

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, ha pronunciato la seguente

ANNO 2008

DECISIONE

l) sul **ricorso in appello n. 9196 del 2008** proposto dal CONSORZIO STABILE S.I.S. S.C.P.A., in proprio e quale capogruppo mandatario del costituendo raggruppamento d'impresе con ITINERE INFRAESTRUCTURAS S.A., costituitasi in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Rusconi, Pierluigi Piselli e Maurizio Pinnarò, elettivamente domiciliato in Roma, via Bocca di Leone, n. 78, presso lo studio del terzo difensore;

contro

la REGIONE VENETO, costituitasi in persona del Vice Presidente *pro tempore* della Giunta regionale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia e Alfredo Biagini, elettivamente domiciliata in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2, presso lo studio del primo difensore;

e nei confronti

della PEDEMONTANA VENETA S.P.A., costituitasi in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e della

IMPREGILO S.P.A., costituitasi in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del raggruppamento di imprese, costituito con PEDEMONTANA VENETA S.P.A., AUTOSTRADA BRESCIA VERONA VICENZA PADOVA S.P.A., AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A., AUTOVIE VENETE S.P.A., GRANDI LAVORI FINCOSIT S.P.A., IMPRESA COSTRUZIONI GIUSEPPE MALTAURO S.P.A., RIZZANI DE ECCHER S.P.A., CARRON CAV. ANGELO S.P.A., CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI, IMPRESA ING. E. MANTOVANI S.P.A., INTERCANTIERI VITTADELLO S.P.A. e SERENISSIMA COSTRUZIONI S.P.A., rappresentate e difese dagli avv.ti Vittorio Domenichelli, Guido Zago, Tommaso Oberdan Scozzafava, Marco Annoni e Luigi Manzi, elettivamente domiciliate in Roma, via Confalonieri, n. 5, presso il quinto difensore;

Il) nonché sul **ricorso in appello n. 10295 del 2008** proposto dal CONSORZIO STABILE S.I.S. S.C.P.A., in proprio e quale capogruppo mandatario del costituendo raggruppamento d'impresе con ITINERE INFRAESTRUCTURAS S.A., costituitasi nelle persone del Presidente e dell'Amministratore delegato *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Rusconi, Pierluigi Piselli e Maurizio Pinnarò, elettivamente

domiciliato in Roma, via Bocca di Leone, n. 78, presso lo studio del terzo difensore;

contro

la REGIONE VENETO, costituitasi in persona del Vice Presidente *pro tempore* della Giunta regionale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia e Alfredo Biagini, elettivamente domiciliata in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2, presso lo studio del primo difensore;

e nei confronti

della PEDEMONTANA VENETO S.P.A. e della IMPREGILO S.P.A.,

non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 3592 del 19 novembre 2008 pronunciata dal Tribunale amministrativo regionale del Veneto, sez. I;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle controparti intimiate;

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

Visto il decreto n. 6222 del 25 novembre 2008 con il quale il Consigliere delegato ha accolto l'istanza di adozione di misure cautelari *inaudita altera parte* e, per

l'effetto, ha disposto in via provvisoria il differimento della stipulazione del contratto;

Vista l'ordinanza n. 6557 del 5 dicembre 2008, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, con divieto per la Regione veneto di stipulare il contratto fino alla definizione della controversia nel merito;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 31 marzo 2009 gli avv.ti Piselli e Rusconi per l'appellante, gli avv.ti Biagini e Clarizia per la Regione Veneto e gli avv.ti Domenichelli, Oberdan e Manzi, Zago e Annoni per la Pedemontana Veneta S.p.A. e per la Impregilo S.p.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

A.) Lo svolgimento del processo.

A.1. – Con distinti appelli il Consorzio stabile S.I.S. S.c.p.a. (d'ora in poi "Sis" o "Consorzio"), in proprio e quale capogruppo mandatario del costituendo raggruppamento d'impresе con Itinere Infraestructuras s.a. (in seguito "Itinere"), ha impugnato la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. del Veneto, pronunciandosi sul ricorso promosso dall'odierna appellante e sui relativi motivi aggiunti nonché sul ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti

interposti dalla Impregilo S.p.A. (di seguito “Impregilo”), in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Pedemontana Veneta S.p.A. (nel prosieguo “Pedemontana” o “Società Pedemontana” o “Promotore”) e le altre imprese indicate nell’epigrafe, ha accolto i motivi aggiunti al ricorso incidentale, annullando per l’effetto l’ammissione della Sis alla licitazione privata, con conseguente dichiarazione di improcedibilità del ricorso promosso dall’odierna appellante in via principale.

A.2. – Con decreto monocratico n. 6222 del 25 novembre 2008 è stata accolta l’istanza di adozione di misure cautelari provvisorie formulata dalla Sis.

A.3. – Si sono costituite per resistere alla prima impugnazione (ric. n. 9196/2008 r.g.) sia la Regione Veneto sia la Impregilo sia la Pedemontana; ha resistito al secondo appello (ric. n. 10295/2008 r.g.) soltanto la Regione Veneto.

Le appellate hanno contestato tutto quanto dedotto dall’avversaria, rispettivamente concludendo:

- la Regione Veneto per il rigetto dell’impugnazione e la conferma della sentenza gravata;
- l’Impregilo e la Pedemontana per il rigetto dell’appello con integrale conferma della sentenza impugnata o, in

via subordinata, con accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado e rigetto del ricorso principale della Sis o, in via di ulteriore subordine, con rigetto del ricorso principale della Sis e con dichiarazione di improcedibilità del ricorso incidentale della medesima Impregilo.

A.4. – Nella camera di consiglio del 5 dicembre 2008 la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, facendo divieto alla Regione Veneto di concludere il contratto messo a gara prima della definizione nel merito della controversia.

A.5. – All'udienza pubblica del 31 marzo 2009 il ricorso, dopo ampia discussione, è stato trattenuto in decisione.

A.6. – Il giudizio è stato definito con la pubblicazione del dispositivo sotto riportato.

B.) La procedura di gara.

B.1. – Per i fini di un ordinato sviluppo motivazionale e per una miglior intelligenza delle questioni dedotte in contenzioso occorre premettere alla successiva illustrazione delle ragioni giuridiche della decisione una breve ricostruzione della vicenda sulla quale si è innestata la presente controversia.

B.2. – Al centro del contendere è la legittimità della procedura di finanza di progetto indetta dalla Regione

Veneto per la realizzazione della superstrada a pedaggio nota come “Pedemontana Veneta”. La concessione messa a gara concerne una infrastruttura strategica di preminente interesse nazionale, integrata nella rete di grande viabilità dei corridoi europei (in particolare, rientrante nel contesto del Corridoio 5) e destinata a congiungere, attraverso un percorso stradale di circa 95 chilometri, l’area vicentina a quella trevigiana, nonché a porre in raccordo le autostrade A4, A31 e A27.

B.3. - Dovendosi omettere, per esigenze di economia espositiva, l’analitica cronistoria dell’annosa successione degli eventi che hanno condotto alla gara della quale si controverte, può prendersi l’abbrivo dalla deliberazione n. 3858 del 3 dicembre 2004 con la quale la Giunta regionale veneta dichiarò il pubblico interesse della proposta, presentata dalla Società Pedemontana in data 31 dicembre 2003 (proposta in seguito aggiornata), per la progettazione, la realizzazione e la gestione, con il sistema della finanza di progetto (istituto conosciuto anche come “*project financing*”), della succitata superstrada “Pedemontana Veneta”.

B.4. - Con deliberazione n. 3185 del 17 ottobre 2006 fu indetta una licitazione privata ai sensi dell’art. 155, comma 1, lett. *a*), del D.lgs. n. 163/2006 (ovviamente il riferimento è al testo antecedente alle modifiche

introdotte con il D.Lgs. n. 152/2008; c.d. “terzo correttivo al Codice dei contratti pubblici”), per l'individuazione dei soggetti da porre in competizione con la Società Pedemontana, promotore del *project financing*, nell'ambito della procedura negoziata preordinata all'aggiudicazione della concessione in discorso, relativa a un investimento dell'importo complessivo dell'investimento pari a 2.155.048.000,00 euro.

B.5. – Fu prevista una gara articolata in due fasi: la prima consistente, per l'appunto, in una procedura ristretta da svolgersi sulla base del progetto preliminare presentato dal Promotore (adeguato alle prescrizioni di cui alla delibera CIPE del 29 marzo 2006, n. 96, recante l'approvazione del progetto) e la seconda, consistente in una procedura negoziata tra il Promotore e i due presentatori delle migliori offerte (ovvero l'unico presentatore della migliore offerta) nella precedente gara ristretta.

B.6. – All'esito della licitazione la Commissione di gara giudicò migliorative le uniche due offerte presentate, ossia quella della Sis (che riportò il punteggio complessivo di 81,50) e quella di un'altra associazione temporanea di imprese tra la Cintra s.a., la Merloni Finanziaria S.p.A. e la Ferrovia Agroman s.a. (alla quale

furono assegnati punti 20,84). In particolare, la Sis offrì di ridurre la durata della concessione di un anno rispetto al tempo indicato a base di gara e di operare un ribasso del 5% su entrambi i contributi a carico della Regione Veneto.

B.7. – In disparte quanto si riferirà successivamente, va segnalato che il disciplinare di gara, costituente parte integrante del bando, prevedeva:

- al punto 7, rubricato “Corrispettivo per il concessionario”, che il corrispettivo sarebbe consistito nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l’opera e che la Regione Veneto avrebbe erogato, secondo gli stati di avanzamento dei lavori, un contributo in conto capitale di 243.750.000 euro e, se dovuto, anche un contributo in conto esercizio pari a 10.199.000,00 euro da corrisondersi, semestralmente e per trenta anni (decorrenti dall’entrata in servizio della Superstrada), secondo le modalità di cui all’art. 14 della bozza di convenzione; entrambi i contributi avrebbero costituito elemento di valutazione dell’offerta;
- al punto 8, intitolato “Durata della concessione”, che la concessione avrebbe avuto una durata pari a quaranta anni a partire dalla data di messa in esercizio dell’ultimo lotto funzionale;

- al punto 13, dedicato ai “Criteri di aggiudicazione”, che l’offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe stata determinata dalla commissione giudicatrice in base ai seguenti criteri:

I) “Elementi qualitativi”, per complessivi 40 punti, quali il valore tecnico ed estetico (25 punti), le modalità di gestione dell’opera (10 punti) e le caratteristiche per la sicurezza della circolazione (5 punti);

II) “Elementi quantitativi”, per complessivi 60 punti, così ripartiti:

a) estensione e durata dell’esenzione dal pagamento del pedaggio per il traffico residente: 10 punti;

b) durata della concessione: 3 punti;

c) tempo di esecuzione del progetto e dei lavori: 5 punti;

d) contributo pubblico in conto capitale: 21 punti;

e) contributo pubblico in conto esercizio: 21 punti.

Nello stesso punto 13 si prevedeva altresì che i concorrenti avrebbero potuto utilizzare i volumi di traffico presentati dal Promotore ovvero quelli predisposti dall’amministrazione aggiudicatrice ovvero propri volumi di traffico derivanti da uno studio da allegare all’offerta; si stabiliva inoltre, a pena di esclusione, che le offerte fossero asseverate da un istituto di credito ai sensi dell’art. 163 del D.Lgs. n. 163/2006;

- al punto 18, sulla “Procedura negoziata”, che detta procedura si sarebbe svolta soltanto a condizione che la commissione di gara avesse valutato come migliorative, rispetto alla proposta a base di gara, le due offerte, o l’unica offerta, presentate(a) dai partecipanti alla procedura ristretta; si precisava ancora che il Promotore avrebbe potuto adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall’amministrazione regionale, rendendosi così aggiudicatario (c.d. “diritto di prelazione”) e che le modalità di esperimento della procedura negoziata sarebbero state esplicitate nella lettera di invito; si chiariva poi che elemento necessario per la validità dell’offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe stata l’asseverazione bancaria “da rilasciarsi quale condizione per l’aggiudicazione definitiva nel rispetto delle indicazioni contenute nell’atto di regolazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 14 del 5 luglio 2001”;
- al punto 19, in tema di “Documentazione di gara”, che tra i numerosi atti integranti nel loro insieme detta documentazione rientravano le schede-tipo per l’autodichiarazione dei requisiti di partecipazione e gli studi di traffico presentati, rispettivamente, dal Promotore e dalla Regione Veneto.

B.8. – Va soggiunto che la lettera di invito relativa alla procedura ristretta, nello stabilire il contenuto della busta contenente l'offerta tecnica, prevede l'onere di allegazione di una relazione sui volumi di traffico, ribadendo che il concorrente avrebbe potuto utilizzare i volumi di traffico presentati dal Promotore ovvero quelli predisposti dall'Amministrazione, ovvero i volumi di traffico derivanti da un proprio studio (da accludere all'offerta).

Con riferimento al contenuto della busta dell'offerta economica, la lettera di invito precisò che l'offerta avrebbe dovuto indicare:

- a) l'estensione e la durata dell'esenzione dal pagamento del pedaggio per il traffico leggero residente;
- b) la durata della concessione;
- c) il tempo di esecuzione del progetto e dei lavori;
- d) il ribasso percentuale del contributo pubblico in conto capitale che l'amministrazione regionale avrebbe erogato a titolo di prezzo;
- e) il ribasso percentuale sulla somma eventuale erogata semestralmente dalla Regione come contributo in conto esercizio.

