

N. 05510/2011 REG.PROV.COLL.
N. 11377/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 11377 del 2009, proposto da Impregilo S.p.A., in proprio ed in qualità di mandataria di Società Pedemontana Veneta S.p.A, Società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A., Società Autostrade Per L'Italia S.p.A., Società Autovie Venete S.p.A., Società Grandi Lavori Fincosit S.p.A., Società Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.A., Società Rizzani De Eccher S.p.A., Società Carron Cav. Angelo S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni, Società Impresa Ing. E. Mantovani S.p.A., Società Intercantieri Vittadello S.p.A., Società Serenissima Costruzioni S.p.A., rappresentate e difese dagli avv. Marco Annoni, Vittorio Domenichelli, Mario Sanino, Guido Zago, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

- il Commissario Delegato per l'Emergenza Traffico e Mobilità delle Province di Treviso e Vicenza, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
- la Regione Veneto, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Biagini e

Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia, in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti di

della Società Consorzio Stabile S.I.S. S.c.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento d'impresе con ITINERE Infraestructuras S.A., rappresentata e difesa dagli avv. Patrizio Leozappa, Pierluigi Piselli e Giuseppe Rusconi, con domicilio eletto presso l'avv. Patrizio Leozappa, in Roma, via Bocca di Leone, 78;

per l'annullamento

del provvedimento del Commissario delegato per l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nel territorio delle province di Treviso e Vicenza, assunto con il "verbale di conclusione dell'attività di verifica del possesso dei requisiti dell'ATI S.I.S. S.c.p.a. – ITINERE Infraestructuras S.A." del 21 ottobre 2009, con il quale è stata ritenuta completata positivamente la verifica del possesso dei requisiti di cui agli artt. 38 e 48 del D.Lgs. 163/2006 in capo al predetto raggruppamento temporaneo di imprese per addivenire alla stipula della convenzione di concessione per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva, nonché della costruzione e della gestione della superstrada a pedaggio Pedemontana Veneta;

di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, fra cui:

- il provvedimento con cui il raggruppamento stabile di imprese costituito dal Consorzio stabile S.I.S. S.c.p.a. e da ITINERE Infraestructuras S.A. è stato ammesso alla gara l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché della costruzione e della gestione della superstrada a pedaggio Pedemontana Veneta;
- la delibera della Giunta Regionale del Veneto n. 1934 del 30 giugno 2009 di aggiudicazione definitiva della gara medesima;
- la nota della Regione Veneto prot. n. 526647/15.501 del 18 settembre

2009 con allegato parere legale;

- la nota dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato prot. n. 47353 del 23 settembre 2009;
- ogni altro atto e provvedimento richiamato nel predetto verbale del 21 ottobre 2009.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario Delegato per l'Emergenza Traffico e Mobilità nelle Province di Treviso e Vicenza, della Regione Veneto e di Consorzio Stabile S.I.S. S.c.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2011 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone il ricorrente raggruppamento avente quale Capogruppo mandataria Impregilo di essere stato individuato dalla Regione Veneto, all'esito di una procedura pubblica, quale Promotore per la concessione di progettazione, realizzazione e gestione della superstrada a pedaggio Pedemontana Veneta.

Alla stessa ATI veniva riconosciuto un diritto di prelazione ai sensi dell'art. 154 del D.Lgs. 163/2006. con bando pubblicato il 24 ottobre 2006 la stessa Regione indiceva la procedura ristretta per l'individuazione dei soggetti da porre in competizione con il Promotore

All'esito della prima fase della procedura, venivano individuati due concorrenti, fra i quali la costituenda ATI S.I.S. (odierna controinteressata).

La successiva fase di procedura negoziata (fra l'ATI Impregilo e l'ATI S.I.S.) si concludeva con l'aggiudicazione della concessione in favore della prima in forza del diritto di prelazione da essa esercitato, sull'offerta

presentata da S.I.S.

L'aggiudicazione della gara veniva impugnata dall'ATI S.I.S. dinanzi al T.A.R. del Veneto, che accoglieva il ricorso incidentale presentato da Impregilo e respingeva il ricorso principale di S.I.S.

Tale pronunzia veniva, tuttavia, riformata in appello.

