

N. 00494/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00145/2011 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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 145 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Eni Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Gennaro Mallardo, Giuseppe Sbisa', Gioia Vaccari, con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisa' Avv. in Trieste, via Donota 3;

contro

Societa' Autovie Venete Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Gianfranco Carbone, Rolando Roffi, Francesco Paolucci, con domicilio eletto presso Gianfranco Carbone Avv. in Trieste, via Romagna 30;

Anas S.p.A., rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria per legge;

per l'annullamento

Quanto al ricorso introduttivo:

del bando di gara per la concessione in gestione di strutture ed impianti destinati sia al servizio di distribuzione carbolubrificanti che al servizio di ristoro e attività accessorie nelle Aree di Servizio di Gonars Nord e Fratta Sud lotto 8;

della delibera consiliare di approvazione del bando di gara del 29 marzo 2010 e dei documenti a base di gara;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 18.5.2011:

-della convenzione di concessione ANAS-Autovie Venete che risale al novembre del 2007 e scade il 31 marzo 2017;

- nonchè del foglio depositato dalla Società Autostradale con la dicitura "ALLEGATO G- Aree di Servizio;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Societa' Autovie Venete Spa e di Anas S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2011 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ricorda che la Società Autovie Venete, concessionaria della costruzione, della gestione e dell'esercizio dell'autostrada Venezia Trieste, nel 1971, a seguito di scrittura privata del 29.12.1967, ha affidato in subconcessione ad Agip S.p.A, tramite un apposito "contratto di concessione", la costruzione, a cura e spese della subconcessionaria, sia delle opere di carattere generale, sia degli impianti di rifornimento carburanti ed assistenza veicoli, sia degli impianti di bar,

ristorante e motel da realizzare, nell'area di servizio di Gonars, concedendole l'esercizio e la gestione di tutti detti impianti.

Ad Agip S.p.A. è succeduta Agip Petroli S.p.A. e poi alla Agip Petroli S.p.A. è succeduta ENI S.p.A., per fusione per incorporazione, che è pertanto l'attuale gestore, come sub concessionaria, dell'area di servizio, sia con riferimento al servizio oil sia con riferimento al servizio non oil.

Il contratto di concessione stipulato tra le parti, a tenore dell'art. 4, comma 1, doveva avere scadenza allo scadere della concessione tra Autovie Venete ed ANAS, essendo fatta salva la sola facoltà della concessionaria di anticiparne la scadenza fino a sei mesi prima di quella naturale, con preavviso di sei mesi.

All'art. 4, comma 2 è stata stipulata inoltre la clausola secondo la quale, ove per qualsiasi motivo, la convenzione tra la Società ed ANAS venisse prorogata, la concessione di cui al contratto con Agip S.p.A. cui è succeduta ENI S.p.A., verrà automaticamente prorogata per lo stesso periodo, ferma restando la possibilità per la Società autostradale di anticiparne la scadenza fino a mesi sei con preavviso di mesi sei.

Alla scadenza (art. 4 comma 3) è stato previsto che tutti gli impianti e le opere accessorie costruite dalla sub concessionaria sarebbero state trasferite alla Società in buono stato di conservazione e manutenzione.

Ciò premesso parte ricorrente che, partendo dal fatto che la convenzione tra ANAS e Autovie Venete ha scadenza al 2017, ritiene che questo comporti anche il perdurare del rapporto subconcessorio sino all'anno 2017, ha impugnato il bando della gara di appalto in epigrafe.

Questi i motivi di ricorso:

- 1) Violazione dei principi di correttezza di buona fede e trasparenza nell'esecuzione del contratto espressi negli artt. 1175, 1375 Cod. Civ. Violazione

della concessione di servizio in corso tra ENI ed Autovie Venete S.p.A. Difetto dei presupposti di fatto e di diritto. Arbitrarietà ed illogicità manifesta.

Si sostiene che il contratto di concessione stipulato tra Agip S.p.A, cui è succeduta ENI S.p.A, e la società Autovie Venete, all'art. 4 comma 1, prevede che la concessione dell'area di servizio "scadrà allo scadere della convenzione stipulata dalla Società con l'ANAS, salva la facoltà della Società di anticiparne la scadenza fino a mesi sei (6) con preavviso di mesi sei (6)." E prevista altresì, all'art. 4 comma 2, la proroga della sub concessione. "Ove, per qualsiasi motivo, la durata della ripetuta concessione tra la Società e l' ANAS fosse prorogata, la concessione di cui al presente contratto verrà automaticamente prorogata per lo stesso periodo,ferma la facoltà della Società di anticiparne la scadenza fino a mesi sei (6) con preavviso di mesi sei (6)".