Riguardo alle precedenti lettere d) ed e) si precludeva la presentazione di offerte in aumento rispetto alla proposta del Promotore.

Nella lettera di invito si ribadì che la procedura negoziata si sarebbe svolta soltanto a condizione che la commissione avesse valutato come migliorativa, rispetto alla proposta del Promotore, le offerte presentate dai partecipanti alla gara ristretta.

Si stabilì inoltre che nella procedura negoziata i concorrenti avrebbero dovuto mantenere la migliore delle offerte formulate nel corso della licitazione privata relativamente ai soli elementi quantitativi, mentre, in relazione a quelli qualitativi, i predetti concorrenti sarebbero stati chiamati ad effettuare un unico rilancio sulla base dei seguenti elementi:

- a) contributo pubblico in conto capitale;
- b) contributo pubblico in conto esercizio;
- c) estensione e durata dell'esenzione di pedaggio per il traffico residente.

In ordine alla fase terminativa della procedura negoziata, e segnatamente riguardo all'ipotetico esercizio del diritto di prelazione da parte del Promotore, si prevede quanto segue: "La Stazione appaltante, in seduta pubblica, procederà all'assegnazione dei relativi punteggi.

Nel caso in cui l'offerta risultata economicamente più vantaggiosa a conclusione della procedura negoziata sia quella proveniente da uno dei concorrenti selezionati in

esito alla licitazione privata, è facoltà del soggetto promotore dichiarare, nel termine perentorio di dieci giorni da tale ultima seduta pubblica, la propria disponibilità ad adeguarsi a tale offerta, nel qual caso la Stazione appaltante procederà ad aggiudicare la procedura al promotore stesso.

Elemento necessario per la validità dell'offerta che risulterà economicamente più vantaggiosa è che la stessa consegua l'asseverazione bancaria, da rilasciarsi quale condizione per l'aggiudicazione definitiva, nel rispetto delle indicazioni contenute nell'Atto di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 14 del 5 luglio 2001.”.

B.9. - Alla seconda fase di gara, ossia alla procedura negoziata, parteciparono soltanto la Sis e il Promotore (al quale si erano associate, nel frattempo, altre imprese, tra le quali l'Impregilo che aveva assunto il ruolo di capogruppo mandataria).

B.10. - Nel corso di detta fase la Sis presentò un'offerta di ribasso del 25% sia del contributo in conto capitale sia di quello in conto esercizio, già in precedenza ridotti del 5%, nonché un'ulteriore estensione dell'esenzione da pedaggio fino a 21 chilometri (in misura integrale per i primi dodici anni e poi destinata gradualmente a ridursi

fino al ventesimo anno di esercizio della concessione, incluso).

B.11. – All’esito della procedura negoziata la Sis ottenne 100 punti e zero l’Impregilo e, nella seduta del 25 settembre 2007, la prima fu conseguentemente dichiarata aggiudicataria provvisoria.

B.12. – Con nota del 5 ottobre 2007 fu comunicata alla Sis l’intervenuta aggiudicazione provvisoria e, contestualmente, essa fu invitata a presentare il piano economico-finanziario (nel prosieguo “PEF”), munito di asseverazione bancaria, onde verificarne la congruità.

B.13. – La Sis trasmise il PEF che, nella seduta del 24 ottobre 2007, fu riconosciuto congruo, donde la conferma, nel corso della medesima seduta, dell’aggiudicazione già dichiarata.

B.14. – Non appena intervenuta l’aggiudicazione provvisoria in favore della Sis, l’Impregilo fu informata della facoltà di avvalersi del diritto di prelazione e il Promotore esercitò tale diritto, adeguando la propria offerta a quella della Sis.

B.15. – In seguito, con deliberazione n. 3844 del 4 dicembre 2007, la Giunta regionale approvò gli esiti della procedura di gara per l’individuazione del soggetto aggiudicatario della concessione, affidandola all’Impregilo.

C.) Il giudizio di primo grado.

C.1. – La Sis insorse contro il risultato finale della procedura e, per tutelare le sue ragioni, adì il T.a.r. del Veneto, onde ottenere l'annullamento:

I) della determinazione con la quale la commissione di gara aveva aggiudicato al raggruppamento guidato da Impregilo la concessione di costruzione e gestione;

II) del provvedimento con il quale la Regione aveva approvato gli atti della procedura;

III) della determinazione di chiusura della gara e di concessione del termine per l'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'Impregilo;

IV) della deliberazione della Giunta regionale n. 2672 dell'11 settembre 2007, recante l'affidamento ad una società privata dell'incarico di assistere la commissione giudicatrice nell'esame degli aspetti preparatori, istruttori e strumentali della gara;

V) del bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 262 del 10 novembre 2006, nella parte in cui esso prevedeva il diritto di prelazione a favore del promotore;

VI) della lettera di invito dell'8 febbraio 2007, limitatamente alla previsione del medesimo diritto di prelazione;

VII) dei verbali della procedura ristretta, in particolare quello del 18 giugno 2007;

VIII) della nota di comunicazione dell'indizione della procedura negoziata;

IX) dei verbali della procedura negoziata;

X) nonché di tutti gli atti endoprocedimentali e istruttori e, in particolare, della nota del 30 ottobre 2007, contenente la comunicazione che la controinteressata intendeva avvalersi del diritto di prelazione.

Con il predetto ricorso la Sis chiese anche il risarcimento del danno, invocando in via prioritaria la reintegrazione in forma specifica attraverso l'aggiudicazione in suo favore della concessione esitata ovvero, in via alternativa e gradata, il ristoro per equivalente, nella misura minima del 10 per cento del valore della concessione non conseguita.

C.2. – La SIS, con i primi due motivi di ricorso, dedusse censure attinenti all'esercizio del diritto di prelazione.

Con il primo sostenne che, in forza del principio *tempus regit actum*, andasse applicata alla fattispecie la normativa vigente alla data della trasmissione della proposta (22 giugno 2002) e non quindi la previsione relativa al riconoscimento del diritto di prelazione del promotore, trattandosi asseritamente di istituto introdotto soltanto con la legge 1° agosto 2002, n. 166 (e, segnatamente, dall'art. 7 che modificò in tal senso l'art. 37-ter della legge n. 109/94).

Con il secondo mezzo illustrò le ragioni di un preteso contrasto tra il diritto di prelazione e le regole dell'ordinamento sopranazionale, affermando pertanto l'inapplicabilità della ridetta disciplina interna.

Con gli altri motivi (dal terzo al sedicesimo), dedotti in via subordinata, la Sis contestò sotto vari profili la regolarità dell'offerta della controinteressata.

C.3. – Si costituirono in giudizio la Regione Veneto, l'Impregilo e la Pedemontana, contestando tutte le argomentazioni avversarie.

Circa la normativa rilevante *ratione temporis*, si obiettò, tra l'altro, all'eccezione sollevata dalla Sis, che la procedura di gara aveva avuto effettivo inizio, stanti le consistenti modifiche apportate dalla Pedemontana al progetto, soltanto con la deliberazione della Giunta regionale in data 15 gennaio 2004 n. 2 (quando, cioè, già era vigente la norma che riconosceva il diritto di prelazione al promotore).

C.4. – L'Impregilo propose anche un ricorso incidentale, censurando, mercé la formulazione di quattro mezzi di impugnazione, l'ammissione della Sis alla gara per mancanza dei requisiti richiesti al punto 11 del bando nonché per l'omessa prestazione della cauzione relativa alla fase negoziata.

C.5. - L'Impregilo propose anche motivi aggiunti al predetto ricorso incidentale.

Con un primo mezzo l'Impregilo sostenne che, sebbene la lettera di invito relativa alla procedura ristretta avesse precluso la presentazione di offerte in aumento, nondimeno la Sis, almeno con riferimento al contributo regionale in conto esercizio, aveva in realtà violato sul punto la normativa di gara. Ed invero, nonostante il ribasso nominale del 5%, l'offerta della Sis poggiava a ben vedere sull'indebita sopravvalutazione dell'incidenza dei volumi di traffico e, dunque dei proventi da pedaggio.

Al riguardo occorre precisare, quantunque il profilo sarà ampiamente trattato *infra*, che il ragionamento sviluppato dall'Impregilo muoveva dalla considerazione del contenuto della bozza di convenzione acclusa alla documentazione di gara; siffatto schema convenzionale prevede infatti, all'art. 14, un articolato meccanismo di conguaglio, finalizzato a calmierare l'entità del contributo in conto esercizio ed essenzialmente congegnato in modo da pervenire all'azzeramento del predetto contributo nell'ipotesi della riscossione, da parte del concessionario, di proventi da pedaggio, a fronte di flussi di traffico effettivi, pari (o superiore) a 1,2

volte l'importo massimo del contributo annuo stabilito (€ 20.400.000 annui).

Orbene, rimandando al prosieguo i necessari approfondimenti, va qui riferito che, secondo l'Impregilo, l'offerta della Sis - nonostante il formale ribasso proposto - finiva per elevare, attraverso la preordinata sovrastima dei volumi di traffico, la soglia corrispondente, ai sensi del citato art. 14, all'azzeramento del contributo in conto esercizio, differendone nel tempo il raggiungimento.

Detto altrimenti, l'Impregilo denunciò che la Sis, sulla base dell'offerta presentata, avrebbe comunque conseguito il diritto alla corresponsione del contributo in parola anche in presenza di consistenti flussi di traffico effettivi, di guisa che il ribasso percentuale, perché l'offerta della ricorrente potesse considerarsi veramente migliorativa, avrebbe dovuto essere nettamente superiore e prossimo al 100%.

Con un secondo motivo aggiunto al ricorso incidentale l'Impregilo ribadì, sempre con riferimento alla fase della procedura ristretta, che l'offerta della Sis non era migliorativa rispetto a quella del Promotore, siccome invece richiesto dalle norme generali sulla finanza di progetto e come pure precisato dalla lettera di invito (al titolo IV), sotto il profilo del menzionato aumento dei

volumi di traffico ipotizzati (23%), in rapporto all'intera durata trentennale della concessione.

In ragione della maggiore onerosità dell'offerta formulata rispetto a quella del Promotore, la commissione di gara non avrebbe dovuto ammettere la Sis alla successiva fase negoziata.

C.6. - La Sis ha proposto, a sua volta, motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva, reiterando le censure già spiegate e aggiungendone altre, concernenti l'asserita esistenza di plurimi vizi delle fideiussioni presentate dalla controinteressata.

C.7. All'esito dell'udienza pubblica del 23 aprile 2008, con ordinanza istruttoria n. 78/2008, il T.a.r. nominò un consulente tecnico d'ufficio, al quale furono posti – con precipuo riguardo alle censure svolte con motivi aggiunti al ricorso incidentale - i seguenti quesiti:

“1) dica il CTU se il ribasso formulato dall'ATI ricorrente principale in relazione alla fase della licitazione privata (procedura ristretta: cfr. verbale del 19 luglio 2007, doc. 6 della produzione attorea) nella misura del 5% con riguardo al contributo in conto esercizio a carico della Regione, possa ritenersi offerta migliorativa rispetto alla proposta del promotore, con particolare riguardo alla stima dei volumi di traffico – e dunque dei proventi da

pedaggio - e all'incremento del traffico medesimo rispetto a quello ipotizzato dal promotore;

2) ... [Il secondo quesito non viene riportato perché espunto durante la fase istruttoria in primo grado];

3) *dica il CTU, sempre con riguardo all'offerta economica dell'ATI ricorrente principale, se questa debba ritenersi più gravosa - rispetto a quella del promotore -, come sostiene l'ATI controinteressata (promotore), avendo riguardo all'onere globale riferito alla durata trentennale della concessione, per quanto concerne la scansione temporale dell'esenzione dal pedaggio”.*

C.8. - All'udienza pubblica del 23 ottobre 2008 il T.a.r. trattene i ricorsi in decisione e rese la pronuncia ora gravata.

D.) La sentenza impugnata.

D.1. - Nel decidere la controversia il T.a.r. ha dapprima esaminato il contenuto delle censure svolte con i motivi aggiunti al ricorso incidentale, ritenendo che l'eventuale fondatezza di esse avrebbe condotto all'esclusione dalla gara della Sis, con declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse in ordine al ricorso principale.

D.2. - Tanto premesso il primo Giudice si è soffermato a considerare la relazione depositata dal consulente tecnico d'ufficio (CTU).

D.3. – Va riferito, al riguardo, che il predetto consulente, al quale era stato affidato il compito di valutare e accertare se l’offerta presentata dalla Sis potesse ritenersi migliorativa, o no, rispetto a quella della Impregilo, aveva dato una risposta articolata, ma nell’insieme favorevole alla ricorrente principale.

D.4. - Il CTU, difatti, in ordine al terzo (secondo) quesito, aveva così concluso (v. a pag. 26 della relazione): *“la proposta dell’ATI SIS, con riferimento all’esonazione dal pedaggio del traffico leggero, alla durata della stessa e alla sua estensione geografica, non è più onerosa rispetto a quanto indicato in proposito dal Promotore, ma anzi è vero il contrario. Questa valutazione appare confermata avendo riguardo tanto alla fase di licitazione – quando la proposta a base di gara è stata confrontata con quelle degli aspiranti concorrenti –, quanto alla fase della procedura negoziata, dove il rilancio operato dall’ATI SIS ha ulteriormente sottolineato la convenienza economica e sociale della sua offerta in relazione a questo parametro quantitativo”*.

