

REPUBBLICA ITALIANA  
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE  
PER IL LAZIO  
ROMA

SEZIONE TERZA

Registro Ordinanze: / 8 Posfer  
Registro Generale: 6430/2008

nelle persone dei Signori:

STEFANO BACCARINI Presidente  
DOMENICO LUNDINI Cons., relatore  
CECILIA ALTAVISTA Primo Ref.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella Camera di Consiglio del 09 Luglio 2008

Viso il ricorso 6430/2008 proposto da:  
SOC CINTRA CONCESSIONES DE INFRASTRUTTURAS DE TRANS SA +  
ATI

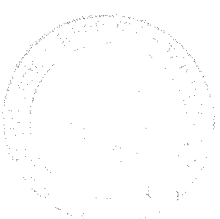
CMC COOPERATIVA MURATORI CEMENTISTI DI RAVENNA  
SOC FERROVIAL AGROMAN SA  
SOC MERLONI FINANZIARIA SPA

rappresentato e difeso da:  
CLARIZIA AVV. ANGELO  
con domicilio eletto in ROMA

VIA PRINCIPESSA CLOTILDE, 2  
presso  
CLARIZIA AVV. ANGELO

CONTRO

ANAS - SPA  
rappresentato e difeso da:  
AVVOCATURA DELLO STATO  
con domicilio eletto in ROMA  
VIA DEI PORTOGHESI, 12



*presso la sua sede*

*e nei confronti di*  
**SOC IMPREGGIO SPA + ATI**  
rappresentato e difeso da:  
**CARBONE AVV. BENEDETTO GIOVANNI**  
*con domicilio eletto in ROMA*  
**VIALE DI VILLA GRAZIOLI, 13**  
*presso la sua sede*

*e nei confronti di*  
**SOC ASTALDI SPA**

*e nei confronti di*  
**SOC ITINERA SPA**

*e nei confronti di*  
**SOC IMPRESA PIZZAROTTI & C SPA**

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, 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.r.i. costituita tra Impreggio 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;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

**ANAS - SPA**  
**SOC IMPREGGIO SPA + ATI**

Vista l'istanza prodotta nell'ambito ed in pendenza del ricorso in esame, con la quale la società ricorrente ha proposto impugnativa, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241/1990 contro il differimento dell'accesso ad atti della procedura e perché venga ordinato ad ANAS s.p.a. di consentire l'accesso stesso con riferimento alla documentazione oggetto dell'istanza del 22.05.2008;

Viste le memorie difensive delle parti resistenti;

Udito il relatore Cons. DOMENICO LUNDINI e uditi, altresì per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Visti gli artt. 19 e 21, u.c., della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e l'art. 36 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642;

Visi, altresì, l'art. 1 legge 205/2000, l'art. 21 co. 1 della legge n. 1034/1971 e gli artt. 22 e segg. della legge n. 241/1990;

Considerato che la società ricorrente, avvalendosi del disposto di cui all'art. 21 comma 1 della legge n. 1034/71, come sostituito dall'art. 1 della legge n. 205/2000, ha presentato, nell'ambito ed in pendenza del ricorso in esame, specifica istanza ex art. 25 comma 5 della legge n. 241/90, per ottenere l'accesso (che l'Amministrazione da parte sua aveva invece differito con nota del 13.6.2008) ai seguenti atti della procedura di selezione del soggetto promotore per la realizzazione del collegamento stradale tra il porto di Ancona e la grande viabilità:

-verbali di tutte le sedute riservate della Commissione di gara relative alla valutazione delle proposte presentate;

-verbale della seduta del 23.4.2008 del CIA ANAS recante delibera di dichiarazione di pubblico interesse della proposta presentata dall'ATI costituita tra le società Impregio, Astaldi, Itinera, Rizzarotti;

Ritenuto di dover formulare al riguardo le seguenti considerazioni:

-Il Collegio non ignora che, in tema di project financing, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, anche di questo Tribunale, è in atto contrario al riconoscimento della possibilità, per il soggetto escluso nella fase di individuazione del soggetto "promotore", di ottenere accesso agli atti della procedura attraverso la quale è stata individuata la proposta di pubblico interesse (cf. TAR Lazio, RM, n. 6430/04; TAR Veneto, n. 2298/06; TAR Sardegna, n. 1944/07).

