

Publicato il 07/03/2019

N. 00299/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00686/2017 REG.RIC.
N. 00716/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 686 del 2017, proposto da Salini Impregilo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Franco Zambelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Franco Zambelli in Venezia, Mestre, via Cavallotti 22;

contro

Regione Veneto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Londei, Francesco Zanlucchi, Ezio Zanon, Bruno Barel con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso Regione Veneto, Venezia, Cannaregio, 23;

Commissario straordinario delegato per l'Opera Superstrada Pedemontana Veneta nominato ex art. 20 D.L. n. 185/2008, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Venezia, piazza S. Marco, 63;

nei confronti

Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A. e Consorzio Stabile Sis S.C.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Giuseppe Rusconi, Patrizio Leozappa, Francesco Maria Curato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Curato in Venezia, Piazzale Roma 468/B;

sul ricorso numero di registro generale 716 del 2017, proposto da Salini Impregilo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Franco Zambelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Franco Zambelli in Venezia, Mestre, via Cavallotti 22;

contro

Regione Veneto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Londei, Francesco Zanlucchi, Ezio Zanon, Bruno Barel, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso Regione Veneto, Venezia, Cannaregio, 23; Commissario straordinario delegato per l'Opera Superstrada Pedemontana Veneta nominato ex art. 20 D.L. n. 185/2008, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata ex lege in Venezia, piazza S. Marco, 63;

nei confronti

Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A. e Consorzio Stabile Sis S.C.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Giuseppe Rusconi, Patrizio Leozappa, Francesco Maria Curato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Curato in Venezia, Piazzale Roma 468/B;

Struttura di Progetto Superstrada Pedemontana Veneta non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Giuseppe Piccolotto, Marino Fogal, Elisa Fogal, Leopoldo Pellizzari, Daniela Capovilla, Marco Toso, Marco Zanatta, Gabriella Casagrande, Stefano Prenol, Società Agricola Fogal S.S. e Codacons - Onlus, rappresentati e difesi dagli avvocati Cesare Janna, Alessandro Janna, Luca Donà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Cesare Janna in Padova, via Morgagni 44;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 686 del 2017:

a) della deliberazione del Consiglio regionale della Regione Veneto n. 44 del 29 marzo 2017 di “Modifica alla nota di aggiornamento del documento di economia e finanze regionale (Defr 2017 – 2019). Deliberazione del Consiglio Regionale 7 dicembre 2016 n. 168 – Articolo 36, comma 3, e Allegato 4/1, punto 6 del decreto legislativo n. 118/2011”;

b) di ogni ulteriore atto a questa annesso, connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresa, per quanto occorrer possa, della delibera della Giunta regionale della Regione Veneto n. 474 del 6 aprile 2017 di indizione della procedura aperta per l'assunzione del mutuo di euro 300.000.000,00.

e conseguente accertamento dell'obbligo della Regione Veneto di risolvere per inadempimento la concessione assentita a Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A. e di procedere ad una nuova gara per l'affidamento in concessione della Pedemontana Veneta con i modificati contenuti illegittimamente introdotti nella concessione vigente;

quanto al ricorso n. 716 del 2017,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) della deliberazione della Giunta regionale del Veneto n. 708 del 16.05.2017 pubblicata sul BUR n. 49 del 19.05.2017 avente ad oggetto “Superstrada Pedemontana Veneta - Approvazione dello schema di Terzo Atto Convenzionale modificativo della Convenzione del 21.10.2009 e dell'Atto

Aggiuntivo del 18.12.2013 per l'affidamento in concessione della progettazione definitiva ed esecutiva, nonché della costruzione e della gestione. Deliberazione n. 21/CR del 07/03/2017”.

b) della deliberazione della Giunta regionale del Veneto n. 780 del 29.05.2017 pubblicata sul BUR n. 54 del 01.06.2017 avente ad oggetto “Superstrada Pedemontana Veneta - Attuazione della deliberazione n. 708 del 16 maggio 2017 ad oggetto "Approvazione dello schema di Terzo Atto Convenzionale modificativo della Convenzione del 21.10.2009 e dell'Atto Aggiuntivo del 18.12.2013 per l'affidamento in concessione della progettazione definitiva ed esecutiva, nonché della costruzione e della gestione. Deliberazione n. 21/CR del 07/03/2017";

c) della delibera della Giunta regionale del Veneto n. 704 del 16 maggio 2017 pubblicata sul BUR n. 53 del 30 maggio 2017 recante l'autorizzazione del Direttore dell'Area Risorse Strumentali della Regione Veneto a stipulare con la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. contratto di mutuo per il finanziamento del contributo in conto costruzione dell'opera;

d) del contratto di mutuo stipulato in data 19 maggio 2017 tra la Regione Veneto e la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.;

e) di ogni ulteriore atto e provvedimento a questi annesso, connesso, presupposto e consequenziale ivi compresi i seguenti, di contenuto ignoto, espressamente richiamati nelle premesse della impugnata delibera di G.R. 708/2017: (i) primo parere rilasciato dal Nucleo di Valutazione e Verifica degli Investimenti Pubblici (NUVV) in data 6.3.2017 afferente lo schema di Terzo Atto Convenzionale e l'allegato nuovo piano economico e finanziario, (ii) parere n. 181 in data 4.4.2017 reso dalla Seconda Commissione Consiliare in relazione alla DGR n. 21/CR del 7.3.2017, (iii) secondo parere rilasciato dal NUVV in data 15.5.2017 afferente lo schema definitivo del Terzo Atto Convenzionale e dell'allegato nuovo piano economico e finanziario; con contestuale richiesta di caducazione e/o declaratoria di inefficacia

del predetto Terzo Atto Convenzionale, ove in ipotesi *medio tempore* sottoscritto tra la Regione Veneto e la Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A.;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 28.07.2017:

a) del Terzo Atto Convenzionale rep. n. 31601 racc. n. 17984 sottoscritto in data 29 maggio 2017 tra la Struttura di Progetto Superstrada Pedemontana Veneta e la Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A. e dei relativi allegati, ivi compreso il nuovo piano economico e finanziario di Convenzione e l'annessa relazione

b) per quanto occorrer possa, dell'Atto Aggiuntivo alla Convenzione rep. n. 28626 racc. n. 15987 sottoscritto in data 18 dicembre 2013 tra il Commissario delegato per l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nel territorio delle Province di Treviso e Vicenza e la Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A. e dei relativi allegati ivi compreso il nuovo piano economico e finanziario di Convenzione allegato al predetto Atto Aggiuntivo e l'annessa relazione;

con contestuale richiesta di caducazione e/o declaratoria di inefficacia

del predetto Terzo Atto Convenzionale rep. n. 31601 racc. n. 17984 sottoscritto in data 29 maggio 2017

e conseguente accertamento dell'obbligo della Regione Veneto di rinnovare la procedura di gara tra i due soggetti in allora concorrenti,

ovvero, in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente, avendo la ricorrente partecipato alla gara del 2009 ed avendo titolo a partecipare alla rinnovazione della gara con la presentazione di una nuova offerta assistita – come in allora – dal diritto di prelazione.

Visto il ricorso R.G. n. 686/2017 e i relativi allegati;

Visto il ricorso R.G. n. 716/2017 e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, in entrambi i ricorsi, della Regione Veneto, del Commissario straordinario delegato nominato ex art. 20 D.L. n.

185/2008, di Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A. e Consorzio Stabile Sis S.C.P.A.;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* proposto da Codacons ed altri soggetti privati nell'ambito del ricorso R.G. n. 716/2017;

Visti gli atti di entrambi i giudizi;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2019 la dott.ssa Silvia De Felice e uditi per le parti i difensori come specificato nei rispettivi verbali;

Visto l'art. 70 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. In punto di fatto si espone quanto segue.

- La Superstrada Pedemontana Veneta è stata riconosciuta opera fondamentale per la mobilità e lo sviluppo economico della Regione Veneto, sin dagli anni 1990.
- A seguito di un complesso iter, nell'anno 2001 tale opera è stata inserita nell'elenco delle infrastrutture strategiche con apposita delibera CIPE.
- La Pedemontana Veneta s.p.a. alla fine del 2003 ha presentato una proposta avente ad oggetto la realizzazione e gestione dell'opera e, all'esito di apposita procedura, la stessa ha assunto la veste di soggetto promotore.
- Nell'anno 2006 la Regione Veneto ha avviato una procedura per l'affidamento in project financing della concessione di costruzione e gestione della Superstrada Pedemontana Veneta, articolata in due fasi.
- Con bando pubblicato in data 10.11.2006 ha avviato una procedura ristretta ex art. 155, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 63/2006 – applicabile *ratione temporis* nella versione allora vigente – per l'individuazione dei competitori.
- A tale bando ha fatto seguito una procedura negoziata alla quale hanno preso parte il promotore Pedemontana Veneta s.p.a. - in un raggruppamento costituito con altre imprese, tra le quali anche l'odierna ricorrente Impregilo s.p.a. in qualità di capogruppo mandataria (di seguito solo ATI Impregilo) - e i due concorrenti selezionati nella fase precedente, ovvero il Consorzio stabile

- SIS s.p.a. in ATI con Itinere Infrastructuras (di seguito solo ATI SIS) e l'ATI costituita da Cintra S.A. Ferrovial Agroman s.p.a. e Merloni finanziaria s.p.a..
- All'esito della procedura negoziata l'offerta migliore è risultata quella presentata dal Consorzio SIS, a favore del quale è stata pertanto disposta l'aggiudicazione provvisoria.
 - Il promotore ha esercitato il diritto di prelazione, facendo integralmente propria l'offerta migliorativa presentata dall'ATI SIS, e la concessione gli è stata quindi affidata.
 - Avverso tale affidamento ha proposto ricorso dinanzi al Tar Veneto il Consorzio SIS e al termine di un lungo contenzioso, con sentenza n. 3944/2009, il Consiglio di Stato ha definitivamente stabilito che la concessione doveva essere affidata all'ATI SIS.
 - Con deliberazione 30.06.2009, atti n. 1934, pubblicata sul Bur Veneto n. 59 del 21.07.2009, la Regione Veneto ha aggiudicato in via definitiva la concessione all'ATI SIS.
 - Con DPCM del 31.07.2009 è stato dichiarato lo stato di emergenza nel settore traffico nel territorio delle province di Treviso e Vicenza, e quindi la realizzazione della Superstrada Pedemontana Veneta è stata assoggettata, con ordinanza n. 3802 del 15.08.2009, al regime straordinario commissariale proprio della Protezione Civile.
 - Il 21.10.2009 l'ATI SIS ha pertanto sottoscritto il contratto di concessione di costruzione e gestione con il Commissario.
 - In data 22.12.2009 tra il Consorzio Stabile SIS e Itinere Infrastructuras è stata costituita la società di progetto "Superstrada Pedemontana Veneta S.r.l.", che è divenuta quindi concessionaria, in luogo dell'ATI SIS aggiudicataria.
 - La concessione stipulata nel 2009 prevedeva, tra l'altro:
 - a) un costo di costruzione pari a 1.829 milioni di euro;
 - b) un investimento privato pari a 1.609 milioni di euro;
 - c) durata della concessione: 1,5 anni di progettazione, 5 anni di costruzione e 39 anni di gestione;

- d) un contributo pubblico in conto costruzione pari a 173,673 milioni di euro;
- e) un canone di disponibilità pari a 436 milioni di euro da pagarsi in 60 rate semestrali per 30 anni;
- f) stime di traffico attestate su una previsione di 27.000 veicoli/giorno;
- g) ricavi da pedaggio (distinti per veicoli leggeri e pesanti) di spettanza del concessionario con obbligo in capo al concedente di riequilibrio del piano economico finanziario in caso di volumi di traffico inferiori alle previsioni;
- h) altri ricavi di spettanza del concessionario (vendita inerti, ricavi da aree di servizio...).

