

N. 05005/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 01604/2008 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 numero di registro generale 1604 del 2008, come integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Cam Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaele Izzo e Massimo Frontoni, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo, 2;

*contro*

Comune di Roma, in persona del Sindaco e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Pierludovico Patriarca, domiciliato per legge in Roma, via Tempio di Giove, 21; Commissario Governativo Delegato per l'Attuazione degli Interventi volti a fronteggiare l'Emergenza nel settore del Traffico e della Mobilità nella città di Roma, non costituito;

*nei confronti di*

Cmb - Coop Muratori e Braccianti di Carpi, in persona del legale rappresentante p.t., + Ati, rappresentati e difesi dagli avv.ti Giovanni Pallottino e Francesco Nardocci, con domicilio eletto presso Giovanni Pallottino in Roma, via Oslavia, 14;

Ccc- Consorzio Cooperative Costruzioni, in persona del legale rappresentante p.t., + Ati, non costituite; Società Dicos Spa, in persona del legale rappresentante p.t., + Ati, non costituite;

Società Isveur - Istituto per lo Sviluppo Edilizio e Urbanistico Spa, in persona del legale rappresentante p.t., + Ati, rappresentati e difesi dall'avv. Pasquale Frisina, con domicilio eletto presso Pasquale Frisina in Roma, via Donizetti N.7;

*per l'annullamento*

- della determinazione dirigenziale dell'Ufficio extradipartimentale n. 163 del 21 dicembre 2007, con la quale è stata comunicata la conclusione della fase di valutazione tecnica delle proposte in relazione all'avviso pubblico indicativo di project financing ai sensi dell'art. 37 bis e ss. della legge 109/94 per la progettazione, attuazione e gestione del nodo di scambio Marconi, pubblicato all'albo pretorio e sulla G.U.R.I. in data 20 aprile 2005;
- della determinazione dirigenziale dell'Ufficio extradipartimentale n. 132 del 19 novembre 2007, con la quale si è provveduto alla riattivazione della commissione per la valutazione delle proposte;
- della determinazione dirigenziale dell'Ufficio extradipartimentale n. 129 del 16 novembre 2007, con la quale sono stati disposti i provvedimenti preliminari di cui all'art. 153 del d.lgs 163/2006 per l'esame delle proposte aggiornate;
- della nota dell'Ufficio extradipartimentale n. 4809 del 7 novembre 2007, con la quale sono stati trasmessi lo schema di convenzione e di capitolato speciale;
- della determinazione dirigenziale dell'Ufficio extradipartimentale Parcheggi n. 96 del 21 settembre 2007, con la quale è stato prorogato il termine di scadenza per la presentazione di una proposta rimodulata;
- della determinazione dirigenziale dell'Ufficio extradipartimentale Parcheggi n. 79 del 16 luglio 2007, con la quale è stata disposta la

fissazione del termine per la presentazione di eventuali proposte rimodulate;

- della nota dell'Ufficio extradipartimentale Parcheggi n.2975 del 6 luglio 2007, con la quale i proponenti sono stati convocati alla riunione dell'11 luglio 2007;

- della determinazione dirigenziale dell'Ufficio extradipartimentale Parcheggi n. 75 del 5 luglio 2007, con la quale è stato riattivato il procedimento volto alla verifica dell'interesse pubblico delle proposte presentate dai proponenti;

- di ogni altro atto presupposto connesso e collegato inclusi i verbali atti e provvedimenti relativi alla procedura di gara; e

per il risarcimento del danno in forma specifica e, in via subordinata, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Roma, di Cmb - Coop Muratori e Braccianti di Carpi +Ati e di Isveur - Istituto per lo Sviluppo Edilizio e Urbanistico Spa +Ati;

Visto l'atto di motivi integrativi e aggiunti notificato in data 14 marzo 2008;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2012 il cons. Rosa Perna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

L'odierna causa origina dalla complessa vicenda riguardante la procedura, posta in essere dall'Amministrazione comunale di Roma, per

l'aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione del "Nodo di Scambio Marconi" in regime di *project financing*, ai sensi degli artt. 37 bis e ss. della legge 11.2.1994, n. 109 (c.d. legge Merloni) e poi degli artt. 153 e ss. del d.lgs 12.4.2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici).

Il Nodo di Scambio Marconi era previsto dall'aggiornamento del Progetto Urbano Ostiense Marconi, approvato con Accordo di Programma sottoscritto, in data 28 dicembre 2004, dal Comune di Roma, dalla Regione Lazio e dal Rettore dell'Università Roma Tre, e ratificato con delibera di C.C. n. 17 del 24/25 gennaio 2005.

All'interno dell'Accordo di Programma l'opera veniva definita come "*...programma di intervento per la realizzazione del "Nodo di Scambio Marconi" della Metro B e relativi servizi, connesso all'ambito di confluenza del Lungotevere Dante con l'Ostiense - Via del Mare, e con Viale Marconi - Via Colombo. Tale nodo sarà subordinato alla definizione del sistema delle intersezioni derivanti dal prolungamento del Lungotevere Dante sino a Viale Marconi e Via del Mare*".