In relazione al primo quesito, il CTU aveva poi osservato (v. a pag. 19 della relazione): *“Non vi è infine alcun dubbio che l’offerta formulata dall’ATI SIS con riguardo al contributo in conto capitale da erogarsi da parte della Regione Veneto (231.562.500 euro) sia*

migliorativa rispetto a quella dell'ATI Proponente (243.750.000 euro), in quanto il ribasso del 5% prospettato si traduce in un risparmio di egual misura sul prezzo riconosciuto dall'Ente pubblico in questione per e durante la costruzione dell'infrastruttura.”.

D.5. – Nonostante il chiaro esito della consulenza tecnica, il T.a.r. ha ritenuto di doversi discostare dalle relative conclusioni sviluppando un'articolata argomentazione che giova riportare, di seguito, nella sua integrità: “... il ragionamento condotto dal CTU, sulla base delle disposizioni del bando sul punto controverso, (ha) messo in luce una certa quale incongruenza della disposizione della *lex specialis*, la quale fa dipendere la qualità (migliorativa, o meno) dell'offerta del concorrente diverso dal proponente in ordine al ribasso offerto con riguardo al contributo in conto esercizio (rispetto ai contenuti della proposta e del relativo piano economico-finanziario), dalla stima dei volumi di traffico nel periodo considerato, il che non può essere che un dato ipotetico. In particolare, l'incongruenza della clausola si manifesta e si accentua là dove la stazione appaltante lascia liberi gli offerenti di formulare proprie stime di quelli che potranno essere i futuri volumi di traffico (in relazione a vari fattori, che qui non è il caso di richiamare), diverse rispetto alla stima prospettata dalla Regione, con la

conseguenza che il ribasso offerto sul contributo in conto esercizio viene a dipendere dall'entità della stima fatta dall'offerente (così che, a una stima elevata viene a corrispondere un ribasso elevato), stima o valutazioni che possono rivelarsi anche inverosimili o eccessivamente ottimistiche come è accaduto nel caso dell'offerta SIS.

Detta clausola del bando, poiché lascia dipendere quello che dovrebbe essere un dato oggettivo (il ribasso offerto sul contributo che la stazione appaltante erogherà in corso di esercizio, semestralmente) da valutazioni e stime fatte dagli stessi offerenti, i ribassi offerti dai quali potranno rivelarsi, nel periodo in cui l'arteria entrerà in esercizio, affatto erronei (per avere essi sovrastimato i volumi di traffico previsti), con la conseguenza che il ribasso calcolato su tali previsioni si rivelerà meramente teorico e non effettivo, appariva certamente censurabile, quanto meno nella parte in cui dal ribasso offerto si fa dipendere la qualità di offerta migliorativa (o meno), e la conseguente non ammissione alla gara dell'offerta che non risulti migliorativa. Ma la stessa non è stata impugnata, cosicché deve dichiararsi efficace, e dirimente, dunque, al fine di stabilire se l'offerta sia migliorativa o meno rispetto a quella del proponente.

Nel ricorso incidentale – come ricorda lo stesso CTU (a pag. 14 della sua relazione) - si lamentava che il ribasso

offerto dal ricorrente principale, era tale che l'offerta, anziché essere migliorativa (per la stazione appaltante), era da considerare, invece, peggiorativa (come tale comportante la non ammissione alla gara), per la constatazione che, ove i pedaggi riscossi dovessero risultare del 25% superiori a quelli prospettati dal promotore, l'ATI SIS continuerebbe a ricevere il contributo in conto esercizio - e la Regione a corrisponderlo -, "a differenza dell'ATI Impregilo, che non lo riceverebbe affatto) "in quanto i proventi da pedaggio conseguiti sarebbero in ipotesi più elevati della soglia del meccanismo di conguaglio (...) fissata dall'art. 14 per l'azzeramento - appunto - del contributo medesimo" (dove la conclusione, per la ricorrente incidentale, che il ribasso offerto in realtà non è tale, e che lo stesso, per rendere l'offerta migliorativa, doveva essere rapportato al 100% dell'importo fissato dalla stazione appaltante.

Per superare detto argomento (che egli non cerca di smentire), il CTU soggiunge, subito dopo, che quella descritta non è una situazione di fatto, ma è basata sull'eventuale verificarsi delle previsioni in punto di volumi di traffico futuri che effettivamente si realizzeranno. A tale riguardo il medesimo CTU svolge considerazioni articolate - certo condivisibili sul piano argomentativo- tracciando tre scenari possibili (peraltro a

loro volta variabili di anno in anno), per ognuno dei quali esamina l'entità e l'incidenza del ribasso offerto da SIS, per concludere, in termini generali che (pag. 18) "In altri termini, non è possibile formulare ex ante un giudizio di convenienza assoluto su tale questione, ma esso dipenderà da quale dei tre scenari in precedenza delineati si verificherà de facto".

Ma è proprio con riguardo a tale iter argomentativo, che, ad avviso del Collegio, non possono condividersi le conclusioni raggiunte.

Ferma restando, infatti, la già rilevata scarsa congruenza della regola, specialmente là dove essa fa discendere l'ammissibilità, o meno, dell'offerta del concorrente diverso dal proponente che risultasse non migliorativa, e, soprattutto, stante la sua inoppugnabilità (cui si è accennato), le pur egregie considerazioni circa la non attendibilità del ribasso offerto, non possono seguirsi. La regola in questione, facente parte della lex specialis, andava osservata, non potendo essere disapplicata dalla stazione appaltante, dal che consegue che i ribassi offerti vanno considerati nella loro letteralità, con le conseguenze che ne derivano. Fermo restando, invero, che, dal punto di vista dei costi di gestione, il concessionario si assume l'alea o rischio circa errate valutazioni fatte ex ante, non c'è dubbio che l'offerta, con

il relativo ribasso, vincola il soggetto partecipante alla gara. La disposizione in questione, in altri termini, non può considerarsi tamquam non esset; occorre, invece, valutare le offerte sulla base di tale clausola, per così dire, rebus sic stantibus, senza ipotizzare scenari (del resto possibili) che darebbero valori diversi al ribasso proposto, a seconda di quale di quelli ipotizzati si verifici in fatto (assegnando, cioè, all'offerta un valore reale e concreto, e non congetturale).

Orbene, se quanto fin qui considerato è corretto, si deve concludere, difformemente dalle conclusioni raggiunte (del resto con qualche perplessità, e a volte con considerazioni valide, ma maggiormente attinenti a valutazioni di diritto, di pertinenza del giudice) che l'offerta in questione - irrilevante rivelandosi la risposta al secondo quesito, e la scontata valutazione come migliorativa del ribasso offerto in relazione al contributo in conto capitale, data la natura assorbente del primo quesito - che l'offerta della ricorrente principale non era migliorativa, ma anzi peggiorativa per la stazione appaltante. Come tale, la stessa non andava ammessa alla licitazione privata di cui è causa.”.

D.6. - Sintetizzando gli snodi essenziali dell'iter argomentativo seguito dal T.a.r., può affermarsi che, secondo il primo Giudice:

- 1) la normativa di gara contiene una clausola che, in maniera incongrua, fa dipendere il giudizio in ordine alla qualità (migliorativa o no) dell'offerta del concorrente diverso dal Promotore, circa il ribasso offerto sul contributo in conto esercizio, dalla stima degli ipotetici volumi di traffico nel periodo considerato, così che a una stima elevata di essi - peraltro rimessa dalla Regione alla libera determinazione degli offerenti - corrisponde un ribasso elevato;
- 2) nella fattispecie le stime della Sis sono inverosimili e sovrastimate, in quanto eccessivamente ottimistiche;
- 3) la clausola in questione dà luogo ad un ribasso meramente teorico e non effettivo;
- 4) tale clausola era certamente censurabile, ma la stessa, non essendo stata impugnata, rimane efficace e dirimente al fine di stabilire se l'offerta della Sis sia migliorativa, o no, rispetto a quella del Promotore;
- 5) nel ricorso incidentale si è lamentato che il ribasso proposto dalla Sis fosse tale che la relativa offerta, anziché essere migliorativa per la stazione appaltante, risultava invece peggiorativa rispetto a quella del Promotore, consentendo alla Sis di continuare a percepire il contributo in conto esercizio anche in presenza di pedaggi riscossi in misura superiore al 25% di quelli pronosticati dal Promotore e ciò in conseguenza

del meccanismo di conguaglio disciplinato dall'art. 14 della bozza di convenzione;

6) il CTU non ha smentito tale argomento, ma ha osservato che il verificarsi, o meno, della situazione appena descritta dipenderà dai volumi di traffico che effettivamente si realizzeranno in futuro;

7) sebbene il CTU abbia ragionevolmente affermato (la sentenza parla di "egregie considerazioni") che sul punto *"non è possibile formulare ex ante un giudizio di convenienza assoluto"*, potendosi in concreto inverare tre differenti scenari, nondimeno le conclusioni del CTU non sono condivisibili in quanto la regola suddetta, seppure incongrua, non poteva essere disapplicata dalla stazione appaltante;

8) dall'obbligo di osservare la regola in discorso scaturiva però la conseguenza che i ribassi offerti dovevano essere considerati nella loro letteralità, non potendosi ipotizzare scenari differenziati, assegnanti valori diversi al ribasso proposto a seconda delle condizioni effettivamente verificantisi durante la concessione;

9) pertanto le conclusioni del CTU vanno disattese, non potendosi dar rilievo alla risposta al secondo quesito, data la natura assorbente del primo, e dovendosi quindi

ritenersi che l'offerta della Sis fosse peggiorativa per la stazione appaltante;

10) come tale l'offerta della Sis non andava ammessa alla licitazione privata (*rectius* "alla fase negoziata"; così l'epigrafe e l'orientamento complessivo dei motivi aggiunti dell'Impregilo).

D.7. – Sulla base di tale argomentare il T.a.r. ha accolto i motivi aggiunti al ricorso incidentale e, per l'effetto, ha annullato l'ammissione della Sis alla gara, dichiarando conseguentemente improcedibile il ricorso principale e i rispettivi motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse alla coltivazione dell'impugnativa.

D.8. - In estrema sintesi, due sono i passaggi essenziali del ragionamento decisorio del T.a.r.:

1) il primo è che la normativa di gara avrebbe correlato in modo incongruo la valutazione di un parametro del giudizio sulla convenienza dell'offerta – giudizio da effettuarsi all'epoca di svolgimento della procedura ristretta - a un evento futuro e incerto e conoscibile soltanto durante l'esecuzione della concessione;

2) il secondo pilastro della motivazione è logicamente connesso al primo e concerne la ritenuta inattendibilità delle stime dei futuri volumi di traffico proposte dalla Sis, da cui discenderebbe – in forza della ritenuta

incongruità della normativa di gara – la conseguente inidoneità del ribasso offerto dalla ricorrente principale.

E.) Il giudizio di appello.

E.1. - Avverso la sentenza del T.a.r. del Veneto, sopra succintamente riferita nei suoi fondamentali contenuti, è insorta in appello la Sis, proponendo due distinte impugnazioni.

E.2. – Al di là dell'esame dei singoli mezzi di gravame (al quale sarà dedicata la successiva esposizione), va considerato che la complessiva strategia difensiva della Sis è consistita nel criticare la logica sottesa alla decisione impugnata e, in questa prospettiva, l'appellante si è soffermata sulla contestazione analitica degli argomenti posti a sostegno della pretesa natura peggiorativa della propria offerta rispetto a quella del Promotore.

Le difese della Sis si sono pertanto dirette, innanzitutto, contro l'accoglimento dei motivi aggiunti al ricorso incidentale della Impregilo; l'appellante si è poi rivolta contro l'originario ricorso incidentale dell'avversaria, non esaminato in primo grado e, infine, ha riproposto al Collegio le censure formulate con il primitivo ricorso, del pari non esaminato dal T.a.r..

E.3. – Occorre, inoltre, osservare che nell'economia della complessiva azione difensiva della Sis ha assunto un

ruolo e un valore preponderante il primo appello in ordine cronologico (ossia quello di cui al ricorso allibrato a registro generale con il n. 9196/2008), posto che il secondo (quello corrispondente al ricorso n. 10295/2008 r.g.), benché ritualmente proposto e pur formalmente autonomo, nella sostanza si configura, a ben vedere, alla stregua di un ulteriore motivo, dedotto a sostegno delle conclusioni già rassegnate nella precedente impugnazione.

E.4. – Le difese della Regione Veneto e della Impregilo convergono nella illustrazione delle ragioni a supporto della correttezza della sentenza impugnata e nella contestazione di tutto quanto dedotto dall'appellante.

La Impregilo, in particolare, ha riproposto i motivi del ricorso incidentale non esaminati in primo grado.

F.) Le ragioni della decisione: i motivi aggiunti al ricorso incidentale di primo grado.