- In fase di progettazione è stato aggiornato il progetto definitivo per recepire le numerose richieste formulate dagli enti locali il cui territorio è attraversato dall'infrastruttura e ciò ha comportato un aumento del costo complessivo dell'opera.

- Pertanto, si è reso necessario provvedere al riequilibrio del piano economico e finanziario e in data 18.12.2013 è stato sottoscritto un primo Atto Aggiuntivo alla Convenzione originaria, i cui contenuti essenziali — in modifica alle condizioni originarie — erano:

- a) aumento a 2.258 milioni di euro del costo complessivo dell'infrastruttura, con un incremento di oltre 429 milioni (pari a circa il 23%);
- b) introduzione di un nuovo piano economico finanziario contenente un variato cronoprogramma e una differente tariffazione;
- c) aumento a 614,910 milioni di euro del contributo pubblico in conto costruzione;
- d) modifica delle modalità di erogazione del canone di disponibilità, pari a euro 436.007.250,00, da corrispondere in 30 rate semestrali per 15 anni;
- e) previsione di riequilibrio del piano economico finanziario, passata una determinata soglia, esclusivamente mediante erogazione di denaro pubblico;

- Tale nuovo assetto convenzionale è stato sottoposto al vaglio della Corte dei Conti (in sede di controllo di gestione nella relazione annuale al Parlamento) e dell'ANAC.

- In particolare, sono stati rilevati significativi profili di criticità in riferimento al regime straordinario commissariale, al riparto dei rischi tra concedente e concessionario, al ritardo nel pagamento degli espropri, nonché alla perdurante mancata acquisizione del finanziamento privato, dovuta alla necessità di rivedere la complessiva remuneratività dell'opera, in base a nuove stime del traffico più aderenti alla situazione oggettiva venutasi a concretizzare nel corso degli anni.

- Nell'anno 2016 si è concluso il regime commissariale, con il rientro dell'opera nella competenza ordinaria della Regione Veneto.

- Poiché il concessionario, all'emergere dei nuovi dati relativi alle previsioni di traffico, richiedeva un ulteriore adeguamento del piano economico finanziario

- in forza del meccanismo di riequilibrio posto a carico della Regione già con la Convenzione del 2009 e confermato con l'Atto Aggiuntivo del 2013 – la Regione Veneto, una volta subentrata al Commissario, ha avviato un processo di revisione della concessione, acquisendo, tra l'altro, una nuova relazione di stima delle previsioni di traffico.

- E' stata dunque avviata una complessa trattativa con il concessionario per addivenire ad una nuova formulazione della Convenzione, sui cui contenuti fondamentali è stata sentita anche l'Avvocatura dello Stato.

- In data 29.05.2017 è stato sottoscritto il Terzo Atto Convenzionale, con il quale si è dettata una disciplina completa e coordinata delle disposizioni convenzionali, prima sparse nel testo della Convenzione originaria del 2009 e del successivo Atto Aggiuntivo del 2013, i cui elementi essenziali possono essere così riepilogati:

a) nessuna modifica dell'importo complessivo dei lavori, che resta fissato a 2.258 milioni di euro;

b) incremento del contributo pubblico in conto costruzione per ulteriori 300 milioni di euro, giungendo infine alla somma di euro 914.910.000,00;

c) adozione di un nuovo piano economico finanziario con nuovo cronoprogramma dei lavori;

- d) assunzione in capo alla Regione Veneto del potere di fissare le tariffe da praticare all'utenza e conseguente attribuzione alla Regione Veneto degli introiti tariffari;
- e) remunerazione del concessionario esclusivamente tramite il canone di disponibilità annuale;
- f) intensificazione del rischio di disponibilità in capo al concessionario mediante aggiornati standard tecnico-funzionali, assistiti da apposito sistema sanzionatorio;
- g) intensificazione degli obblighi del concessionario con particolare riferimento alla tempistica di pagamento degli espropri;
- h) fissazione di un termine perentorio, a pena di decadenza dalla concessione, per la definizione del closing finanziario;
- i) più trasparente ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario;
- l) definizione degli istituti della decadenza e della risoluzione della Convenzione per inadempimento;
- m) attribuzione alla Regione, al termine della concessione, della proprietà di tutti i manufatti complementari realizzati dal concessionario.

2. Salini Impregilo ha dunque proposto due distinti ricorsi dinanzi a questo Tribunale.

3. Con il primo ricorso notificato in data 7 giugno 2017, rubricato al n. R.G. 686/2017, è stata impugnata la delibera del Consiglio regionale n. 44 del 29 marzo 2017 con cui, in modifica del DEFR (documento di economia e finanza regionale) 2017-2019, è stata inizialmente introdotta un'addizionale regionale IRPEF, volta a finanziare il maggior contributo pubblico in conto costruzione destinato alla Superstrada Pedemontana Veneta, secondo quanto previsto dal nuovo assetto convenzionale ancora in via di approvazione, oltre che la successiva delibera n. 474 del 2017 della Giunta regionale che ha indetto la gara per rinvenire sul mercato il finanziamento medesimo.

In particolare, ha evidenziato Salini Impregilo di avere impugnato tali provvedimenti in quanto l'addizionale IRPEF è stata espressamente destinata,

in via prioritaria, al pagamento della rata di ammortamento annuale del finanziamento che la Regione Veneto intendeva contrarre a copertura del nuovo contributo in conto costruzione dell'opera Superstrada Pedemontana Veneta: contributo che costituirebbe modifica radicale, e perciò illegittima, della concessione originariamente stipulata.

La ricorrente ha dapprima prospettato la sussistenza della propria legittimazione ad agire e del proprio interesse al ricorso, sia nella veste di partecipante (promotore) alla procedura di gara espletata per l'aggiudicazione della concessione, originariamente basata su presupposti del tutto diversi, sia nella propria qualità di soggetto operante nel settore delle infrastrutture stradali e autostradali, in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara da espletare per l'affidamento di una eventuale nuova concessione.

E' stato quindi formulato un unico motivo di doglianza, nei seguenti termini *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 153 e ss. e dell'art. 143 del D.Leg.vo n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 165 e 175 del D.Leg.vo n. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione dei principi generali, anche di matrice comunitaria, che regolano le modifiche ai rapporti di concessione”*.

Con tale censura la ricorrente ha evidenziato che la concessione - così come ridefinita per iniziativa della Regione Veneto, sia con i provvedimenti impugnati, afferenti al maggior contributo in conto investimenti per 300 milioni di euro, sia con i successivi provvedimenti ancora sconosciuti - sarebbe una concessione radicalmente diversa da quella posta in gara e aggiudicata nel 2009.

Per tale motivo, quindi, la Regione Veneto - a fronte dell'inadempimento di SPV di realizzare l'opera alle condizioni da essa offerte in sede di gara - avrebbe dovuto risolvere il rapporto concessorio in essere e avviare poi una nuova procedura di gara, cui anche Salini Impregilo avrebbe diritto di partecipare, essendo in possesso dei requisiti già verificati nell'originaria procedura espletata.

Alla luce di tali censure la ricorrente ha quindi formulato le proprie conclusioni, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con contestuale accertamento dell'obbligo della Regione Veneto di risolvere per inadempimento la concessione assentita a Superstrada Pedemontana Veneta e di procedere ad una nuova gara per l'affidamento in concessione dell'opera, con i nuovi contenuti illegittimamente introdotti nella concessione vigente.

3.1 Si è costituita in tale giudizio la Regione Veneto, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso sotto il profilo del difetto di giurisdizione, in quanto sarebbe stato impugnato un atto di natura non amministrativa, bensì di natura politica, volto ad individuare le linee strategiche sulla base delle quali elaborare le previsioni di bilancio, orientando così le successive deliberazioni del Consiglio e della Giunta.

La Regione ha eccepito, altresì, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, essendo stato impugnato un atto privo di immediata lesività, come dimostrato dal fatto che le censure mosse attraverso il mezzo di gravame attengono soltanto ad asseriti vizi relativi alla modifica della Convenzione a suo tempo stipulata dall'ATI SIS con la Regione.

Sempre preliminarmente, ma in via subordinata, la Regione ha infine eccepito la sopravvenuta improcedibilità del ricorso, evidenziando che nel frattempo è stata definitivamente approvata sia la L.R.V. 6 aprile 2017, n. 9 che ha modificato la L.R.V. 30 dicembre 2016, n. 3, sia la successiva L.R.V. 19 luglio 2017, n. 16 che - apportando una seconda variazione al bilancio di previsione regionale 2017/2019 - ha abrogato l'art. 1 bis della legge di bilancio introdotta con la precedente variazione, con la quale si era disposto l'aumento delle aliquote dell'addizionale regionale I.R.P.E.F.

Pertanto, ad avviso della Regione l'eventuale accoglimento del ricorso non sarebbe in grado di produrre alcun effetto giuridico, non potendosi incidere sulla legge regionale approvata e successivamente modificata.

La Regione, inoltre, ha chiesto il rigetto del ricorso nel merito, contestando la configurabilità, nel caso di specie, di modifiche sostanziali e illegittime

all'originaria concessione.