Con deliberazione di C.C. n. 16 del 24/25 gennaio 2005 l'Amministrazione Comunale approvava l'assestamento del Piano degli Investimenti Triennale 2005 - 2007 all'interno del quale, nell'elenco annuale dei lavori 2005, era compresa la "Realizzazione del Nodo di Scambio Marconi" - OP 0524170001 - Importo lavori indicativo: € 38.500.000, da realizzarsi con il concorso di capitali privati e suscettibili di gestione economica, ai sensi dell'art. 37 bis della legge 109/94.

A seguito dell'inserimento del Nodo in programmazione, si procedeva alla pubblicazione, il 30.04.2005, di un Avviso pubblico indicativo di *Project financing* per la "Progettazione, realizzazione e gestione di: Nodo di Scambio Marconi".

La documentazione con gli obiettivi, i contenuti e i criteri a cui le proposte dovevano rispondere, veniva pubblicata sul sito del Dipartimento VII del Comune di Roma; in particolare, nel documento preliminare alla

Progettazione era indicato che la proposta: “...peraltro dovrà prevedere fasi di realizzazione coerenti con l'attuazione dell'assetto urbano e delle strutture per la mobilità sopra elencate, con particolare riferimento alla soluzione dell'innesto della via del Mare - Ostiense sul previsto Lungotevere Dante, che nelle previsioni dovrà assorbire il maggior carico di traffico. Pur senza poter prefigurare soluzioni definitive dell'assetto viario futuro, è necessario prevedere un accesso al Nodo soprattutto per le provenienze da sud, e quindi da fuori Roma, che sia compatibile con la situazione attuale e con quella programmata”.

Sempre nel suddetto documento si precisava che: “ .... Qualora le proposte siano comprensive del "prezzo" (ex art. 19 co. 2 Legge 109/94 e s. m. ed i.) richiesto all'Amministrazione per assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e delle connesse gestioni, lo stesso "prezzo" dovrà essere chiaramente evidenziato nel piano economico-finanziario e non potrà comunque essere superiore al 50% dell'importo totale delle opere: a titolo di prezzo potrà essere richiesta la concessione di un diritto di superficie da parte della Amministrazione. ”

Alla scadenza del 30 giugno 2005 pervenivano al Dipartimento VII - U.O. PROG, tre differenti proposte, da parte di: - ATI costituita da C.M.B., C.C.C. e DLCOS. S.p.A.; - C.A.M. S.r.l.; I.S.V.E.UR. S.p.A..

Apposita Commissione presso il Dipartimento VII, nominata con d.d. n.1909 del 16.11.2005, valutava le proposte pervenute e, nel Documento Conclusivo trasmesso all'Amministrazione con nota n. 53125 del 29.12.2005, riassumeva l'esame tecnico delle stesse.

In particolare, riguardo la proposta del proponente CAM, odierna ricorrente, si rilevavano vari elementi di criticità:

- la richiesta di un diritto di superficie a tempo indeterminato era contraria alle norme che lo regolano;
- il mancato inserimento delle attività accessorie, sia per quanto riguarda il costo di investimento che i ricavi di gestione, il rendimento, la manutenzione, non rendeva valutabile il complesso dell'opera proposta;

- il prezzo chiesto al concedente sotto forma di diritto di superficie, pari a circa il 91% dell'investimento rappresentato, era ben oltre al limite del 50% comunque fissato in sede di avviso;

- l'accessibilità da sud verso il nodo, nel breve periodo risultava non idonea. Poiché anche le altre due proposte presentavano vari elementi di criticità, con Determinazione Dirigenziale n. 1210 del 17.07.2006, il Direttore della U.O. PROG. determinava “.. di non ritenere sussistenti, allo stato degli atti, le condizioni per la procedibilità di alcuna delle proposte presentate ...”.

Successivamente, con deliberazione G.C. n. 578 del 25.10.2006, veniva istituito l'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi, nel quale confluivano alcune competenze del Dipartimento VII, tra cui quelle relative ai Nodi di Scambio.

Poiché nel frattempo l'interesse dell'Amministrazione alla realizzazione dell'intervento in argomento persisteva, con Determinazione Dirigenziale U.E.P n. 75 del 5.7.2007, notificata ai tre proponenti, veniva riattivato il procedimento volto alla verifica dell'interesse pubblico delle proposte presentate, consentendo ai medesimi proponenti “di rimodulare e riformulare la propria proposta all'Amministrazione comunale”, tenendo conto:

- 1) delle valutazioni e considerazioni espresse dalla Commissione istituita con DD Dip.to VII 1909/2005 incaricata di valutare le proposte;
- 2) delle ulteriori indicazioni e degli approfondimenti che fossero emerse dal necessario confronto con gli Uffici dell'Amministrazione, anche in previsione della necessità di attuazione della Centralità Ostiense Marconi, in cui il medesimo Nodo Marconi è collocato;
- 3) delle necessarie specifiche verifiche di compatibilità e fattibilità che le proposte come sopra aggiornate dovevano contenere;
- 4) dell'intervenuto aggiornamento (D. Lgs. vo 163/2006) del quadro

normativo di riferimento per il procedimento in questione.

Successivamente, tutti e tre i proponenti venivano convocati per una riunione, tenutasi il giorno 11 luglio 2007 presso l'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi, all'esito della quale il Direttore della U.O. Parcheggi Pubblici, con Determinazione n. 79 del 16.07.2007, fissava al 30 settembre 2007 il termine di scadenza per l'eventuale presentazione di una proposta rimodulata e riformulata.