La convenzione di concessione tra ANAS e la Società Autovie Venete era in vigore alla data di pubblicazione del d.l. 262/2006 convertito con la legge 286/2006. La legge, all'art. 2, comma 82, ha stabilito che, per le convenzioni inerenti le concessioni autostradali si procedesse ad inserire le clausole convenzionali vigenti in una convenzione unica, avente valore ricognitivo, per le parti diverse da quelle relative all'aggiornamento del piano finanziario, ovvero dalla revisione.

Tale convenzione unica, che sostituisce le precedenti convenzioni, per le Autovie Venete, così come per altre società autostradali, è stata sottoscritta dal Ministro delle Infrastrutture nel novembre 2007 ed approvata ex lege 101/2008 e scade il 31 marzo 2017 ; solo a tale data dovrebbe pertanto scadere, in virtù delle clausole del contratto di concessione sopra richiamate, la sub-concessione di ENI.

Qualsiasi diverso accordo, totalmente sconosciuto ad ENI, fosse intervenuto tra ANAS ed Autovie Venete, non potrebbe essere opponibile al sub concessionario che ne è rimasto estraneo.

Si conclude pertanto che il contratto di concessione tra ENI ed Autovie Venete è in corso di esecuzione e che il bando di gara impugnato lede il diritto di ENI all'esecuzione del contratto di concessione in vigore sino alla sua scadenza.

Autovie Venete avrebbe leso i principi di correttezza, trasparenza e buona fede nell'esecuzione del contratto discendenti dagli artt. 1175, 1375 cod. civ., non potendo stabilire unilateralmente una data di scadenza della sub concessione e procedere a bandire una gara, nemmeno preceduta da alcun puntuale avviso, né da un accordo con la sub concessionaria al (pur del tutto intempestivo) fine di regolare i rapporti in corso.

2) In subordine, violazione art. 30, comma 3 d.lgs. 163/2006. Violazione art. 16 d.l. 745/1970 convertito con la legge 1034/1979 e d.l. 262/2006 n. 2002 art. 2 comma 85 convertito con la legge 286/2006 e successive modificazioni. Contraddittorietà. Violazione dell'art. 24, comma 5 bis del d.lgs 285/1992 come introdotto dalla legge 120/2010. Arbitrarietà ed illogicità manifesta.

Si sostiene che, trattandosi di concessione di un servizio, ai sensi dell'art. 30, comma 3 del codice dei contratti pubblici avrebbe dovuto esser effettuata una gara informale.

La società Autovie Venete avrebbe quindi totalmente disatteso la normativa in epigrafe, non avendo dato corso ad una gara informale, invitando almeno cinque imprese del settore, come stabilito dall'art. 30 d.lgs.163/2006, non osservando i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità, e bandendo invece una gara a procedura aperta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un preteso appalto di servizio al quale contraddittoriamente conseguirebbe la stipula di un contratto di concessione, riferito congiuntamente ad imprese del settore oil e di quello non oil.

La lex specialis di gara non prevederebbe neanche la corretta disciplina concessoria per l'inquadramento della previa attività di costruzione delle opere e fabbricati delle aree di servizio-pertinenze autostradali - attività questa posta in capo alla aggiudicataria.

3) Violazione dei principi di massima apertura alle procedure di selezione. Violazione del principio della libertà di impresa e della libera concorrenza. Violazione dei principi del Trattato CE artt. 81,82. Eccesso di potere per illogicità manifesta. Irragionevolezza. Irrazionalità.

Si contesta che il bando, che riguarda congiuntamente sia i servizi di distribuzione di carburanti, sia quelli di ristoro e ove previsto, alberghieri, preveda requisiti di capacità tecnica ed economica delle imprese ammissibili che riguardano entrambi i servizi e, pertanto, richiedendo per il servizio di ristorazione il requisito della titolarità di concessioni da almeno 5 anni e dell'effettivo esercizio di almeno 3 esercizi di ristoro sulla rete autostradale nazionale o comunitaria, con un fatturato complessivo per il 2009 di almeno 10.000.000 di euro, di fatto non consenta la partecipazione alla impresa petrolifera come impresa individuale, con incisione nella libertà di impresa.

Si sostiene anche che, dato che i requisiti richiesti per il servizio di ristorazione si riferiscono ad un numero irrilevante di imprese rispetto al generale mercato di riferimento, la società petrolifera nemmeno potrebbe liberamente associarsi ad altra impresa del settore.