3.2 Si è costituito in giudizio anche il Commissario straordinario delegato (di seguito solo Commissario), nominato con decreto del Presidente della Giunta regionale n. 6 del 19.01.2017, ai sensi dell'art. 20 del D.L. n. 185/2008, che ha eccepito, in via preliminare, il proprio difetto di legittimazione passiva, asserendo di non essere chiamato a svolgere compiti di gestione in relazione all'opera oggetto della concessione e di non aver in alcun modo concorso all'adozione degli atti impugnati.

In via subordinata, il Commissario ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, essendo stato impugnato un provvedimento di carattere generale e programmatico, di natura tributaria, volto ad incidere – al più – sui cittadini veneti, in quanto contribuenti, ma non certo sulla sfera giuridica della ricorrente.

Nel merito, il Commissario delegato ha escluso l'illegittimità delle modifiche apportate alla concessione stipulata nel 2009.

3.3 Infine, si sono costituiti in giudizio anche il Consorzio stabile SIS e Superstrada Pedemontana Veneta s.p.a. che hanno rilevato, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito, affermando che il gravame solleva questioni di inadempimento alla Convenzione da parte del concessionario e di modifiche al rapporto concessorio in essere, attinenti alla fase esecutiva di quest'ultimo, in relazione alla quale sarebbe ravvisabile la giurisdizione del giudice ordinario.

Le controinteressate hanno inoltre sollevato eccezione di inammissibilità del ricorso, ravvisando al contempo difetto di legittimazione e carenza di interesse in capo alla ricorrente, sotto molteplici profili:

a) Sotto un primo profilo si è evidenziato che Salini Impregilo non sarebbe in possesso dei requisiti per partecipare alla pretesa nuova gara per la concessione, come dimostrato dal fatto che la stessa ha partecipato alla precedente gara in qualità di mandataria di un'associazione temporanea con altre imprese mandanti, assenti nel presente giudizio.

b) Sotto un secondo profilo, si è rilevato che la ricorrente intende far valere nel giudizio un mero interesse strumentale alla riedizione della procedura, senza tuttavia aver dimostrato l'esistenza della concreta utilità che potrebbe trarre dall'intervento del giudice amministrativo: nel caso di specie sarebbe difatti configurabile soltanto un'utilità pratica, indiretta ed eventuale, non idonea a determinare, da sola, il riconoscimento di una situazione giuridica differenziata, fondante la legittimazione al ricorso.

c) Sotto un terzo profilo, si è precisato che in capo alla ricorrente non sarebbe configurabile nemmeno una posizione giuridica differenziata fondata sulla pregressa posizione di partecipante alla gara per la concessione.

Difatti, nell'ambito di tale procedura – come accertato in via definitiva nel precedente contenzioso, con la sentenza n. 3944/2009 del Consiglio di Stato – non è stato tempestivamente esercitato il diritto di prelazione connesso alla qualità di promotore: pertanto, a Salini Impregilo sarebbe ascrivibile un interesse generico, del tutto equivalente a quello di qualsiasi altro operatore del mercato. Inoltre, con sentenza n. 1516/2012 del Consiglio di Stato, si è accertato che nell'ambito della medesima procedura l'ATI Impregilo avrebbe dovuto essere comunque esclusa a causa della non veridicità della dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 da uno dei suoi direttori tecnici.

Per tali ragioni, dunque, è stato eccepito il difetto di legittimazione in capo alla ricorrente, evidenziandone la posizione di assoluta estraneità rispetto al rapporto contrattuale in corso di esecuzione da anni tra la controinteressata e la Regione Veneto, in relazione al quale, quindi, Salini Impregilo non avrebbe alcun titolo per contraddire.

d) Infine, sotto un quarto profilo le controinteressate hanno evidenziato che il difetto di legittimazione e la carenza di interesse della ricorrente deriverebbero anche dal fatto che – esercitando (seppur tardivamente) il diritto di prelazione – l'ATI Impregilo ha a suo tempo accettato integralmente

il piano economico finanziario dell'ATI SIS e le relative stime di traffico, che vengono invece contestati nel presente giudizio.

Nel merito le controinteressate hanno chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato.

4. Con il secondo ricorso, notificato il 20 giugno 2017 e rubricato al n. R.G. 716/2017, sono stati impugnati la delibera della Giunta regionale n. 708/2017 che ha approvato lo schema di Terzo Atto Convenzionale che ha modificato la Convenzione originaria ed il suo Atto Aggiuntivo del 2013, le successive delibere giuntali di attuazione della prima, e il contratto di mutuo concluso con la Cassa Depositi e Prestiti per l'acquisizione dell'importo di 300 milioni di euro.

In particolare sono state prospettate le seguenti censure:

I. *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 153 e ss. e dell’art. 143 del D.Leg.vo n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dei principi generali, anche di matrice comunitaria, che regolano le modifiche ai rapporti di concessione. Eccesso di potere per sviamento”*.

Con il primo motivo la ricorrente ha evidenziato che con la delibera n. 708/2017 la Giunta regionale ha approvato lo schema del Terzo Atto Convenzionale, destinato a sostituire *“a tutti gli effetti la Convenzione originaria sottoscritta nel 2009 e l’Atto Aggiuntivo sottoscritto nel 2013”*. Con esso sarebbero state quindi introdotte previsioni idonee a modificare in modo sostanziale la concessione aggiudicata all'ATI SIS nell'anno 2009 all'esito della procedura ad evidenza pubblica, esperita ai sensi dell'art. 155 del D.Lgs. 163/2006, in manifesta violazione dei principi affermati in materia dalla consolidata giurisprudenza comunitaria.

In particolare, ad avviso della ricorrente, il Terzo Atto Convenzionale comporterebbe:

a) la traslazione del rischio traffico, e dunque del rischio della domanda, dalla concessionaria alla concedente, ribaltando integralmente la disciplina prevista sul punto dalla Convenzione e dalla *lex specialis* di gara;

- b) il rilevante incremento del contributo in conto costruzione previsto in capo alla concedente, elevandolo sino ad oltre euro 900 milioni rispetto ai 173,6 milioni previsti originariamente dalla Convenzione;
- c) la previsione a beneficio della concessionaria di un relevantissimo canone di disponibilità a carico della concedente, fissato su base annua in euro 153.946.814,27 con decorrenza dal 2020 (anno previsto di entrata in esercizio dell'Opera) non previsto nella Convenzione originaria;
- d) l'incremento dei tempi di realizzazione dell'opera (aumentati da 6,5 a 10 anni) con un incremento dunque della durata complessiva della concessione (esecuzione e gestione) da 45,5 a 49 anni;
- e) l'incremento del valore complessivo dell'operazione.

Secondo la ricorrente tali modifiche sostanziali della disciplina convenzionale originaria sarebbero inammissibili ed illegittime sotto due distinti profili.

Da un lato, le stesse sarebbero state introdotte dalla Regione Veneto in violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento degli operatori economici, ovvero senza preventivo esperimento di una nuova procedura concorrenziale.

Dall'altro lato, tali modifiche sarebbero idonee ad alterare lo schema tipico del rapporto concessorio come delineato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale che prevede, in particolare, la necessaria allocazione in capo alla concessionaria del rischio della gestione economica della concessione in misura preponderante.

II) *“Eccesso di potere per perplessità, contraddittorietà, difetto di motivazione, sviamento”*.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente ha altresì evidenziato che con la delibera n. 780/2017, adottata solo 12 giorni dopo la delibera 708/2017 di approvazione dello schema del Terzo Atto Convenzionale, la Regione Veneto ha inspiegabilmente dichiarato di non voler attendere i pronunciamenti da essa stessa richiesti all'ANAC e alla Corte dei Conti sullo schema di Terzo Atto Convenzionale, dando quindi mandato ai propri uffici di procedere con la stipula dell'atto.

Da ciò deriverebbe la contraddittorietà e la perplessità dell'operato della Regione, non risultando dimostrate le ragioni di interesse pubblico che avrebbero indotto l'Amministrazione a non attendere l'emissione dei suddetti pareri.

La ricorrente ha quindi formulato le proprie conclusioni, chiedendo all'adito Tribunale di annullare i provvedimenti impugnati, dichiarando nullo e/o inefficace, ove medio tempore sottoscritto, il Terzo Atto Convenzionale.

4.1 Anche in questo giudizio si è costituita la Regione Veneto, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso sotto il profilo del difetto di giurisdizione, in quanto sarebbero stati impugnati atti relativi alla fase esecutiva della concessione, la cui cognizione spetta al giudice ordinario.

Inoltre, ha eccepito la Regione che la ricorrente sarebbe priva di un interesse qualificato, poiché – anche nel caso in cui dovesse essere caducato il Terzo Atto Convenzionale stipulato nel 2017 – l'Amministrazione non sarebbe chiamata ad avviare una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un nuovo appalto o di una nuova concessione, ma il rapporto concessorio rimarrebbe in vita e continuerebbe ad essere disciplinato dalle previgenti previsioni, ovvero dalla Convenzione del 2009, come modificata con il primo Atto Aggiuntivo del 2013.

Nel merito, la Regione ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato.

L'Amministrazione, in particolare, ha evidenziato nei propri scritti difensivi che le modifiche apportate con il Terzo Atto Convenzionale sono vantaggiose per l'Amministrazione concedente e non per il concessionario.

Inoltre, le stesse:

- non comportano alcuna traslazione in capo alla concedente del rischio relativo alla domanda, poiché lo stesso era posto a carico dell'Amministrazione stessa fin dalla prima Convenzione del 2009 (cfr. doc. 9, art. 8 e art. 15), confermata con l'Atto Aggiuntivo del 2013 (cfr. doc. 11): la modifica introdotta con il Terzo Atto Convenzionale, pertanto, sarebbe volta

semplicemente a rendere trasparente l'allocazione dei rischi nell'ambito del rapporto concessorio;

- pongono a carico del concessionario sia il rischio di costruzione, che consiste nella esatta realizzazione dell'opera ai prezzi concordati e nei tempi concordati, sia il rischio di disponibilità, che consiste nella capacità del concessionario di erogare il servizio alle condizioni pattuite, sia per volume che per standard di qualità: da ciò discende che con il Terzo Atto Convenzionale non si è affatto snaturato l'originario rapporto concessorio;
- non costituiscono modifiche sostanziali e comunque hanno un contenuto complessivamente sfavorevole per il concessionario: le stesse, pertanto, non sono tali da imporre l'avvio di una nuova procedura ad evidenza pubblica;
- comportano, in sintesi, il venir meno del precedente canone in conto esercizio, un incremento delle penali previste, un ampliamento dei casi di inadempimento che portano alla decadenza dalla concessione, l'attribuzione a favore della Regione del ricavo derivante dai pedaggi a fronte del riconoscimento al concessionario di un canone di disponibilità in misura fissa;
- determinano, in particolare, il venir meno di quel meccanismo di riequilibrio del piano economico e finanziario che nella Convenzione originaria del 2009 e nel primo Atto Aggiuntivo del 2013 era posto a carico della Regione, senza alcun tipo di limite, nel caso di minori ricavi da pedaggio (cfr. art. 15 doc. 9);
- determinano un aumento del contributo in conto costruzione quale contropartita rispetto alla rinuncia dei ricavi da tariffa e sono volte ad assicurare la finanziabilità dell'opera, in applicazione di quanto già previsto dalla Convenzione del 2009 (art. 15, commi 1 e 2);
- non comportano un allungamento della concessione, ma uno slittamento dei tempi di realizzazione dell'opera, che è imputabile alle modifiche richieste dall'Amministrazione concedente;

In ultimo, la Regione ha precisato che le modifiche alla concessione devono essere considerate legittime ed ammissibili perché sono state introdotte per fare fronte ad eventi espressamente previsti nella Convenzione originaria del

2009 e nell'Atto Aggiuntivo del 2013 come situazioni tipiche, legittimanti un intervento modificativo sulla concessione.