Con Ordinanza sindacale n. 52 del 27 luglio 2007, il Nodo di Scambio Marconi veniva inserito nel Piano Parcheggi del Commissario Delegato all'Emergenza Traffico.

A seguito di istanze di proroga presentate da I.SV.E.UR. S.p.a. e dall'ATI costituita da C.M.B. ed altri, con Determinazione Dirigenziale U.E.P. n. 96 del 21.09.2007, il suddetto termine di scadenza veniva prorogato al 15 novembre 2007.

Alla scadenza fissata pervenivano all'Amministrazione due proposte aggiornate, relative all'intervento in oggetto, presentate da: - ISVEUR Spa e la costituenda ATI CMB - CCC - DI.COS. Spa, in forma di proposta congiunta, quale aggiornamento alle singole originarie proposte, con riserva di costituirsi in ATI ; - C.A.M. S.r.l..

Con Determinazione Dirigenziale U.E.P. n. 132 del 19.11.2007 si provvedeva alla riattivazione della Commissione per la valutazione delle proposte, in precedenza costituita, la quale procedeva quindi all'esame delle nuove proposte sotto il profilo tecnico e concludeva i lavori in data 19.12.2007, trasmettendo i propri atti all'Amministrazione con nota prot. UEP n. 5620 del 20.12.2007.

In esito alle valutazioni della Commissione, il Direttore della U.O. Parcheggi Pubblici adottava la determinazione dirigenziale U.E.P. n. 163 del 21.12.2007 - inviata ai soggetti proponenti con nota n 230 del 17.01.2008 - con la quale determinava quanto segue:

1) quanto alla proposta del concorrente CAM, *“che la proposta .... non possa essere considerata né fattibile, né idonea; si ritiene che le suddette condizioni precludano il passaggio di tale proposta alla ulteriore fase della valutazione della rispondenza al pubblico interesse e di comparazione con altra eventuale proposta; si dispone, conseguentemente, la esclusione della proposta dalla successiva fase del procedimento, consistente - giusta Determinazione dell'Authority n. 20 del 04.10.2001 - nella c.d. "Fase 2 ": "Valutazione della sussistenza del carattere di pubblico interesse nella singola proposta”.*

2) quanto alla proposta del Concorrente ISVEUR-CMB, *“che la proposta formulata – come sinteticamente descritta in premessa e dettagliatamente illustrata negli elaborati progettuali ed economico-finanziari facenti parte della proposta medesima - possa essere considerata idonea ed ammissibile; si ritiene che la suddetta proposta - fermo quanto detto al punto successivo - debba essere sottoposta alla successiva fase del procedimento, consistente nella valutazione della sussistenza o meno del carattere di pubblico interesse della proposta stessa” [...].*

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 8-13 febbraio 2008 e depositato il 19 febbraio successivo, CAM S.r.l ha impugnato: 1) la determinazione dirigenziale dell'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi del Comune di Roma n. 163 del 21 dicembre 2007, con la quale è stata comunicata la conclusione della fase di valutazione tecnica delle proposte presentate in relazione all' avviso pubblico indicativo di *project financing*, ai sensi dell'art. 37 bis e ss. L. 109/94 per la progettazione, attuazione e gestione del Nodo di Scambio Marconi pubblicato nell'albo pretorio e in G.U.R.I. in data 20 aprile 2005; 2) la determinazione dirigenziale dell'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi del Comune di Roma n. 132 del 19 novembre 2007, con la quale si è provveduto alla riattivazione della commissione nominata per la valutazione delle proposte presentate; 3) la determinazione dirigenziale dell'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi del Comune di Roma n. 129 del 16 novembre 2007, con la quale sono stati



disposti i provvedimenti preliminari di cui all'art. 153 e SS. D. Lgs 163/06 e ss.mm.ii, per l'esame delle proposte aggiornate; 4) la nota dell'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi del Comune di Roma prot. n. 4809 del 7 novembre 2007, con la quale sono stati trasmessi lo schema di convenzione e di capitolato speciale; 5) la determinazione dirigenziale dell'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi del Comune di Roma n. 96 del 21 settembre 2007, con la quale è stato prorogato il termine di scadenza per la presentazione di una proposta rimodulata; 6) la determinazione dirigenziale dell'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi del Comune di Roma n. 79 del 16 luglio 2007, con la quale è stata disposta la fissazione del termine per la presentazione di eventuali proposte rimodulate; 7) la nota dell'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi del Comune di Roma prot. n. 2975 del 6 luglio 2007, con la quale i proponenti sono stati convocati alla riunione dell'11 luglio 2007; 8) la determinazione dirigenziale dell'Ufficio Extradipartimentale Parcheggi del Comune di Roma n. 75 del 5 luglio 2007, con la quale è stato riattivato il procedimento volto alla verifica dell'interesse pubblico delle proposte presentate; 9) ogni altro atto presupposto, preordinato, collegato, connesso e consequenziale ai precedenti.

La ricorrente ha spiegato altresì domanda di risarcimento del danno in forma specifica e, in via subordinata, per equivalente.

