



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 n. 329 del 2012, proposto da Autostrade centro padane s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione e Ernesto Stajano, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Guccione, in Roma, via Flaminia n. 135;

contro

A.N.A.S. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata ex lege; ministero delle infrastrutture e dei trasporti e ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentati e difesi dall'avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è

domiciliato ex lege;

e con l'intervento di

Associazione italiana società concessionarie autostrade e trafori (AISCAT), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, presso il cui studio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione

dell'atto prot. n. CDG-0162626-P del 7 dicembre 2011 e dell'atto prot. CGD-0122253-P del 8 settembre 2011 e di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e /o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2012 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente è il gestore della tratta autostradale A21 – Piacenza – Cremona – Brescia e diramazione Fiorenzuola d'Arda e

del raccordo autostradale tra il casello di Ospitaletto e il casello di Poncorale e raccordo con l'aeroporto di Montichiari, oltre alle opere connesse e complementari agli stessi. La relativa convenzione di costruzione e gestione – assentita negli anni 70 dello scorso secolo – è scaduta il 30 settembre 2011.

2. La ricorrente con il ricorso all'esame espone che l'A.N.A.S., nonostante la prossimità della scadenza della convenzione, nulla ha comunicato in ordine alle modalità della futura gestione.

In questa situazione di incertezza, essa, in data 9 giugno 2011, presentava una proposta di project financing ai sensi dell'articolo 152, comma 3, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 e dell'articolo 278 D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207; la proposta, oltre alla prosecuzione della gestione delle opere stradali esistenti, prevedeva la realizzazione di ulteriori opere migliorative, complementari e di adduzione alla A21 (terza corsia da Manerbio a bivio Piacenza-Fiorenzuola, raccordo autostradale Castelvetro – Porto canale di Piacenza, adeguamento tangenziale sud di Brescia etc. ...).

In mancanza di riscontro il 25 novembre 2011 la ricorrente chiedeva di conoscere lo stato dell'istruttoria del procedimento.

Con nota del 7 dicembre 2011 l'A.N.A.S. riscontrava la richiesta dichiarandola “non ricevibile”: a) richiamando una sua precedente nota del 8 settembre 2011 con cui aveva comunicato che “con un preavviso di almeno sei mesi comunicherà la data dell'effettivo subentro nella concessione ...”; b) aggiungendo che la proposta non

avrebbe potuto qualificarsi come concessione di servizi ai sensi dell'articolo 278 D.P.R. 207/2010 dovendosi invece inquadrare come “concessione di costruzione e gestione, tenuto anche conto dei recenti provvedimenti normativi e giurisprudenziali in materia tra cui, da ultimo, l'articolo 43, comma 5, d.l. 6 dicembre 2011, n. 211”.

3. La Autostrade centro padane notificava quindi il ricorso all'esame con cui impugna le due note dell'A.N.A.S. (quella del 8 settembre 2011 e quella del 7 dicembre 2011) denunciandone l'illegittimità.

In particolare la ricorrente: a) contesta la qualificazione in termini di concessione di costruzione e gestione della sua proposta, sostenendo che essa costituisce una proposta avente a oggetto una concessione di servizi (primo motivo); b) nega l'applicabilità alla fattispecie della disposizione citata dell'articolo 43, comma 5, d.l. n. 211 del 2011, sostenendo che alla sua proposta, in quanto presentata anteriormente all'entrata in vigore di quella norma dovrebbe (continuare a) applicarsi la disciplina anteriore (in pratica quella vigente alla data del 9 giugno 2011) (secondo motivo); c) denuncia l'illegittimità costituzionale e comunitaria dell'articolo 43, comma 5, ove lo si ritenesse applicabile alla fattispecie (terzo motivo); d) infine contesta il difetto di istruttoria e motivazione dei provvedimenti dell'A.N.A.S. e la disapplicazione da parte di quest'ultimo della disciplina in materia di project financing recata dall'articolo 152, comma 3, d.lg. 12 aprile 2006 e dall'articolo 278 del citato D.P.R. n. 207 del 2010 (quarto e quinto motivo).

L'A.N.A.S. resiste al ricorso. E' intervenuta ad adiuvandum l'associazione italiana società concessionarie autostrade e trafori che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.