4.2 Si è costituito in giudizio anche il Commissario che ha nuovamente rappresentato il proprio difetto di legittimazione passiva, negli stessi termini di cui al ricorso R.G. 686/2017.

In via subordinata, il Commissario ha eccepito l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui la ricorrente lamenta che la Regione concedente avrebbe preferito intervenire sulla Convenzione in essere, anziché procedere alla risoluzione di essa per poi procedere ad una nuova procedura concorrenziale, evidenziando che la scelta di risolvere il contratto è scelta di natura discrezionale che non può essere sindacata dal privato.

Nel merito, il Commissario ha escluso l'illegittimità delle modifiche apportate alla concessione stipulata nel 2009.

4.3 Si sono costituiti anche il Consorzio stabile SIS e Superstrada Pedemontana Veneta s.p.a. che hanno riproposto le medesime eccezioni preliminari già prospettate nell'ambito del ricorso R.G. 686/2017, sopra sintetizzate.

Nel merito si è chiesto il rigetto del ricorso, evidenziando che non vi sarebbero state modifiche sostanziali alla Convenzione originaria.

4.4 Nell'ambito del giudizio R.G. 716/2017 hanno inoltre proposto intervento *ad adiuvandum* Codacons o.n.l.u.s. – come portatore di un interesse diffuso alla tutela dei principi di libera concorrenza e trasparenza, a suo dire lesi dai provvedimenti impugnati - e altri dieci soggetti privati, proprietari di terreni interessati dal tracciato della Superstrada, che avrebbero subito occupazioni e danni a causa dell'opera.

Tali soggetti hanno condiviso e ribadito le censure mosse dalla ricorrente.

5. Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 24.07.2017 è stato impugnato anche il Terzo Atto Convenzionale n. 31601 sottoscritto il 29.05.2017, con richiesta di sua caducazione e/o declaratoria di inefficacia e accertamento del conseguente obbligo della Regione di indire una nuova procedura

concorrenziale per l'affidamento di una nuova concessione, ovvero – in subordine – con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

Contestualmente la ricorrente ha impugnato anche il primo Atto Aggiuntivo alla Convenzione sottoscritto dal Commissario delegato nel 2013, affermando di averne preso conoscenza solo a seguito dell'accesso agli atti esperito in data 21.06.2017.

E' stato quindi formulato il seguente motivo di censura *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 153 e ss. e dell'art. 143 del D.Leg.vo n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dei principi generali, anche di matrice comunitaria, che regolano le modifiche ai rapporti di concessione. Eccesso di potere per sviamento”*.

La ricorrente ha in buona parte riproposto le censure già prospettate con il primo motivo del ricorso introduttivo, evidenziando ulteriori profili di illegittimità delle modifiche apportate al rapporto concessorio.

5.1 La Regione Veneto, ha eccepito l'inammissibilità di questi ultimi rilievi, dal momento che – non essendovi alcuna differenza tra lo schema iniziale del contratto e la Convenzione firmata - gli stessi si sarebbero dovuti proporre sin da subito, avverso la delibera che ha autorizzato la stipula del contratto e approvato il relativo schema. Ne ha comunque contestato la fondatezza nel merito.

Peraltro, la Regione ha eccepito la tardività e l'inammissibilità dell'impugnazione dell'Atto Aggiuntivo del 2013.

Sotto un primo profilo, infatti, si è evidenziato che tale atto è stato approvato con delibera della Giunta regionale n. 2260/2013, tempestivamente pubblicata sul BUR del Veneto, e lo stesso, pertanto, era già conoscibile dalla ricorrente.

Sotto un secondo profilo, si è precisato che – in ogni caso – si sarebbe dovuta impugnare anche la suddetta delibera e non soltanto l'Atto Aggiuntivo del 2013, la cui sottoscrizione costituiva mera attuazione della delibera regionale.

La Regione ha chiesto, in ogni caso, il rigetto del ricorso per motivi aggiunti, siccome infondato nel merito.

6. In vista dell'udienza di discussione del ricorso nel merito, fissata per il giorno 23 gennaio 2019 per entrambi i ricorsi, le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche.

7. In particolare, con memoria ex art. 73 c.p.a. Salini Impregilo ha confermato le proprie argomentazioni e conclusioni, modificando parzialmente la domanda risarcitoria.

Infatti, la ricorrente ha chiesto – in via principale – il risarcimento in forma specifica, mediante dichiarazione di nullità e inefficacia del Terzo Atto Convenzionale, con accertamento del diritto di Salini Impregilo a subentrare nell'esecuzione della concessione, ovvero, in subordine, con accertamento dell'obbligo della Regione Veneto di disporre la rinnovazione della procedura di gara tra i due soggetti in allora concorrenti (Salini Impregilo e Consorzio SIS), con il contestuale riconoscimento di un diritto di prelazione in favore di Salini Impregilo.

In subordine la ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente monetario da quantificarsi, anche in via equitativa ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c., tenendo conto della redditività che Salini Impregilo avrebbe ricavato dall'esecuzione della concessione.

7.1 A tale ultima richiesta ha puntualmente replicato la Regione Veneto, eccependo l'inammissibilità della stessa per carenza di interesse della ricorrente, dal momento che - anche nell'ipotesi in cui dovessero essere annullati gli atti impugnati - ciò non potrebbe in ogni caso condurre all'assegnazione della concessione alla ricorrente, ma rimarrebbe in vita la concessione tra le parti originarie, disciplinata dalla Convenzione antecedente alle modifiche approvate nel 2017.

Con la memoria di replica la Regione ha altresì rilevato l'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum*, evidenziando che i consumatori rappresentati dal Codacons non potrebbero ricavare alcuna utilità o vantaggio dall'eventuale

accoglimento dei ricorsi, in quanto volti a tutelare gli interessi di Salini Impregilo al subentro nella attuale concessione, alla ripetizione della procedura concorrenziale per l'affidamento di una nuova concessione o al risarcimento del danno per equivalente. Pertanto, l'interesse perseguito dalla società ricorrente non può essere in alcun modo sovrapponibile con quello del Codacons.

Inoltre, secondo la Regione, anche gli interessi dei soggetti proprietari di fondi toccati dal tracciato della Superstrada, oggetto di procedure di esproprio o comunque danneggiati dall'opera, non possono dirsi collegati o dipendenti rispetto alla posizione giuridica sostanziale fatta valere da Salini Impregilo attraverso il ricorso.

8. In data 23 gennaio 2019 si è svolta l'udienza pubblica per entrambi i ricorsi.

9. Con particolare riferimento al ricorso R.G. 686/2017, il Collegio ha reso edotte le parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3 c.p.a., dell'esistenza di dubbi circa la sussistenza della legittimazione attiva della ricorrente all'impugnazione della delibera della Giunta Regionale n. 44 del 2973/17 che ha approvato l'introduzione di una addizionale IRPEF per il periodo di imposta successiva al 31.12.17.

10. Con particolare riferimento al ricorso R.G. 716/2017, le controinteressate hanno eccepito nel corso della discussione la tardività e l'inammissibilità della domanda di subentro nella concessione introdotta da Salini Impregilo per la prima volta con la memoria conclusionale depositata dalla ricorrente in data 22.12.2018.

11. Inoltre, nella medesima udienza gli intervenienti *ad adiuvandum* hanno precisato che – laddove dovesse ritenersi fondata l'eccezione di controparte, avente ad oggetto l'inammissibilità dell'intervento svolto - lo stesso dovrebbe in ogni caso valere quale ricorso autonomo, essendo stati rispettati termini processuali e modalità di presentazione.

A tal riguardo, il Collegio ha dato avviso alle parti, ex art. 73, comma 3 c.p.a., circa la necessità di valutare le questioni relative alla ammissibilità e

tempestività del ricorso autonomo e alla legittimazione dei ricorrenti.

12. All'esito dell'udienza di discussione – sentite le parti come da rispettivi verbali – entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., la riunione dei giudizi promossi con i ricorsi indicati in epigrafe, attese le connessioni soggettive e oggettive tra di essi esistenti.

2. Inoltre, occorre dare atto che in data 14.11.2018, nell'ambito del giudizio R.G. 686/2017, è stata depositata per conto del Commissario una “memoria di replica” che in realtà attiene ad altro giudizio e della quale pertanto non si terrà, ovviamente, alcun conto.

3. Ciò premesso, devono essere previamente scrutinate le eccezioni di difetto di giurisdizione sollevate dalla difesa della Regione Veneto e dalle contropartite, sia nell'ambito del primo ricorso R.G. 686/2017, sia nell'ambito del secondo ricorso R.G. 716/2017, seppure sotto profili in parte diversi.

Infatti, per giurisprudenza consolidata (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421; T.A.R. Veneto, Sez. I, 6 dicembre 2017, n. 1103; id., 15 novembre 2017, n. 1028; id., 20 settembre 2016, n. 1044), l'analisi della questione di giurisdizione assume carattere prioritario rispetto ad ogni altra, poiché il difetto di giurisdizione del giudice adito lo priva del potere di esaminare qualsiasi profilo della controversia, in rito e nel merito.

Peraltro, il potere del giudice adito di definire la controversia sottoposta al suo esame postula che su di essa egli sia munito della potestas iudicandi, la quale è un imprescindibile presupposto processuale della sua determinazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786; T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 1103/2017, cit.; id., 2 febbraio 2017, n. 117).