Questi i motivi dedotti con il ricorso:

*Violazione art. 37 bis e ss. della l. 109/94, oggi 152 ss. del d.lgs 163/06, violazione dell'art. 13 della l. 109/94, oggi 37 del d.lgs 163/06, violazione della lex specialis, eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà, illogicità e contraddittorietà; violazione della lex specialis, eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà, illogicità e contraddittorietà sotto ulteriore profilo, travisamento dei fatti; violazione art. 37 bis e ss. della l. 109/94, oggi 152 ss. del d.lgs 163/06, violazione della lex specialis, eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà, illogicità e*

*contraddittorietà sotto ulteriore profilo.*

Per resistere al ricorso in epigrafe si sono costituiti il Comune di Roma e le controinteressate ISVE.UR e CMB-COOP in ATI, che hanno variamente eccepito sia la tardività sia l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse a ricorrere della società CAM; tutti hanno insistito per il rigetto nel merito.

Con separata istanza in corso di causa, presentata ai sensi dell'art. 25, comma 5, legge 241/90, la ricorrente ha proposto ricorso avverso la nota del Comune di Roma - U.E.P. - U.O. Parcheggi Pubblici prot. n. 1161 del 3.3.2008, con cui l'Amministrazione, in riscontro all'istanza di accesso formulata dalla medesima CAM S.r.l. in data 2 febbraio 2008 e precisata in data 8.2.2008, dopo aver consentito l'accesso a tutti gli atti del procedimento e l'estrazione delle copie richieste, comunicava all'istante il diniego limitatamente all'estrazione di copie del progetto relativo alla proposta presentata dalla I.SV.E.UR.

Con sentenza n. 6488/2008, la Sezione ha rigettato l'istanza dichiarandola inammissibile, per carenza in capo alla ricorrente della necessaria posizione legittimante; con la decisione n. 3319/2009 il Consiglio di Stato (Sez. V) ha rigettato l'appello proposto avverso la suddetta sentenza.

Frattanto, in esito all'acquisizione degli atti di gara, con atto notificato in data 14 marzo 2008 la CAM s.r.l. ha proposto "Motivi integrativi ed aggiunti" con i quali, per un verso, ha integrato i motivi d'illegittimità già dedotti e, per altro verso, nei confronti dei provvedimenti già gravati ha dedotto il seguente nuovo motivo di illegittimità:

*violazione art. 37 bis e ss. della l. 109/94, oggi 152 ss. del d.lgs 163/06, violazione della lex specialis, eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà, illogicità e contraddittorietà: la proposta inviata da ISVEUR –ATI non era completa, in quanto carente della asseverazione del piano economico finanziario da parte di un istituto di credito.*

Anche nei confronti dei motivi aggiunti il resistente Comune di Roma e le controinteressate hanno eccepito la tardività e la inammissibilità.

In prossimità dell'udienza pubblica fissata per la discussione della causa, in data 14 marzo 2012 il Comune di Roma ha depositato la nota del Dip. Mobilità e Trasporti prot. 9384 dell'8 marzo 2012, che segnala che *“il progetto preliminare dell'intervento in questione è all'esame della Conferenza dei Servizi, di conseguenza l'intervento non è stato ancora dichiarato di pubblico interesse”*. L'ente intimato e le odierne controinteressate hanno pertanto insistito nella eccezione di inammissibilità del gravame.

Alla Pubblica Udienza del 4 aprile 2012 la causa è stata trattenuta in decisione; nella discussione in camera di consiglio il Collegio si riservava, rinviandone la decisione alla camera di consiglio del 18 aprile 2012.

#### DIRITTO

1. Il Collegio deve previamente esaminare le eccezioni pregiudiziali complessivamente proposte, variamente sollevate dalle odierne resistenti.

E' fondata, e va accolta, l'eccezione di inammissibilità (recte: irricevibilità) del gravame per tardività, nei limiti di seguito indicati.

E' da ritenere tardiva l'impugnazione di tutti gli atti della procedura, anteriori e presupposti alla determinazione n. 163 del 21.12.2007 (che comunica la conclusione della fase di valutazione tecnica delle proposte *de quibus*), siano essi precedenti o successivi alla riattivazione del procedimento volto alla verifica dell'interesse pubblico delle proposte presentate.

Il ricorso si manifesta dunque irricevibile nella parte in cui è proposto avverso la riattivazione del procedimento, l'ammissione della proposta aggiornata presentata in forma congiunta da ISVEUR Spa e la costituenda ATI CMB - CCC - DI.COS. Spa, la riattivazione della commissione nonché gli atti presupposti e conseguenti.

Dagli atti di causa risulta infatti che la CAM partecipava attivamente alla procedura riattivata, senza sollevare alcuna doglianza in proposito; anzi, la

ricorrente prendeva parte alle riunioni convocate presentando la propria proposta progettuale aggiornata e si avvaleva, altresì, della proroga concessa dall'Amministrazione per la presentazione delle nuove proposte riformulate, fissato al 15.11.2007, presentando la propria offerta in data 14.11.2007. A tale ultima data, pertanto, la società CAM, non solo era pienamente consapevole di tutti gli atti della procedura adottati dall'Amministrazione, ma era anche acquiescente ad essi, di tal che, ove pure il ricorso in epigrafe fosse stato proposto tempestivo, lo stesso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per la preclusione formatasi a seguito dell'intervenuta acquiescenza ai medesimi atti.

