



**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 Lazio**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso integrato da motivi aggiunti n. 8260 del 2011 proposto dalla spa Autostrada del Brennero, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa anche disgiuntamente dal prof. avv. Marcello Clarich e dall'avv. Claudio Guccione ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Clarich in Roma, Piazza del Popolo n.18;

***contro***

- il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro-tempore;
  - il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro-tempore;
  - ANAS spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore;
- rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, sono domiciliatari;

***per l'annullamento***

- a) del bando di gara indetto dall'ANAS spa recante “ Affidamento in concessione delle attività di costruzione relative alla realizzazione degli investimenti di

adeguamento e di manutenzione straordinaria dell'Autostrada A22 Brennero-Modena di km 314, di completamento della realizzazione degli interventi previsti nella convenzione sottoscritta in data 29 luglio 1999 tra Anas spa e la società Autostrada del Brennero spa, successivamente integrata con la convenzione aggiuntiva del 6.5.2004, della gestione e manutenzione dell'Autostrada A22 Brennero-Modena, nonché la realizzazione degli investimenti previsti dall'art.47, comma 1, del decreto legge 31 maggio 2010, n.78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n.122, che ha modificato l'art.8-duodecies del decreto legge 8 aprile 2008, convertito con modificazioni dalla legge 6 giugno 2008 n.101" dell'8 settembre 2011, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – Serie speciale Contratti pubblici – n.107 del 12 settembre 2011;

b) della direttiva n.311 del 10 agosto 2011 emanata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze;

c) di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle intime Amministrazioni;

Visti gli interventi adesivi proposti da:

I) Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Renate Von Guggenberg, Maria Larcher, Stephan Beikircher, Cristina Bernardi e Michele Costa ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Costa in Roma, Via Bassano del Grappa n.24;

II) Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Mario Santaroni

e Nicolò Pedrazzoli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Santaroni in Roma, Via di Porta Pinciana n.4;

III) la Regione Autonoma Trentino Alto Adige, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Santaroni presso il cui studio in Roma, Via di Porta Pinciana n.4, è elettivamente domiciliata;

Visto l'intervento ad opponendum proposto dal Codacons e dall'Associazione Utenti Autostrade, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentati e difesi, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Carlo Rienzi e Gino Giuliano ed elettivamente domiciliati presso la sede legale del Codacons in Roma, Viale Giuseppe Mazzini n. 73;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2012 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, titolare della concessione di costruzione e gestione dell'autostrada del Brennero con scadenza 30.4.2014, con il proposto gravame ha impugnato:

a) il bando di gara indetto dall'ANAS spa recante " Affidamento in concessione delle attività di costruzione relative alla realizzazione degli investimenti di adeguamento e di manutenzione straordinaria dell'Autostrada A22 Brennero-Modena di km 314, di completamento della realizzazione degli interventi previsti nella convenzione sottoscritta in data 29 luglio 1999 tra Anas spa e la società Autostrada del Brennero spa, successivamente integrata con la convenzione aggiuntiva del 6.5.2004, della gestione e manutenzione dell'Autostrada A22

Brennero-Modena, nonché la realizzazione degli investimenti previsti dall'art.47, comma 1, del decreto legge 31 maggio 2010, n.78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n.122, che ha modificato l'art.8-duodecies del decreto legge 8 aprile 2008, convertito con modificazioni dalla legge 6 giugno 2008 n.101" dell'8 settembre 2011, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – Serie speciale Contratti pubblici – n.107 del 12 settembre 2011;

b) la direttiva n.311 del 10 agosto 2011 emanata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art.8 -duodecies del decreto legge n.59/2008. Violazione e falsa applicazione dell'art.3 della L. n.241/1990. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare difetto di istruttoria, carenza di motivazione, sviamento, illogicità, irragionevolezza;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art.8 duodecies del d.l. 59/2008 e dei principi comunitari in materia di concessioni di lavori ( art.1, part.3, direttiva 2004/18/Ce e art.3, comma 11, del d.lgvo n.163/2006); violazione e falsa applicazione del principio di proporzionalità, eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare illogicità e irragionevolezza. In via meramente subordinata illegittimità dell'art.8 duodecies del d.l. 59/2008 per violazione e falsa applicazione dei principi comunitari in materia di concessioni di lavori pubblici ( art.1, par.3 direttiva 2004/18/CE);