In ottemperanza alla relativa pronunzia (n. 3944 del 2009), resa dalla Sezione V del Consiglio di Stato, la Regione Veneto (deliberazione di Giunta n. 1934 del 30 giugno 2009) disponeva l'aggiudicazione in favore dell'ATI S.I.S., subordinando peraltro l'efficacia del provvedimento alla verifica del possesso, in capo a quest'ultima, dei prescritti requisiti.

La delibera di Giunta Regionale veniva, peraltro, impugnata dinanzi al T.A.R. del Veneto da Impregilo.

Nel segnalare come, a far tempo dal 15 agosto 2009, la competenza ai fini dell'adozione degli atti della procedura di gara sia transitata in capo al Commissario Delegato per l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nell'area interessata dalla realizzazione della Superstrada a pedaggio Pedemontana Veneta (nominato con O.P.C.M. 15 agosto 2009 n. 3802), sottolinea parte ricorrente che l'ATI S.I.S. (in particolare, la mandante ITINERE Infraestructuras S.A.) non sarebbe in possesso dei prescritti requisiti.

In pendenza del completamento della procedura di verifica del possesso dei requisiti, nondimeno l'Autorità commissariale consegnava ad ATI S.I.S. le attività di progettazione.

La sottoscrizione della convenzione per la concessione della Pedemontana Veneta ad ATI S.I.S. interveniva, quindi, in data 21 ottobre 2009; in pari data risultando essere stata conclusa anche la suindicata procedura di verifica dei requisiti, con esito favorevole per il raggruppamento da ultimo indicato.

Nel sottolineare come la documentazione presentata, all'atto della

partecipazione alla gara, dalla mandante ITINERE Infraestructuras siano assenti taluni elementi aventi invece imprescindibile rilievo ai fini dell'ammissione alla procedura, rileva la ricorrente come la suindicata mandante, in sede di verifica dei requisiti, abbia documentato il possesso dei requisiti stessi – assumendo di possederli direttamente – laddove questi ultimi farebbe invece capo a Società da ITINERE indirettamente partecipate.

Per nessuna di queste ultime Società sarebbe stata prodotta alcuna delle dichiarazioni prescritte dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici; né la stessa ITINERE avrebbe mai dichiarato di volersi avvalere dei requisiti delle Società medesime, così come non risulterebbe comprovata l'effettiva disponibilità delle risorse delle imprese ausiliarie relative a tali requisiti per tutta la durata della concessione.

Dall'esame della documentazione prodotta da ATI S.I.S., emergerebbe che ITINERE ha comprovato il possesso dei prescritti requisiti esclusivamente indicando i requisiti posseduti da quattro società concessionarie autostradali dalla medesima partecipate dal 2004 attraverso un'articolata catena societaria.

Nel ribadire come il raggruppamento aggiudicatario non abbia mai dichiarato di voler fare ricorso all'istituto dell'avvalimento – e nel sottolineare come gli importi richiesti dal Disciplinare di gara siano raggiunti da ITINERE solo computando per intero il volume di affari della Società Autopista de Atlantico (Audasa) per gli anni 2001-2005 (e, quindi, anche il periodo 2001-2003, nel quale la predetta concessionaria autostradale era del tutto estranea ad ITINERE e per l'anno 2004, nel quale la partecipazione indiretta di quest'ultima era nella misura del 70%) – esclude parte ricorrente che la suddetta mandante vanti il possesso dei requisiti di che trattasi; pertanto argomentando l'illegittimità della disposta aggiudicazione.

Per quanto concerne le quattro società i cui requisiti avrebbero integrato i requisiti di partecipazione di ITINERE (Autopista de Atlantico – Audasa, Autopista Astur-Leonesa – Aucalsa, Autopistas de Navarra – Audenasa, Autoestradas de Galicia – Autoestradas), parte ricorrente ne sottolinea il carattere, nel quadro delle pertinenti disposizioni del diritto spagnolo, di “filiali”: in quanto tali, con autonoma soggettività giuridica, proprio capitale e propri organi sociali.

Ne consegue che ITINERE non avrebbe potuto imputare a se medesima i requisiti facenti capo alle suddette Società, né in alcun modo utilizzarli (fuori dalla fattispecie dell'avvalimento ex art. 49 del D.Lgs. 163/2006, nel caso in esame non dichiarato) ai fini della partecipazione alla gara.