Alle superiori considerazioni consegue che il ricorso in epigrafe risulta tempestivamente proposto solo nella parte in cui impugna la determinazione dirigenziale dell'Ufficio Extradipartimentale n. 163 del 21.12.2007, relativa alla conclusione della fase di valutazione tecnica delle proposte.

Tardivi sono infine i motivi aggiunti, notificati in data 18.3.2008, atteso che con essi si sollevano ulteriori doglianze e motivi in ordine ad atti e valutazioni già da tempo conosciuti dalla ricorrente, siccome contenuti nella determinazione dirigenziale n. 163 del 21.12.2007 impugnata con l'originario ricorso e, pertanto, anche rispetto ad essi l'eccezione di irricevibilità va accolta.

A sostegno dell'eccezione di inammissibilità, viene rappresentato che la società ricorrente ha impugnato gli atti della procedura, sia per la parte in cui la proposta aggiornata, dalla stessa CAM presentata, è stata dichiarata né fattibile, né idonea, sia nella parte con cui la proposta aggiornata della concorrente ISVEUR-CMB è stata dichiarata idonea ed ammissibile e, pertanto, ammessa alla successiva fase del procedimento, consistente nella valutazione della sussistenza o meno del carattere di pubblico interesse, fase che, peraltro, è tuttora in corso.

L'Ente intimato e le imprese controinteressate, dunque, eccepiscono che la ricorrente, con riferimento all'ammissione dell'ATI concorrente, non potrebbe vantare alcun interesse a ricorrere in quanto essa, essendo stata espressamente esclusa dalla successiva fase del procedimento, dall'ammissione della proposta avversaria non subirebbe alcuna lesione alla propria sfera giuridica, non vantando alcun bene della vita suscettibile di essere leso e, pertanto, da un eventuale accoglimento del ricorso non potrebbe trarre neppure alcuna utilità.

Inoltre, il fatto stesso che la ricorrente possa partecipare – ove la proposta della ISVEUR-CMB superasse la valutazione in ordine al pubblico interesse - all'eventuale successiva fase per l'affidamento della concessione, dimostrerebbe come la stessa CAM sia in realtà priva di interesse a ricorrere anche avverso l'avvenuta valutazione della propria proposta, sotto un profilo essenzialmente tecnico, né fattibile, né idonea.

Di contro, la ricorrente insiste nel sostenere di essere titolare di un interesse qualificato a censurare gli atti con cui l'Amministrazione ha ritenuto l'offerta CMB-ISVEUR fattibile, e, a sostegno della propria posizione, nelle ultime memorie difensive richiama il recente arresto giurisprudenziale n. 1/2012 dell'Adunanza Plenaria, che afferma l'immediata lesività per il concorrente non prescelto dell'atto di designazione del Promotore.

Sennonché, le controparti osservano che, nel procedimento in controversia, il Promotore non è stato ancora designato, atteso che la proposta di CMB-ISVEUR è ancora all'esame per il profilo della rispondenza all'interesse pubblico e quindi la fase che si chiude con la designazione del Promotore non è al momento conclusa.

Il corretto inquadramento da parte dell'adito Giudice delle suindicate eccezioni di inammissibilità del gravame rende necessario un preliminare inquadramento del procedimento amministrativo sotteso alla controversia *de qua*.

Secondo la disciplina applicabile *ratione temporis* (art. 37-bis e ss., legge n. 109 del 1994) al procedimento in controversia, la procedura di *project financing* si articolava in tre fasi: la prima si concludeva con la scelta del promotore finanziario, il cui progetto veniva posto a base di una successiva gara (seconda fase); in esito a tale gara, si apriva una procedura negoziata senza bando in cui venivano poste in comparazione la proposta del promotore e le due migliori proposte selezionate nella precedente gara.

Come affermato da A.P. n. 1/2012, il promotore aveva una indubbia posizione di vantaggio in quanto: (i) era il suo progetto ad essere posto a base della successiva gara; (ii) rimaneva aggiudicatario se nella gara non vi fossero altre offerte (art. 37-quater, legge n. 109 del 1994; (iii) nella procedura negoziata aveva il c.d. diritto di prelazione, ossia il diritto di *“adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione”* (art. 37-ter, legge n. 109 del 1994).

Come osservato nella pronuncia in rassegna, non è controverso in giurisprudenza che la scelta del promotore finanziario, ossia della proposta migliore ritenuta di pubblico interesse, è atto sì discrezionale della stazione appaltante, tuttavia sindacabile da parte del giudice amministrativo nei limiti del controllo di legittimità (Cons. St., sez. V, 11 settembre 2007 n. 4811; in termini, Cons. St., sez. V, 23 marzo 2009 n. 1741, Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155); così come non è controverso che sia autonomamente lesivo e immediatamente impugnabile, da parte del soggetto escluso, l'atto con cui la stazione appaltante dichiara che la sua proposta non è di pubblico interesse (Cons. St., sez. V, 20 maggio 2008 n. 2355; Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2010 n. 75).

Ancora, non è controverso, avuto riguardo al procedimento delineato dagli artt. 37-bis e ss., legge n. 109 del 1994, che l'interesse a contestare l'ammissione alla gara intermedia che segue la scelta del promotore sorga

solo all'esito della conclusione della terza fase (la procedura negoziata) (Cons. St., sez. V, 17 novembre 2006 n. 6727; Cons. St., sez. V, 5 luglio 2007 n. 3814; Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155).