-Ritiene tuttavia che tale orientamento non possa essere condiviso e debba essere rimeditato, sulla base del fondamentale rilievo per cui il collegamento delle varie fasi dell'articolata serie procedimentale attraverso la quale si realizza il project financing, rievca ai limitati fini e nell'ottica del conseguimento del bene finale (poiché è evidente che anche nella fase dell'individuazione della proposta di pubblico interesse l'unità finale e conclusiva cui il promotore aspira è pur sempre l'aggiudicazione della concessione), ma non impedisce che il sub procedimento di scelta del "promotore", ex art. 154

del D.Lgs. n. 163/06, conduca ad un esito provvedimento (individuazione del "promotore", appunto, e quindi concretizzazione di una posizione avente specifico ed autonomo rilievo, a maggior ragione nel caso di specie in cui tale posizione risulta assistita da diritto di prelazione ai fini dell'aggiudicazione per l'ipotesi in cui il promotore stesso intenda adeguare il proprio progetto alla migliore delle offerte presentate dai soggetti offerenti nella fase di cui all'art. 155 del D.Lgs. n. 163/06) immediatamente lesivo per il soggetto escluso o pretermesso e dunque da quest'ultimo subito ed autonomamente impugnabile (cfr. Cds, V, n. 4811 dell'11.9.2007 e TAR Bologna, I, n. 1552 del 23.4.2008).

-Sostanzialmente, la posizione che si manifesta nel complesso meccanismo procedurale del project financing, è già qualificata, differenziata e suscettibile di lesione, sin dal momento di presentazione della proposta. Il proponente ha interesse alla scelta della propria proposta in luogo di quella di altri, e può quindi sicuramente censurare la determinazione in base alla quale una proposta diversa dalla sua sia stata dichiarata di pubblico interesse, poiché questo senza alcun dubbio finisce negativamente sulla sua posizione. Né si potrebbe pretendere che a tutela di tale posizione, ed ai fini del riconoscimento dell'interesse, il soggetto proponente pretermesso sia costretto a partecipare, ai sensi dell'art. 155 del D.Lgs. n. 163/06, alla fase successiva della gara vera e propria (che potrebbe a questo punto non più interessargli, una volta che gli sia stata negata la qualità, cui egli aspirava, di soggetto promotore ) per poter censurare solo all'esito della gara stessa la lesione determinata con un atto provvedimento conclusivo di una fase precedente.

-Il rapporto, dunque, tra fase di individuazione della proposta di pubblico interesse (art. 154 D.Lgs. 163/06) e fase di gara/procedura negoziata (art. 155 stesso D.Lgs.), identifica un collegamento sequenziale di procedimenti che non priva tuttavia la conclusione del primo di essi della sua autonomia valenza provvedimento. Al riguardo, può pensarsi, per analogia, al rapporto tra dichiarazione di pubblica utilità e provvedimento



espropriativo. Entrambi sono certamente finalizzati all'abolizione del bene, ma questo non impedisce che la dichiarazione di p.l. sia pacificamente considerata determinazione provvedimento autonoma ed immediatamente impugnabile (vedi CDS, Ad. Pl. n. 14/1999).



-D'altra parte, non risulta al Collegio che vi siano precedenti giurisprudenziali, riferibili alla procedura di project financing, nei quali siano stati negati la legittimazione o l'interesse del proponente non prescelto a contestare l'esito del procedimento che lo ha visto prefermesso.

-Se così è, come pare indubbio, ne consegue che al ricorrente contro l'atto di individuazione della proposta "di pubblico interesse" deve essere riconosciuta possibilità di piena tutela, anche previa ostensione dei documenti eventualmente richiesti in accesso, ai fini della formulazione dei motivi d'impugnativa correlati ai documenti stessi. Si tratta, d'altro canto, della normale esplicazione di prerogative di azione e di esigenze difensive che non possono essere in alcun modo limitate, anche alla stregua di parametri costituzionali, con riferimento all'impugnativa di atti illegittimi adottati dalla pubblica amministrazione.

-Opinando diversamente si arriverebbe infatti all'inaccettabile conseguenza di una legittimazione al ricorso solo formalmente riconosciuta, ma in realtà fittizia o comunque limitata.