Assume per l'effetto parte ricorrente che l'avversata aggiudicazione in favore dell'ATI controinteressata avrebbe consumato la violazione:

- della normativa nazionale; ed in particolare, dell'art. 49, comma 2, lett. a), c), d), e) ed f) del Codice dei Contratti in materia di avvalimento;
- della normativa comunitaria (artt. 47, comma 2 e 48, comma 3, della Direttiva 2004/18/CE).

La convenzione di concessione stipulata fra il Commissario delegato e l'ATI S.I.S. in data 21 ottobre 2009 sarebbe – inoltre – nulla, atteso che a tale data era ancora pienamente efficace la misura cautelare sospensiva di cui al decreto del Presidente della V Sezione del Consiglio di Stato n. 4737 del 25 settembre 2009, venuta meno soltanto alla successiva data del 22 ottobre 2009 per effetto del rigetto dell'istanza cautelare (proposta da Impregilo) da parte della medesima Sezione (ordinanza n. 5285).

Con motivi aggiunti notificati alle controparti l'11 novembre 2010, Impregilo ha poi impugnato il decreto del Commissario delegato n. 10 del 20 settembre 2010, recante approvazione del progetto definitivo della Superstrada a pedaggio Pedemontana Veneta, con accessiva declaratoria della pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità dell'opera.

L'illegittimità dell'atto sopra indicato viene argomentata da Impregilo assumendo che esso sia inficiato in via derivata per effetto della sostenuta invalidità dell'affidamento ad ATI S.I.S. della concessione dell'opera, avversata con il ricorso introduttivo alla stregua delle considerazioni in precedenza riportate.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente il riconoscimento del pregiudizio asseritamente sofferto a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato, chiedendo:

- in via principale, la reintegrazione in forma specifica, previa dichiarazione di nullità della convenzione sottoscritta da ATI S.I.S.;
- subordinatamente, il risarcimento per equivalente, con riveniente accertamento del danno (che parte ricorrente quantifica, con riferimento all'intera durata della concessione, in due miliardi di euro) e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

L'Amministrazione commissariale intimata e la Regione Veneto, parimenti costituitesi in giudizio, hanno eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Si è inoltre costituita in giudizio Società Consorzio Stabile S.I.S. S.c.p.a., la quale ha proposto ricorso incidentale (depositato in giudizio il 7 gennaio 2010) assumendo che la ricorrente principale sarebbe stata, a sua volta, priva dei requisiti per la partecipazione alla gara.

In particolare:

- uno dei direttori tecnici di Impregilo (ing. Osvaldo Zedda) avrebbe omesso di dichiarare l'esistenza di un pregiudizio penale (applicazione della pena a mesi sei di reclusione su richiesta delle parti) risultante dagli atti di altra gara alla quale la stessa Impregilo ha preso parte;

- alcuni direttori tecnici avrebbero omesso di presentare le dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. 163/2006;
- analoga omissione sarebbe stata commessa da taluni soggetti aventi, a seguito di conferimento di procura, potere di rappresentanza di Impregilo (rammentandosi come le dichiarazioni di cui alla lett. c) dell'art. 38 debbano essere presentate anche con riferimento ai procuratori ed ai direttori tecnici che risultino essere cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando);
- Impregilo avrebbe omesso di garantire con idonea cauzione la proposta presentata in qualità di promotore in relazione al bando di gara pubblicato sulla GU n. 262 del 10 novembre 2006;
- le fidejussioni versate in atti dall'ATI Impregilo sono sottoscritte unicamente dalla capogruppo mandataria, la quale non sarebbe stata investita, con specifico mandato, del potere di stipulare i contratti di garanzia in nome e per conto di tutti i soggetti del raggruppamento;
- le fidejussioni stesse sarebbero, comunque, irregolari per violazione degli artt. 75 e 155 del D.Lgs. 163/2006;
- le dichiarazioni sostitutive presentate dai componenti dell'ATI Impregilo (Rizzani de Eccher S.p.A.; Grandi Lavori Fincosit S.p.A.; Serenissima Costruzioni S.p.A.) relative all'insussistenza di cause di esclusione sarebbero generiche e, quindi, nulle;
- il previsto contributo obbligatorio all'Autorità di Vigilanza per i Contratti pubblici sarebbe stato versato soltanto in concomitanza con la seconda fase di gara;
- talune mandanti della predetta ATI vanterebbero un capitale sociale inferiore a quanto richiesto;
- l'offerta dell'ATI Impregilo non recherebbe l'indicazione, relativamente alla società di progetto, delle quote di partecipazione al capitale sociale di ciascun componente il raggruppamento.