Sempre secondo il Supremo Consesso, in base al richiamato quadro normativo il procedimento di *project financing* è articolato in sub-procedimenti, il primo dei quali, che si conclude con la selezione del promotore, rappresenta il "cuore" dell'intera procedura.

E, invero, la fase di scelta del promotore - che l'adunanza plenaria già in passato aveva ritenuto fase autonoma rispetto alla successiva fase articolata in gara e procedura negoziata (A.P. 15 aprile 2010, n. 2155) - riveste un ruolo centrale e preponderante nell'intera procedura, quel che conta essendo, non tanto il controverso e sfumato concetto di "autonomia", quanto la lesività o meno dell'atto di chiusura di questa prima fase.

A questo punto, la pronuncia in esame individua una pluralità di elementi che inducono a ritenere l'esistenza e l'attualità della lesione dell'atto di scelta del promotore nei confronti dei concorrenti non prescelti, osservando che: *"Da un lato, infatti, la selezione del promotore crea, per il soggetto prescelto, una posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara e che, ove anche nella gara vengano selezionati progetti migliori di quello del promotore, quest'ultimo ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario, adeguandola propria proposta a quella migliore; se poi non esercita tale diritto di prelazione, il promotore vanta l'alternativo diritto al rimborso forfetario delle spese sostenute per la presentazione della proposta, nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento (art. 37-quater, comma 4 e art. 37-bis, comma 1, legge n. 109 del 1994).*

*Sul versante opposto, per i concorrenti non prescelti, la selezione di un altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, atteso che il loro progetto non sarà posto a base della successiva gara e che non vanteranno né il diritto ad essere aggiudicatari in mancanza di altre proposte, né il diritto di prelazione, né il diritto al*

*rimborso delle spese sostenute.*

*E' vero che possono partecipare alla successiva gara, ed esserne vincitori se presentano un progetto migliore di quello del promotore: ma sono in una posizione di pati rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore”.*

Sullo specifico punto, d'interesse in questa sede, la decisione conclude quindi nel senso che, in definitiva, il bene della vita nel procedimento di *project financing* è il conseguimento della concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, sicché, se tale progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto viene immediatamente lesa.

E pertanto A.P. n. 1/2012 afferma il seguente principio di diritto: *“nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori sub-procedimenti di aggiudicazione della concessione”.*

Con riguardo alla dedotta inammissibilità del ricorso in epigrafe, il Collegio, anche alla luce della richiamata pronuncia, ritiene di dover respingere le eccezioni al riguardo sollevate.

Si osservi infatti che l'Adunanza Plenaria n. 1/2012 ha affermato l'ammissibilità dell'impugnazione dell'atto di scelta del promotore che conclude la prima fase nel procedimento di *project financing*, stante che l'atto di scelta determina un arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti ed è quindi immediatamente lesivo; si consideri, altresì, che, per giurisprudenza pacifica, anche l'atto che dichiara la proposta del concorrente non rispondente al pubblico interesse è autonomamente lesivo e immediatamente impugnabile da parte del soggetto escluso.

Coniugando i suddetti principi e riportandoli al caso di specie, in cui la



prima fase di scelta del promotore non è ancora conclusa - per essere ancora pendente la valutazione della rispondenza all'interesse pubblico della proposta dell'ATI concorrente - ma in cui si è comunque già verificata la esclusione della proposta della CAM in quanto reputata né fattibile, né idonea sotto il profilo tecnico, si deve concludere nel senso della piena ed immediata lesività dell'atto di esclusione della proposta della suddetta società e, per l'effetto, dell'ammissibilità della impugnazione dalla stessa spiegata con il proposto ricorso.

Ciò, in quanto, dovendosi individuare il bene della vita, nel procedimento di *project financing*, nel conseguimento della concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, di tal che, se tale progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, è immediatamente leso l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto, ne consegue che per il concorrente non prescelto, la selezione di altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, atteso che il suo progetto non sarà posto a base della successiva gara, alla quale egli potrà pur sempre partecipare ma in una posizione di *patis* rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore.

E l'indicato effetto di arresto procedimentale, sicuramente conseguente alla mancata selezione del progetto come di pubblico interesse, a ben vedere, certamente consegue anche alla prodromica valutazione di non idoneità tecnica della proposta, essendo questa tale da impedire anche la successiva valutazione di rispondenza del progetto al pubblico interesse.

In definitiva, nel caso di specie la proposta della CAM è stata esclusa perché ritenuta non idonea sotto il profilo tecnico, laddove la proposta presentata dalla concorrente superava il giudizio di idoneità tecnica per essere ammessa alla successiva valutazione di rispondenza al pubblico interesse, ancora in via di definizione.

Può pertanto ritenersi che, seppure, con riguardo alla valutazione

favorevole della proposta del concorrente, la legittimazione e l'interesse al ricorso sorgono, in capo al concorrente escluso, all'esito e per l'effetto dell'atto di scelta del Promotore - atto che nelle specie non è stato ancora adottato - diversamente, rispetto allo stesso atto di esclusione, la legittimazione e l'interesse ad impugnarlo sorgono immediatamente e direttamente per effetto della sua adozione, in tale momento determinandosi, per il soggetto il cui progetto è stato escluso, il descritto arresto procedimentale.