F.1. - Nel principiare la disamina delle molteplici questioni dedotte in contenzioso si presenta logicamente prioritario, stante le superiori premesse, il vaglio dei mezzi di impugnazione incentrati sulla critica della sentenza gravata nella parte in cui il T.a.r. ha accolto i motivi aggiunti al ricorso incidentale, giudicando l'offerta della Sis peggiorativa rispetto a quella del Promotore.

F.2. – Le doglianze della Sis sono fondate e la considerazione di tale fondatezza esonera il Collegio dall'esame delle eccezioni preliminari, riproposte in secondo grado dall'appellante, in ordine all'asserita inammissibilità del ricorso incidentale di primo grado e dei relativi motivi aggiunti.

Invero, ad avviso del Collegio, il ragionamento che sorregge la sentenza appellata si rivela fallace in alcune delle sue premesse e non condivisibile nei suoi approdi. Non emerge difatti che la normativa di gara abbia rapportato in via diretta la valutazione della convenienza delle offerte ad eventi futuri e incerti né è riscontrabile alcuna palese inattendibilità delle stime proposte dalla Sis.

F.3. – In particolare, per quanto si spiegherà *infra*, si presentano erronei gli assunti recati dai punti 2) e 3) dello schema sopra riportato (v. *sub* §. D.6), irrilevanti ai fini del decidere le considerazioni svolte nei punti 4) e 7) dello stesso schema e, infine, incongruenti i punti 8) e 9).

Soprattutto, però, è il punto 5) della sintesi sopra richiamata che rivela, secondo il Collegio, la sostanziale fondatezza *in parte qua* degli appelli interposti dalla Sis.

F.4. – Molteplici considerazioni convergono nella valutazione positiva dell'offerta della Sis, confermandone la natura migliorativa ravvisata dall'organo di gara.

l) In prima battuta, come osservazione di carattere generale, va rilevato che la tesi contraria a quella patrocinata dall'appellante muove dall'assunto che il giudizio sulla "miglioratività", o no, dell'offerta da questa presentata fosse diverso e autonomo da quello relativo all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sul quale era incentrata la comparazione oggetto della procedura ristretta.

Di tale duplicità di giudizi non vi è però traccia nella normativa di gara e nemmeno nel dato legislativo. Sia il bando, sia il disciplinare di gara, sia la lettera di invito ancorano univocamente la valutazione della natura migliorativa delle offerte proposte dagli aspiranti competitori ai parametri di tipo qualitativo e quantitativo, analiticamente indicati e ponderati nei tre documenti sopra citati.

Così ha d'altronde divisato in ben due occasioni la stessa commissione di gara: essa ha infatti ammesso alla procedura negoziata le due offerte partecipanti alla licitazione privata, ponendole a confronto rispetto ai parametri summenzionati.

La valutazione della natura migliorativa non si è infatti focalizzata su elementi diversi da quelli declinati ai fini dell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa né, salvo quanto si chiarirà *infra* a proposito delle varianti migliorative, vi è menzione negli atti della procedura di altri criteri comparativi.

Allo stesso modo sia l'art. 37-*quater* (in rapporto all'art. 21) della L. n. 109/1994 sia l'art. 155 del Codice dei contratti pubblici nel testo antecedente la novella del 2008 (in relazione all'art. 83 dello stesso decreto) riconducono il giudizio tecnico sulla convenienza dell'offerta ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuati dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

Occorre soggiungere che la *lex specialis* della specifica procedura utilizza l'aggettivo "migliorativo" soltanto per qualificare le eventuali varianti al progetto posto a base della gara, ma ovviamente non di siffatte varianti si controverte nella vicenda, essendo piuttosto contestata la pretesa natura non migliorativa dell'offerta quantitativa della Sis e non di quella qualitativa.

Al di là del circoscritto ambito semantico delle eventuali varianti, la normativa di gara non dava adito dunque a dubbi di sorta né consentiva alla commissione di estendere il giudizio sulla convenienza delle offerte

presentate a profili diversi dalla valutazione degli elementi rilevanti ai fini dell'aggiudicazione.

II) La precedente considerazione trova conferma nel contenuto della lettera di invito, là dove è precisato che i concorrenti alla procedura ristretta sono chiamati a proporre dei "ribassi percentuali" sulle somme previste per i due contributi; i ribassi da prendere in esame – e che la commissione giudicatrice ha esattamente valutato – sono (ed erano) dunque quelli nominali, relativi al valore numerario degli importi indicati dalla amministrazione aggiudicatrice.

III) E' certamente vero che sull'entità complessiva dei due contributi pubblici sono destinate a incidere - nella prospettiva temporale della durata pluriennale della concessione – differenti variabili, posto che il contributo in conto esercizio è concepito come una funzione dell'importo della singola rata semestrale, nonché del numero complessivo delle rate; nondimeno è altrettanto vero che la normativa di gara ha circoscritto espressamente la valutazione del ribasso percentuale alla "somma eventuale che l'Amministrazione regionale è chiamata a corrispondere semestralmente in conto esercizio" (v., sul punto, la lettera di invito).

Il riferimento è dunque, inequivocabilmente, all'importo nominale delle singole rate e non al loro

ammontare complessivo lungo tutto l'arco temporale del rapporto concessorio.

Sotto questo aspetto il richiamo all'eventualità dell'ausilio non conduce a differenti conclusioni: tale riferimento allude, per come si chiarirà *infra*, alla possibilità che i futuri ed effettivi volumi di traffico interferiscano sulla genesi dell'obbligo di erogare il contributo in conto esercizio, ma sicuramente la lettera e la logica applicativa della clausola in discorso non consentono di ritenere che l'oggetto del ribasso fosse l'entità del complessivo esborso del contributo da parte delle Regione Veneto.

Ciò per tre ragioni dirimenti:

a) il testo, sopra riportato, della lettera di invito menziona esplicitamente, come già accennato, la somma da corrispondere semestralmente (ossia la rata) e la circostanza induce plausibilmente a ritenere che l'Amministrazione regionale avrebbe diversamente congegnato la normativa di gara, qualora avesse inteso riferirsi ad un diverso valore;

b) è tuttavia possibile escludere con ragionevole certezza, in aggiunta a quanto osservato *sub a)*, che la Regione Veneto abbia voluto richiamare, sia pur implicitamente, l'ammontare complessivo del contributo in conto esercizio, ossia l'importo di esso eventualmente

dovuto per tutta la durata della concessione: l'assunto poggia difatti sulla quieta considerazione che in nessun modo le offerenti, e nemmeno la Regione, avrebbero potuto pronosticare l'entità finale di tale contributo e, quindi, l'oggetto del ribasso percentuale.

Se, invero, la Regione avesse inteso riferirsi al un valore complessivo del contributo, diverso cioè dall'importo della singola rata, avrebbe dovuto coerentemente sottoporre ai concorrenti gli elementi necessari a determinare il valore complessivo del conto esercizio, onde consentire loro di valutare la sostenibilità dei rispettivi piani economici e finanziari; in particolare la Regione Veneto avrebbe dovuto determinare convenzionalmente e in maniera vincolante per i partecipanti alla procedura, almeno due delle variabili dalle quali dipende il valore finale del contributo, ossia la durata della concessione e l'entità dei volumi di traffico pronosticati.

Come si illustrerà diffusamente nel prosieguo, la Regione si è invece limitata a stabilire solo la durata massima della concessione (riducibile sulla base delle offerte dei concorrenti), mentre ha del tutto trascurato di vincolare le imprese ad una specifica stima del traffico, così rendendo assolutamente impossibile in radice, per i partecipanti alla procedura, la formulazione di un'offerta

“sostenibile” (ossia di un ribasso percentuale) rispetto a un valore del tutto incerto.

Non compete poi al Collegio (e nemmeno spettava al T.a.r.) sindacare l'opportunità della scelta compiuta della Regione Veneto, posto che, in disparte ogni altro rilievo, il criterio incentrato unicamente sul ribasso dell'importo semestrale del contributo, così come il profilo relativo all'omessa determinazione dei volumi stimati di traffico, non sono stati interessati da alcuna impugnativa.

c) era peraltro giustificato, alla luce della complessiva economia dell'operazione di finanziamento, che l'attenzione della Regione Veneto si focalizzasse soltanto sul dato semestrale del contributo, atteso che, per come è dato evincere dall'art. 14 dello schema di convenzione, l'impegno dell'amministrazione era nel senso di corrispondere - comunque e in via anticipata - il contributo in conto esercizio sotto forma di rimborso delle rate di un finanziamento trentennale che il concessionario avrebbe avuto l'obbligo di stipulare. Orbene la previsione di un tale impegno, estraneo rispetto alle regole sul criterio di aggiudicazione, illumina le ragioni per le quali la Regione Veneto - evidentemente priva, almeno all'epoca dell'indizione della gara, dei fondi necessari ad erogare il contributo in

conto esercizio (si veda, al riguardo, anche il punto 3 del dispositivo della deliberazione della Giunta regionale veneta n. 3058 del 2004 che indica la copertura di bilancio soltanto per il contributo in conto capitale) – si preoccupasse di ridurre la rata semestrale.

IV) Si è accennato alla circostanza che la normativa di gara non fissava alcun valore convenzionale e vincolante per la stima dei volumi di traffico.

Tanto emerge incontrovertibilmente dagli atti sopra menzionati, nei quali, per l'appunto, si lasciavano liberi i concorrenti di utilizzare, al riguardo, le previsioni del Promotore o quelle della Regione Veneto o altre ancora, se del caso elaborate autonomamente dal singolo concorrente.

La puntualizzazione è di estrema importanza per l'esame di alcune altre ragioni che militano a favore della riferita interpretazione della normativa di gara.

Si è detto che, secondo l'Impregilo e la Regione Veneto, la natura non migliorativa dell'offerta Sis discenderebbe dal fatto che il predetto schema della convenzione conteneva, all'art. 14, un articolato meccanismo di conguaglio volto a determinare il contributo in conto esercizio dovuto effettivamente dalla Regione Veneto (si ribadisce, non dell'importo della singola rata, unico valore preso in considerazione dal bando e dagli altri

documenti di gara e fissato nel massimo di euro 10.199.000,00 ogni sei mesi).

Il meccanismo di conguaglio consiste in un confronto *ex post* (ossia, a consuntivo) tra l'ammontare del contributo erogato (sotto forma di pagamento delle rate del finanziamento da parte della Regione Veneto) e quello del contributo dovuto. Questo secondo termine del confronto è essenzialmente determinato (si tralasciano, non rilevando per la completezza della motivazione, i dettagli della formula di conguaglio) in base allo scarto riscontrato tra i compensi da pedaggio realmente percepiti dal concessionario, al netto di imposte e detrazioni (anche future), e quelli ipoteticamente spettanti al concessionario, secondo le stime sui volumi di traffico contenuti nel PEF, presentato in corso di gara, dallo stesso soggetto.

Il riferito assetto convenzionale induce ulteriori riflessioni a sostegno di quanto già argomentato.

In primo luogo va escluso che la libertà di stima dei volumi di traffico, purché coerente con la generale sostenibilità del PEF, potesse ridondare in danno del singolo concorrente chiamato ad offrire un ribasso percentuale sull'importo dell'ammontare semestrale del contributo. In altre parole, se, per scelta discrezionale della Regione Veneto, l'indicazione dei volumi di traffico

era stata rimessa ai concorrenti, allora siffatta indicazione doveva rimanere indifferente rispetto alla valutazione della convenienza delle offerte presentate dai partecipanti, incidendo unicamente sullo scrutinio della sostenibilità economica dell'intervento proposto.

V) E' così in effetti è stato, al di là di quanto in contrario sostenuto dalle parti appellate.

In questa prospettiva le argomentazioni spiegate dalla Regione Veneto e dell'Impregilo si fondano essenzialmente sulla valorizzazione ermeneutica del riferimento, contenuto nel punto 7 del disciplinare di gara, alle modalità di erogazione del contributo semestrale (per trenta anni) indicate nell'art. 14 della bozza di convenzione.

Sennonché è agevole obiettare che il punto 7 del disciplinare, al pari del titolo secondo della lettera d'invito, riguarda il corrispettivo del concessionario, ossia concerne la regolamentazione di un aspetto attinente all'esecuzione del contratto messo a gara (*id est*, la determinazione e il pagamento del prezzo) che non presenta alcuna attinenza con i criteri di aggiudicazione della gara, rispettivamente contenuti nei successivi punti 13 (per la procedura ristretta) e 18 (per quella negoziata) i quali nemmeno citano il suddetto art.

14 e concernono piuttosto il ribasso percentuale del contributo in conto esercizio.

VI) Il rilievo di natura topografica (posto che la normativa di gara reca in luoghi differenti le discipline di diversi aspetti di un rapporto di concessione considerato in chiave diacronica, ossia nella fase procedimentale di instaurazione e in quella successiva, di esecuzione contrattuale) concorre a chiarire ulteriormente, qualora ve ne fosse bisogno, che il ribasso percentuale richiesto ai partecipanti era quello sul contributo erogato e non sul contributo realmente spettante, determinabile soltanto *ex post*, una volta avviata la gestione dell'opera e a consuntivo, ossia dopo la registrazione dei transiti effettivi.

La Regione Veneto non avrebbe potuto dunque – e difatti così non è stato (in disparte le difese spiegate in sede giurisdizionale) – valutare come non migliorativa la proposta di un concorrente alla stregua di una regola di determinazione del conguaglio, ossia di una parte del prezzo dovuto al concessionario, basata sui futuri volumi di traffico effettivo.