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 138 144 del d.lgvo n.163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 79 e 108 del DPR n.237/2010;

4) Violazione e falsa applicazione dell'art.2 del d.lgvo n.163/2006; violazione del principio di trasparenza e par condicio;

5) Sulla violazione della direttiva interministeriale n.311/2011; Violazione e falsa applicazione dell'art.47 del d.l. 78/2010 e della direttiva del Ministro delle

Infrastrutture e dei Trasporti d'intesa con il Ministero dell'economia e della Finanze n.311/2011;

6) Violazione e falsa applicazione dell'art.144 del d.lvo n.163/2006 e dell'allegato IX B al suddetto decreto.

Successivamente l'odierna ricorrente ha impugnato con motivi aggiunti di doglianza l'avviso di rettifica e di riapertura dei termini relativi alla gara de qua, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie speciale Contratti Pubblici - n. 93 del 10.8.2012, deducendo a tal fine le seguenti doglianze:

7) Sull'incompetenza di Anas spa a gestire la gara e, segnatamente, a ricevere le domande di partecipazione; Violazione dell'art.36 del d.l. 98/2011 e dell'art.11 del d.l. n.216/2011;

8) Violazione dell'art.83 del d.lgvo n.163/2006 e dell'art.120, comma 1, del DPR 207/2010. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare illogicità e irragionevolezza;

9) Violazione dei principi comunitari di concorrenza, divieto di discriminazione e parità di trattamento; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare illogicità e irragionevolezza.

Si sono costituiti sia gli intimati Ministeri che l'Anas spa contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse.

Sono intervenute ad adiuvandum la Regione Trentino Alto-Adige, la Provincia Autonoma di Trento e la Provincia Autonoma di Bolzano in quanto azioniste della società ricorrente sostenendo la fondatezza delle dedotte doglianze.

Hanno proposto intervento ad opponendum il Codacons e l'Associazione Utenti Autostrade prospettando in primis l'inammissibilità del proposto gravame e contestando nel merito la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali.

Alla pubblica udienza del 19.12.2012 il ricorso è stato assunto i decisione.

In via preliminare il Collegio intende richiamare la giurisprudenza consolidata in materia di impugnativa dei bandi di gara secondo la quale l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara sussiste solo allorché esse impediscono la stessa partecipazione alla procedura di gara, rinvenendosi la loro immediata lesività proprio nell'immediato effetto preclusivo cui consegue per l'interessato un provvedimento negativo avente carattere meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (CS, sez.V, n.6454/2011; n.1380/2011; n.7515/2010; sez.III, n.2463/2011).

In tale contesto, possono ritenersi ritualmente formulate le censure con cui è stata contestata la legittimità della indizione della gara per mancata inosservanza dell'art.8 -duodecies del decreto legge n.59/2008 e per incompetenza dell'Anas a ricevere le offerte presentate dalle concorrenti.

Con la prima delle citate doglianze la società ricorrente contesta la stessa indizione della gara pubblica per violazione dell'art.8- duodecies, comma 2, del D.L. n.59/2008, convertito con legge n.101/2010, il quale testualmente prescrive che " La società ANAS S.p.A., salva la preventiva verifica da parte del Governo presso la Commissione europea di soluzioni diverse da quelle previste nel presente comma che assicurino i medesimi introiti per il bilancio dello Stato e che garantiscano il finanziamento incrociato per il tunnel di base del Brennero e le relative tratte di accesso nonché la realizzazione da parte del concessionario di opere infrastrutturali complementari sul territorio di riferimento, anche urbane o consistenti in gallerie, entro il 31 dicembre 2010 pubblica il bando di gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione dell'autostrada del Brennero. A tal fine il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, impartisce direttive ad ANAS S.p.A. in ordine ai contenuti del bando di gara, e del relativo capitolato o disciplinare ivi compreso il valore della concessione, le relative modalità di pagamento e la quota