E, nel caso di specie, la esclusione del progetto conseguiva subitaneamente alla valutazione di inidoneità tecnica del medesimo e pertanto in quel momento si determinava la lesione che legittimava la ricorrente CAM alla impugnazione della delibera che comunicava la conclusione della fase di valutazione tecnica delle proposte, impugnazione che, dunque, è da ritenere ammissibile.

Venendo all'esame del merito, con il primo motivo CAM deduce l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, per violazione degli artt. 37 bis e ss. della legge 109/94, oggi sostituiti dagli art. 152 e ss. del d.lgs 163/2006 nonché per eccesso di potere, nella parte in cui hanno consentito, dopo la scelta effettuata all'inizio della procedura, la modificazione soggettiva delle imprese concorrenti titolari della proposta (riformulata) presentata a firma congiunta.

A dire della ricorrente, la fase di scelta del promotore dovrebbe rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare, e ciò osterebbe alla modificazione soggettiva di cui sopra, in quanto a questa fase sarebbe applicabile il disposto dell'art. 13, comma 5 bis, nella parte in cui (comma 9) vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

La censura è tardiva in quanto intempestivamente spiegata avverso

L'ammissione della proposta aggiornata, presentata in forma congiunta da ISVEUR Spa e dalla costituenda ATI CMB - CCC - DI.COS. Spa, essendo terminata la procedura alla quale la ricorrente ha pienamente partecipato, prestando acquiescenza.

In ogni caso, la doglianza è inammissibile per carenza di interesse, in quanto essa è volta a contestare, non già i profili di illegittimità afferenti la valutazione della proposta della stessa ricorrente, bensì i profili soggettivi riguardanti la proposta delle concorrenti.

Orbene, tenuto conto che la verifica della fattibilità tecnica delle proposte viene condotta in assoluto, cioè con esclusivo riferimento al contenuto di ciascuna proposta (Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2008, n. 2355 e n. 6287/05) e pertanto l'eventuale esito negativo della stessa è preclusivo del passaggio alle altre verifiche, ivi inclusa anche la comparazione delle varie proposte in relazione alla loro maggiore o minore rispondenza all'interesse pubblico (Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2005, n. 1802), risulta evidente che la presenza di una proposta concorrente non poteva incidere sul giudizio di non idoneità della proposta che ha condotto alla esclusione della ricorrente, e pertanto la modificazione soggettiva del raggruppamento avversario non ha esplicato alcun effetto lesivo della sfera di attribuzioni della CAM; ogni contestazione al riguardo è dunque inammissibile.

Con il secondo motivo si censurano, in quanto violative della *lex specialis* e viziate da eccesso di potere, sia la decisione dell'Amministrazione, di cui alla determinazione dirigenziale n. 75/2007, di riattivare la procedura di valutazione delle proposte e consentirne la rimodulazione e riformulazione dai rispettivi titolari; sia la circostanza che l'Ente intimato abbia ritenuto ammissibile la proposta di CMB-ISVEUR, malgrado questa presentasse un contenuto radicalmente difforme da quello della originaria offerta, così stravolgendo i criteri ed i contenuti esposti nell'avviso pubblico di *project financing*.

Come già osservato in relazione al primo motivo, la prima censura è irricevibile per tardività e, in secondo luogo, inammissibile per intervenuta preclusione all'impugnazione, essendo terminata la procedura alla quale la ricorrente ha pienamente partecipato, prestando acquiescenza.

La doglianza diretta avverso la valutazione di ammissibilità della proposta di CMB-ISVEUR è inammissibile per carenza di interesse, non potendo la CAM trarre alcun vantaggio dall'eventuale accoglimento del motivo in questione, non potendo esso incidere sul giudizio di non idoneità della proposta che ha condotto alla esclusione della ricorrente.

Come affermato dalla Sezione con la sentenza n. 6488/2008, pronunciata sull'istanza per l'accesso agli atti avanzata in corso di giudizio, *“se, nella fattispecie, tale situazione è rappresentata (unicamente) dalla contestata legittimità della disposta esclusione, rimangono prive di rilevanza, per la posizione giuridica al riguardo vantata dal ricorrente (e dal medesimo azionata mediante proposizione di impugnativa avverso la relativa determinazione dirigenziale), le successive vicende della procedura di project financing: dovendosi, conseguentemente, dare atto dell'attuale carenza di interesse alcuno in capo alla C.A.M. ai fini della conoscenza dei progetti presentati dalla controinteressata I.S.V.E.UR. ed ammessi al prosieguo della procedura.*

*Soltanto i soggetti utilmente ammessi alla ponderazione comparativa delle offerte (e non, quindi, quelli esclusi) si trovano destinatari di una posizione qualificata e differenziata la quale, pur nella necessaria osservanza delle modalità temporali che assistono la conoscibilità degli atti (differimento ex art. 13 D.Lgs. 163/2006), consente ai medesimi l'esercizio del diritto di accesso relativamente alle proposte presentate dagli altri concorrenti, laddove il pregiudizio dai primi lamentati (e, conseguentemente, le esigenze di tutela che essi intendano far valere) trovi fondamento proprio nello svolgimento dell'attività di selezione e valutazione delle offerte”.*

L'esclusione della proposta della società C.A.M. è avvenuta nella primissima fase della valutazione dell'esistenza dei requisiti di fattibilità e dell'assenza di

elementi ostativi della proposta.