Vi sarebbe quindi lesione dei principi della libertà di impresa e della libera concorrenza, che escluderebbero che possa essere imposto all'operatore economico l'accordo con un partner che, in quanto facente parte di un gruppo estremamente limitato, sia espressione di una distorsione della concorrenza, immediatamente lesiva .

4) Violazione dei principi di libera concorrenza. Violazione del principio della parità di trattamento.

Si denuncia che la clausola impeditiva della aggiudicazione di più di due lotti oggetto dei distinti bandi di gara, ai quali le imprese sono libere di partecipare, sarebbe immediatamente lesiva perché ne potrebbe derivare che, ove la partner della ricorrente, presente con il suo marchio in tutti o alcuni dei lotti oggetto dei distinti bandi di gara, ne scelga due in cui non è associata con ENI, questo renderà del tutto inutile la partecipazione alla gara di ENI, che non si aggiudicherà neppure un lotto.

L'interesse alla censura sopraesposta non sarebbe meramente potenziale perché l'equo bilanciamento degli interessi in gioco impone alla società autostradale di prevedere clausole di bando che garantiscano all'impresa facente parte del raggruppamento vincitore della gara, e aggiudicatario, di poter conseguire la decretata aggiudicazione.

La clausola sopra riportata sarebbe quindi discriminatoria, sproporzionata e irragionevole, ponendo le stesse offerenti in r.t.i. in posizione di potenziale conflitto tra di loro, con conseguente condizionamento degli accordi e anche lesiva dell'interesse pubblico, stante la aggiudicazione forzata nei lotti residui a quelli scelti dalla titolare del marchio aggiudicatario in r.t.i, al secondo classificato e quindi all'offerta meno rispondente a detto interesse.

5) Violazione dei principi che reggono le gare pubbliche. Genericità. Omissione di precisazione di elementi essenziali per la presentazione di offerte tecniche ed economiche. Illogicità manifesta. Irragionevolezza.

Si ricorda che nel disciplinare di gara, circa la busta B "Offerta Tecnica", al sub elemento T1, si richiede all'offerente una relazione contenente indicazioni relative al curriculum del personale impiegato, all'organigramma del personale dedicato, alla tipologia del contratto applicato, alla frequenza delle iniziative di formazione

ed aggiornamento del personale ed alla conoscenza delle lingue straniere. Si prescrive inoltre che “la relazione dovrà garantire l’attuale livello occupazionale almeno per i primi tre anni (la sub concessione ha la durata complessiva di circa cinque anni), nonché l’impegno a mantenere in essere i rapporti intercorrenti con l’attuale gestore dell’area fino alla naturale scadenza del contratto di gestione, fatte salve le eventuali clausole di risoluzione/recesso previste in ogni singolo contratto.”

Si stigmatizza che non è specificato cosa si intenda per “gestore” e che, se come “gestori” si intendono i sub concessionari attuali, la società Autovie Venete non poteva emanare il bando di gara per l’esercizio di un servizio sino al 31.3.2017, posto che in tale data scade il contratto di concessione con ENI.

Per l’ipotesi che non si tratti di tale rapporto oppure, se pur riferendosi a tale rapporto, il bando presupponga una data di scadenza della sub concessione che giustifichi la pubblicazione del bando di gara, si afferma che tale data avrebbe dovuto essere precisata perché da essa dipende il piano economico finanziario che la partecipante deve elaborare per verificare l’interesse e la convenienza alla partecipazione, anche in considerazione dei notevoli lavori di ristrutturazione e nuova edificazione previsti a carico dell’aggiudicatario.

Inoltre l’offerta economica, per la quale 19 punti sono attribuiti all’offerta non oil e 18 alla offerta oil non specificherebbe come vengono attribuiti i quattro punti che, tra i 19 previsti, sono attribuiti all’elemento E3, che riguarda royalties per “altri servizi” non specificati.

Oltre che in violazione del principio di consentire una effettiva partecipazione alla gara, il bando de quo nelle clausole indicate sarebbe manifestamente illogico, arbitrario ed irrazionale.

7) (rectius: 6) Ulteriore illogicità manifesta, arbitrarietà. Irrazionalità.

Si evidenzia che l'offerta economica è valutata secondo importi e percentuali minime di royalties da assicurare alla società Autovie Venete che sarebbero di ammontare tre volte superiore alle royalties oil e non oil versate attualmente dal sub concessionario ENI per l'area di servizio in oggetto e sarebbero del tutto ingiustificati, sproporzionati, irrazionali e non sostenibili.