A tali fini occorre tenere conto del *petitum* sostanziale, da identificarsi in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice e in funzione della *causa petendi*, ossia della natura della posizione dedotta in giudizio ed

individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione (cfr. *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Un., ord. 31 luglio 2018, n. 20350; Cass. civ., Sez. Un., ord. 27 giugno 2018, n. 16961; Cass. civ., Sez. Un., ord. 22 giugno 2017, n. 15635).

3.1 Con riferimento all'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata nel ricorso R.G. 686/2017 dalla Regione Veneto, per essere stato impugnato un atto di natura non amministrativa ma politica, volto ad individuare le linee strategiche sulla base delle quali elaborare le previsioni di bilancio, si evidenzia che ai sensi dell'art. 7 comma 1 c.p.a. *“Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”*.

Alla luce di tale disposizione, pertanto, nel caso di specie si deve ritenere configurabile la giurisdizione del giudice adito, dal momento che con il ricorso è stato impugnato un atto di indirizzo, ma pur sempre di natura amministrativa, che costituisce atto presupposto, di carattere vincolante, rispetto agli ulteriori atti e provvedimenti amministrativi, meramente esecutivi. Si tratta quindi di atti amministrativi generali, attraverso i quali la Regione ha esercitato il proprio potere amministrativo e destinati a produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti privati determinati o comunque determinabili.

Sotto tale profilo, pertanto, è configurabile la giurisdizione del giudice amministrativo.

3.2 La Regione Veneto con riferimento al secondo ricorso R.G. 716/2017 e le controinteressate per entrambi i ricorsi hanno poi sollevato eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo anche sotto un ulteriore profilo, evidenziando che sarebbero stati impugnati atti di esecuzione della concessione, in quanto tali riconducibili alla giurisdizione ordinaria.

Il Collegio ritiene infondate le suddette eccezioni.

Difatti, in via generale è possibile osservare che in entrambi i ricorsi si sono impugnati atti che costituiscono esercizio di potere amministrativo, secondo l'ampia accezione di cui all'art. 7, comma 1 c.p.a. sopra riportato.

Peraltro, i provvedimenti impugnati, pur essendo riconducibili al rapporto concessorio in essere tra la Regione Veneto e la Società concessionaria, a ben vedere non attengono alla fase esecutiva della stessa, ma costituiscono espressione del potere amministrativo di regolamentazione del rapporto intercorrente tra le parti.

Le circostanze oggettive verificatesi in fase esecutiva, in sostanza, hanno determinato la necessità di riaprire tra le parti coinvolte la fase regolatrice del rapporto, nell'ambito della quale la Regione agisce come autorità, e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali.

Per tali ragioni, in relazione ad entrambi i ricorsi è configurabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista all'art. 133, comma 1, lett. b) e c) c.p.a. per tutte le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici, quale è anche la concessione assentita dalla Regione Veneto alla Società Pedemontana Veneta, avente ad oggetto la realizzazione e la successiva gestione di infrastruttura stradale pubblica.

Del resto, per consolidato indirizzo giurisprudenziale, in materia di concessioni amministrative, sono devolute alla giurisdizione ordinaria solo le controversie aventi un contenuto meramente patrimoniale, quando non viene esercitato un potere della Pubblica Amministrazione a tutela di interessi generali (cfr. Tar Veneto, sez. I, 19.11.2018, n. 1059 e giurisprudenza ivi citata).

Nei casi in cui, invece, viene in rilievo l'esercizio di un potere dell'Amministrazione a tutela di interessi generali e la controversia coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della stessa sul rapporto sottostante, la

giurisdizione spetta al giudice amministrativo (cfr. *ex multis* Cass. SS.UU., 29.05.2014, n.12063).

Peraltro, occorre precisare che i provvedimenti impugnati, oltre a costituire attività amministrativa di contenuto discrezionale diretta ad incidere sulla regolamentazione del rapporto concessorio, costituiscono diretta espressione della scelta, altrettanto discrezionale, operata a monte dall'Amministrazione, di conservare la concessione in essere, seppure modificandola, anziché di procedere alla risoluzione di essa e all'avvio di una nuova procedura concorrenziale. Tanto che la ricorrente contesta alla Regione di avere apportato modifiche sostanziali alla disciplina convenzionale originaria del 2009 senza il previo esperimento di procedura concorrenziale, in violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento degli operatori economici.

Ciò chiarito, la posizione fatta valere dalla ricorrente in entrambi i ricorsi può essere qualificata solo in termini di interesse legittimo, in quanto riconducibile al cattivo uso del potere autoritativo dell'Amministrazione concedente.

Anche sotto tale profilo, dunque, è configurabile la giurisdizione del giudice amministrativo.

Resta naturalmente salva la necessità di accertare la reale sussistenza della posizione giuridica sostanziale fatta valere dalla ricorrente, con particolare riguardo ai profili della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso.

3.3 In conclusione, deve ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo in riferimento ad entrambi i giudizi.

4. Così affermata la giurisdizione del giudice adito, è possibile passare ad esaminare l'eccezione di difetto di legittimazione passiva del Commissario, che è stata sollevata dall'Avvocatura in entrambi i giudizi.

Tale eccezione non merita di essere accolta.

Difatti, come evidenziato dalla stessa Avvocatura il Commissario straordinario delegato è stato nominato con Decreto del Presidente della Giunta regionale Veneto n. 6/2017, ai sensi dell'art. 20 del D.L. n. 185/2008,

rubricato “*Norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo*”.

Tale disposizione prevede la nomina di un Commissario straordinario chiamato a vigilare sul complessivo andamento di determinati investimenti, con i poteri di cui al comma 3: “*Il commissario nominato ai sensi del comma 2 monitora l'adozione degli atti e dei provvedimenti necessari per l'esecuzione dell'investimento; vigila sull'espletamento delle procedure realizzative e su quelle autorizzative, sulla stipula dei contratti e sulla cura delle attività occorrenti al finanziamento, utilizzando le risorse disponibili assegnate a tale fine. Esercita ogni potere di impulso, attraverso il più ampio coinvolgimento degli enti e dei soggetti coinvolti, per assicurare il coordinamento degli stessi ed il rispetto dei tempi. Può chiedere agli enti coinvolti ogni documento utile per l'esercizio dei propri compiti. Quando non sia rispettato o non sia possibile rispettare i tempi stabiliti dal cronoprogramma, il commissario comunica senza indugio le circostanze del ritardo al Ministro competente, ovvero al Presidente della Giunta regionale o ai Presidenti delle province autonome di Trento e di Bolzano. Qualora sopravvengano circostanze che impediscano la realizzazione totale o parziale dell'investimento, il commissario straordinario delegato propone al Ministro competente ovvero al Presidente della Giunta regionale o ai Presidenti delle province autonome di Trento e di Bolzano la revoca dell'assegnazione delle risorse*”.

Dalla lettura della norma appare evidente che al Commissario sono riconosciuti compiti articolati e complessi, volti a consentire la realizzazione degli interventi previsti, secondo le tempistiche previste, in stretta collaborazione con l'Amministrazione regionale procedente.

In sostanza, tenuto conto del particolare ruolo di vigilanza attribuito dalla legge a tale soggetto e dei poteri incisivi, anche di impulso, allo stesso riconosciuti, si deve ritenere che l'adozione del Terzo Atto Convenzionale possa essere ricondotta sia alla Regione, nella sua veste di Amministrazione attiva, sia al Commissario, nella sua veste di organo di vigilanza e di propulsione.

Del resto, appare evidente che la modifica alla Convenzione di concessione introdotta con il Terzo Atto Convenzionale, contestata con i due ricorsi riuniti, è stata concordata tra concedente e concessionario proprio al fine di assicurare l'equilibrio economico – finanziario complessivo dell'intervento, la finanziabilità dello stesso, la velocizzazione dei tempi di realizzazione, così da consentire la prosecuzione e il completamento dell'opera stessa: e tali finalità rispecchiano esattamente la funzione e i compiti attribuiti al Commissario dalla legge.

E' utile anche ricordare che la nomina del Commissario è avvenuta con apposite deliberazioni della Giunta regionale (n 32 del 19.01.2017 e n. 944 del 26.06.2018) che hanno espressamente attribuito a tale soggetto competenze e funzioni specifiche in relazione al rapporto concessorio in essere, riconoscendogli così un ruolo centrale per garantire l'adempimento della concessione e la realizzazione dell'opera.

Infine, tenuto conto che il processo amministrativo deve intendersi anche quale processo sul rapporto e non sul mero atto, nel caso di specie è evidente la sussistenza di un interesse del Commissario a prendere parte e a contraddire nel presente giudizio, dal momento che – di certo – non è configurabile l'assoluta estraneità di tale soggetto al rapporto giuridico in contestazione. Lo stesso, infatti, è certamente dotato di un interesse qualificato alla conservazione dei provvedimenti gravati, che costituiscono senz'altro presupposto per la prosecuzione dell'intervento.

5. Con riferimento al ricorso R.G. 716/2017, occorre ancora esaminare, in via prioritaria, la questione relativa all'ammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* svolto dal Codacons e dai soggetti privati proprietari dei terreni incisi dagli interventi di realizzazione dell'opera.

La Regione ha espressamente eccepito che tali soggetti non avrebbero titolo per presentare intervento *ad adiuvandum* a sostegno del ricorso promosso da Salini Impregilo, in quanto privi di una posizione giuridica convergente rispetto a quella della ricorrente.

Tale eccezione è fondata.

Difatti, in base ad un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (cfr. *ex multis* Cons. Stato, IV, 29.02.2016, n. 853; id., V, 02.08.2011, n. 4557).

Tale presupposto non ricorre nel caso in esame, dovendo ravvisarsi una assoluta indipendenza ed estraneità tra la posizione della ricorrente - che chiede l'annullamento del Terzo Atto Convenzionale ai fini di una riedizione della gara o, addirittura, ai fini del subentro nella concessione esistente - e la posizione del Codacons e dei privati proprietari che ambiscono alla mera caducazione degli atti impugnati.

A bene vedere, infatti, il Codacons attraverso l'intervento fa valere un interesse del tutto generico ed astratto dei consumatori al rispetto dei principi di libera concorrenza e trasparenza che sarebbero - a suo avviso - frustrati dalla decisione dell'Amministrazione di non risolvere la concessione in essere, ma di modificarla.