VII) L'ultimo argomento trattato introduce alla valutazione della consulenza tecnica d'ufficio che, ad avviso del Collegio, è stata ingiustamente disattesa dal T.a.r..

Il CTU ha aperto la sua relazione, muovendo dalla considerazione che la normativa di gara riconosceva ai concorrenti un'ampia libertà di stima dei volumi di traffico.

A tal riguardo il CTU, con assunzione pienamente confermata dagli atti della gara (v., sul punto, le valutazioni della Regione Veneto-Direzione infrastrutture di trasporto del novembre 2004), ha rilevato che la stessa stazione appaltante aveva ritenuto che le analisi di traffico proposte dal Promotore fossero sottostimate di circa il 23-25%.

Il consulente ha inoltre osservato che le ipotesi formulate dalla Sis erano sostanzialmente allineate ai volumi di traffico stimati dalla Regione Veneto nel proprio studio. In effetti, dalla lettura della relazione sui volumi di traffico dell'appellante, emerge come la Sis abbia preso in considerazione sia lo studio del Promotore sia quello della Regione Veneto del 2004, recependone le indicazioni per la stima dei possibili introiti da pedaggio e, quindi, correggendo in aumento le stime del Promotore nell'ordine del 23-25% e maggiorando di poco quelle della Regione.

Non si può condividere pertanto il giudizio del T.a.r. in ordine all'asserita inverosimiglianza delle analisi della Sis: esse non risultano difatti eccessivamente

ottimistiche né intenzionalmente sovrastimate. Semmai paiono troppo prudenti le valutazioni compiute dalla Impregilo e dalla Pedemontana.

Tuttavia va ribadito, come rilevato anche dal T.a.r., che in questa parte la disciplina non era in contestazione e, quindi, ben poteva la Sis avvalersi del proprio studio, recanti stime più vicine a quelle della Regione.

Non può ignorarsi d'altronde che, in generale, gli aspiranti concessionari stradali tendono inevitabilmente, seguendo la logica di una precisa razionalità economica, a sottostimare, non già a sopravvalutare, il “rischio traffico”, ossia l'entità dei possibili introiti da pedaggio, dipendendo essenzialmente da tale variabile l'incremento atteso della produttività delle infrastrutture viarie a pagamento (stante la più lenta dinamica dei costi fissi di gestione) e, quindi, l'aumento degli extraprofitti dei concessionari (extraprofitti che, dal punto di vista economico, sono a carico degli utenti dell'infrastruttura).

Riguardo al caso in esame è stata d'altronde la stessa Regione Veneto, nei suoi atti difensivi, a chiarire che la genesi dell'art. 14 dello schema di convenzione doveva farsi risalire proprio all'inattendibilità delle stime di traffico provenienti dal Promotore. Spiega difatti la Regione che la “valenza trasportistica del progetto era

riflessa solo parzialmente negli elaborati presentati dal Proponente. Infatti, dalle autonome valutazioni ed indagini compiute dalle strutture tecniche della Regione risultava che l'opera era in grado di attrarre, con elevata probabilità, flussi di traffico (e, quindi, ricavi) sensibilmente superiori a quelli previsti nel Piano Economico Finanziario elaborato dal Proponente" (v. a pag. 25 della memoria del 25 novembre 2008), con il rischio di determinare "un notevole sovvertimento del Piano economico-finanziario a tutto vantaggio del Concessionario medesimo" (v. a pag. 29 della succitata memoria); tuttavia, prosegue la Regione (sempre a pag. 29 della predetta memoria), a fronte dell'opposizione della Pedemontana a rivedere le sue previsioni di traffico, si è predisposto un meccanismo contrattuale per contenere l'ipotetico vantaggio del concessionario. E' eloquente rilevare che la stessa Regione dichiara di aver ideato il suddetto meccanismo allo scopo di ridurre il contributo in conto capitale originariamente richiesto dal Promotore, trasformandolo in contributo in conto esercizio (v. ancora a pag. 29, *passim*).

Orbene la difesa della Regione, oltre a palesare *incidenter* un difetto dell'istruttoria che ha condotto all'elaborazione della regola convenzionale della quale si controverte (non essendosi apparentemente considerato

che altri competitori avrebbero potuto formulare offerte diverse da quella del Promotore, basate su differenti e più realistiche stime dei volumi di traffico), confermano, per un verso, che la clausola contrattuale sul conguaglio atteneva unicamente alla fase esecutiva della concessione e, per altro verso, rendono chiaro che l'intero meccanismo è stato congegnato al precipuo scopo di ridurre i vantaggi, giudicati eccessivi, che avrebbe potuto conseguire il Promotore.

Dalle precedenti considerazioni discende che il suddetto meccanismo di conguaglio non può venire in rilievo ai fini della valutazione della natura migliorativa delle offerte presentate e che, comunque, ove pure inizialmente pensato per bilanciare dinamicamente i bassi volumi di traffico stimati dalla Pedemontana, l'art. 14 è stato in seguito affiancato ad una norma di gara, valevole per tutti i partecipanti alla procedura, che sancisce invece in maniera espressa la libertà di scelta delle stime di traffico, purché sorretta da adeguate giustificazioni.

Non può dunque contestarsi alla Sis di essersi attenuta ad una regola contenuta nella *lex specialis*.

VIII) Il CTU ha poi illustrato il funzionamento del meccanismo di conguaglio, osservando che:

a) in caso di proventi da pedaggio non superiori a quelli derivanti dai volumi di traffico stimati dall'ipotetico aggiudicatario (e tenendo conto di una soglia di tolleranza), non si sarebbe operata alcuna riduzione del contributo pubblico in conto esercizio;

b) in caso di aumento di tali volumi in misura pari o superiore al 120% di quelli stimati dall'ipotetico aggiudicatario, non si sarebbe erogato alcun contributo;

c) nelle ipotesi intermedie, ossia con volumi di traffico compresi tra i due valori sopra indicati *sub* a) e b), l'entità del contributo erogato si sarebbe ridotta velocemente.

Il CTU ha poi provato ad ipotizzare quale sarebbe potuta essere l'operatività del descritto meccanismo, una volta avviata la gestione economica della superstrada, sostituendo ad un valore astratto le rispettive stime del Promotore e della Sis e ha concluso che si sarebbero potuti configurare, in astratto, tre possibili scenari, ovvero semplificando l'articolato ragionamento del CTU:

1) in caso di volumi di traffico vicini ai livelli a quelli del Promotore, sarebbe stata più conveniente l'offerta Sis, dal momento che la Regione Veneto avrebbe sì erogato il contributo, ma in misura ridotta;

- 2) in caso di volumi vicini a quelli della Sis e fino al 120% di essi, sarebbe stata più conveniente l'offerta del Promotore, in ragione del venir meno per la Regione Veneto dell'obbligo di versare il contributo;
- 3) infine, per l'eventualità di volumi di traffico superiori al 120% di quelli proposti dalla Sis, si sarebbe avuta un'assoluta equivalenza delle due proposte, perché la Regione Veneto comunque non avrebbe corrisposto alcun contributo.

Prima di procedere oltre, va subito considerato che, in realtà, dei tre possibili scenari prospettati dal CTU ben due configuravano come migliore l'offerta Sis e ciò per l'evidente considerazione che, nell'ipotesi 3), l'offerta Sis, complessivamente intesa, era comunque più conveniente sotto altri profili (ovvero, è incontestato che la proposta dell'appellante fosse migliore di quella del Promotore in relazione alla maggiore estensione dell'esenzione per il traffico leggero residente, alla minore durata della concessione e al minor contributo in conto capitale). In effetti, non va obliterato che tutto il dibattito sulla natura migliorativa, o no, dell'offerta della Sis si è impropriamente focalizzato, in maniera esclusiva, sul contributo in conto esercizio, ma questo non era l'unico elemento in base al quale stabilire quale fosse l'offerta economicamente più vantaggiosa e tale

limitato approccio alla questione dibattuta ha indubbiamente influito negativamente sulle valutazioni conclusive del Tribunale.

Pur volendo prescindere dai precedenti rilievi circa il reale oggetto del confronto comparativo, va comunque osservato che i tre scenari sopra delineati circa il versamento del contributo in conto esercizio, non offrivano elementi per l'accoglimento delle tesi patrocinata dal Promotore.

IX) Per contro, un argomento a favore della bontà dell'offerta Sis promana da un'ulteriore riflessione del CTU: questi ha condivisibilmente rilevato l'assoluta impossibilità di prevedere l'andamento del traffico nei trenta anni a venire (tale è la durata del finanziamento previsto per il contributo in conto esercizio); al riguardo il CTU ha potuto soltanto dare atto della generale tendenza ad un costante aumento nel tempo dei volumi di traffico. In sostanza, nessuno può dire che cosa accadrà nei prossimi decenni, anche se probabilmente il traffico aumenterà.

Ma se una previsione precisa è impossibile, allora nemmeno è ipotizzabile fondare razionalmente, su stime inevitabilmente incerte, un giudizio in ordine alla natura migliorativa di una delle offerte in competizione.

Anche sotto questo aspetto pertanto la logica elementare e il buon senso confermano l'inequivoco dato letterale della normativa di gara e conducono ad escludere ogni rilevanza, ai fini dell'aggiudicazione della specifica procedura, ai pronostici volumi di traffico futuri.

X) Tutte le considerazioni finora svolte infirmano quindi il giudizio del Tribunale con riferimento ai punti 2) e 3) indicati *sub* D.6., dal momento che le stime della Sis non erano eccessive e il ribasso da valutare era unicamente quello nominale (e non già quello calcolato sui futuri ed effettivi volumi di traffico, assolutamente imprevedibili *ex ante*); le medesime considerazioni confermano altresì l'irrilevanza dei volumi stimati di traffico per l'ammissione alla procedura negoziata.

Sulla Sis inoltre non gravava alcun onere di impugnativa della regola sulla libera stima dei volumi di traffico e, di qui, l'indifferenza ai fini del decidere dei punti 4) e 7) *sub* D.6); incongruenti rispetto a quanto osservato sono poi il punto 8) - dal momento che venendo in rilievo soltanto i ribassi nominali risulta priva di pregio ogni censura poggiante su inverificabili ipotesi circa il futuro andamento della gestione - e pure il punto 9).

XI) In conclusione, va ribadito che se la Regione Veneto avesse realmente inteso annettere rilevanza alle stime dei volumi di traffico, essa avrebbe diversamente congegnato la normativa di gara, imponendo ai concorrenti l'osservanza di una correlazione inversa tra lo scarto in aumento rispetto ai flussi di traffico indicati dal Promotore e l'entità del contributo in conto esercizio. Ma di un vincolo siffatto non vi è traccia nella *lex specialis* posto che il ribasso non è stato concepito come una variabile dipendente dal traffico stimato e allora non residua alcun argomento per sostenere che l'offerta della Sis, in riferimento al solo elemento del ribasso percentuale sul contributo in conto esercizio, fosse peggiorativa di quella del Promotore; anzi, sul piano letterale e nominale, che è l'unico rilevante ai fini del decidere, l'offerta dell'appellante risultava indubbiamente migliorativa in rapporto a tutti i parametri del confronto comparativo indicati nella *lex specialis*.

XII) Contrariamente a quanto sostenuto dalle appellate, la normativa di gara non era interpretabile in altra maniera: non a caso essa è stata percepita dalla commissione giudicatrice, dalla Sis e dall'altra a.t.i. ammessa alla procedura negoziata nei sensi appena riferiti.

Accordare prevalenza ad una diversa esegesi configgerebbe dunque platealmente con il principio generale di massima apertura delle gare e di *favor participationis*.

XIII) Non interferisce con le questioni in esame il disposto dell'art. 7 della L.R. Veneto n. 15/2002, rubricato "Oneri derivanti dalla concessione", con il quale si prevede che, in occasione di ciascuna verifica triennale dell'andamento economico della concessione, il concessionario - nell'ipotesi in cui sussista un saldo positivo tra i rientri effettivi derivanti dalle tariffe di pedaggio e quelli previsti nel PEF del concessionario - è tenuto a versare la metà di tale saldo alla Regione.

Secondo l'Impregilo la sovrastima dei volumi di traffico da parte della Sis avrebbe privato la Regione di tali ulteriori importi, così aggravando, in termini di minori entrate, il pregiudizio già rappresentato dai maggiori esborsi per l'erogazione del contributo in conto esercizio.

L'argomento, al pari degli altri già scrutinati, non è convincente né inficia quanto sopra divisato. Innanzitutto esso muove dalla premessa, come si è visto assolutamente indimostrata, che siano corrette e attendibili unicamente le stime dei volumi di traffico proposte dall'Impregilo.

D'altronde, pur volendo condividere (soltanto per fini espositivi) tale ipotesi, ossia che i volumi di traffico "realistici" siano quelli corrispondenti alle stime del Promotore, si configurerebbe comunque lo scenario 1), descritto *sub* VIII e, quindi, la Sis verrebbe a percepire un contributo minore di quello spettante all'Impregilo, stante la riduzione offerta (del 5% e poi del 25%); ridotto in pari misura percentuale sarebbe anche il contributo in conto esercizio e sulle entrate da pedaggio inciderebbe, in senso riduttivo, sia la maggiore consistenza dell'esenzione per il traffico leggero residente sia la minore durata della concessione.