Con successivo atto di motivi aggiunti la ricorrente sostiene che la comunicazione del 12.4.2008, inviata da Autovie per comunicarle la scadenza della concessione nel 2008, non necessitava impugnativa e che ENI non ha mai avuto conoscenza dell'Allegato G alla convenzione unica ANAS-Autovie, né, e soprattutto, della convenzione unica che risulta stipulata tra le parti, nessuno dei quali (Allegato G e convenzione) era stato allegato alla citata lettera raccomandata del 12.4.2008.

La comunicazione citata sarebbe stata attinente ai rapporti contrattuali vigenti tra le parti e priva di contenuto lesivo dei diritti del concessionario ENI, sicché nessuna impugnativa doveva essere proposta, stante la sua natura non provvedimento e stante che, neppure in sede di giurisdizione esclusiva, si assume la sussistenza dell'interesse e della legittimazione ad opporsi alla detta comunicazione, vista l'inesistenza di qualsiasi concreto ed attuale effetto lesivo scaturente dalla stessa.

I motivi aggiunti attengono anche alla “precisazione della domanda di declaratoria del diritto di ENI all'esecuzione della convenzione di concessione con Autovie Venete spa sino alla data di scadenza della concessione tra ANAS spa ed Autovie Venete spa”.

Inoltre, pur affermando che il foglio depositato da Autovie Venete - denominato Allegato G - sarebbe inidoneo a fornire la dimostrazione di una appartenenza alla convenzione unica sottoscritta da ANAS ed Autovie Venete S.p.A. e contestandone la valenza probatoria ai sensi di legge, l'allegato G ed atti

presupposti e conseguenti sono comunque stati tuzioristicamente impugnati deducendo i seguenti motivi aggiunti:

1) Violazione dell'art. 2, comma 82 e seguenti della legge 286/2006. Nullità dei provvedimenti di estremo e contenuto ignoti accessori alla sigla dell'Allegato G. Arbitrarietà, irrazionalità, violazione dei diritti del concessionario ENI S.p.A.

Si sostiene quindi che non vi sarebbe alcuna prescrizione normativa che riferisca la convenzione 2007 tra Anas e Autovie Venete alle concessioni sulle aree di servizio della rete autostradale di Autovie Venete, per cui la questione della scadenza delle concessioni di dette aree e dei servizi sulle stesse espletati sarebbe totalmente estranea al dettato normativo.

L'introduzione di un Allegato G come sopra descritto, che incide nella durata delle vigenti concessioni delle aree di servizio, sarebbe quindi riferibile alle determinazioni delle parti stipulanti la convenzione unica, e di conseguenza gli atti di approvazione e quelli presupposti di tali determinazioni, ove provvedimenti, sarebbero viziati da nullità perché la legge 286/2006 non attribuisce né ad ANAS né alla società autostradale il potere di incidere autoritativamente sui contratti di concessione in corso tra la società autostradale e la Compagnia petrolifera, vanificando le clausole contrattuali di determinazione della scadenza dei contratti.

In subordine, ove non si ravvisasse la denunciata nullità, si rileva che detti atti dovevano comunque tenere conto dei contratti in essere con i concessionari delle aree di servizio, le cui clausole (nella specie l'art. 4 della convenzione di concessione e l'art. 1.11 del disciplinare per la costruzione e l'esercizio delle aree di servizio) connetterebbero la scadenza della concessione ENI a quella della concessione autostradale.

2) Precisazione del motivo di inopponibilità da ENI S.p.A. delle eventuali pattuizioni intercorse tra A.N.A.S. ed Autovie Venete. Accertamento e declaratoria

del diritto di ENI alla esecuzione della convenzione di concessione stipulata con Autovie Venete nel 1971.

Come dedotto nel ricorso, le eventuali pattuizioni della convenzione unica, ricognitiva delle clausole convenzionali ed aggiuntive in essere tra concedente e società autostradale, sarebbero inefficaci nei confronti di ENI, legata ad Autovie Venete da una convenzione di concessione il cui art. 4 stabilisce la pari durata della concessione autostradale, clausola questa ribadita dal disciplinare per la costruzione e l'esercizio delle aree di servizio, come sopra richiamato; infatti il contratto non prevedeva clausole di recesso unilaterale, - salvo quella, sempre contenuta nell'art. 4, di una anticipazione semestrale rispetto alla scadenza pattuita (che è la stessa di quella del contratto di concessione autostradale) - e non può essere sciolto che per mutuo consenso.