A loro volta, anche i privati proprietari dei terreni incisi dall'intervento di realizzazione dell'opera sembrano aspirare alla mera caducazione della concessione in essere, di fatto facendosi portatori di una posizione di interesse niente affatto coerente con le pretese fatte valere da Salini Impregilo mediante il ricorso.

In conclusione, l'odierna ricorrente e gli intervenienti non possono dirsi titolari di posizioni giuridiche soggettive collegate o dipendenti.

A nulla rileva che, in via mediata e provvisoria, dall'eventuale accoglimento del ricorso possa discendere una temporanea sospensione o interruzione dell'opera: si tratterebbe, infatti, di un effetto indiretto, casuale e del tutto temporaneo, che non denota affatto l'esistenza di una connessione sostanziale tra le posizioni giuridiche della Salini Impregilo e degli intervenienti.

Peraltro, non si può non evidenziare che comunque le istanze di tutela prospettate dal Codacons e dai privati proprietari delle aree oggetto di intervento sono assolutamente generiche e del tutto confuse, e le stesse non paiono quindi idonee a legittimare l'intervento.

In ultimo, si deve rilevare che – laddove i privati proprietari intendano far valere la lesione di interessi riconducibili direttamente al proprio diritto di proprietà sui beni danneggiati dall'opera o fatti oggetto di occupazione ed espropriazione - è evidente che ciò dovrebbe avvenire per mezzo della proposizione di un autonomo ricorso, mentre tali interessi non possono certo essere veicolati in giudizio per mezzo di un atto di intervento *ad adiuvandum*.

Infatti, in tale ipotesi non si farebbe valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che deve essere azionato mediante proposizione di ricorso principale nei prescritti termini decadenziali (cfr. *ex multis* Tar Campania, Salerno, sez. II, 09.02.2018 , n. 225).

Tutto ciò premesso, l'intervento *ad adiuvandum* deve essere dichiarato inammissibile.

5.1 Come visto, durante l'udienza di discussione il difensore degli intervenienti ha prospettato, in via subordinata, la possibilità di configurare l'atto di intervento quale autonomo ricorso, essendo stati – a suo avviso - rispettati i termini decadenziali di impugnazione ed essendo state effettuate le prescritte notifiche.

A tale riguardo, il Collegio intende quindi prendere in esame le questioni relative alla ammissibilità e alla tempestività di un tale ricorso, secondo quanto già prospettato in sede di udienza pubblica, con rituale avviso alle parti ai sensi dell'art. 73, comma 3 c.p.a..

In primo luogo, rileva il Collegio che in capo al Codacons non è configurabile un interesse concreto ed attuale, atto a legittimare la proposizione di un ricorso autonomo, posto che – come evidenziato nella parte che precede –

avanza pretese del tutto generiche e indeterminate, qualificabili, al massimo, in termini di mero interesse di fatto.

Pertanto, per quanto riguarda la posizione di Codacons, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

In secondo luogo, i proprietari privati, ove intendano far valere un danno da esproprio, possono astrattamente ritenersi titolari di una posizione giuridica sostanziale qualificata e rilevante, riconducibile alla lesione del proprio diritto di proprietà. Tuttavia, con riferimento a siffatte pretese, tali soggetti avrebbero dovuto proporre autonomo ricorso sin dall'origine, avverso gli atti che hanno approvato la realizzazione dell'opera, ne hanno individuato il tracciato, hanno previsto l'esproprio delle aree interessate e hanno dunque inciso in modo diretto ed immediato sul diritto di proprietà che si assume lesa.

E' evidente, infatti, che la lesione dei diritti di proprietà dei privati non scaturisce per la prima volta dal Terzo Atto Convenzionale oggi impugnato, ma – quanto meno – dalla Convenzione del 2009, dall'approvazione dei progetti relativi all'opera e dalle procedure di espropriazione avviate per dar luogo agli interventi di esecuzione.

Dunque, il ricorso autonomo proposto dai privati proprietari delle aree interessate dall'opera avverso il Terzo Atto Convenzionale è tardivo.

In ogni caso, come già evidenziato, i privati non hanno rappresentato in modo circostanziato e preciso gli interessi fatti valere, non hanno prospettato censure volte a contestare la legittimità dei provvedimenti sul piano espropriativo, né avanzato domande idonee ad assicurare la soddisfazione degli interessi sottesi al diritto di proprietà.

Sotto tale profilo, pertanto, il ricorso autonomo, oltre che tardivo deve ritenersi inammissibile in quanto generico.

In ultimo, il Collegio ritiene di precisare ulteriormente, per completezza espositiva, che nel caso di specie si sarebbe dinanzi ad un ricorso collettivo,

proposto dal Codacons e dai soggetti proprietari dei terreni, autonomi e distinti soggetti giuridici, portatori di interessi differenziati.

Per consolidato indirizzo giurisprudenziale, i ricorsi collettivi sono ammissibili nel processo amministrativo, purché vi sia identità di situazioni sostanziali e processuali, e cioè che le domande giudiziali siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e vengano censurati per gli stessi motivi.

Difatti, *“anche dopo la codificazione del 2010 (artt. 40 e ss. c.p.a.), la proposizione del ricorso collettivo rappresenta una deroga al principio generale secondo il quale ogni domanda, fondata su un interesse meritevole di tutela, deve essere proposta dal singolo titolare con separata azione; pertanto, la proposizione contestuale di un'impugnativa da parte di più soggetti, sia essa rivolta contro uno stesso atto o contro più atti tra loro connessi, è soggetta al rispetto di stringenti requisiti, sia di segno negativo che di segno positivo: i primi sono rappresentati dall'assenza di una situazione di conflittualità di interessi, anche solo potenziale, per effetto della quale l'accoglimento della domanda di alcuni dei ricorrenti sarebbe logicamente incompatibile con l'accoglimento delle istanze degli altri; i secondi consistono, invece, nell'identità delle posizioni sostanziali e processuali dei ricorrenti, essendo necessario che le domande giurisdizionali siano identiche nell'oggetto, che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e che vengano censurati per gli stessi motivi (Consiglio di Stato sez. IV , 27/01/2015 n.363)”* (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 22.05.2018, n. 5685).

Una tale identità di situazioni sostanziali non è ravvisabile nel caso di specie, poiché gli interessi fatti valere dal Codacons e dai privati proprietari dei terreni interessati dagli interventi di realizzazione dell'opera, come sopra evidenziato, non sono coincidenti.

Anche sotto tale profilo, quindi, il ricorso autonomo presentato dai suddetti soggetti deve ritenersi inammissibile.

6. Così delimitato il perimetro dei soggetti legittimati a prendere parte ad entrambi i suddetti giudizi, seguendo l'ordine logico delle questioni, è possibile esaminare le eccezioni di difetto di legittimazione e di carenza di

interesse prospettate dalle controparti nell'ambito del ricorso R.G. 686/2017, tenendo conto anche di quanto precisato dal Collegio in sede di udienza pubblica, ai sensi dell'art. 73, comma 3 c.p.a..

A tal riguardo, ritiene il Collegio che nel caso di specie è ravvisabile il difetto di legittimazione attiva in capo alla ricorrente, in quanto attraverso il ricorso è stato impugnato un atto amministrativo di natura generale e di contenuto tributario che non è destinato a produrre alcun effetto lesivo diretto nella sfera giuridica della ricorrente, ma solo nei confronti dei contribuenti veneti tenuti al pagamento dell'imposta addizionale.

Del resto, per consolidata giurisprudenza, la legittimazione ad impugnare un provvedimento amministrativo scaturisce dalla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa dal provvedimento e che richiede l'esistenza di un interesse attuale e concreto all'annullamento dell'atto.

In caso contrario, *“l'impugnativa verrebbe degradata al rango di azione popolare a tutela dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa, con conseguente ampliamento della legittimazione attiva al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, in insanabile contrasto con il carattere di giurisdizione soggettiva che la normativa legislativa e quella costituzionale hanno attribuito al vigente sistema di giustizia amministrativa (Cons. Stato, sez. IV, 13/12/2012, n. 6411)”* (cfr. *ex multis*, Tar Valle d'Aosta, sez. I, 12.10.2018, n. 48; Tar Trento, sez. I, 11.10.2018, n.213).

Il ricorso R.G. 686/2017, pertanto, deve essere dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione attiva.

7. Ciò detto, occorre altresì evidenziare che la domanda di risarcimento del danno in forma specifica proposta dalla ricorrente con il ricorso R.G. 686/2017, da realizzarsi mediante l'indizione di una nuova procedura concorrenziale, a ben vedere, trova il proprio fondamento, più che nella illegittimità degli atti impugnati, nella pretesa di parte ricorrente avente ad oggetto il preliminare accertamento dell'obbligo a carico della Regione Veneto di risolvere la concessione assentita a Superstrada Pedemontana Veneta s.p.a..

Poiché la domanda di accertamento dell'obbligo di risoluzione e la conseguente domanda di risarcimento in forma specifica mediante avvio di nuova gara coincidono con talune delle domande prospettate anche nell'ambito del ricorso R.G. 716/2017, le stesse saranno esaminate congiuntamente nel prosieguo del presente atto.

8. E' ora possibile passare all'esame delle eccezioni preliminari svolte dalle controparti in relazione al ricorso principale e al ricorso per motivi aggiunti *sub* R.G. 716/2017, meglio sintetizzate ed articolate nelle premesse.

8.1 Innanzi tutto, il Collegio ritiene fondata l'eccezione di tardività sollevata con riferimento all'impugnazione dell'Atto Aggiuntivo del 2013, proposta dalla ricorrente mediante il ricorso per motivi aggiunti.

Sul punto deve infatti condividersi quanto rilevato dalla Regione, la quale ha evidenziato che tali modifiche sono state approvate con delibera della Giunta regionale n. 2260/2013, regolarmente pubblicata sul BUR del Veneto e quindi sin da allora conoscibile.

In ogni caso, si sarebbe dovuta impugnare anche la suddetta delibera e non soltanto l'Atto Aggiuntivo del 2013, la cui sottoscrizione costituiva mera attuazione della delibera stessa.

Dunque, il ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarato *in parte qua* irricevibile.

8.2 Inoltre, deve ritenersi fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale e del ricorso per motivi aggiunti, per difetto di legittimazione e per carenza di interesse, con specifico riferimento alla domanda di subentro nella concessione in essere, articolata per la prima volta dalla ricorrente con la memoria conclusionale depositata in data 22.12.2018.

Difatti, anche nell'ipotesi in cui dovessero essere annullati gli atti impugnati, rimarrebbe in vita la precedente concessione, come regolata dalla Convenzione del 2009 e dal successivo Atto Aggiuntivo del 2013, in essere tra la Regione e l'odierna concessionaria Superstrada Pedemontana Veneta.