minima- di proventi annuale, comunque non inferiore a quanto accantonato in media negli esercizi precedenti, che il concessionario e' autorizzato ad accantonare nel fondo di cui all' articolo 55, comma 13, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 , nonche' l'indicazione delle opere infrastrutturali complementari, anche urbane o consistenti in gallerie, la cui realizzazione, anche mediante il ricorso alla finanza di progetto, deve rientrare tra gli obblighi assunti dal concessionario. Il predetto bando deve prevedere un versamento annuo di 70 milioni di euro, a partire dalla data dell'affidamento e fino a concorrenza del valore di concessione, che viene versato all'entrata del bilancio dello Stato. Nella determinazione del valore di concessione, di cui al periodo precedente, vanno in ogni caso considerate le somme gia' erogate dallo Stato per la realizzazione dell'infrastruttura", sul presupposto che il Governo avrebbe ommesso di verificare presso la Commissione europea " la possibilità di affidare la nuova concessione seguendo soluzioni diverse dalla gara, purchè idonee a garantire i medesimi introiti al bilancio dello Stato e la realizzazione di analoghi investimenti nelle infrastrutture interessate".

La dedotta censura è palesemente infondata.

Al riguardo, come dimostrato dalle resistenti amministrazioni, la Commissione europea ritualmente interessata dalle Autorità italiane, ha innanzitutto escluso la compatibilità con la normativa comunitaria di qualsiasi forme di proroga della concessione in argomento, anche a seguito degli impegni assunti in precedenza dal Governo Italiano per l'archiviazione di altre procedure di infrazione riguardanti casi simili, non escludendo in alcun modo la costituzione tra gli enti locali interessati di una società di corridoio, dopo aver fissato le condizioni in presenza delle quali l'istituzione della società de qua poteva ritenersi compatibile con l'ordinamento comunitario.

Tale soluzione non è stata ritenuta percorribile in quanto la Ragioneria Generale dello Stato, dopo aver valutato gli impatti sulla finanza pubblica della istituzione

della citata società di corridoio, non ha ritenuto tale soluzione conforme al dettato normativo nella parte in cui il citato art.8 duodecies prevede che eventuali soluzioni alternative alla gara debbano assicurare uguali introiti per il bilancio dello Stato.

Da rigettare è anche la prima delle doglianze dedotte con i motivi aggiunti e prospettante l'incompetenza dell'Anas a ricevere le domande di partecipazione alla gara de qua alla luce del disposto di cui all'art.36 del d.lg. n.98/2011 e dell'art.11 del d.l. n.216/2011.

Al riguardo deve essere osservato che:

- a) il richiamato art.36 prevede l'istituzione a decorrere dal 1° gennaio 2012 dell'Agenzia per le Infrastrutture stradale ed autostradali tra le cui competenze rientrava la selezione dei concessionari autostradali e relativa aggiudicazione;
- b) il comma 5 del D.legge n.216/2011 prevede che " Fino alla data di adozione dello statuto dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, e comunque non oltre il 31 marzo 2012, le funzioni e i compiti ad essa trasferiti ai sensi dell'articolo 36 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, continuano ad essere svolti dai competenti uffici delle Amministrazioni dello Stato e dall'Ispettorato di vigilanza sulle concessionarie autostradali e dagli altri uffici di Anas s.p.a.. In caso di mancata adozione dello statuto e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 36, comma 5, settimo periodo entro il predetto termine, l'Agenzia e' soppressa e le attivita' e i compiti gia' attribuiti alla medesima sono trasferiti al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a decorrere dal 1° aprile 2012, che rimane titolare delle risorse previste dall'articolo 36, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, e cui sono contestualmente trasferite le risorse finanziarie umane e strumentali";

c) da ultimo è intervenuto l'art.12, comma 79, del d.l. n.95/2012 il quale ha prorogato il termine di cui sopra al 30 settembre 2012 ed ha ribadito che in caso di mancata adozione entro il suddetto termine dello statuto e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri l'Agenzia è soppressa e le attività e i compiti già attribuiti alla medesima sono trasferiti al Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti a decorrere dal 1° ottobre 2012.

Alla luce di tale ordito normativo la società ricorrente, pur riconoscendo che l'Anas era competente nella materia de qua alla data di pubblicazione dell'avviso di rettifica (10 agosto 2011), tuttavia ne ha contestato la legittimità in quanto aveva previsto come termine ultimo per la presentazione delle domande di partecipazione la data del 2 ottobre 2012 in cui la stessa Anas non era più competente a ricevere le suddette domande, le quali avrebbero dovuto essere presentate direttamente al Ministero delle Infrastrutture.