3) Illegittimità derivata degli atti di approvazione dei bandi di gara impugnati, dalla nullità, illegittimità e/o inefficacia dell'Allegato G ed atti correlati, relativo alla scadenza dei contratti di concessione nell'anno 2008.

Vengono richiamati i motivi nn. 1 e 2 sopraesposti in quanto inerenti agli atti impugnati con il ricorso introduttivo per i vizi di illegittimità derivata dalla nullità, illegittimità ed inefficacia sopra enunciate.

Viene conclusivamente richiesta la dichiarazione di nullità e/o annullamento del foglio contenente l'Allegato G alla convenzione unica ricognitiva sottoscritta tra ANAS ed Autovie Venete, la dichiarazione del diritto di ENI all'esecuzione della convenzione vigente secondo la scadenza ivi stabilita ed il conseguente annullamento del bando di gara e degli altri atti di gara impugnati.

Si sono costituite in giudizio sia ANAS che Autovie Venete ed hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Autovie ha controdedotto eccependo la mancata tempestiva impugnazione dell'allegato G e della tempestiva comunicazione al riguardo impartita ad ENI con

raccomandata del 12.4.08, la nullità della clausola invocata da ENI di automatico prolungamento della sub concessione, perché la sub concessione non potrebbe eccedere il limite di durata veninovenale fissato dall'art. 27, 5[^] comma del codice della strada (norma imperativa), e la carenza di interesse della ricorrente, che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara.

Anche i motivi aggiunti sarebbero inammissibili per tardività dato che ENI doveva essere a conoscenza dell'esistenza e dei contenuti dell'allegato G alla convenzione, non solo per effetto della comunicazione del 18.2.2008 ma anche perché è azionista unico della società ex Agip-Rete spa che è socia di Autovie Venete e come tale ha partecipato all'Assemblea del 27.9.2007 in cui è stata approvata la convenzione con ANAS.

Alla pubblica udienza del 28 settembre 2011 il ricorso è stato introitato in decisione unitamente a vari altri ricorsi concernenti analoghi bandi di gara relativi ad altre aree di servizio, avendo il Presidente ricordato ai difensori, prima della discussione, l'esistenza per tutti i ricorsi di dubbi circa la giurisdizione, per la quale in molti è stata anche sollevata specifica eccezione .

DIRITTO

Osserva anzitutto il Collegio che con la prima censura del ricorso introduttivo ENI sostanzialmente deduce la illegittimità del bando contrattuale – e, prima ancora, della stessa decisione di indire la gara – dal fatto che la stessa avrebbe il diritto contrattuale di continuare nella gestione del servizio de quo per la perdurante vigenza della sua sub concessione. Oggetto del giudizio è infatti necessariamente l'esatta qualificazione della convenzione intercorsa tra la concedente ANAS e la concessionaria Autovie nel 1999 (e pedissequamente riportata nella Convenzione Unica del 2007) - cioè se si tratti di proroga della precedente concessione, ovvero di novazione della stessa, che, in questo caso, avrebbe avuto l'effetto di interrompere la continuità del rapporto - al fine di

stabilire, ulteriormente, se sussista o meno il diritto di parte ricorrente (derivante dall'art. 3 dei contratti di sub-concessione) di godere della medesima (eventuale) proroga prevista nella convenzione tra ANAS e Autovie. In altre parole, si tratta di verificare - valutata previamente la natura delle nuove pattuizioni del 1999 e 2007 tra ANAS e Autovie, se quest'ultima sia o meno inadempiente ad una clausola dei contratti che la legano alla ricorrente.

Non è controverso che, quanto meno il servizio di erogazione di carburante sulle autostrade (se non anche quello di ristorazione) costituisca pubblico servizio e che, quindi, la questione – astrattamente considerata – potrebbe rientrare nelle controversie aventi ad oggetto pubblici servizi devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Giova tuttavia, in primis, evidenziare che l'ambito (e l'elenco delle materie) della giurisdizione esclusiva è (tassativamente) indicato dall'art. 133 del D.Lg. 104/10 (peraltro meramente ricognitivo delle previgenti disposizioni), che, per quanto qui rileva, al comma 1, lett. c, richiama “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”.