Inoltre, sia il Promotore Pedemontana Veneta S.p.A., sia la ricorrente principale Impregilo, risulterebbero partecipate da soggetti pubblici, con riveniente violazione delle applicabili prescrizioni di cui all'art. 13 del decreto legge 223/2006, convertito in legge 248/2006.

La ricorrente incidentale ha, poi, chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, in ordine alla compatibilità con gli artt. 43 e 49 del Trattato stesso della disciplina del project financing, segnatamente per quanto concerne il diritto di prelazione consentito in favore del promotore ex art. 154 del D.Lgs. 163/2006.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza dell'8 giugno 2011.

DIRITTO

1. Appare necessario procedere ad una preventiva ricognizione del complesso di vicende che hanno dato luogo all'instaurazione della presente controversia.

1.1 Nell'ambito della procedura di project financing promossa dalla Regione Veneto per la realizzazione della Superstrada Pedemontana Veneta, assumeva la figura di Promotore Pedemontana Veneta S.p.A. (appositamente costituita il 19 giugno 2002), la quale presentava una prima proposta nel 2002 (dichiarata di pubblico interesse con deliberazione della Giunta Regionale del 9 ottobre 2002 n. 3095), modificata poi il 31 dicembre 2003 (con accessivo ulteriore riconoscimento di pubblico interesse di cui alla delibera di Giunta del 30 dicembre 2004).

Seguivano, quindi, l'indizione della procedura ristretta per l'individuazione dei competitori e la procedura negoziata tra costoro e il promotore, al quale si era associata, nel frattempo, Impregilo S.p.A. (odierna ricorrente principale), che era diventata anche la capogruppo mandataria del costituito raggruppamento.

In esito alla procedura ad evidenza pubblica, quest'ultimo conseguiva la

concessione di costruzione e gestione dell'opera con lo strumento del project financing.

I relativi atti venivano impugnati dinanzi al T.A.R. Veneto dal concorrente raggruppamento avente quale mandataria il Consorzio Stabile S.I.S. S.c.p.a.

Con sentenza n. 3592 del 19 novembre 2008, il giudice come sopra adito accoglieva l'impugnazione incidentale proposta nell'ambito dell'anzidetto giudizio da Impregilo.

L'appello interposto da Impregilo avverso la decisione di cui sopra veniva accolto dalla Sezione V del Consiglio di Stato con sentenza 17 giugno 2009 n. 3944.

Con deliberazione n. 1934 del 30 giugno 2009, la Giunta Regionale del Veneto provvedeva, conseguentemente:

- alla revoca del precedente affidamento nei confronti di Impregilo
- ed all'aggiudicazione in favore del Raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal Consorzio Stabile S.I.S. e da ITINERE Infraestructuras della concessione per la progettazione, realizzazione e gestione della superstrada a pedaggio Pedemontana Veneta;

demandando alla Direzione Infrastrutture di procedere alle verifiche di legge e a tutti gli adempimenti necessari per giungere alla stipulazione del contratto di concessione, sulla base di convenzione da sottoporre preventivamente all'approvazione della Giunta Regionale medesima.

1.2 Avverso la suindicata decisione del Consiglio di Stato 3944/2009 Impregilo proponeva:

- ricorso per revocazione, dichiarato inammissibile con sentenza n. 453 del 2 febbraio 2010, resa dalla medesima Sezione V;
- e ricorso per cassazione, prospettando il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo relativamente al capo della decisione predetta con il quale veniva statuito l'obbligo della Regione Veneto di aggiudicare in favore di S.I.S. la concessione di cui trattasi (tale impugnativa non risultando, allo

stato, ancora definita).

1.3 La deliberazione della Giunta Regionale del Veneto n. 1934 del 2009, d'altro canto, veniva da Impregilo impugnata dinanzi al T.A.R. del Veneto.

