazione delle offerte presentate a seguito dell'avviso pubblico, finalizzata alla scelta del soggetto "promotore" e caratterizzata da una valutazione comparativa, da quella dell'esame da parte del NUVV della proposta così selezionata dalla Commissione, avente ad oggetto la verifica della sostenibilità economica e finanziaria di essa, e, dunque, connotata da una valutazione della proposta sotto il profilo programmatico, funzionale ed economico.

8.2. La modifica/adeguamento del PEF, consistita nella rinuncia al contributo pubblico, tanto nella forma del canone di disponibilità annuale, quanto nella forma del corrispettivo per la devoluzione dell'opera, oltre ad essere senz'altro riferibile alla seconda fase – a valle cioè della selezione della migliore offerta operata dalla Commissione –, non appare aver determinato alcuno "stravolgimento" dell'offerta originariamente proposta, poiché, come si evince letteralmente dal parere espresso dal NUVV in data 15 aprile 2009 (allegato alla DGR n. 988 del 2009), «dall'analisi compiuta risulta che in presenza di queste modifiche il PEF non risulta snaturato e il tasso di rendimento si colloca ad un livello accettabile».

8.3. Tale *modus operandi* non ha dunque violato la par condicio fra i concorrenti, né il canone di trasparenza nella valutazione comparativa, poiché l'adeguamento dell'offerta, coerentemente con la scansione procedimentale dettata dall'art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006, è intervenuto nella fase a ciò deputata, al fine dettare le condizioni per renderla viepiù rispondente all'interesse pubblico e senza determinare un'alterazione tale dell'offerta da renderla non più rispondente a quella oggetto di comparazione, come invece asserito, ancorché non dimostrato, dalla ricorrente.

8.4. Inoltre, secondo un principio consolidato nella giurisprudenza, nella valutazione sulla rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori, l'Amministrazione esercita una discrezionalità assai lata, nonché sostanziali valutazioni di merito, per cui, dopo aver valutato le proposte presentate, essa provvede ad individuare quelle che ritiene di pubblico interesse, sulla base di giudizi di fattibilità strettamente connessi a scelte interne in ordine ai vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata (cfr. Cons. sta., n. 1741 del 2009).

8.6. In tale fase, quindi, proprio per essere intervenuta a monte la scelta, oggetto di tutela non è una uguale partecipazione dei concorrenti.

8.6.1. Conseguentemente, deve ritenersi destituita di fondamento la pretesa violazione dei principi di par condicio e trasparenza avanzata con il primo motivo di ricorso.

9. Anche il secondo motivo non è fondato: la Commissione non ha infatti introdotto alcun nuovo criterio di valutazione, una volta note le offerte, come invece preteso dalla ricorrente, essendosi limitata – come emerge documentalmente dal verbale della seduta del 30 gennaio 2009 – ad applicare alla odierna controinteressata una riduzione sul punteggio massimo consentito (40 punti) corrispondente alla percentuale fra contributo pubblico complessivamente richiesto e costo di realizzazione dell'opera (9,84%). I punti definitivamente attribuiti sono stati dunque 36 (40-4) a Adria Infrastrutture e 40 a Net Engineering (che, infatti, non aveva richiesto alcun contributo pubblico), sulla base di un'operazione matematica che ha reso (in funzione della percentuale di contributo pubblico richiesto) oggettivamente comparabili le offerte con riguardo al criterio sub b) concernente, appunto, la «quota di capitale pubblico richiesta e sua percentuale in rapporto al costo complessivo stimato per la realizzazione dell'opera».

10. Il ricorso non risulta meritevole di accoglimento neanche sotto il terzo profilo di censura.

10.1. Infatti, a prescindere dal dubbio in ordine all'esistenza o meno di un concreto interesse in relazione ad esso e premesso che il parametro deve essere individuato, sulla base del principio di specialità, negli artt. 4 e 10 della L.R. 15 del 2002 – recante Norme per la realizzazione di infrastrutture di trasporto, per la progettazione, realizzazione e gestione di autostrade e strade a pedaggio regionali e relative disposizioni in materia di finanza di progetto e conferenza di servizi –, anziché nell'art. 46 della L.R. n. 27 del 2003 – recante Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche –, risulta dirimente la considerazione secondo la quale le norme richiamate, specificamente disciplinanti le “modalità di finanziamento della concessione”, riguardano invero la successiva fase, di gara vera e propria, per la individuazione del concessionario, e non invece quella conclusasi con gli impugnati provvedimenti.

11. Alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere respinto sotto tutti i profili.

12. Le spese possono essere integralmente compensate fra le parti, in considerazione della complessità e peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)