Va sottolineato quindi che, nella specie, non si discute della concessione di pubblico servizio propriamente detta (che riguarda i rapporti tra ANAS e Autovie), ma del rapporto contrattuale (qualificato sub-concessione) del concessionario con un terzo; né si è nell'ipotesi di “provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo”. La questione riguarda, invero, l'esatta interpretazione della clausola del contratto che lega Autovie alla ricorrente per l'identificazione del

momento di cessazione del loro rapporto contrattuale, che le parti hanno (volontariamente) vincolato allo scadere della convenzione in essere tra ANAS e Autovie, con previsione di proroga automatica laddove tale rapporto fosse stato a sua volta “prorogato”.

La Suprema Corte di Cassazione, in una vicenda del tutto analoga (ove - come nel presente caso - il concessionario sosteneva essere intervenuta la scadenza del contratto di sub-concessione, e il sub- concessionario lamentava la mancata applicazione della clausola contrattuale che legava la proroga del contratto - tra concessionario e terzo gestore dei servizi - alla proroga della convenzione tra Amministrazione e concessionario) ha stabilito che “sono di competenza del giudice amministrativo tutte le controversie fra amministrazione concedente e concessionario di un pubblico servizio, nelle quali venga in contestazione, sotto qualunque profilo, l’atto o il rapporto concessorio, avendo il legislatore ritenuto sempre coinvolta in tali controversie (con eccezione di quelle riguardanti indennità, canoni e corrispettivi), la pubblica amministrazione nella sua veste di autorità”, mentre “nel caso in cui la controversia abbia per oggetto rapporti fra concessionario e sub-concessionario, nascenti dalla convenzione fra di loro intercorsa e svolgentisi su un piano paritario, non venendo in discussione l’esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, la cognizione della causa appartiene al giudice ordinario”. Tale, ad avviso del Collegio, condivisibile conclusione viene motivata rilevando come “nel caso in esame, in cui la controversia fra concessionario e terzo subappaltante non ha per oggetto l’atto di concessione, nè l’esercizio di alcun potere autoritativo da parte dell’amministrazione concedente o del concessionario, ma unicamente l’obbligo di riconsegna al concessionario dei beni oggetto della sub-concessione ... in conseguenza dell’essersi o del non essersi verificata una condizione prevista nella convenzione di sub-concessione perchè la scadenza di essa potesse ritenersi

prorogata. Vero è che tale condizione consisteva nell'esservi stata una proroga della concessione della quale Autostrade era titolare. Ma tale proroga non viene in considerazione, nella fattispecie, sotto l'aspetto della legittimità dell'esercizio, al riguardo, del potere dell'Amministrazione di concederla o non concederla ad Autostrada, bensì unicamente come fatto storico esterno alla convenzione di sub-concessione ed idoneo, a seconda del suo venire o non venire ad esistenza, a determinare o meno la proroga della sub concessione" (cfr. Cass. SS.UU n. 19511 del 16.7.08.) Si osserva, incidentalmente, che la sentenza del TAR Veneto n. 491 del 28.2.08, in cui - sia pure nell'ambito di una vicenda diversa in fatto - era stata implicitamente affermata la giurisdizione del TAR, è precedente rispetto alla decisione della Cassazione a SS.UU. qui riportata, delle cui argomentazioni, all'evidenza, il TAR del Veneto non poteva tener conto. Per una ulteriore applicazione dei principi esposti dalla Cassazione si veda, pur in altra fattispecie, la recente sentenza TAR Piemonte n. 414/2011).

La stessa parte ricorrente, del resto, mostra di aver correttamente inteso il senso meramente endocontrattuale della comunicazione di Autovie Venete del 12.4.2008, tanto è vero che non ha provveduto ad impugnarla.

In definitiva, il Collegio è dell'avviso che, poiché anche in questo caso si controverte (indirettamente, posto che il ricorso mira all'annullamento del bando della gara indetta da Autovie sul presupposto dell'intervenuta cessazione del rapporto subconcessorio) della natura novativa o meno della convenzione del 1999 (poi confluita nella Convenzione Unica del 2007) e della corretta applicazione della clausola che attribuisce al sub-concessionario il diritto alla proroga del contratto, la giurisdizione compete al Giudice Ordinario, il quale, valutato il preteso diritto di natura contrattuale vantato dalla ricorrente a continuare la gestione delle aree di servizio di cui trattasi oltre il 31.12.08, ben potrà conoscere la natura ed il contenuto della convenzione tra ANAS e Autovie ed, eventualmente,

disapplicarla, ove violi il diritto ad una scadenza diversa e successiva. Va da sé che questo porterà poi a delle conseguenze anche rispetto alla gara con cui Autovie avesse disposto dell'area contrattualmente spettante alla ricorrente.