Dalla caducazione del Terzo Atto Convenzionale impugnato, al contrario, non potrebbe discendere in via automatica né la caducazione dell'intera concessione, né tanto meno l'automatica sostituzione della ricorrente rispetto alla concessionaria attuale.

A tal riguardo è opportuno chiarire che attraverso l'adozione del Terzo Atto Convenzionale non si è dato luogo ad una novazione in senso tecnico del precedente atto di concessione, con conseguente estinzione della Convenzione del 2009 e delle modifiche introdotte con l'Atto Aggiuntivo del 2013, bensì ad una revisione complessiva del rapporto concessorio, mediante l'adozione di un testo coordinato di tutte le disposizioni vigenti, ovvero quelle già contenute nel testo originario del 2009 e nell'Atto Aggiuntivo del 2013 e – in ultimo – quelle concordate tra le parti a seguito del subentro della Regione nella gestione dell'opera.

Del resto, l'art. 1230 c.c. prevede che *“L'obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco”*.

Perché si possa parlare di novazione, è dunque richiesta la presenza di due elementi essenziali: il mutamento dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione (*aliquid novi*) e la volontà di estinguere il precedente rapporto (*animus novandi*).

Nel caso di specie non sono ravvisabili tali presupposti.

Non vi è infatti una chiara enunciazione della volontà di estinguere la Convenzione del 2009, come modificata nel 2013, né tale volontà la si può desumere da altri elementi. Anzi, sulla base degli atti che hanno portato all'adozione del Terzo Atto Convenzionale emerge la volontà dell'Amministrazione di riorganizzare in modo sistematico le norme che regolano la concessione a partire dal 2009, senza soluzione di continuità, apportando specifiche e circostanziate modifiche volte a ristabilire il complessivo equilibrio economico e finanziario della concessione, che rimane sostanzialmente la stessa. Peraltro, si deve ricordare che – poiché la volontà delle parti non si può presumere – ove residui un dubbio circa la possibilità di

qualificare un accordo come novazione oppure come semplice modifica del rapporto, si deve optare per la seconda soluzione.

E dunque, da quanto sopra si ricava che attraverso il Terzo Atto Convenzionale non è stata introdotta una modifica sostanziale delle originarie prestazioni, che rimangono le medesime, ma si sono apportate solo talune modifiche specifiche, conservando immutato il titolo del rapporto esistente.

Pertanto, deve ritenersi che nel caso di specie è stato posto in essere un mero accordo modificativo, privo di efficacia estintiva del precedente rapporto concessorio, che in caso di annullamento del Terzo Atto Convenzionale del 2017 è destinato a rivivere nella sua versione precedente, tra le parti originarie. A quanto sopra va aggiunto che l'assetto convenzionale derivante dalla Convenzione del 2009 e dalle modifiche apportate nel 2013 deve ritenersi ormai definitivo ed imm modificabile, dal momento che la ricorrente, come evidenziato sopra, non ha tempestivamente impugnato le modifiche apportate con l'Atto Aggiuntivo del 2013.

Alla luce di quanto chiarito, è evidente che l'eventuale estromissione dell'odierna concessionaria dalla concessione dovrebbe inevitabilmente passare attraverso una risoluzione del contratto di concessione in essere, previo accertamento di un inadempimento grave da parte della concessionaria e sulla base di una approfondita ponderazione e comparazione di tutti gli interessi contrapposti: scelte che costituiscono certamente esercizio di un potere discrezionale rimesso all'Amministrazione.

Tutto ciò premesso, quindi, non può dirsi configurabile né una posizione giuridica sostanziale differenziata, che abilita la ricorrente all'esercizio dell'azione, né un interesse diretto ed immediato della stessa al subentro nella concessione.

D'altra parte, la carenza di un siffatto interesse qualificato in capo a Salini Impregilo è riscontrabile anche sotto un ulteriore profilo.

Ed invero, la ricorrente non può nemmeno dirsi titolare di una posizione giuridica differenziata derivante dalla pregressa posizione di partecipante alla

gara originaria per la concessione, in veste di soggetto promotore. Difatti, è stato accertato in via definitiva nel precedente contenzioso, con la sentenza n. 3944/2009 del Consiglio di Stato, che il soggetto promotore non ha esercitato tempestivamente il diritto di prelazione connesso alla sua qualità.

Pertanto, ad oggi a Salini Impregilo è ascrivibile, anche sotto questo aspetto, soltanto un interesse generico, del tutto equivalente a quello di qualsiasi altro operatore del mercato.

In conclusione, il ricorso, con riferimento alla domanda di subentro nella concessione, deve ritenersi inammissibile per difetto di legittimazione e carenza di interesse.

8.3 Altrettanto fondata deve ritenersi l'eccezione di inammissibilità del ricorso, per difetto di legittimazione e carenza di interesse, con specifico riferimento alla domanda di accertamento dell'obbligo della Regione di procedere alla risoluzione della concessione in essere con Superstrada Pedemontana Veneta e di dare avvio ad una procedura concorrenziale per l'affidamento di una nuova concessione, con le caratteristiche di cui al Terzo Atto Convenzionale. Domanda proposta sia nell'ambito del ricorso R.G. 686/2017, sia nell'ambito del ricorso R.G. 716/2017.

Anche in questo caso valgono, in larga parte, le argomentazioni sopra prospettate.

Ed infatti, come visto, a seguito dell'eventuale annullamento degli atti impugnati si avrebbe la semplice reviviscenza del rapporto concessorio tra le parti originarie, che rimarrebbe regolato dalla Convenzione del 2009, come modificata nel 2013.

Pertanto, nell'ambito della presente controversia l'interesse strumentale alla ripetizione della procedura di gara fatto valere dalla ricorrente non risulta direttamente connesso con la caducazione degli atti impugnati. La relativa soddisfazione è meramente eventuale e richiede l'effettuazione di nuove valutazioni e scelte discrezionali da parte dell'Amministrazione, prima fra tutte quella di conservare il rapporto concessorio in essere, adeguandolo alle

mutate circostanze di fatto mediante modifiche consentite dal vigente ordinamento, ovvero di risolvere la concessione.

Anche nell'astratta ipotesi di annullamento del Terzo Atto Convenzionale, per illegittimità delle modifiche apportate alla Convenzione originaria 2009-2013, non è escluso che l'Amministrazione possa individuare modifiche diverse, legittime, idonee a rispondere alle mutate esigenze emerse in fase di esecuzione e che consentano di conservare il rapporto di concessione in essere.

Inoltre, a fronte di una eventuale risoluzione della concessione la Regione non sarebbe nemmeno vincolata ad indire una nuova procedura concorrenziale, potendo scegliere – in astratta ipotesi - di eseguire e gestire l'opera in proprio, per mezzo di società controllate, così come di arrestare l'esecuzione dell'opera stessa.

Quindi, nel caso in esame, dalla pronuncia di annullamento potrebbe derivare per la ricorrente un vantaggio del tutto eventuale ed astratto, non riconducibile ad una situazione giuridica sostanziale differenziata, idonea a fondare la legittimazione al ricorso.

In altre parole, in capo alla ricorrente non è configurabile una *“situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato”* (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 07.04.2011, n. 4).

A tal fine, infatti, deve ritenersi *“del tutto insufficiente il riferimento a una utilità meramente ipotetica o eventuale, che richiede, per la sua compiuta realizzazione, come avviene nella vicenda in esame, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e di atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'amministrazione”* (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 07.04.2011, n. 4, cit.).

Peraltro, a ben vedere, nel caso di specie si ha una situazione completamente diversa da quella che può realizzarsi in caso di espletamento di una ordinaria procedura di gara, per mezzo della quale l'Amministrazione intende affidare un appalto *ex novo*.

In tali casi, per giurisprudenza ormai consolidata, può configurarsi - seppure a talune rigorose condizioni - un interesse strumentale, meritevole di tutela, alla riedizione della gara stessa (o all'espletamento della gara nei casi in cui si sia dato luogo, illegittimamente, ad un affidamento diretto).

Nel caso concreto che qui viene in esame gli atti impugnati nascono dall'esigenza di apportare alcune modifiche all'assetto convenzionale di una concessione già esistente, che si trova in una fase di esecuzione avanzata, per far fronte a mutate situazioni di fatto e assicurare così il riequilibrio economico finanziario dell'intervento, nonché il completamento stesso dell'opera.

Pertanto, in questo caso mancano gli stessi presupposti oggettivi perché possa dirsi configurabile un interesse strumentale - ma diretto, concreto ed attuale - alla ripetizione della gara. Sussiste, al massimo, un mero interesse di fatto, la cui soddisfazione, come visto, può avvenire solo in via mediata, previa effettuazione di scelte complesse e discrezionali da parte dell'Amministrazione.

Né la sola astratta posizione di operatore economico di primaria rilevanza, appartenente al settore delle infrastrutture stradali e autostradali, è sufficiente a dar luogo ad una situazione giuridica soggettiva differenziata, fondante la legittimazione al ricorso.

8.4 Dunque, entrambi i ricorsi devono ritenersi inammissibili per difetto di legittimazione e carenza di interesse, con specifico riferimento alla domanda di accertamento dell'obbligo della Regione di risolvere la concessione in essere con Superstrada Pedemontana Veneta e di dare avvio ad una nuova procedura concorrenziale.

9. Fermo restando quanto appena evidenziato in ordine alla inammissibilità dei ricorsi, il Collegio, tenuto conto della particolare delicatezza e complessità dell'odierna controversia, ritiene di dover evidenziare che le pretese fatte valere dalla ricorrente sono comunque infondate nel merito.

9.1 Innanzi tutto, nel caso di specie non è ravvisabile un inadempimento della concessionaria, tale da giustificare o addirittura imporre la risoluzione del contratto in essere, dal momento che la necessità di apportare modifiche è sorta per una serie di circostanze sopravvenute, non imputabili alla Superstrada Pedemontana Veneta:

- si è reso necessario modificare il progetto definitivo dell'opera per rispondere alle richieste avanzate dagli enti territoriali interessati, come previsto dalla Convenzione stessa, e ciò ha inevitabilmente comportato un aumento dei costi di costruzione e dei tempi di progettazione e realizzazione dell'opera;
- si è inoltre reso necessario adeguare le stime del traffico alla mutata situazione di fatto, come espressamente previsto già dalla originaria Convenzione del 2009 (artt. 8 e 15);
- si è reso altresì necessario far fronte alle oggettive difficoltà di reperimento di finanziamenti sul mercato.