-Quanto alle addotte esigenze di tutela dell'integrità e del buon andamento dell'azione amministrativa, prospettate dall'amministrazione (ed anche, in sede difensiva, dall'ATI controinteressata), di cui si paventa irreparabile lesione in caso di accesso agli atti della procedura, e che osterebbero dunque all'accesso stesso, i relativi assunti si basano su esigenze di "copertura" e "riservatezza" (a tutela anche di par condicio e concorrenzialità) di dati rilevanti nella fase di indizione della gara ex art. 155 del D.Lgs. n. 163/06. Peraltro, rileva il Collegio che gli argomenti

addotti sono inconferenti, posto che nella specie si è comunque concluso il procedimento ex art. 154 più volte citato ed in relazione alla domanda di

accesso ai relativi atti non possono opporsi considerazioni riferite ad una procedura diversa (ancorché collegata). D'altra parte, se gli atti della procedura sono resi conoscibili al soggetto che li contesta, analogamente possibilità di conoscenza dovrà essere riconosciuta a chi possa dimostrare di avervi interesse. La gara, poi, ex art. 155 del ripetuto D.Lgs. in ogni caso deve assicurare a chiunque voglia parteciparvi tempi di per sé comunque congrui e sufficienti per la preparazione e presentazione delle offerte.

-Si consideri, inoltre, che la stessa normativa vigente in subiecta materia, non sembra poi autorizzare o avallare le prospettate esigenze di segretezza assoluta, sulle quali si fondano i rilievi delle controparti, in relazione agli atti e ai documenti venuti in rilievo nella fase d'individuazione della proposta di pubblico interesse.

Infatti, una lettura sistematica e coordinata della normativa disciplinante la selezione del promotore e di quella riguardante i lavori relativi ad infrastrutture strategiche (vedi artt. 153 e segg. nonché artt. 161 e segg. del Codice Contratti 2006, con particolare riferimento al combinato disposto degli artt. 165, 175 e norme in quest'ultimo richiamate, del Codice stesso) rivela (cfr. in particolare artt. 165 e 175) che il progetto di pubblico interesse deve comunque essere divulgato pubblicamente prima della gara di cui all'art. 155, almeno quando si rende per esso necessaria la sottoposizione alla procedura di valutazione d'impatto ambientale, con le relative connotate esigenze di pubblicizzazione.

-Per ciò che concerne poi le esigenze di tutela della riservatezza delle posizioni, anche industriali e finanziarie, del soggetto promotore, va rilevata nella specie, in accordo con principi generali stabiliti dalla normativa sulla trasparenza, la preminenza delle esigenze difensive della ricorrente, trattandosi di atti -nei limiti evidentemente in cui siano venuti in rilievo nella procedura ed in essa siano stati valutati dall'Amministrazione- da far valere per difesa processuale, ai sensi dell'art. 24 comma 7 della legge n. 241/90 (vedi CDS, VI, 7.6.2006, n.

1418), dovendosi per altro verso precisare che l'art. 13, comma 2, lettera c), del D.Lgs. n. 163/06 non si occupa della fattispecie all'esame, dal momento che tale disposizione regola il deferimento dell'accesso, in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione, nell'ambito di una procedura in corso, mentre nel caso in esame la procedura d'individuazione del promotore si è conclusa, e non ne va quindi la norma suddetta.

Ritenuto quindi, in base alle esposte considerazioni, che l'istanza di accesso di cui trattasi deve essere accolta, con riferimento agli atti richiesti e sopra specificati, e che, per l'effetto, previo annullamento della nota di diniego in data 16.6.2008, dev'essere ordinato all'Amministrazione il deposito in giudizio, entro giorni 10 dalla comunicazione o notificazione della presente ordinanza, degli atti stessi;

Ritenuto, altresì, di dover definire con la presente ordinanza, per esigenze di economia e concentrazione processuale, anche l'istanza cautelare, che il Collegio reputa tuttavia, allo stato delle risultanze processuali, non assistita da elementi per l'accoglimento, sia avuto riguardo alla mancanza di evidenza del fumus, sia, in relazione al tipo e allo stato della procedura, alla carenza di elementi attuali di irreparabilità del danno;

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO -  
SEZIONE TERZA

- accoglie l'istanza per accesso sopra specificata ex art. 1 L. n. 205/00, e per l'effetto, previo annullamento dell'atto di diniego impugnato, ordina all'Amministrazione di depositare in giudizio gli atti sopra specificati (richiesti dalla ricorrente con istanza di accesso del 22.5.2008), secondo quanto in motivazione indicato;

- respinge l'istanza cautelare di sospensione degli atti impugnati con il ricorso in epigrafe;

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

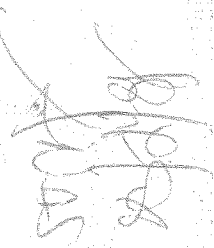

Così deciso in Roma, nelle Camere di Consiglio del 9 e 15 luglio 2008.

Sefano Baccarini – Presidente  
Domenico Lindini - Estensore

Luigi Baccarini  
Domenico Lindini





  
Sefano Baccarini  
  
Domenico Lindini