Il primo motivo di ricorso, attinente alla decisione di indire la gara e rispetto al quale, pertanto, il ricorso poteva ritenersi ammissibile indipendentemente dalla presentazione di domanda di partecipazione alla gara, è quindi inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Per le stesse ragioni anche i motivi aggiunti, proposti nel 2011 avverso l'all. G, sono inammissibili per difetto di giurisdizione, ammesso che possano ritenersi tempestivi, dato che impugnano un allegato alla convenzione del 2007, che, se ritenuto espressione di un potere autoritativo, avrebbe dovuto essere contestato immediatamente. Infatti la ricorrente dichiara bensì di aver conosciuto nella sua interezza tale documento solo con la notifica integrale dello stesso, ma, in realtà, ne avrebbe potuto conoscere l'esatto contenuto - peraltro meramente riproduttivo del precedente all. G alla convenzione del 1999, e contenente solo le date di scadenza - con l'ordinaria diligenza, sin da quando le è stata inviata la già citata nota del 2008, che lo menzionava espressamente, se del caso anche impugnando un eventuale silenzio-diniogo su richiesta di accesso.

Il secondo motivo, nella parte in cui tende ad investire direttamente la scelta relativa all'indizione del tipo di gara bandita e riguardo alla quale il ricorso deve ritenersi sicuramente ammissibile, indipendentemente dalla presentazione di domanda di partecipazione, è infondato perchè la previsione dell'art. 30 del d.lgs 163/2006, che esonera le concessioni di servizi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici ed ammette la gara informale per la loro assegnazione, si premura anche di ribadire che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità,

non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità. Pertanto se ne deve necessariamente dedurre che, se anche viene dichiarata ammissibile la gara informale, nulla vieta che la stazione appaltante ricorra alle più garantistiche procedure dell'evidenza pubblica.

La parte finale della seconda censura ove parte ricorrente deduce che la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto dell' "inquadramento della previa attività di costruzione delle opere e fabbricati delle aree di servizio-pertinenze autostradali – attività questa posta in capo alla aggiudicataria, senza la corretta disciplina concessoria di riferimento" appare altrettanto infondata, posto che i lavori previsti non rientrano nell'oggetto della gara. Essi costituiscono future obbligazioni del sub concessionario che, solo quando vi provvederà, sarà ovviamente tenuto al rispetto della normativa riguardante l'esecuzione dei lavori pubblici.

Per quanto poi riguarda tutti gli ulteriori motivi il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione e carenza di interesse attuale della ricorrente all'impugnazione del bando che non conteneva clausole immediatamente escludenti e/o impeditive della sua partecipazione. Allo stato, pertanto, la libera scelta della ricorrente di non presentare offerta, associandosi in ATI ad impresa del settore non oil, attiene alle scelte di strategia imprenditoriale della stessa e, oltre a non dimostrare la immediata lesività del bando, la rende carente di legittimazione all'impugnativa.

Infatti la giurisprudenza è fermissima nell'affermare l'inammissibilità - per carenza di legittimazione e/o di interesse - del ricorso volto all'impugnazione degli atti di indizione di una gara da parte di un soggetto che non vi abbia partecipato. La domanda giudiziale volta alla caducazione degli atti di una procedura concorsuale di cui si contesti la legittimità presuppone che il ricorrente "qualifichi e differenzi il proprio interesse in termini di attualità e concretezza, rispetto a quello della generalità dei consociati mediante la proposizione di una domanda di

partecipazione alla gara o la formulazione della propria offerta; tanto comporta che l'interesse tutelato non può essere quello generico al rifacimento della gara, proprio di tutte le imprese rimaste estranee al procedimento, bensì quello specifico ad una partecipazione finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione, cui possono aspirare soltanto i partecipanti alla gara medesima, anche attraverso l'eliminazione di clausole eventualmente lesive". Così, puntualmente, C.S. n. 102/09. Si vedano, inoltre, da ultimo: C.S. A.P. 4/11; id., n. 2033/11 e 4481/10; TAR Sicilia - Catania n. 2006/11 e Palermo n. 1003/11; TAR Lazio n. 38955/10).

E' ben vero che la giurisprudenza ha talora ammesso la possibilità di proporre ricorso anche in assenza di domanda di partecipazione; ma nessuna delle situazioni esaminate dal Giudice Amministrativo si attaglia al caso di specie.