Al cospetto di tali numerose variabili il Collegio non ritiene che il riferimento alla disciplina regionale sia per sé dirimente.

Al di là di quanto appena considerato, va inoltre soggiunto che l'argomentazione presta il fianco ad una critica più radicale, dal momento che anche l'art. 7 sopra citato attiene alla fase esecutiva del rapporto di concessione e non a quella dell'affidamento e la sua *ratio* è proprio quella di controbilanciare gli arricchimenti, consueti nelle concessioni stradali, dovuti alla sottostima degli extraprofitti da pedaggio.

Lo scopo della norma è, in sostanza, quello di ritrasferire agli utenti, sotto forma di riduzione delle

tariffe o di altre utilità connesse all'uso delle infrastrutture viarie, almeno una parte delle rendite conseguite dal concessionario, anche sfruttando l'asimmetria informativa circa la produttività futura dell'opera realizzata in concessione.

Non va dimenticato, invero, che le somme percepite per effetto della disposizione in discorso sono vincolate allo sviluppo delle infrastrutture per il trasporto e la mobilità o, a discrezione della Regione, alla riduzione degli oneri economici posti a carico degli utenti.

XIV) Nemmeno coglie nel segno la censura relativa alla pretesa inidoneità dell'asseverazione del PEF presentato dalla Sis. Si tratta, in primo luogo, di un motivo che, almeno nei termini riproposti in appello, non risulta espressamente dedotto in primo grado, ma anche a voler ignorare tale profilo (e, ancora, soltanto per completezza espositiva), si osserva che l'asseverazione del PEF, ossia la valutazione positiva della sua sostenibilità economico-finanziaria, non può prescindere dalle previsioni sui quali poggia lo specifico piano esaminato. Il soggetto incaricato dell'asseverazione deve infatti considerare tali previsioni alla stregua di dati sulla base dei quali verificare la sussistenza dei presupposti per l'effettiva redditività dell'intervento, durante tutto l'arco temporale stabilito.

Il sindacato sulla correttezza o la validità degli elementi che sorreggono il PEF non compete però all'asseveratore, ma alla stazione appaltante sulla scorta delle indicazioni fornite ai concorrenti.

Ebbene, nel caso di specie, il PEF della Sis muoveva da una determinata stima dei volumi di traffico, consentita dalla normativa di gara, in rapporto alla quale l'asseverazione si è limitata ad attestare la sostenibilità della proposta.

I precedenti assunti non comportano pertanto alcuna svalutazione del ruolo centrale del PEF, la cui strategicità nell'ambito della procedura di finanza di progetto è, invece, da confermarsi come già statuito dalla Sezione nella decisione n. 6727/2006 e, più recentemente, dalla pronuncia n. 1741/2009. Anzi, in quest'ultimo arresto, evocato nel corso della discussione svoltasi nell'udienza pubblica, va segnalato che la Sezione ha ritenuto che la formulazione di presupposti trasportistici non allineati alle ipotesi dell'amministrazione aggiudicatrice (anche in quel caso si trattava di una Regione e della realizzazione di un'infrastruttura viaria regionale a pedaggio) è una circostanza che, seppure nel concorso con altri elementi, può legittimamente condurre l'amministrazione a

escludere l'interesse pubblico di una proposta di finanza di progetto.

L'assunto, sebbene inserito nel contesto di una motivazione incentrata essenzialmente sulla prima fase (propriamente "amministrativa") del *project financing*, rafforza indubbiamente le accennate perplessità in ordine alle scelte compiute, nello specifico, dalla Regione Veneto.

F.5. - In accoglimento del mezzo del gravame esaminato sono dunque da respingere i motivi aggiunti del ricorso incidentale di primo grado, in quanto la Sis non ha formulato un'offerta in aumento (primo motivo) né un'offerta peggiorativa rispetto a quella del Promotore (secondo motivo).

G.) (Segue): gli altri motivi del ricorso incidentale di primo grado.

G.1. - Il rigetto delle censure testé vagliate impone l'esame delle doglianze contenute nel ricorso incidentale interposto in primo grado dalla Impregilo. Anche in questo caso, il Collegio ritiene di poter prescindere dalle questioni di inammissibilità sollevate dalla Sis mercé l'infondatezza dei motivi dedotti in prime cure e riproposti in appello dall'Impregilo.

Ed invero, con la prima censura si deduce che l'Amministrazione regionale non avrebbe dovuto

ammettere la Sis alla procedura ristretta e, quindi, anche a quella negoziata, poiché l'appellante non era in possesso dei requisiti previsti dalle lett. c) e d) dell'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999 (sui requisiti del concessionario) e dal punto 11 del bando di gara (*rectius*, del disciplinare di gara) sui requisiti di partecipazione, per non aver dichiarato precisamente in che cosa consistessero i "servizi affini" svolti e quale fosse il relativo fatturato.

G.2. – Con la seconda censura la Impregilo afferma che le disposizioni regolamentari e di gara sopra richiamate sarebbero state violate anche sotto un diverso profilo. In particolare, si deduce che l'a.t.i. costituita con la mandante Itinere non avrebbe assolto quanto richiesto dal succitato art. 98 e dalla *lex specialis*, risultando l'Itinere costituita nel 2002 e la mandataria nel 2003 e, quindi, i requisiti relativi al fatturato e ai servizi affini non potevano riferirsi all'intero arco temporale di cinque anni previsto dal bando.

G.3. – Con il terzo motivo del ricorso incidentale, riproposto in appello, la Impregilo lamenta la violazione dell'art. 95 del succitato regolamento, nonché del succitato punto 11, laddove si prevede che la capogruppo mandataria possieda in ogni caso i requisiti in misura maggioritaria: nella fattispecie, difetterebbe

tale requisito in capo al Consorzio, avendo quest'ultimo un capitale complessivo di soli 63.883.000 euro a fronte dei 107.752.400 richiesti dal bando e dei 140.473.078 vantati dalla mandante Itinere. Saggiunge che la Sis non disporrebbe comunque del requisito per i servizi affini.

G.4. - Infine, con la quarta e ultima lagnanza, l'Impregilo afferma che la Sis avrebbe prodotto una cauzione provvisoria limitata alla sola procedura ristretta e non estesa, come sarebbe stato necessario, anche a quella negoziata, con la conseguenza che, nell'ultima fase, la Sis era da considerarsi sprovvista di una garanzia valida e adeguata.

G.5. - Onde vagliare la fondatezza dei motivi sopra riferiti, giova riportare, nella parte di interesse, il testo dell'art. 11 del disciplinare di gara.

In particolare il comma 2, seppur da declinare diversamente nelle differenti ipotesi di concorrenti presentatisi come imprese invece che come raggruppamenti o consorzi o GEIE, stabilisce in via generale al paragrafo 2: "Dovrà essere ... prodotta una dichiarazione con la quale si attesti che il concorrente è in possesso, ai sensi dell'art. 98 del D.P.R. 554/1999 e s.m.i., dei seguenti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi:

- a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore ad euro 215.204.800,00;
- b) capitale sociale non inferiore a euro 107.752.400,00;
- c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'investimento per un importo medio non inferiore ad euro 107.752.400,00;
- d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad euro 43.100.960,00.

Per servizi affini si intende quelli concernenti la progettazione definitiva ed esecutiva di strade ed autostrade e la gestione di strade e autostrade.”.

Il punto 11, nel medesimo paragrafo 2, prevede altresì che, qualora il concorrente sia un raggruppamento temporaneo, i requisiti previsti:

- dalle suindicate lettere a) e b), “devono essere posseduti dalla capogruppo e da tutte le mandanti nella misura prevista dall'art. 95 del D.P.R. 554/1999 e s.m.i.”;
- quelli previsti dalle lettere c) e d), devono “essere posseduti esclusivamente dall'impresa o dalle imprese che assumono la gestione di servizi”;
- e, infine, quelli previsti dalla “ipotesi A.1.” (ossia il possesso dell'attestazione SOA) “devono essere

posseduti esclusivamente dall'impresa o dalle imprese che assumono lavori”.

Ancora, il punto 14 sulle garanzie prescrive che “(a)l momento della presentazione dell’offerta i concorrenti dovranno produrre, con le modalità indicate nella lettera d’invito: a) cauzione provvisoria di importo pari al 2% dell’importo dei lavori ... resa ai sensi dell’art. 75, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.; ...”; nell’ultimo comma della stesso punto è poi precisato che: “(a)lle cauzioni, provvisoria e definitiva, si applicano le disposizioni previste dall’art. 75, comma 7, del D.Lgs. 163/2006 ...”.

Va poi soggiunto, per quanto qui interessa, che il punto 12 del disciplinare sanziona con l'esclusione del concorrente soltanto la mancanza delle dichiarazioni (a rendersi da parte di ogni soggetto membro) e la loro omessa sottoscrizione.

G.6. – Tanto premesso, va osservato che il primo motivo è infondato. Ed invero, la normativa di gara consentiva alle partecipanti di attestare il possesso dei requisiti di partecipazione mediante una dichiarazione. A tale previsione del disciplinare di gara si sono attenuti sia il Consorzio (e la Itinere) sia le imprese del raggruppamento capeggiato dalla Impregilo. In particolare, il Consorzio, in qualità di mandatario, e la

Itinere, in qualità di mandante, hanno reso le due dichiarazioni, attestanti il possesso dei rispettivi requisiti (tenendo conto che il Consorzio è il soggetto assuntore dei lavori e la Itinere l'assuntore dei servizi).

D'altronde, siffatta modalità di attestazione dei requisiti è coerente con la regola, desumibile anche dall'art. 48 del Codice dei contratti, secondo cui i requisiti, nella fase di presentazione della domanda di partecipazione, devono essere dichiarati, fatta salva la loro dimostrazione nell'eventualità dell'aggiudicazione (arg. ex artt. 11, comma 8, e 48 del Codice).

Essendo incontestato che la Sis (come l'Impregilo) abbia rilasciato tale attestazione, rendendola nelle forme della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, ne discende che la commissione di gara non avrebbe potuto disporre, a norma del disciplinare, alcuna esclusione.

Inoltre va osservato, sul piano processuale, che l'effetto di certificazione che assiste le affermazioni del concorrente non può essere posto in dubbio attraverso una generica contestazione della veridicità di quanto dichiarato; occorre piuttosto che il deducente adempia quantomeno all'onere di indicare sotto quali specifici aspetti la dichiarazione resa dalla parte avversaria non corrisponda alla realtà dei fatti; è necessario cioè che

emergano dall'esposizione dei motivi di censura gli elementi, quanto meno indiziari, che corroborano la denuncia relativa al difetto dei requisiti di partecipazione.

In mancanza di tali indicazioni l'assunto secondo cui l'omessa precisazione dei servizi affini svolti e del fatturato conseguito equivarrebbe a mancanza degli stessi si risolve, a ben vedere, in una mera congettura, non meritevole di approfondimento.

G.7. – Per analoghe considerazioni va respinto anche il secondo motivo del ricorso incidentale.

In aggiunta va segnalato che la Sis ha condivisibilmente osservato come, in riferimento al Consorzio, trovi applicazione l'art. 36, commi 6 e 7, del Codice (secondo cui il Consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate) e che, nel caso dell'Itinere, l'altro soggetto del costituendo raggruppamento, l'incidenza del fatturato per l'attività e i servizi affini svolti è idoneamente determinabile rapportando a cinque l'ammontare complessivo del fatturato, di volta in volta rilevante ai sensi del punto 11, così da spalmarlo sulla media del lasso temporale indicato dal disciplinare. Tale modalità del computo è infatti coerente con la regola scolpita in via generale dall'art. 47, comma 5, della

direttiva 2004/18/CE, in base alla quale deve essere ammessa una ampia possibilità di prova all'operatore economico che non sia obiettivamente in grado di dimostrare la capacità richiesta dall'amministrazione (come nell'ipotesi, ricorrente nella fattispecie, di un'impresa costituitasi da meno di cinque anni).

G.8. – E' infondato anche il terzo motivo.

Il disciplinare di gara prescrive, come si è riferito sopra, che il requisito relativo al capitale sociale sia posseduto dalla capogruppo e da tutte le mandanti e consorziate nella misura prevista dall'art. 95 del D.P.R. 554/1999 e s.m.i..

Orbene, rimandando per quanto concerne la supposta carenza del requisito dei servizi affini a quanto sopra osservato, la Sis ha correttamente dichiarato il rispetto delle previsioni dell'art. 95 del regolamento, posto che il capitale della Sis, risultante dalla somma del capitale sociale delle imprese consorziate, è maggioritario se comparato all'entità di quello richiesto dalla normativa di gara; né rileva che l'Itinere sia molto più capitalizzata della mandataria dal momento che, ai fini della partecipazione alle procedure, non interessa la misura assoluta dei requisiti posseduti dai singoli operatori economici, ma solo quella effettivamente impegnata con riferimento all'oggetto della specifica gara.

Il principio, una volta calato alla fattispecie, supporta la deduzione della Sis, la quale ha precisato che l'importo del suo capitale sociale, pari a circa 63 milioni di euro, è comunque maggioritario (nella misura prossima al 59%) rispetto all'importo complessivo richiesto dalla lett. b) del comma 2 del punto 11 del disciplinare.