Nelle more del giudizio come sopra incardinato, interveniva l'O.P.C.M. 15 agosto 2009 n. 3802, con la quale veniva nominato un Commissario delegato per l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nell'area interessata dalla realizzazione della Superstrada a pedaggio Pedemontana Veneta (con essa nominato), investito delle attribuzioni relative al compimento di tutte le iniziative finalizzate alla sollecita realizzazione delle opere anzidette e della consequenziale adozione, in sostituzione dei soggetti competenti in via ordinaria, degli atti e dei provvedimenti occorrenti alla urgente realizzazione delle opere.

Con la determinazione impugnata con l'atto introduttivo del presente giudizio, il Commissario delegato accertava, in capo all'ATI S.I.S., la sussistenza dei requisiti richiesti dal bando e da essa dichiarati in sede di gara, concludendo in tal modo la verifica già disposta per effetto della predetta deliberazione della Giunta Regionale n. 1934 del 2009; per l'effetto disponendo la stipula del contratto con S.I.S.

La medesima Autorità Commissariale veniva, peraltro, evocata anche dinanzi al T.A.R. del Veneto nell'ambito del giudizio come sopra incardinato, a mezzo di motivi aggiunti proposti avverso la ripetuta deliberazione giuntale n. 1934 del 2009.

Va ulteriormente precisato che con ricorso n. 1916 del 2010, veniva proposta dinanzi al T.A.R. del Veneto ulteriore impugnativa, ad opera di Grandi Lavori Fincosit S.p.a., recante omologhe censure rispetto a quelle dedotte con il sopra citato gravame n. 1719 del 2009 da Impregilo nei confronti della deliberazione di Giunta Regionale n. 1934 del 2009.

Nel corso dell'udienza pubblica tenutasi dinanzi al giudice veneziano il 13 maggio 2010, entrambi le suindicate parti ricorrenti insistevano per la

cancellazione dal ruolo dei ricorsi da esse rispettivamente proposti, ovvero per un rinvio della trattazione di essi, o, ancora, per la sospensione dei procedimenti ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in ragione della ravvisata pregiudizialità nei riguardi delle impugnative presentate innanzi al T.A.R. per il Lazio avverso gli atti emanati dall'Autorità Commissariale.

A sostegno delle richieste sopra sintetizzate, le difese delle ricorrenti Impregilo e Grandi Lavori Fincosit rappresentavano la circostanza della pendenza, dinanzi a giudici diversi ed in modo parziale, di ragioni inerenti ad una vicenda sostanzialmente unitaria (per quanto concerne il T.A.R. Veneto, le contestazioni formulate in ordine al provvedimento di nuova aggiudicazione della gara a S.I.S.; relativamente al T.A.R. per il Lazio, le censure in ordine alla verifica dei requisiti in capo al nuovo aggiudicatario e alla determinazione di stipulare con esso il contratto).

Sulla base di quanto esposto nella sentenza della Sezione I del T.A.R. Veneto 30 luglio 2010 n. 3290, le suindicate istanze non trovavano accoglimento da parte del collegio giudicante, in quanto:

- “residuerrebbe la competenza di questo T.A.R. a statuire in ordine alle censure dedotte nei ricorsi proposti avverso la deliberazione della Giunta Regionale n. 1934 del 2009 non involgenti l'effettivo possesso da parte di S.I.S. dei requisiti dichiarati in sede di gara; e, proprio per quanto segnatamente attiene a tali censure, sussisterebbe – diversamente da quanto sostenuto dalle ricorrenti – una pregiudizialità dei ricorsi in epigrafe rispetto a quelli proposti innanzi al T.A.R. per il Lazio, se non altro perché mediante la deliberazione giuntale anzidetta è stata comunque disposta – ancor prima del commissariamento – l'aggiudicazione dell'opera a favore di S.I.S., rinviando quindi per l'accertamento dei requisiti in capo alla medesima S.I.S. a provvedimenti ulteriori, solo in epoca susseguente adottati dal Commissario delegato e, per l'appunto, impugnati innanzi al T.A.R. per il Lazio”;

- “anche a prescindere da quanto sopra, non sussistevano ostacoli di sorta per Impregilo al fine di poter comunque e da subito dedurre, pure nella presente di giudizio, le censure da essa svolte innanzi al T.A.R. per il Lazio al fine di comprovare l’asseritamente mancato possesso, da parte di S.I.S., dei requisiti al fine di rendersi aggiudicataria dell’incarico di progettazione e di realizzazione dell’opera”.