Infatti, si è ritenuto ammissibile il ricorso anche in assenza di domanda di partecipazione (al di là del caso della posizione legittimante derivante dall'esistenza di precedenti rapporti con l'Amministrazione, contrastanti con la possibilità stessa di indire la gara, che qui non rileva) nel caso in cui il bando contenga clausole o disposizioni che non consentono la partecipazione alla gara, nel senso che se le imprese suddette avessero partecipato alla gara, sarebbero state sicuramente escluse. Nel caso di specie ciò non è, in quanto le clausole del bando non sono impeditive della partecipazione e le censure si appuntano non su detta impossibilità, ma su altri elementi, in parte inerenti al merito delle scelte compiute dalla stazione appaltante (quale l'opportunità di accorpate in un'unica gara i servizi oil e non oil), in parte concernenti le modalità di svolgimento della gara stessa, in parte riferite alla difficoltà (ma non certo impossibilità) pratica di trovare adeguati partners per costituire un'ATI e presentare offerta.

In definitiva, l'impugnazione del bando indipendentemente dalla domanda di partecipazione (o, come nel presente caso, di presentazione dell'offerta) è consentita, "ricollegandosi l'onere di impugnazione ad una lesione immediata,

diretta ed attuale e non solo potenziale dell'atto, solo allorquando il bando contenga clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione", ovvero "qualora la lex specialis contenga clausole discriminatorie e, comunque, ostative alla partecipazione alla selezione, tali che la presentazione della relativa domanda si risolverebbe in un adempimento formale, inevitabilmente seguito da un atto di esclusione" (TAR Lazio n. 3723/11; si vedano, ancora, sul principio, TAR Veneto n. 691/11 e TAR Lombardia - Milano n. 993/11). Allo stesso modo la giurisprudenza ammette la possibilità di impugnazione del bando a prescindere dalla domanda di partecipazione allorquando lo stesso presenti "oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara", che comportino comunque l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura (C.S. A.P. n. 1/03)

E' stato ancora precisato (TAR Campania - Napoli n. 1669/11) che "anche ai fini dell'interesse strumentale alla riedizione di una rinnovata procedura di gara, che è quello che [come nel presente caso] sembra muovere l'odierna ricorrente, l'onere di previa presentazione della domanda di partecipazione è da ritenere comunque sussistente, per la funzione "qualificante" che tale domanda svolge nei confronti della società interessata, facendole dismettere i panni del quisque de populo per acquisire quelli di soggetto concretamente inciso dalle prescrizioni del bando". La pronuncia da ultimo citata precisa, condivisibilmente, che l'onere di presentazione della domanda "è determinato dall'esigenza che l'interesse del soggetto ricorrente risulti munito dei necessari requisiti di differenziazione, concretezza e personalità, mediante l'individuazione, nell'ambito indistinto dei soggetti potenzialmente interessati a concorrere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (ambito astrattamente coincidente con tutte le imprese operanti nel settore cui quest'ultimo, in relazione al suo oggetto specifico, si riferisce), di quelle posizioni di interesse correlate alla procedura di aggiudicazione da un nesso tangibile e

concreto, nesso che la presentazione dell'istanza di partecipazione è appunto destinata a fare emergere, mediante il conferimento in capo al soggetto offerente dello status di partecipante alla gara”.

Né può rilevare la circostanza che il termine per la presentazione delle offerte è ancora in corso, essendo stato prorogato al 31.12.11. Infatti, l'interesse all'impugnazione deve bensì sussistere al momento della domanda, ma anche perdurare sino a quello della decisione. Se la ricorrente ha scelto di spedire a sentenza il ricorso prima di presentare la propria offerta, pur essendo ancora in termini, ne sopporterà le inevitabili conseguenze.

Poiché, quindi, la ricorrente non ha presentato alcuna offerta e le clausole del bando non sono escludenti, né discriminatorie, né impongono requisiti impossibili da adempiere, i restanti motivi di ricorso vanno dichiarati inammissibili per carenza di legittimazione e di un interesse giuridicamente apprezzabile.

Non potendo sussistere identità di causa non ne è ovviamente possibile, ai sensi dell'art. 11, d.lgs 104/2010, la riassunzione dinanzi al giudice ordinario, dinanzi al quale dovrà essere eventualmente proposta ex novo nei termini all'uopo richiesti.

Sussistono giuste ragioni, in specie per la complessità delle questioni proposte e l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali non omogenei, per disporre la totale compensazione, tra le parti tutte, delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e in parte lo rigetta nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2011

IL SEGRETARIO

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