G.9. - Non può essere accolta nemmeno l'ultima lagnanza dell'Impregilo, secondo la quale la Sis avrebbe presentato una cauzione valida solo per la procedura ristretta e non anche per quella negoziata e, in ogni caso, senza l'indicazione della durata di 180 giorni dalla presentazione del rilancio in sede di procedura negoziata.

La censura non trova riscontro nella disciplina di gara. Invero, il punto 14 di esso si limita a rinviare ai commi 1 e 7 dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006; la lettera d'invito precisa la durata della cauzione provvisoria, fissandola in 180 giorni decorrenti dalla scadenza della presentazione delle offerte.

Con riferimento alla cauzione provvisoria la *lex specialis* dunque non distingue tra procedura ristretta e procedura negoziata, prescrivendo per entrambe le fasi la prestazione di un'unica cauzione.

La soluzione adottata dalla normativa di gara è del resto in linea con la struttura unitaria della finanza di progetto, articolata, all'epoca della vicenda della quale si controverte, in tre diversi sub-procedimenti tra loro connessi. La richiesta di un'unica cauzione evidenzia siffatta connessione funzionale tra la procedura ristretta e quella negoziata, concepite come segmenti di un unico procedimento finalizzato, per l'appunto, all'aggiudicazione della concessione.

Non emergono allora elementi che possano suffragare la tesi patrocinata dalla Impregilo riguardo la necessità della presentazione di due, successive, cauzioni provvisorie; né risulta che il *dies a quo* della validità (propriamente "efficacia") della garanzia fosse identificabile nella presentazione dei rilanci; piuttosto la lettera di invito correla la decorrenza del termine di 180 giorni alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte nella procedura ristretta, ossia alla data del 15 maggio 2007.

Non è controverso, però, che la cauzione della Sis, conforme *in parte qua* alla normativa di gara, avesse validità fino all'11 novembre 2007 e da ciò discende che, anche considerando la seduta di verifica dell'offerta della Sis, la cauzione presentata da quest'ultima era ancora valida al momento della conclusione

dell'aggiudicazione dichiarata il 24 ottobre 2007 (data conclusiva, per quanto si chiarirà *infra* nel prossimo paragrafo, della procedura negoziata).

H.) (Segue): i motivi di appello esaminati.

H.1. – Respinto il ricorso incidentale di primo grado e i relativi motivi aggiunti, può passarsi ad esaminare i motivi che sorreggono l'appello interposto dalla Sis. Essi consistono nella riproposizione delle censure del ricorso principale dichiarato improcedibile dal T.a.r..

H.2. – Non è fondato il primo motivo con il quale si deduce che la procedura di finanza di progetto dovesse intendersi assoggettata alla legislazione vigente al 28 giugno 2002, data in cui la Pedemontana sottopose alla Regione Veneto una prima proposta di intervento.

Secondo la Sis la presentazione di detta proposta avrebbe segnato l'inizio dell'unitario procedimento sottoposto al vaglio del giudice amministrativo e, quindi, in relazione ad essa andrebbe individuata la normativa applicabile *ratione temporis*, ossia, per quanto di interesse, l'art. 37-ter della Legge Merloni (L. n. 109/1994) nella versione antecedente l'introduzione del diritto di prelazione, avvenuta soltanto con l'art. 7, comma 1, lett. bb), della L. 1° agosto 2002, n. 166.

In sostanza, la Sis ritiene che la Regione Veneto abbia violato il principio c.d. "del *tempus regit actum*" per aver

previsto, in assenza di una corrispondente norma di rango primario, la facoltà del Promotore di adeguare la propria offerta a quella giudicata più conveniente dall'amministrazione.

Il motivo non è meritevole di accoglimento, giacché la Sis muove da una non condivisibile ricostruzione della vicenda procedimentale.

Non può infatti prendersi a riferimento della procedura di finanza di progetto in disamina la prima dichiarazione di pubblico interesse, contenuta nella delibera della Giunta regionale n. 3095 del 29 ottobre 2002.

Occorre invece considerare la successiva dichiarazione di cui alla delibera giuntale n. 3858/2004, sopravvenuta alla sentenza del T.a.r. del Veneto n. 680/2004 (di annullamento della delibera n. 3096/2002, recante la prima indizione della gara e, in parte, anche della succitata delibera n. 3095/2002 di pari data).

In tutta evidenza questa seconda dichiarazione concerne una nuova proposta della Pedemontana, non riconducibile a quella in pregresso presentata, essendo sensibilmente mutati alcuni elementi essenziali del progetto, quali la localizzazione dell'opera e la maggiore estensione del tracciato.

Orbene è incontestabile che detta innovativa proposta risalga al 31 dicembre 2003, allorquando l'istituto della prelazione era già vigente.

D'altronde la normativa applicabile *ratione temporis* alla procedura della finanza di progetto, stante la sua sostanziale unitarietà e al di là dell'articolazione in tre distinti sub-procedimenti connessi (almeno secondo il disegno normativo anteriore alla riforma portata dal D.Lgs. n. 152/2008), è quella in vigore all'epoca in cui è pubblicato l'avviso indicativo e, nella fattispecie, tale pubblicazione è avvenuta in epoca successiva al 18 agosto 2002.

H.3. - Secondo l'ordine di censure prospettato nell'appello, il Collegio dovrebbe scrutinare il motivo diretto a contestare la compatibilità comunitaria del diritto di prelazione.

Senonché tale ordine deve essere derogato (e peraltro la stessa Sis lo ha sovvertito nella memoria conclusiva), giacché il giudice amministrativo, come ogni decidente, ha l'obbligo di esaminare le doglianze proposte dalle parti secondo la priorità dettate dalla logica processuale, accordando cioè precedenza al vaglio delle censure che, secondo una graduazione decrescente, assicurino la maggiore soddisfazione del ricorrente, in relazione al bene della vita perseguito con l'azione giudiziaria.

Ebbene è evidente che la Sis aspira all'aggiudicazione della gara e non alla sua rinnovazione (esito processuale al quale condurrebbe un ipotetico accoglimento, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, di un eventuale rinvio pregiudiziale).

D'altronde l'obbligo del giudice (interno) di ultima istanza di rivolgersi alla Corte di Lussemburgo postula che la questione comunitaria sia rilevante ai fini della decisione del caso concreto sottoposto al suo sindacato; al Giudice europeo possono e debbono essere rivolte, difatti, soltanto richieste di interpretazioni che risultino indispensabili per la risoluzione di una specifica controversia.

Nella fattispecie viene però in rilievo, prima della questione comunitaria, la verifica del regolare esercizio del diritto di prelazione, del pari contestato dalla Sis. E' del tutto evidente, difatti, che qualora emergesse che il Promotore non si è ritualmente avvalso della facoltà di adeguare la propria offerta a quella dell'appellante, non rivestirebbe più un reale interesse il dubbio relativo alla compatibilità comunitaria del diritto di prelazione.

H.4. – Su queste premesse va allora esaminato il motivo con il quale la Sis ha dedotto la violazione delle regole di gara sul termine stabilito per l'esercizio del diritto di prelazione. Sul punto, la Sis sostiene che il Promotore

non abbia fatto valere il suo diritto nei tempi fissati improrogabilmente dalla normativa di gara e che, di fatto, l'Impregilo sia stata impropriamente rimessa in termini dalla commissione.

H.5. – Il mezzo di gravame è fondato.

Si è riferito sopra (*sub* B.8) il contenuto della lettera d'invito in ordine alla disciplina della fase terminativa della procedura negoziata.

Ebbene, seguendo l'ordine dei singoli passaggi nitidamente scanditi dalla normativa di gara, può ricostruirsi il corretto *modus procedendi* al quale avrebbe dovuto attenersi la commissione giudicatrice:

- a) in seduta pubblica essa avrebbe dovuto assegnare i relativi punteggi;
- b) qualora fosse risultata economicamente più vantaggiosa l'offerta di un soggetto diverso dal Promotore, quest'ultimo - a conclusione della procedura negoziata e nel termine perentorio di dieci giorni da tale ultima seduta pubblica - avrebbe dovuto dichiarare la propria disponibilità ad adeguare la sua offerta.

Lo schema vincolante delineato dalla lettera di invito non è stato tuttavia rispettato dalla commissione: questa invero, nella seduta pubblica del 25 settembre 2007, aprì i plichi inviati dalla Sis e dall'Impregilo e

assegnò i punteggi, giudicando più conveniente l'offerta della prima e dichiarandola aggiudicataria della gara.

A questo punto comunicò alla Sis che “al fine della valutazione della congruità dell'offerta presentata” la stazione appaltante avrebbe “richiesto, con nota formale, il ‘Piano Economico-Finanziario’ asseverato da un istituto bancario” e che della relativa valutazione sarebbe stata data comunicazione in una successiva “ultima seduta pubblica”.

La Sis fece pervenire tempestivamente il PEF asseverato.

Nella successiva seduta pubblica del 24 ottobre 2007 la commissione, verificata la congruità dell'offerta della Sis, confermò l'aggiudicazione in suo favore.

Senonché, subito dopo tale conferma, il Presidente della commissione informò i presenti che in quel momento era consegnata a mano del rappresentante del Promotore una nota, in pari data, recante la comunicazione dell'aggiudicazione in favore della Sis e che dalla data della seduta avrebbe cominciato a decorrere il termine perentorio di dieci giorni per l'esercizio del diritto di prelazione.

Contro tale modo di procedere, insorse immediatamente il rappresentante della Sis chiedendo

di poter mettere a verbale, tra le altre, le seguenti osservazioni (inserite come allegato al verbale):

- a) la procedura negoziata si era conclusa nella seduta pubblica del 25 settembre 2007 con l'aggiudicazione in via provvisoria;
- b) la presentazione del PEF, in base alla lettera d'invito, era considerata unicamente quale condizione per l'aggiudicazione definitiva;
- c) pertanto la commissione aveva violato l'autovincolo che si era imposta la Regione Veneto;
- d) vi era opposizione alla concessione di un ulteriore termine di dieci giorni, essendo tale termine già spirato.

La Regione Veneto disattese tuttavia le obiezioni della Sis e, avendo il Promotore successivamente esercitato il diritto di prelazione, la gara fu aggiudicata in via definitiva all'Impregilo con deliberazione della Giunta regionale n. 3844 del 4 dicembre 2007.

H.6. – Ad avviso del Collegio sussiste la violazione denunciata dalla Sis. In effetti, dal tenore della lettera di invito, *in parte qua* non impugnata, si evince con chiarezza che il *dies a quo* del termine di dieci giorni per l'esercizio del diritto di prelazione da parte del Promotore – termine che l'amministrazione si era autovincolata a

considerare perentorio – avrebbe cominciato a decorrere dalla data della seduta pubblica destinata all’assegnazione dei punteggi, ossia dalla data della seduta conclusiva della procedura negoziata.

H.7. – Molti argomenti di ordine letterale e sistematico sorreggono questo giudizio.

In primo luogo occorre premettere che la qualificazione di un termine come “perentorio” impone di interpretare rigorosamente le relative clausole. Siffatto rigore è tanto più necessario nel caso dell’esercizio del diritto di prelazione, trattandosi di istituto che, a prescindere dalla sua compatibilità con l’ordinamento sopranazionale, è comunque di carattere eccezionale, configurandosi, in deroga alla regola generale di pari trattamento tra i concorrenti, come un vantaggio attribuito al solo Promotore.

In secondo luogo merita rilevare che, sebbene nella fattispecie la perentorietà in questione fosse frutto di una scelta discrezionale della stazione appaltante, nondimeno essa vincolava puntualmente l’amministrazione.

E’ inoltre da segnalare che alla fissazione di un termine “perentorio” si accompagna, secondo la teoria generale, la previsione di decadenza per il caso dell’eventuale inosservanza: anzi, ribaltando l’ultima

affermazione, può quietamente sostenersi che la sanzione della decadenza è il principale effetto e il primario indice di riconoscimento della natura perentoria di un termine.

La lettera d'invito è dunque coerente con la regola sulla generale facoltà di stabilire, sulla base di una determinazione volontaristica, termini di decadenza, non di origine legale, per l'esercizio di diritti aventi un contenuto patrimoniale (v. l'art. 2965 c.c.).

Non vi è dubbio che di tale facoltà possa avvalersi anche la pubblica amministrazione, seppur nei limiti funzionali dell'atto emanato e nel rispetto dei canoni fondamentali che governano l'azione amministrativa.

Orbene, premesso che la clausola sul termine non è stata fatta oggetto di impugnativa, non risulta che la Regione Veneto nel fissare un termine di dieci giorni abbia esorbitato da detti limiti "amministrativi" né che essa abbia in altro modo violato la normativa codicistica, atteso che un lasso temporale di dieci giorni era congruo e non rendeva eccessivamente difficile, per il Promotore, l'esercizio della facoltà di adeguare la sua proposta a quella della Sis, non foss'altro perché il contenuto della proposta era ben noto all'Impregilo da diverso tempo e il rilancio aveva riguardato solo taluni

parametri quantitativi dell'offerta, senza incidere sulla sostanza della proposta.

Tanto precisato, va soggiunto che è la stessa lettera di invito a mettere in correlazione la decorrenza iniziale del termine perentorio con la seduta pubblica di assegnazione dei punteggi, sfociata nell'aggiudicazione provvisoria della gara in favore della Sis.