Ne consegue logicamente che, anche un eventuale accoglimento della censura in esame non potrebbe comportare alcun vantaggio per la ricorrente, la cui proposta è stata ritenuta inidonea e non fattibile sulla base, non di una valutazione comparativa, ma di una valutazione che ha tenuto conto dei soli elementi contenuti nella proposta stessa.

In tale sottofase del procedimento, quindi, l'interesse del proponente è diretto ad ottenere un corretto esame della propria proposta, perché soltanto una valutazione di idoneità e di fattibilità può consentirgli il passaggio alla fase successiva.

Con il terzo motivo di ricorso la CAM censura la determinazione dirigenziale n.163/2007 nella parte in cui, recependo le valutazioni della Commissione e del responsabile del procedimento, ha ritenuto la sua proposta né fattibile, né idonea.

In particolare, essa deduce di essersi attenuta alle disposizioni impartite dall'Amministrazione, avendo riproposto la proposta iniziale del 2005, rimodulata e riformulata alla luce delle osservazioni tecniche della Commissione e della sopravvenuta normativa e che, tuttavia, la Commissione tecnica avrebbe rilevato ulteriori vizi e difformità, mai eccepiti prima.

Va premesso che la procedura di scelta del promotore è caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di merito, per cui le Amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne dell'Amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata.

Per quanto riguarda la proposta della CAM, le valutazioni effettuate dalla Commissione – come riportate nei verbali n.2 e n. 3 del 29 e 30 novembre

2007 - non sembrano né illogiche, né contraddittorie ma si basano sull'analitico esame della proposta presentata dalla ricorrente a seguito della riattivazione del procedimento e risultano congruamente motivate.

Tali valutazioni rilevavano criticità talmente gravi da far affermare, in ordine agli aspetti economici e finanziari, che *"Le osservazioni sopra esposte non consentono una valutazione circa la sussistenza dell'equilibrio economico e finanziario del piano e la congruità del rendimento dell'investimento e dell'Equity"*.

Detta valutazione veniva condivisa dal responsabile del procedimento che affermava che *"...la valutazione del sottoscritto responsabile del procedimento sulla idoneità tecnica del PEF è che la conclusione della commissione - vedi punto a-6)- sia condivisibile e che gli elementi rilevati siano tali da far ritenere il PEF non attendibile e non idoneo dal punto di vista tecnico. Peraltro, la rettifica dei succitati aspetti richiederebbe un forte intervento modificativo del PEF e di alcune ipotesi assunte nello stesso, tale da alterarlo significativamente"* e conclude affermando *"Che in considerazione di quanto precede sussistono - ad avviso del Responsabile del Procedimento - numerosi elementi ostativi alla realizzabilità del progetto proposto dalla concorrente CAM s.r.l. e vari elementi tali da far giudicare la proposta formulata non ammissibile"*.

Le medesime valutazioni venivano poi fatte proprie dall'Amministrazione che con la determinazione dirigenziale n. 163 del 21.12.2007, ampiamente motivata, escludeva la proposta della CAM dalla successiva fase del procedimento consistente nella valutazione del pubblico interesse della proposta; e pertanto le censure in esame non sono suscettibili di favorevole considerazione.

Non meritano nemmeno adesione le doglianze svolte dalla ricorrente avverso i rilievi mossi dalla Commissione alla proposta riformulata dalla stessa presentata.

A riguardo si osserva che, con determinazione dirigenziale 75/2007, nel riattivare il procedimento volto alla verifica dell'interesse pubblico delle

proposte presentate, si consentiva ai proponenti di rimodulare e riformulare la propria proposta tenendo conto: 1) delle valutazioni e considerazioni espresse dalla Commissione già istituita; 2) delle ulteriori indicazioni e degli approfondimenti emersi; 3) delle necessarie specifiche verifiche di compatibilità e fattibilità che le proposte sopra aggiornate dovevano contenere; 4) dell'intervenuto aggiornamento (D. Lgs. vo 163/2006) del quadro normativo di riferimento per il procedimento in questione.

Riguardo alla proposta originaria della CAM, una delle fondamentali criticità e carenze del progetto era la inidoneità della accessibilità al Nodo da sud – come riportato nel documento conclusivo dei lavori della Commissione, datato 29.12.2005 - e, nonostante le indicazioni date e i rilievi critici effettuati in relazione alla originaria proposta, la ricorrente ripresentava gli stessi elaborati progettuali, come rappresentato anche nel ricorso.

Per le esposte considerazioni il terzo motivo di gravame è da disattendere e pertanto il ricorso, in quanto proposto avverso la determinazione dirigenziale n. 163/2007, si appalesa infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e restano liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- quanto al ricorso introduttivo, in parte lo dichiara irricevibile in parte lo rigetta;
- quanto ai motivi aggiunti, li dichiara irricevibili;
- quanto alle spese di lite, le determina complessivamente e forfetariamente in euro 9.000,00 (=novemila/00) ponendole a carico della ricorrente e, in parti uguali, a favore delle altre parti costituite nel presente giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2012 con  
l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/06/2012

IL SEGRETARIO

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