In merito deve essere rilevato che l'autonoma fase procedimentale attinente alla presentazione delle domande era stata disciplinata dall'Anas allorchè quest'ultima risultava nella pienezza dei poteri assegnati dall'ordinamento, e, conseguentemente, in base al principio tempus regit actum ed in ossequio all'altro fondamentale principio della continuità dell'azione amministrativa la contestata previsione del termine del 2 ottobre non risulta affetta dalla illegittimità prospettata.

Inoltre, sotto il profilo meramente sostanziale, atteso che la resistente Anas ha provveduto a trasmettere al competente Ministero le domande di partecipazione ricevute, la società ricorrente non ha in alcun modo dimostrato come la presentazione delle domande presso l'Anas abbia di per sè costituito un elemento tale da ledere la propria posizione giuridica di concorrente alla gara de qua.

Inammissibili devono essere dichiarate, invece, le altre censure prospettate alla luce dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato che limita l'impugnativa

diretta ed autonoma del bando di gara solamente alle clausole che precludono la partecipazione alla gara.

In merito occorre tenere presente che con le suddette censure l'odierna istante ha contestato:

- a) la legittimità della previsione del bando di gara che prevedono in capo all'aggiudicatario il versamento annuo in via anticipata della somma di Euro 70.000.000,00;
- b) la presunta indeterminatezza del bando in ordine all'individuazione dell'importo complessivo dei lavori e degli importi delle singole categorie di lavori da realizzare;
- c) la violazione del principio di segretezza dell'offerta derivante dalla richiesta di presentazione delle attestazioni soa in sede di prequalifica;
- d) la violazione della direttiva ministeriale n.311/2011 per la mancata individuazione nel bando delle opere infrastrutturali complementari;
- e) la carenza degli elementi economici minimi necessari ai potenziali concorrenti per valutare la concessione e l'opportunità di partecipare alla gara;
- f) l'illegittima prevalenza degli elementi quantitativi su quelli qualitativi all'interno dei criteri di valutazione;
- g) l'eccessivo peso riconosciuto ai criteri economico finanziari.

Al riguardo il Collegio sottolinea che:

I) è palese che le illegittimità prospettate non giustificano l'onere di immediata impugnazione del bando di gara atteso che giusta il richiamato orientamento giurisprudenziale sussiste l'onere dell'interessato all'immediata impugnazione delle clausole del bando o della lettera di invito sia che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara la cui carenza determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta, sia che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto

sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, assimilabili al possesso dei requisiti soggettivi al cui difetto consegue automaticamente l'esclusione dalla gara; per contro il carattere dubbio, equivoco o ambiguo della clausola, nel senso cioè di non rendere immediatamente percepibile l'effetto preclusivo della partecipazione per chi sia privo di un determinato requisito soggettivo richiesto dal bando, ne esclude l'immediata lesività e ne consente l'impugnazione unitamente all'atto di esclusione, applicativo della clausola stessa suscettibile di diverse interpretazioni. (Consiglio Stato, A.P. 29 gennaio n.1/2003; sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7515/2010; n.4274/2011; n.3070/2011);

II) ma anche a considerare la giurisprudenza meno restrittiva, soprattutto a livello di TAR, richiamata dalla società ricorrente che estende la immediata impugnazione del bando anche a quelle clausole che non consentono alla potenziale concorrente di formulare un'offerta, la conclusione non cambia atteso che:

a) la spa Autostrade del Brennero non ha in alcun modo dimostrato con stringenti argomentazioni come le prospettate illegittimità e carenze del bando producessero un simile effetto;

b) la suddetta società ha presentato domanda di partecipazione entro i termini di scadenza previsti dal bando;

c) il bando di gara prescriveva soltanto la formale presentazione di una manifestazione di interesse a partecipare alla gara, per cui la formulazione dell'offerta doveva essere effettuata alla luce degli elementi contenuti nella successiva lettera di invito che ha funzione integrativa del bando per gli aspetti dallo stesso non disciplinati.

Ciò premesso, il proposto gravame in parte deve essere rigettato e in parte deve essere dichiarato inammissibile.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n.8260 del 2011, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta e in parte lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Davide Soricelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2013

IL SEGRETARIO

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