DIRITTO

1. Preliminarmente occorre rilevare che l'impugnazione della nota del 8 settembre 2011 è inammissibile per carenza d'interesse; tale nota, infatti, oltre a contenere un invito alla ricorrente a proseguire provvisoriamente la gestione dei tratti stradali in concessione dal 1° ottobre 2011 "secondo termini e modalità previste dalla convenzione vigente" (la nota reca un riferimento all'articolo 5 della convenzione che non è stata depositata da alcuna delle parti per cui non è possibile comprendere la portata della locuzione), si limita a affermare in modo anodino (dopo aver fatto riferimento a precedenti note che parimenti nessuna parte ha depositato in giudizio) che "sarà cura della scrivente comunicare con un preavviso di almeno sei mesi la data dell'effettivo subentro nella concessione in oggetto". Come si vede la nota, a parte l'invito alla prosecuzione in via provvisoria della gestione (che non è determinazione lesiva e relativamente alla quale comunque non sono state prospettate censure), non reca alcuna chiara manifestazione di volontà dell'ANAS in ordine alla futura gestione né tantomeno menziona l'istanza che in data 9 giugno 2011 la ricorrente aveva formalizzato. Essa comunque non può essere considerata come una implicita manifestazione di reiezione di tale istanza né può essere interpretata, come sostenuto dalla ricorrente,

come manifestazione implicita di una volontà dell'ANAS di gestire direttamente la tratta autostradale in questione.

2. Per quanto concerne l'impugnazione della nota del 7 dicembre 2011, essa è infondata e va respinta.

3. Benchè, come sottolineato sia in ricorso che da parte dell'interveniente, la motivazione della declaratoria di irricevibilità sia poco chiara, essa applica correttamente la normativa vigente alla data dell'atto.

Occorre muovere dal rilievo che la reale motivazione del diniego è recata dalla seconda parte della nota (dato che la prima si limita a richiamare la nota del precedente settembre).

4. Sul punto sia la ricorrente che l'interveniente evidenziano anzitutto che la qualificazione della proposta come concessione di costruzione e gestione prospettata dall'ANAS è errata perché disattende la normativa nazionale e comunitaria che stabilisce in modo inequivoco che la qualificazione del rapporto come concessione di lavori o concessione di servizi debba avvenire avendo riguardo all'oggetto principale; in questa prospettiva è stato affermato (per questa ricostruzione si veda Consiglio di Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620) che, allorchè il rapporto preveda (anche) la realizzazione di lavori, l'oggetto principale del contratto resta un servizio quando questi lavori abbiano un carattere accessorio e complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto.

Le argomentazioni della ricorrente e dell'interveniente pur essendo

giuridicamente fondate frainendono il contenuto dell'atto dell'Anas e della stessa normativa che è stata applicata alla fattispecie.

5. Nell'attuale sistema normativo nazionale e comunitario sono previste due categorie di concessioni: concessioni di lavori e concessioni di servizi. La distinzione è stata codificata dalla direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE e quindi recepita nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 12, d.lg. n. 163 del 2006; la "concessione di lavori pubblici" è "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo"; la "concessione di servizi" comprende i contratti che "presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (art. 1, sub 3 e 4 della direttiva 2004/18).

Non è quindi più prevista una categoria intermedia di concessione costituita dalla concessione di costruzione e gestione; nel caso, quindi, di fattispecie miste nelle quali si contempli anche l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione del servizio, a seguito della modifica dell'art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ad opera della legge 18 aprile 2005, n. 62 e con la codificazione del criterio qualitativo - funzionale dell'accessorietà dei lavori rispetto all'oggetto

principale dedotto nel contratto di servizio pubblico, si avrà, ex articolo 14, comma 2, lettera c), d.lg. n. 163, concessione di lavori pubblici ovvero di pubblici servizi secondo che risulti strumentale il servizio rispetto alla costruzione dell'opera o viceversa (Cass., sez. un., 14 febbraio 2008, n. 3518; Cons. St., sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804).

Questo quadro normativo, discendendo da disposizioni di diritto comunitario, è vincolante anche per il legislatore nazionale, nel senso che la concessione che contempra anche la realizzazione di lavori oltre alla gestione del servizio pubblico deve qualificarsi come di lavori o di servizi sulla base del criterio indicato nell'articolo 1 della direttiva 2004/18/CE e quindi come concessione di servizi o di lavori secondo che le opere da realizzare abbiano oppure non abbiano "titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto"; di conseguenza la disposizione dell'articolo 43, comma 5, d.l. 6 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (secondo cui "i contratti di concessione di costruzione e gestione e di sola gestione nel settore stradale e autostradale sono affidati secondo le procedure previste all'articolo 144 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni, ovvero all'articolo 153 del medesimo decreto."), se intesa nel senso che i contratti in esso indicati debbano ex lege qualificarsi come concessioni di lavori al di fuori di una analisi del loro reale contenuto, si porrebbe effettivamente in

contrasto con il diritto comunitario.

Tuttavia la disposizione in questione non stabilisce che le concessioni di servizi in materia stradale e autostradale debbano essere qualificate come concessioni di lavori ma soltanto che esse debbano essere affidate “secondo le procedure previste all'articolo 144 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni, ovvero all'articolo 153 del medesimo decreto”; ciò non viola il diritto comunitario poiché l'articolo 17 della citata direttiva (e l'articolo 30 d.lg. n. 163 che ne ha recepito il contenuto) stabiliscono che la disciplina della direttiva (e quella del codice degli appalti) non si applichi alle concessioni di servizi; da ciò consegue che non viola il diritto comunitario l'articolo 43, comma 5, citato secondo cui le concessioni in materia autostradale, anche quelle di costruzione e gestione o di sola gestione, vadano affidate con le procedure previste in materia di concessioni di costruzione. Insomma il legislatore nazionale – nello stabilire che le concessioni di costruzione e gestione o di sola gestione in materia stradale e autostradale debbano essere affidate secondo la disciplina prevista dal codice degli appalti in materia di concessione di lavori – è intervenuto, con una previsione che ha ad oggetto le modalità dell'affidamento e non la qualificazione del rapporto, in un ambito che non è specificamente disciplinato dal diritto comunitario (o meglio dalla direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE); va solo aggiunto, in relazione alle censure di illegittimità costituzionale e

comunitaria dedotte dalla ricorrente e dall'interveniente, che esse sono infondate perché, sottoponendo le concessioni in questione alla disciplina in materia di affidamento della concessioni di lavori, non vi è alcuna violazione di principi di diritto comunitario o interno né alcun effetto distorsivo del mercato; in realtà la norma dell'articolo 46, comma 5, è piuttosto finalizzata a dare attuazione a quei medesimi principi di cui le disposizioni del codice degli appalti richiamate sono espressione; il richiamo deve poi essere inteso nei limiti della compatibilità nel senso che alle gare da svolgere secondo le norme degli articoli 144 e 153 codice appalti non potranno applicarsi norme che risultino non compatibili con l'oggetto dell'affidamento; e del resto lo stesso articolo 152, comma 3, invocato dalla ricorrente e dall'interveniente, prevede che le disposizioni in materia di finanza di progetto di lavori si applichino, nei limiti della compatibilità, anche ai servizi (in questa prospettiva sono infondati i timori di effetti discorsivi del mercato che deriverebbero dal fatto di imporre ai partecipanti a una procedura per l'affidamento della sola gestione di un'opera esistente dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di lavori); quindi in definitiva il significato del rinvio operato dall'articolo 46, comma 5, si risolve nell'escludere l'applicabilità in materia di concessioni stradali e autostradali della disciplina dell'articolo 278 D.P.R. n. 207 del 2010, operazione legittima dato che quest'ultima è una norma regolamentare che, oltretutto, fa espressamente salvo l'articolo 30,

comma 4, del codice, cioè la disposizione che a sua volta reca la salvezza di “discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza”. Il senso dell’articolo 43, comma 5, più volte citato è quello di cercare di aprire maggiormente alla concorrenza il settore delle concessioni stradali e autostradali.

In conclusione la nota dell’Anas impugnata si limita ad affermare che, per effetto dell’articolo 46, comma 5, citato, alla proposta di project financing della ricorrente non si poteva più applicare il citato articolo 278 e ciò corrisponde a quanto quella disposizione dispone.

6. Infondate sono poi le censure con cui si sostiene l’inapplicabilità della disciplina dell’articolo 46, comma 5 in ragione della sua sopravvenienza rispetto alla proposizione dell’istanza della ricorrente; a parte il rilievo che alla data della nota impugnata nemmeno era trascorso il termine di sei mesi previsto dall’articolo 278 sta di fatto che per principio generale le norme di diritto pubblico si applicano immediatamente alle fattispecie che esse disciplinano e che ancora non siano state definite al momento della loro sopravvenienza per cui, non essendo il procedimento iniziato dalla istanza della ricorrente in data 9 giugno 2011 ancora terminato, a esso si applicavano senz’altro le disposizioni recate dalla normativa sopravvenuta (Consiglio di Stato, sez. IV, 12 ottobre 2000, n. 5432).

7. Il ricorso deve quindi essere respinto. Le spese di giudizio, in considerazione della particolarità e novità della questione possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sezione III, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/06/2012

IL SEGRETARIO

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