A seguito di quanto sopra, entrambi le ricorrenti depositavano istanze di rinuncia ai ricorsi rispettivamente proposti: conseguentemente dandosi atto, ad opera della sentenza sopra citata e previa riunione delle impugnative in ragione della loro connessione oggettiva, della rinunce stesse.

2. Quanto sopra doverosamente premesso al fine di illustrare le complesse vicende che hanno dato luogo all’odierno giudizio – caratterizzate, come evidenziato, dalla sovrapposizione di mezzi di tutela caratterizzati dalla parziale coincidenza delle ragioni con essi fatte valere, presentati dinanzi a differenti organi di giustizia – l’esaminabilità delle censure articolate con il ricorso ora all’esame è preclusa dalla fondatezza dell’eccezione di irricevibilità esposta dalla difesa erariale con memoria depositata in giudizio il 9 luglio 2010.

2.1 In particolare, l’Avvocatura Generale dello Stato ha con tale scritto difensivo sostenuto:

- la tardività del ricorso, in quanto riproduttivo delle censure già contenute nell’atto di motivi aggiunti come sopra proposto dinanzi al T.A.R. del Veneto (all’Autorità commissariale notificato il 14 settembre 2009), ed aventi ad oggetto la contestata legittimità dell’aggiudicazione sotto il profilo della carenza, in capo all’ATI S.I.S., dei prescritti requisiti di cui all’art. 48 del D.Lgs. 163/2006;
- l’inammissibilità dell’impugnativa, per violazione del giudicato formatosi per effetto della sentenza della Sezione V del Consiglio di Stato n. 3944/2009, atteso che Impregilo avrebbe avuto cognizione dell’asserita

carenza di requisiti in capo ad ATI S.I.S. già all'epoca del giudizio di appello come sopra conclusosi: rimanendo all'odierna ricorrente preclusa la successiva introduzione di nuovi argomenti di doglianza che avrebbero dovuto, necessariamente, essere dedotti nell'ambito del già definito giudizio;

- la carenza di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo con riferimento alle censure dalla ricorrente Impregilo articolate riguardo all'affermata nullità del contratto stipulato in data 21 ottobre 2009, atteso che tale materia sfuggirebbe alla cognizione del predetto organo di giustizia.

2.2 Esclusa, alla luce delle sopravvenute disposizioni dettate (dapprima dalle modificazioni introdotte al Codice dei contratti per effetto del recepimento della Direttiva ricorsi, di cui al D.Lgs. 53/2010; quindi, dal Codice del processo amministrativo, di cui al D.Lgs. 104/2010), la fondatezza dell'eccezione da ultimo indicata, merita invece favorevole considerazione la prima delle sintetizzate argomentazioni, con le quali l'Avvocatura di Stato ha contestato la ricevibilità del ricorso.

Nei motivi aggiunti proposti nel corso del giudizio incardinato dinanzi al T.A.R. Veneto (n. 1719/2009), notificati al Commissario delegato il 14 settembre 2009, Impregilo ha dato atto (cfr. pag. 26 e seguenti) di aver avuto accesso alla documentazione di gara il 10 settembre 2009; e di aver conseguentemente potuto apprezzare l'affermata carenza in capo al raggruppamento S.I.S. dei prescritti requisiti, segnatamente per quanto concerne la mandante ITINERE Infraestructuras.

La stessa ricorrente, in ragione della ravvisata carenza dei requisiti in capo all'ATI aggiudicataria, ha articolato con i suindicati motivi aggiunti argomenti di censura (rubricati sub 5) e 6) rispetto ai quali le doglianze esposte con l'atto introduttivo del presente giudizio si dimostrano pienamente sovrapponibili.

Evidente si rivela, allora, la tardività dell'impugnazione ora all'esame del

Collegio (notificata il 17 dicembre 2009) con riferimento:

- sia alla data di conoscenza della delibera di aggiudicazione n. 1934 del 30 giugno 2009 (già impugnata dinanzi al T.A.R. del Veneto con ricorso n. 1719/2009 ed ora gravata con l'atto introduttivo del presente giudizio)
- sia alla acquisita cognizione in ordine all'affermata carenza, in capo al controinteressato Raggruppamento S.I.S. (rectius: alla mandante ITINERE Infraestructuras) dei prescritti requisiti, intervenuta per effetto dell'accesso del 10 settembre 2009 e già denunciata con motivi aggiunti proposti dinanzi al medesimo giudice veneto il successivo 14 settembre.

La tardività del gravame appieno rileva laddove si consideri che parte ricorrente, nel tentativo di accreditare l'ammissibilità della sollecitazione del sindacato giurisdizionale dinanzi a questa Sezione, ha impugnato con l'atto introduttivo del giudizio:

- in via principale, l'esito della verifica dei requisiti in capo al predetto raggruppamento, conclusasi con atto commissariale del 21 ottobre 2009;
- e, derivativamente, la determinazione recante definitiva aggiudicazione in favore di S.I.S.

Se, rispetto all'atto da ultimo indicato, non può non ribadirsi che la contestazione è intervenuta successivamente allo spirare del termine decadenziale di legge, per quanto concerne invece la verifica dei requisiti va escluso che il relativo atto (in data 21 ottobre 2009) sia dotato di autonomia funzionale nell'ambito del procedimento di gara; e che, conseguentemente, sia in esso ravvisabile carattere di conseguente diretta ed autonoma lesività rispetto alla posizione giuridica pretensiva vantata dall'aspirante all'aggiudicazione (la quale incontra elemento di univoco pregiudizio, piuttosto, proprio nella conclusiva determinazione aggiudicatoria: rispetto alla quale, si ribadisce, il presente ricorso è incontrovertibilmente tardivo).

Depongono in tal senso:

- non soltanto il chiaro tenore letterale dell'art. 11, comma 8, del D.Lgs. 163/2006, che affida alla verifica del possesso dei prescritti requisiti carattere di "integrazione di efficacia" (con esclusa valenza autonomamente provvedimento) rispetto alla determinazione con la quale venga disposta l'aggiudicazione definitiva;
- ma anche un costante insegnamento giurisprudenziale, dal quale la Sezione non intende discostarsi.

Una volta selezionata la migliore offerta – ed intervenuta l'aggiudicazione definitiva da parte della stazione appaltante all'esito della verifica di legittimità sugli atti della Commissione – la procedura di gara risulta esaurita: e la sequenza sub-procedimentale ad essa seguente (inerente al controllo sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario e al concorrente che lo segua in graduatoria, ove già non assoggettati a controllo per sorteggio) integra la presenza di una fase successiva alle operazioni di gara, che non riguarda tutti i concorrenti ma unicamente i migliori due offerenti, avente valenza integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione stessa ai soli fini della stipulazione del contratto.

Il concorrente che intenda contestare l'esito a lui sfavorevole della selezione delle offerte ha, dunque, l'onere di impugnare – tempestivamente – il provvedimento di aggiudicazione, in quanto esso cristallizza il risultato scaturente dalla comparazione delle offerte: l'omessa sollecitazione del sindacato giurisdizionale nel termine decadenziale decorrente dall'acquisita cognizione del risultato delle operazioni di gara determinando l'inoppugnabilità di quest'ultimo, con riveniente preclusione, per l'interessato, alla sua ulteriore contestazione.

Nel dare atto del costante orientamento espressosi nel senso sopra esplicitato (cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, 16 febbraio 2011 n. 13; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 aprile 2010 n. 1905), va dunque ribadito che la lesione dell'interesse viene a consumarsi – unicamente – con l'atto di

aggiudicazione: atto che, giova ripetere, il soggetto che si assume pregiudicato ha l'onere di impugnare tempestivamente, senza che le successive vicende riguardanti l'aggiudicatario (e, con esse, la verifica del possesso dei prescritti requisiti in capo a quest'ultimo) possano determinare la sopravvenienza di un titolo a ricorrere.

Consegue alle condotte considerazioni che (la contestazione degli esiti del)la verifica ex art. 48 del D.Lgs. 163/2006 non può essere surrettiziamente utilizzata per riaprire i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva: la quale, pertanto, deve essere impugnata nel termine di legge, salva l'eventuale proposizione di motivi aggiunti laddove (il procedimento e/o) gli esiti della verifica onde trattasi sia suscettibili di addurre ulteriori elementi di doglianza non conosciuti (e/o conoscibili) all'atto dell'introduzione del giudizio principale.

2.4 Né, diversamente, potrebbe sostenersi che Impregilo abbia tempestivamente impugnato la determinazione aggiudicatoria, all'uopo proponendo, nei termini, ricorso per motivi aggiunti dinanzi al(l'inizialmente adito) T.A.R. del Veneto.

O, ancora, che l'interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione si sia radicato in capo all'odierna ricorrente solo per effetto del positivo esito della verifica dei requisiti (avente carattere di integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione stessa), di talché il termine per l'impugnazione (non soltanto dell'atto conclusivo del procedimento di verifica di che trattasi; ma anche) dell'aggiudicazione definitiva verrebbe a decorrere dal momento del perfezionamento della verifica del possesso dei requisiti medesimi in capo all'aggiudicatario.

Va infatti rammentato come il giudizio avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva (disposta dalla Regione Veneto con la ripetuta determinazione 1934/2009), già radicato dinanzi al competente T.A.R. del Veneto, sia stato infatti formalmente rinunciato dalla stessa Impregilo: e definito con

pronunzia del giudice anzidetto che ha preso atto della manifestazione di volontà abdicativa della parte ricorrente.

Ove l'atto impugnabile sia rappresentato – esclusivamente – dalla determinazione di aggiudicazione definitiva (quand'anche la decorrenza del relativo termine prenda luogo dall'integrazione di efficacia del relativo provvedimento), allora:

- non soltanto l'Autorità giudiziaria avente cognizione va individuata nel Tribunale territorialmente competente (il T.A.R. del Veneto), non venendo in considerazione la competenza funzionale del T.A.R. del Lazio, atteso che l'aggiudicazione stessa non è riconducibile ad Autorità commissariale;
- ma, vieppiù, l'impugnazione dinanzi a questo Tribunale dell'atto commissariale di verifica dei requisiti (peraltro privo di autonoma valenza provvedimentale, come già sottolineato), non consente di ammettere la derivata esaminabilità – peraltro veicolata da un'impugnazione tardiva – di un provvedimento di aggiudicazione, la cui cognizione sfugge, come rilevato, all'ambito espansivo della competenza del T.A.R. del Lazio.

Né, potrebbe, altrimenti, evocarsi nella fattispecie l'applicazione il principio di *translatio iudicii* (di cui all'art. 50 c.p.c.; ed ora, anche all'art. 11, comma 2, c.p.a.), con accessiva preservazione degli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda: non potendo il Collegio omettere di osservare come l'operatività della disposizione di che trattasi vada perimetrata nell'ambito della sola fattispecie in cui, a fronte della declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice inizialmente adito, la parte interessata riassume il giudizio (nel termine prescritto) dinanzi al giudice munito di cognizione.

3. Le considerazioni precedentemente esposte impongono – in accoglimento delle eccezioni di tardività del gravame formulate dall'Avvocatura Generale dello Stato e dal controinteressato Consorzio S.I.S. – di dare atto dell'irricevibilità del gravame.

A tale pronunzia accede non soltanto la preclusa esaminabilità dei motivi

aggiunti successivamente proposti dalla ricorrente Impregilo, ma anche l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso incidentale presentato dal Consorzio S.I.S.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I – così dispone in ordine al ricorso indicato in epigrafe:

- dichiara irricevibile il ricorso principale proposto da Impregilo S.p.A.;
- dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale proposto dalla Società Consorzio Stabile S.I.S. S.c.p.a.;
- condanna la ricorrente principale Impregilo S.p.A., nella persona del legale rappresentante, al pagamento delle spese di giudizio in favore del Commissario Delegato per l'Emergenza Traffico e Mobilità delle Province di Treviso e Vicenza, della Regione Veneto e della Società Consorzio Stabile S.I.S. S.c.p.a., in ragione di € 4.000,00 (euro quattromila/00) per ciascuna delle parti anzidette.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Elena Stanizzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2011

IL SEGRETARIO

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