La lettera suddetta usa, non a caso, l'aggettivo dimostrativo "tale" in riferimento all'ultima seduta pubblica e, nel contesto del periodo, l'unica seduta pubblica è quella conclusiva della procedura negoziata, ossia quella di assegnazione dei punteggi e di dichiarazione dell'aggiudicazione provvisoria.

H.8. – E', d'altronde, lo stesso Codice dei contratti, all'art. 11, comma 4, a fissare l'identità generale tra il "termine di una procedura" e la "dichiarazione di aggiudicazione provvisoria" e, nel medesimo senso, come correttamente rilevato dalla Sis, è anche allineata l'esegesi dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici la quale, nella determinazione n. 8 dell'11 ottobre 2007, in materia di "Diritto di prelazione nelle procedure di Project Financing e disciplina transitoria applicabile a seguito del D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113", ha avuto occasione di chiarire che il diritto di prelazione può essere esercitato "dal promotore solo al termine della

procedura negoziata, quando cioè la commissione ha aggiudicato provvisoriamente la gara ad un altro concorrente” (v. il punto 1 del “Ritenuto in diritto”).

H.9. – La lettera d’invito, pertanto, ha imposto alla commissione di gara di aggiudicare la procedura negoziata in uno con l’assegnazione dei punteggi e così è effettivamente avvenuto. La commissione di gara non si è però avveduta che la conclusione della procedura negoziata segnava anche l’inizio della decorrenza del termine perentorio stabilito dalla lettera di invito e che tale termine sarebbe spirato irrimediabilmente il 5 ottobre 2007.

H.10. – Da quanto appena esposto discende che la concessione di un ulteriore termine al Promotore in occasione della successiva seduta del 24 ottobre 2007 si configurò come una violazione della normativa di gara, traducendosi di fatto in un’inammissibile riapertura di un termine perentorio già scaduto.

H.11. – Non ha pregio allora osservare, in contrario, che la stessa commissione di gara abbia indicato, come ultima seduta pubblica quella del 24 ottobre 2007, dal momento che una seduta pubblica successiva all’aggiudicazione provvisoria non era prevista dalla *lex specialis* di gara. Anzi, proprio la fissazione di un’ulteriore seduta pubblica, all’indomani

dell'aggiudicazione provvisoria, dimostra l'errore nel quale è incorsa la commissione di gara.

H.12. – Invero una seduta pubblica per l'aggiudicazione definitiva non era necessaria nel caso in esame posto che alla commissione di gara era stato unicamente affidato lo svolgimento della procedura comparativa, mentre l'aggiudicazione definitiva spettava, come di regola, alla stazione appaltante (nella specie, la Regione ha provveduto con la citata delibera giuntale n. 3844/2007) e non è revocabile in dubbio, peraltro disponendo esplicitamente in questo senso la stessa *lex specialis*, che la verifica dell'asseverazione bancaria fosse un adempimento esclusivamente finalizzato all'aggiudicazione definitiva.

H.13. - Non vi era pertanto bisogno di una seduta pubblica per l'aggiudicazione definitiva (e infatti a ciò ha provveduto la Giunta) e, a ben vedere, nemmeno vi era bisogno di una seduta pubblica per verificare la validità dell'offerta della Sis.

Sul punto insistono le difese delle controparti: si sostiene, in sintesi, che sarebbe stato illogico e paradossale costringere il Promotore ad esercitare un diritto rispetto ad una offerta che sarebbe potuta risultare invalida.

L'argomento è suggestivo, ma erroneo.

L'ipotetica invalidità dell'offerta della Sis per incongruità dell'asseverazione bancaria non avrebbe dato luogo alle conseguenze prospettate dalle appellate. Ed invero, quand'anche l'Impregilo avesse esercitato il diritto di prelazione rispetto ad un'offerta risultata in seguito invalida, non si sarebbe potuto sensatamente ritenere che il Promotore fosse comunque tenuto a rispettare un'offerta evidente insuscettibile di prelazione per l'impossibilità giuridica del relativo oggetto; in questo caso, una volta scartata l'offerta Sis (qualora ne fosse stata riscontrata l'invalidità), l'Impregilo avrebbe dovuto unicamente rispettare la sua offerta (*id est* del Promotore).

La situazione testè descritta, equivalente all'assenza di offerte da porre in competizione con quella del Promotore, è difatti disciplinata dalla normativa di gara (v. il secondo paragrafo del punto 18 del disciplinare di gara) e anche dal comma 2 dell'art. 155 del Codice dei contratti, vigente all'epoca dei fatti.

H.14. - Ai precedenti rilievi va aggiunto che la ricostruzione delle scansioni della fase terminale della procedura, siccome proposta dalla Impregilo, cozza, oltre che con la lettera vincolante della normativa di gara, anche con elementari esigenze di non aggravamento del procedimento. Ove riguardata la

vicenda da questa angolazione, non si comprende invero perché la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare prima la validità dell'offerta della Sis e poi ammettere l'Impregilo all'esercizio del diritto di prelazione, così ponendo nel nulla l'attività amministrativa consistita nell'esame della congruità dell'offerta, quando l'economia dei mezzi giuridici, anche nell'ipotetico silenzio della *lex specialis*, avrebbe suggerito l'esatto contrario, ossia la verifica prioritaria dell'offerta "fatta propria" dal Promotore. Non può difatti obliterarsi, sebbene il profilo non sia stato adeguatamente ponderato dalle parti, che la regola sulla validità dell'offerta era soggettivamente applicabile anche al Promotore: la normativa di gara parla invero di "offerta che risulterà economicamente più vantaggiosa" e tale è certamente quella formulata dall'aggiudicatario provvisorio (Sis); sennonché una volta esercitato il diritto di prelazione, l'offerta dell'aggiudicatario provvisorio viene a coincidere con quella del prelazionario-promotore che l'abbia fatta propria. Ciò risulta comprovato in maniera incontrovertibile dalla circostanza che, dopo l'esercizio del diritto di prelazione, anche l'offerta "fatta propria" dal Promotore è stata sottoposta a verifica di congruità (si veda, sul punto, quanto riferito negli ultimi paragrafi delle premesse della

deliberazione della Giunta regionale del Veneto n. 3844/2007). Né diverse sarebbero state, in questo caso, le conseguenze di una mancata valutazione di congruità, posto che la Sis non avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione definitiva, mentre il Promotore avrebbe potuto confermare la sua offerta (e sul punto si rimanda a quanto sopra osservato *sub* H.13).

H.15. – Non infirma la ricostruzione giuridica sopra effettuata l'argomento incentrato sul legittimo affidamento ingenerato nell'Impregilo per effetto dell'illegittima condotta della commissione di gara.

La considerazione dell'affidamento non vale difatti a superare il preciso disposto della normativa di gara e, comunque, il motivo non ha pregio.

In ordine al primo profilo è dirimente rilevare che l'immanente legalità che deve innervare tutta l'attività amministrativa esclude che l'aggiudicazione di una procedura di evidenza pubblica possa legittimamente scaturire da un affidamento riposto su una violazione della disciplina di gara, quand'anche ascrivibile alla commissione giudicatrice, piuttosto che dal pieno rispetto delle regole promananti dall'ordinamento generale o dalla specifica "legge" della procedura. L'affidamento ipoteticamente riposto dalla Impregilo

sulla legittimità dell'operato della commissione di gara per aver quest'ultima fatto menzione, nella seduta del 25 settembre 2007, di una successiva ultima seduta pubblica non può certamente prevalere sulla chiara sequenza degli adempimenti imposti dalla lettera di invito e così condurre ad un'aggiudicazione in danno di un'altra concorrente; senza contare che la formazione di un affidamento tutelabile postula, in generale, il decorso di un congruo lasso temporale durante il quale non emergano contestazioni sulla legittimità di una attività amministrativa, mentre nel caso di specie vi furono le immediate e vibrante proteste della Sis nella seduta pubblica del 24 ottobre 2007.

Da quanto sopra osservato discende che la lesione di un affidamento può, al più, giustificare una richiesta risarcitoria nei confronti dell'amministrazione (sempre che ne ricorrano i presupposti), ma non può sicuramente invocarsi per sottrarre ad un altro concorrente un'utilità regolarmente conseguita e, tanto meno, se la violazione compiuta dall'amministrazione, sulla quale poggia l'ipotetico affidamento, sia stata tempestivamente contestata in ogni sede, amministrativa e giurisdizionale.

H.16. - L'argomento incentrato su un presunto affidamento tutelabile della Impregilo è comunque

infondato. Ed invero, anche a voler idealmente prescindere da quanto sopra considerato, va ulteriormente rilevato che avrebbe potuto configurarsi, al più, un affidamento dell'Impregilo qualora la commissione di gara, già in occasione della seduta pubblica del 25 settembre 2007, avesse disposto un rinvio ad una successiva seduta pubblica ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione. In questo caso, in effetti, la Impregilo avrebbe potuto sostenere (pur senza poter aspirare soltanto sulla base di tale circostanza all'aggiudicazione) di aver fatto affidamento su un comportamento decettivo posto in essere dall'organo di gara. Nella fattispecie, però, non è avvenuto nulla di tutto ciò. La commissione di gara, al termine della seduta del 25 settembre 2007, ha rinviato ad una successiva seduta pubblica unicamente per la validazione dell'offerta Sis. Il silenzio serbato dalla commissione sull'esercizio del diritto di prelazione non avrebbe potuto trarre in inganno l'Impregilo che conoscendo, o dovendo conoscere, la *lex specialis* era in condizione di rendersi perfettamente conto che la conclusione della seduta del 25 settembre 2007 segnava anche l'inizio della decorrenza del *dies a quo* per l'esercizio del diritto di prelazione, senza che fosse a tal fine necessaria un'apposita comunicazione.

H.17. – La violazione della normativa di gara non si è dunque consumata il 25 settembre 2007, ma il 24 ottobre 2007, allorquando la commissione ha di fatto concesso un secondo termine di dieci giorni all'Impregilo. Alla data del 25 settembre 2007 non poteva dunque essersi formato alcun affidamento.

H.18. – L'accoglimento del mezzo di gravame relativo all'irrituale esercizio del diritto di prelazione consente al Collegio di tralasciare l'esame delle ulteriori doglianze formulate dalla Sis, tecnicamente suscettibili di "assorbimento" in ragione della completa satisfattività della presente decisione rispetto al bene della vita perseguito dalla Sis con l'azione intrapresa.

I.) La domanda risarcitoria.

I.1. – Invero le precedenti statuizioni conducono direttamente all'accoglimento dell'appello, proposto dalla Sis, nella parte cassatoria.

I.2. – Tale accoglimento obbliga il Collegio ad esaminare la domanda aquiliana.

I.3. – Al riguardo la principale richiesta della Sis consiste nella reintegrazione in forma specifica, ossia nella sostituzione della appellante al promotore nell'aggiudicazione della gara.

I.4. – Avendo la Sezione disposto per due volte, in sede cautelare, il divieto per la Regione Veneto di

sottoscrivere il contratto, l'istanza della Sis si presenta accoglibile, sussistendo tutti i presupposti dell'illecito extracontrattuale e non essendo ancora transitata la procedura nel segmento negoziale sottratto alla cognizione del giudice amministrativo.

Sono infatti agevolmente riconoscibili:

- a) il danno ingiusto, rappresentato dalla lesione degli interessi legittimi dedotti in giudizio dalla Sis;
- b) la colpa dell'amministrazione, per aver violato manifestamente le regole che essa stessa si era imposta;
- c) il nesso causale tra la condotta lesiva e il danno, posto che la violazione della normativa di gara ha comportato la mancata aggiudicazione definitiva in favore della Sis;
- d) l'assenza di discrezionalità amministrativa rispetto alla conclusione della gara.

Ai fini condannatori, va allora dichiarato, non ricorrendo le condizioni ostative di cui all'art. 2058 c.c., l'obbligo della Regione Veneto di aggiudicare la procedura in questione all'appellante, subordinatamente alle verifiche di legge.

L.) Il dispositivo.

L.1. – In conclusione, la sentenza impugnata presenta i vizi denunciati con i ricorsi emarginati e, per l'effetto, in accoglimento degli appelli, deve essere riformata nel senso del rigetto del ricorso incidentale e dei relativi

motivi aggiunti proposti in primo grado dalla Impregilo e dalla Pedemontana e dell'integrale accoglimento, mercé i motivi esaminati, dell'impugnativa promossa dalla Sis.

L.2. – Il regolamento delle spese processuali, pur dovendosi disporre una parziale compensazione (per il rigetto di uno dei motivi di appello), segue la soccombenza e, stante la riforma della sentenza impugnata, deve necessariamente estendersi al doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, riuniti i ricorsi indicati in epigrafe, accoglie gli appelli e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e i relativi motivi aggiunti e respinge quello incidentale e i relativi motivi aggiunti.

Condanna in solido le parti appellate alla rifusione in favore dell'appellante delle spese processuali del doppio grado del giudizio per complessivi 30.000,00 (trentamila/00) euro.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di

consiglio del 31 marzo 2009, con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini	- Presidente
G. Paolo Cirillo	- Consigliere
Filoreto D'Agostino	- Consigliere
Aniello Cerreto	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere estensore
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Gabriele Carlotti	f.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

f.to Silvana Giovannini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/09

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

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi