

N. 00439/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00159/2011 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 159 del 2011, proposto da:
Esso Italiana S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Francesca
Covone, Giusj Simone, Federico Rosati, Francesca Angeloni, con
domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donota
3;

contro

Autovie Venete S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco
Paolucci, Gianfranco Carbone, Rolando Roffi, con domicilio eletto
presso Gianfranco Carbone Avv. in Trieste, via Romagna 30;

per l'annullamento

-del Bando di Gara pubblicato sulla GUCE dd. 10.3.2011 con il
quale la S.p.A. Autovie Venete ha indetto la "procedura aperta per
l'affidamento della concessione in gestione di strutture ed impianti

destinati sia al servizio di distribuzione carbolubrificanti che al servizio di ristoro e attività accessorie nella n. 2 aree di servizio di Gonars Nord e Fratta Sud- Tratta Autostradale A4 (Venezia-Trieste)
- Lotto 8" Codice CIG: 1340174A8F;
-del relativo Disciplinare di gara e relativi allegati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autovie Venete 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 e DIRITTO

Esso Italiana impugna il bando di gara in epigrafe per l'affidamento della concessione in gestione delle aree di servizio di Gonars Nord e Fratta Sud per una delle quali (Fratta Sud) ha un rapporto di sub concessione in essere.

Si ricorda che, in base all'art. 3 del contratto di sub concessione il rapporto concessorio avrebbe avuto termine allo scadere della convenzione stipulata dalla società Autovie Venete con l'ANAS con la precisazione che, ove, per qualsiasi motivo, la durata della convenzione tra Autovie Venete ed ANAS fosse stata prorogata, la

subconcessione sarebbe stata automaticamente prorogata per lo stesso periodo e che la convenzione tra ANAS e Autovie Venete è stata rinnovata nel 1999 confluendo poi nella convenzione unica stipulata nel 2007 ai sensi dell'art. 2 comma 82 del d.l. 3.10.2006 n. 262 e scade nel 2017.

Il ricorso deduce i seguenti motivi:

1) Illegittimità del bando per omessa indicazione della pendenza del contenzioso. Travisamento dei fatti. Disparità di trattamento. Violazione dei principi di buona fede e dell'affidamento. Violazione dei principi generali in materia di trasparenza, buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa; nell'assunto che l'omessa menzione del contenzioso pregiudicherebbe l'affidamento delle partecipanti alla gara.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 11, comma 5 ter della l. 498/92. Violazione dell'art. 30 del d.lgs 163/2006. Violazione del principio di concorrenza e non discriminazione nonché dei principi in materia di libertà di impresa. Violazione del principio di proporzionalità e massima partecipazione alle selezioni pubbliche. Violazione dei principi generali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Si puntualizza che la concessione non soggiace all'integrale disciplina degli appalti ex d.lgs 163/2006 e pertanto l'accorpamento necessario del servizio oil e ristoro sarebbe arbitrario e illegittimo, perché rende obbligatorio il raggruppamento in ATI, non consente di selezionare i

migliori concorrenti per ciascun tipo di servizio e non permette l'ottimizzazione delle offerte. Inoltre l'imposizione dell'obbligo di rinuncia in caso di aggiudicazione di più di due lotti crea un effetto distorsivo della concorrenza e della libertà di impresa e viola il principi di massima partecipazione alle gare.

I requisiti di partecipazione sarebbero tali da non permettere ad una società come la ricorrente, che è titolare di importanti marchi Ristoro, di partecipare alla gara in maniera autonoma pur non risultando funzionali all'esigenza normativamente tutelata di garantire un adeguato livello del servizio e la regolare continuità dello stesso.

3) Illegittimità del bando per indeterminatezza dell'oggetto ed illogicità dei criteri di selezione. Violazione del principio di concorrenzialità. Violazione dei principi generali in materia di trasparenza, buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa.

3.1. Il bando non chiarisce i criteri in base ai quali un marchio ristoro soddisfa il prescritto requisito di notorietà.

3.2 Non sono fornite le informazioni che sarebbero necessarie per la predisposizione della richiesta informazione relativa al personale.

3.3. Non vengono forniti i volumi di vendita carburanti per ciascuna A/S negli ultimi anni, informazione necessaria per una corretta analisi economica ai fini della formulazione dell'offerta.

3.4 Mancano informazioni circa lo stato ambientale dei siti e la

tipologia dell'impianto meccanico esistente.

Si denunciano infine i vizi di invalidità derivata da quella della disdetta già impugnata con il precedente ricorso n. 504/2008.

Si è costituita in giudizio Autovie Venete ed, oltre a contro dedurre per il rigetto del ricorso, ne ha eccepito l'inammissibilità perchè rivolto ad impugnare un bando di gara a cui la ricorrente non ha presentato domanda di partecipazione.

Il ricorso 159/2011 appare allo stato inammissibile per difetto di un 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 di partecipazione associandosi in ATI ad impresa del settore non oil, attiene alle scelte di strategia imprenditoriale della stessa e non dimostra la immediata lesività del bando.

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 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). Allo stesso modo la giurisprudenza ammette la possibilità di impugnazione del bando a prescindere dalla domanda di partecipazione allorché 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, il ricorso va dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione e di un interesse giuridicamente apprezzabile.

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 inammissibile 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 13/10/2011

IL SEGRETARIO

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