

N. 00433/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00152/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 152 del 2011, proposto da:

Totalerg S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Valerio Valeri, Giuseppe Sbisa', Federico Mannucci, con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste, via Donota 3;

contro

Autovie Venete S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Paolucci, Rolando Roffi, Gianfranco Carbone, con domicilio eletto presso il terzo, in Trieste, via Romagna 30; Anas S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Trieste, piazza Dalmazia 3;

per l'annullamento

gli atti di indizione della gara per la concessione in gestione di strutture ed impianti delle aree di servizio Duino Nord e Duino Sud.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autovie Venete S.p.A. 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. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente TotalErg spa impugna il bando di gara (e atti connessi) per l'affidamento della concessione in gestione di strutture ed impianti destinati al servizio di distribuzione carburanti, nonché di ristoro e attività accessorie delle aree di servizio Duino Nord - Duino Sud della tratta Autostradale A4 Venezia - Trieste. (lotto 1).

1.1. - In fatto, la ricorrente espone di essere attuale gestore - in forza di contratti di sub-concessione stipulati con Autovie Venete spa - delle stazioni di servizio di Duino Nord (ricompresa nel lotto 1, di cui si controverte), Porcia Nord e Brugnera Sud (lotto 4) e Zugliano Ovest, per le quali già pende innanzi a questo Tribunale il ricorso n. 556/08, proposto da Total Italia spa (successivamente fusa per incorporazione in TotalErg spa) avverso le note del 12.8.08 e 24.0.08, con cui le date di scadenza delle sub-concessioni erano state anticipate al 31.12.08.

1.2. - Col presente ricorso l'istante - "fatta salva la questione pregiudiziale inerente l'attuale vigenza ed operatività delle sub-concessioni relative alle aree di servizio di Duino Nord e Porcia Nord - Brugnera Sud con conseguente insussistenza dei presupposti per poter mettere in gare le suddette a.d.s." - contesta due punti della *lex specialis*: il divieto di aggiudicazione di più di due lotti a ciascun partecipante e l'affidamento congiunto dei servizi *oil/non oil*.

Questi i motivi di ricorso:

1) illegittimità derivata (per quanto concerne la posizione della stazione di servizio di Duino Nord per la quale pende il ric. n. 556/08); carenza di presupposti e travisamento dei fatti;

2) carenza di pubblico interesse, falsa applicazione dell'art. 2 del D.Lg. 163/06; violazione di principi di concorrenza, trasparenza, *par condicio* ed economicità; violazione degli artt. 11 e 83 del D.Lg. 163; illogicità e contraddittorietà;

3) violazione di principi di libera concorrenza, trasparenza e non discriminazione di cui all'art. 2 del D.Lg. 163/06.

2. - Autovie, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

In limine, ne eccipisce l'inammissibilità per carenza di legittimazione, non avendo l'interessata provveduto a presentare domanda di partecipazione alla gara, di cui contesta clausole non preclusive alla partecipazione stessa; nonché per omessa impugnazione dell' all.G alla Convenzione Unica ANAS - Autovie del 2007, che fissava la scadenza di tutte le sub-concessioni al 31.12.08.

3. - Anche ANAS è presente in giudizio, sia pure col solo foglio di costituzione.

4. - Sia TotalErg che Autovie hanno dimesso ampie memorie di precisazione, con cui ampliano e puntualizzano le già rassegnate conclusioni.

5. - Il ricorso è, sotto diversi aspetti, inammissibile.

5.1. - Per quanto concerne il primo motivo, che lamenta illegittimità derivata da quella delle note del 2008, con cui Autovie aveva comunicato la scadenza delle sub-concessioni al 31.12.08, oggetto del ricorso n. 556/08, si osserva che lo stesso è stato dichiarato inammissibile per carenza di giurisdizione di questo Giudice a valutare la lamentata violazione della clausola della sub-concessione che vincolava la propria scadenza finale a quella della Convenzione tra ANAS e Autovie, laddove la stessa fosse stata "prorogata".

Ne consegue che anche il motivo di illegittimità derivata, qui proposto,

deve essere dichiarato inammissibile (merita sottolineare che la posizione della ricorrente non risulta comunque in alcun modo pregiudicata: infatti se il competente Giudice Ordinario riconoscerà l'operatività della clausola della sub-concessione che vincolava la scadenza della stessa alla proroga di quella intercorrente tra ANAS e Autovie, potrà riconoscere il suo diritto a permanere nella gestione della stazione di servizio sino al 2017, e, nel contempo, disapplicare - ove di ragione - gli atti di indizione della gara qui opposti, ovvero semplicemente sterilizzarne l'efficacia in quanto contrastanti con il riconosciuto diritto della ricorrente).

5.2. - Gli altri motivi di ricorso sono ugualmente inammissibili per non aver l'istante presentato offerta alla gara di cui contesta l'indizione.

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. Infatti, 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).

5.3. - 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 in quanto, come precisato, il preteso diritto della ricorrente a permanere nella gestione della stazione di servizio è controverso e la cognizione di tale situazione non compete a questo Tribunale), quando 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; infatti, 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 la possibilità di ottenere non più di due sub-concessioni (in che contrasterebbe con l'obbligo di aggiudicare alla miglior offerta), 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 allorché 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).

5.4. - 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”.

5.5. - Né può rilevare (come ritiene la ricorrente) 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, il ricorso va dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione e di un interesse giuridicamente apprezzabile.

7. - Sussistono peraltro le ragioni di legge per disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara inammissibile, nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2011

IL SEGRETARIO

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