A fronte di una tale situazione, pertanto, la Regione si è trovata a dover scegliere quale fosse la strada migliore per il perseguimento degli innumerevoli interessi pubblici coinvolti: da un lato l'interesse al completamento di un'opera ritenuta strategica e già in fase di esecuzione, dall'altro lato l'interesse ad una corretta ed efficiente utilizzazione dei fondi pubblici già impiegati e ancora da impiegare per portare a compimento l'intervento programmato e consentire l'attivazione del servizio, dall'altro lato ancora l'interesse della collettività ad una razionale utilizzazione del territorio, già inciso dall'avvio delle opere, e alla sollecita realizzazione di un'infrastruttura di notevole rilievo.

Dunque, alla luce di tali circostanze, la scelta dell'Amministrazione di conservare la concessione in essere - seppure apportandovi le modifiche necessarie al complessivo riequilibrio economico e finanziario dell'intervento, al reperimento dei finanziamenti necessari e al completamento dell'opera - appare ragionevole e, in quanto tale non può essere sindacata in questa sede.

9.2 Ciò detto, le modifiche apportate alla Convenzione del 2009, come modificata nel 2013, risultano legittime, dal momento che non hanno comportato un mutamento sostanziale della concessione e non era quindi necessario l'espletamento di una nuova procedura concorrenziale.

A tal riguardo si osserva quanto segue:

a) Il Terzo Atto Convenzionale non ha affatto previsto una traslazione dal concessionario al concedente del rischio della domanda, coincidente con il così detto "rischio traffico" (che può essere definito come rischio che i volumi di traffico effettivi siano minori di quelli assunti a base del piano economico e finanziario).

Difatti, tale rischio è stato sin dall'inizio posto a carico del concedente pubblico, come si può agevolmente ricavare dalla lettura dello schema di Convenzione posto a base di gara e degli artt. 8 e 15 della originaria Convenzione, stipulata tra le parti nel 2009. Anche l'Atto Aggiuntivo del 2013 ha confermato tale previsione.

Pertanto, come espressamente riconosciuto dall'Anac, con la delibera n. 1202 del 22.11.2017 il "rischio traffico" è sempre gravato sull'Amministrazione e il Terzo Atto Convenzionale ha avuto come effetto soltanto quello di *"contribuire ad un chiaro equilibrio dell'allocazione dei rischi nell'ambito del rapporto concessorio esistente"* (cfr. doc. 28 Regione).

Peraltro, sotto tale profilo si deve evidenziare anche che l'allocazione del rischio della domanda sulla concedente è stato espressamente previsto e voluto proprio dall'ATI di cui l'odierna ricorrente era capogruppo mandataria (cfr. doc. 32 della Regione).

b) Con il Terzo Atto Convenzionale è stato rafforzato a carico della concessionaria il rischio di disponibilità dell'opera - consistente nella capacità di erogare le prestazioni pattuite nel rispetto di specifici standard quantitativi e qualitativi - attraverso la previsione di puntuali indicatori di qualità cui attenersi e di un sistema di sanzioni da applicare nel caso di mancato rispetto di tali prescrizioni.

c) Il Terzo Atto Convenzionale ha previsto una nuova modalità di remunerazione del concessionario.

L'assetto pattizio precedente alle modifiche prevedeva quale corrispettivo per il concessionario:

- un contributo in conto costruzione di euro 614.910.000,00, iva esclusa;
- un canone di disponibilità da corrispondersi in trenta rate semestrali a partire dal momento dell'entrata in esercizio dell'opera per un importo complessivo di euro 436.007.250;
- l'introito dei pedaggi versati dagli utenti della Superstrada.

Inoltre, la Regione Veneto era tenuta a riequilibrare il piano economico e finanziario qualora lo scarso traffico avesse reso insufficienti i ricavi da tariffa rispetto alle stime iniziali.

Con il Terzo Atto Convenzionale, invece, si è previsto:

- un ulteriore contributo in conto costruzione di euro 300.000.000;
- un canone di disponibilità in misura fissa, pari a euro 153.946.814,27 da versare annualmente dal momento di entrata in funzione della Superstrada;
- i pedaggi riscossi dal concessionario devono essere versati alla Regione.

Tale ultimo aspetto assume un rilievo determinante nell'equilibrio complessivo dell'operazione.

Difatti, secondo il precedente regime, il ricavo da pedaggio spettava al concessionario e in caso di entrate da tariffa minori di quanto previsto nel piano economico e finanziario era necessario attivare un intervento riequilibratore della Regione (cfr. artt. 8 e in particolare art. 15 comma 9 secondo cui *“nel caso in cui il Concessionario consegua minori ricavi da pedaggio rispetto a quelli previsti nel Piano Economico e Finanziario di cui al precedente articolo 8, il commissario dovrà ripristinare l'equilibrio economico e finanziario attraverso le misure indicate nel medesimo articolo 8”*).

Con il Terzo Atto Convenzionale, quindi, viene assegnato alla Regione il ricavo derivante dalla tariffa a fronte del riconoscimento al Concessionario di un canone di disponibilità, in misura fissa, con la definitiva eliminazione

dell'obbligo di riequilibrio economico – finanziario posto a carico della Regione senza alcun limite di esposizione.

d) L'aumento del contributo in conto costruzione di ulteriori euro 300.000.000 è stato previsto per garantire il bilanciamento della diversa destinazione degli incassi da traffico e per far fronte all'incremento dei costi dell'opera legati alle varianti approvate nel tempo.

Peraltro, va evidenziato che l'aumento del contributo in conto costruzione non determina una diversa allocazione del così detto rischio di costruzione, che consiste nella realizzazione dell'opera da parte del concessionario secondo modalità e tempi concordati e anche sotto tale profilo, quindi, l'equilibrio complessivo della originaria concessione e l'allocazione dei rischi non vengono modificati per mezzo del Terzo Atto Convenzionale.

e) Il prolungamento del tempo di costruzione, legato alla necessità di far fronte alle numerose varianti introdotte in corso d'opera, non rappresenta un vantaggio per il concessionario, dal momento che lo stesso inizierà ad incassare il canone di disponibilità solo dopo la messa in esercizio dell'opera.

f) L'aumento del valore degli investimenti è stato disposto non con il Terzo Atto Convenzionale, ma con l'Atto Aggiuntivo del 2013, che sul punto non è stato impugnato (neppure tardivamente) in sede di motivi aggiunti.

g) Il tasso di rendimento interno (T.I.R.) previsto dal Terzo Atto Convenzionale è stato asseverato da ente terzo ed è pari a 8,89% (cfr. p. 9, relazione al P.E.F. all. B della Convenzione del 2017 – doc. 27), mentre quello dell'atto del 2013 era pari al 10,84% (cfr. P.E.F. allegato 1, punto 7 p. 10 – doc. 11). Pertanto, tale rendimento è stato ridotto.

9.3 In conclusione, si deve ritenere che le modifiche introdotte con il Terzo Atto Convenzionale non modificano in modo sostanziale la concessione, non comportano un nuovo equilibrio economico dell'operazione a favore della concessionaria, né comportano una diversa allocazione dei rischi tra le parti.

Tali modifiche, pertanto, devono ritenersi ammissibili e legittime.

9.4 Anche alla luce delle sopra esposte considerazioni, pertanto, non può che trovare ulteriore conferma quanto precisato nel punto precedente, circa la carenza in capo alla ricorrente della legittimazione ad agire e di un interesse concreto e attuale, meritevole di tutela, alla riedizione della procedura concorrenziale per l'affidamento di una nuova concessione.

10. Tutto ciò premesso, il ricorso *sub* R.G. 686/2017 deve essere dichiarato inammissibile.

Inoltre, il ricorso principale *sub* R.G. 716/2017 deve essere dichiarato inammissibile e il ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarato in parte irricevibile e in parte inammissibile, secondo quanto sopra precisato.

11. Infine, stante il mancato accoglimento delle domande di annullamento degli atti impugnati e di accertamento dell'obbligo della Regione di risolvere la concessione in essere, vengono meno, in via consequenziale, i presupposti stessi per la configurabilità del diritto - fatto valere dalla ricorrente sia con il ricorso R.G. 686/2017, sia con il ricorso principale R.G. 716/2017, come integrato da motivi aggiunti - al risarcimento del danno in forma specifica (mediante subentro nella concessione in essere, ovvero mediante avvio di una nuova procedura concorrenziale) e per equivalente.

12. Le spese di entrambi i giudizi, R.G. n. 686/2017 e n. 716/2017, devono essere poste a carico della ricorrente, in base al criterio della soccombenza, e vengono liquidate secondo il dispositivo.

Tenuto conto delle peculiarità del caso concreto, sussistono invece giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti, con riferimento all'intervento *ad adiuvandum*, di cui al ricorso R.G. n. 716/2017.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi RR.GG. n. 686/2017 e 716/2017, come in epigrafe proposti, dispotane previamente la riunione ex art. 70 c.p.a.:

I) quanto al ricorso di cui al R.G. n. 686/2017:

- lo dichiara inammissibile per difetto di legittimazione e carenza di interesse;

- respinge la domanda di risarcimento in forma specifica ivi proposta;
- condanna la parte ricorrente alla refusione delle spese del giudizio nei confronti delle controparti costituite, liquidandole in complessivi euro 1.500,00 oltre oneri accessori come per legge (euro 500,00 oltre oneri accessori a favore di ciascuna controparte, ove Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A. e Consorzio Stabile Sis S.C.P.A. devono intendersi come un unico centro di interessi);

II) quanto al ricorso di cui al R.G. n. 716/2017:

- dichiara inammissibile l'azione promossa da Codacons ed altri e ogni loro domanda, compensando le relative spese di giudizio nei confronti delle altre parti;
- dichiara inammissibile il ricorso principale, secondo quanto precisato in motivazione;
- dichiara in parte irricevibile e in parte inammissibile il ricorso per motivi aggiunti, secondo quanto precisato in motivazione;
- respinge le domande di risarcimento danni in forma specifica e per equivalente formulate nell'ambito del ricorso;
- condanna la parte ricorrente alla refusione delle spese del giudizio nei confronti delle controparti costituite, liquidandole in complessivi euro 12.000,00 oltre oneri accessori come per legge (euro 4.000,00 oltre oneri accessori a favore di ciascuna controparte, ove Superstrada Pedemontana Veneta S.p.A. e Consorzio Stabile Sis S.C.P.A. devono intendersi come un unico centro di interessi);

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

Silvia De Felice, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia De Felice

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO