



Ricorso n. 440/05

Sent. n. 1029/06

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima
Sezione, con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso	Presidente
Angelo De Zotti	Consigliere, relatore
Marco Buricelli	Consigliere

ha pronunciato la seguente

Avviso di Deposito del a norma dell'art. 55 della L. 27 aprile 1982 n. 186 <i>Il Direttore di Sezione</i>
--

SENTENZA

sul ricorso n. 440/05, proposto dall'ANCE - Associazione Nazionale
dei Costruttori Edili, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio
Domenichelli, Cesare Loria e Matteo Mazzone ed elettivamente
domiciliata presso lo studio dell'avv. Pier Vettor Grimani in Venezia,
piazzale Roma, n. 466/G,

e dall'impresa ENRICO ROMAGNOLI S.p.A., rappresentata e difesa
dagli avv.ti Vittorio Domenichelli, Cesare Loria e Matteo Mazzone ed
elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Pier Vettor
Grimani in Venezia, piazzale Roma, n. 466/G,

contro

la società AUTOSTRADA BRESCIA VERONA VICENZA
PADOVA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Di Porto
e Luca Pellicani, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del
secondo in Mestre-Venezia, Via Tasso 48,
di A.N.A.S. S.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato,
domiciliataria ex lege;

e nei confronti

della società SERENISSIMA COSTRUZIONI S.p.A., rappresentata e
difesa dall'avv. Alfredo Biagini, ed elettivamente domiciliata presso
lo studio dello stesso in Venezia, S. Croce 466/g,

e con l'intervento ad opponendum

di AISCAT in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Alfredo Biagini, Angelo Clarizia e
Gaetano Morazzoni, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del
primo in Venezia, S. Croce 466/g;

per l'annullamento (nel ricorso principale)

dei provvedimenti (di data ed estremi non noti) con i quali la
società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova ha proceduto all'
affidamento diretto, e senza alcuna procedura di gara, di un primo
lotto dei lavori di completamento dell'autostrada A31 "Valdastico
Sud" alla società Serenissima Costruzioni S.p.A.;

per l'annullamento (nel ricorso per motivi aggiunti)

della delibera del Comitato Direttivo del 13 dicembre 2004 di
affidamento diretto dei lavori a Serenissima Costruzioni s.p.a.;

della delibera del Consiglio di Amministrazione di Autostrada
Brescia Verona Vicenza Padova S.P.A. dell'8 ottobre 2004;

dell'approvazione dell' ANAS del progetto esecutivo con
lettera prot. 6825 del 26 ottobre 2004;

della delega al Comitato Direttivo, ricevuta in data 2 aprile

2004, a deliberare "in merito all'esecuzione in proprio dei lavori da effettuare ai sensi dell'art. 2, comma 3, della l. 109/1994, e dell'art. 20 della convenzione vigente con l'ANAS";

della Convenzione Concessoria Anas Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova s.p.a. del 12 luglio 1956;

della Convenzione Concessoria Anas Autostrada Trento-Valdastico Vicenza-Riviera Berica-Rovigo s.p.a. del 30 settembre 1970;

della Convenzione Concessoria Anas Autostrada Brescia Padova del 21 dicembre 1972;

dell'atto di fusione per incorporazione della Autostrada Trento Valdastico nella Autostrada Brescia Padova del 4 giugno 1985;

dell'atto aggiuntivo alla Convenzione Concessoria Anas Autostrada Brescia Padova del 21 dicembre 1972, stipulato il 1 agosto 1986;

dell'atto aggiuntivo alla Convenzione Concessoria Anas Autostrada Brescia Padova del 21 dicembre 1972, stipulato l'11 ottobre 1990;

del 3^a Atto Aggiuntivo alla Convenzione Concessoria Anas Autostrada Brescia Padova del 21 dicembre 1972, stipulato il 26 ottobre 1992;

della lettera prot. n. 2017 del 5 maggio 1998 inviata dall'Anas a tutte le Società Concessionarie Autostradali;

della Convenzione Concessoria Anas Autostrada Brescia Padova del 7 dicembre 1999;

della lettera prat. n. 5442 del 15 novembre 2000 inviata dall'Anas a tutte le Società Concessionarie Autostradali;

della comunicazione prot. n. 1646 del 14 marzo 2003 inviata dall'Anas a tutte le Società Concessionarie Autostradali;

e di ogni altro atto connesso per presupposizione o consequenzialità.

Visto il ricorso notificato in data 21.2.2005 e depositato presso la Segreteria in data 28.2.2005;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada Bs-Vr-Vi-Pd S.p.a., di A.n.a.s. S.p.a. e di Serenissima Costruzioni S.p.a. depositati, rispettivamente, in data 15.3.2005, 12.3.2005 e 15.3.2005, con i relativi allegati;

visto l'atto di intervento ad opponendum di Aistat, depositato presso la Segreteria in data 9.12.2005, con i relativi allegati;

visti gli atti tutti della causa;

uditi, all'udienza pubblica del 15 dicembre 2005 (relatore il Consigliere De Zotti) gli avvocati: Domenichelli e Todescato, quest'ultimo in sostituzione di Mazzone, per la parte ricorrente; Di Porto e Sabino per la Autostrade di Bs-Vr-Vi-Pd S.p.a., Brunetti per l'A.N.A.S., Biagini per Serenissima Costruzioni S.p.a. e Clarizia per l'interveniente;

ritenuto in fatto e in diritto:

Fatto

I ricorrenti Ance e impresa Enrico Romagnoli espongono di aver appreso da notizie di stampa comparse nel mese di febbraio 2004

che la S.p.A. Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova (di seguito, per brevità, Autostrada B/P), nella sua veste di concessionaria dell'Anas, avrebbe proceduto alla realizzazione della nuova tratta autostradale "Valdastico Sud" avente una lunghezza di 54 km ed un costo di € 943.000.000 affidando una quota assai rilevante di tali lavori a trattativa privata, ad una società, la Serenissima Costruzioni, da essa costituita nel 2002 e della quale la stessa Autostrada B/P detiene il 70% del capitale.

Ritenendo detto affidamento diretto non conforme alle disposizioni ed ai principi comunitari, costituzionali ed amministrativi, l'ANCE formulava una richiesta di accesso alla documentazione all'Autostrada B/P, che rispondeva non esservi: "allo stato alcun atto relativo all'affidamento dei lavori di costruzione della tratta autostradale Valdastico Sud, o parte di essi, alla controllata Serenissima Costruzioni s.p.a. ".

Successivi articoli di stampa riferivano, invece, che la società Autostrade avrebbe a breve proceduto all'affidamento diretto di parte dei lavori in questione alla società Serenissima Costruzioni; sicchè l'ANCE e l'impresa Enrico Romagnoli S.p.A. con nota del 6.7.2004, reiteravano la richiesta di accesso alla documentazione e comunque di informazioni, ricevendo conferma dell'insussistenza dell'intendimento di procedere a detto affidamento diretto.

In seguito i ricorrenti apprendevano tuttavia, da ulteriori articoli di stampa specializzata che Autostrada B/P, aveva affidato in modo diretto, e senza alcuna procedura di gara, alla società Serenissima

Costruzioni l'esecuzione di un primo lotto di lavori inerente il tronco Vicenza Rovigo, nodo interconnessione A4-A31 (per un ammontare decine di milioni di euro) con inizio nel gennaio 2005; intento confermato dalla stessa Autostrada BP con lettera del suo legale del 31.1.2005.

Avverso detto affidamento diretto l'ANCE e l'impresa Enrico "Romagnoli s.p.a. propongono il presente ricorso: la prima, in dichiarata tutela degli interessi dei propri associati che in tal modo vedono sottratta illegittimamente al mercato degli appalti, e perciò alla regolare concorrenza del settore, ad esclusivo beneficio della Serenissima Costruzioni s.p.a., lavori di eccezionale importanza e rilevanza economica; la seconda, a tutela del proprio interesse a che per tali lavori sia bandita una regolare gara pubblica cui essa possa partecipare (avendo una qualificazione illimitata per la categoria "strade") con conseguente possibilità di risultarne aggiudicataria.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 2. comma 3 (alla luce dell'art. 3 della direttiva comunitaria 93/37/CEE). della legge 109/1994; violazione degli artt. 41 e 97 della Costituzione; violazione degli artt. 3, 85 e 86 del Trattato CE.

Si sostiene che l'unica forma di concessione di opere pubbliche consentita dalla legge 11.2.1994, n. 109 è quella di costruzione e gestione, nella quale il corrispettivo del concessionario è in parte costituito da un prezzo ed in parte costituito dai proventi della futura gestione dell'opera realizzata (nella specie i pedaggi autostradali), che

l'art. 20 di detta legge impone, per la scelta del concessionario, il ricorso alle procedure di gara ad evidenza pubblica; che una volta che il concessionario sia stato prescelto con procedura ad evidenza pubblica il concessionario stesso può eseguire i lavori o con la propria organizzazione o con quella delle imprese da esso controllate (art. 2, comma 3, prima parte, della legge 109/94); che il legislatore, una volta che sia stata garantita la libera concorrenza di mercato, assimila l'esecutore controllante alle sue controllate ritenendo l'uno e le altre un unicum imprenditoriale; che analoga disciplina è prevista all'art. 3 della Direttiva 93/37/CEE che, dopo aver affermato l'esigenza di scegliere il concessionario con gara, consente allo stesso - al comma 5 - di eseguire le opere tramite le imprese "ad esso collegate"; che tale possibilità ha dunque come presupposto imprescindibile la circostanza che il concessionario sia stato scelto con gara; che avuto riguardo a tale sistema normativo, il provvedimento con cui Autostrada B/P ha disposto l'affidamento diretto a Serenissima Costruzioni S.p.A. costituisce un evidente mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative, quali sono quelle che impongono l'attuazione delle procedure ad evidenza pubblica, aperte, a livello comunitario, alle imprese operanti sul mercato ed in possesso dei requisiti prescritti; che pertanto l'atto decisionale di Autostrada B/P è radicalmente nullo per illiceità della sua causa. in quanto costituente, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., un artificio per eludere l'applicazione di norme inderogabili; che risulta violato anche l'art. 2, comma 3, della legge 109/94 il quale afferma che per la realizzazione di opere previste nelle convenzioni

già assentite alla data del 30 giugno 2002 i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del 40%; che tale formulazione potrebbe indurre all'erroneo convincimento che il restante 60% possa essere in ogni caso eseguito dal concessionario tramite le proprie imprese controllate ai sensi della prima parte dello stesso art. 2, comma 3, della legge 109/94 ma che così non è in quanto la seconda parte del comma 3 riguarda soltanto le ipotesi in cui il concessionario stesso sia stato scelto con gara; che l'art. 20, comma 2, della stessa legge 109/94 prescrive perentoriamente (conformemente alla Direttiva comunitaria) che le concessioni di cui all'art. 19 siano affidate esclusivamente mediante licitazione privata; che tale lettura interpretativa dell'art. 2, comma 3, seconda parte, della legge 109/94 è imposta dall'esigenza di rispettare il canone ermeneutico dell'interpretazione più conforme ai principi costituzionali e comunitari, i quali si identificano nell'esigenza di imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e nell'esigenza che la concorrenza sia garantita con l'attuazione delle procedure di gara legislativamente disciplinate che non la falsino o che non la annullino (art. 41 Cost.; artt. 3, 85 e 86 del Trattato UE; artt. 1 e 7 della Direttiva comunitaria 93/37 del 14.6.1993); che pertanto, secondo parte ricorrente l'art. 2, comma 3, della legge 109/94 va inteso nel senso che l'Autostrada B/P, non essendo stata scelta quale concessionaria dell' ANAS mediante pubblica gara è tenuta, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della stessa Direttiva 93/37/CEE, ad appaltare i lavori a terzi con procedure ad evidenza pubblica.

2) violazione degli artt. 1 e 3 della Direttiva comunitaria 93/37 del 14.6.1993; violazione del principio di libera circolazione dei servizi per effetto della violazione dell'art. 41 della Costituzione applicato in conformità all'art. 49 del trattato UE.

Si sostiene che la Direttiva comunitaria 93/37, all'art. 1, lettera d), assimila la concessione di lavori pubblici all'appalto, ad eccezione del fatto che il corrispettivo del concessionario consiste nel diritto di gestire l'opera oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo; che l'ipotesi tipica disciplinata dalla Direttiva è perciò quella del concessionario prescelto a seguito di pubblica gara; tant'è che il successivo art. 3, comma 1 della direttiva impone all'amministrazione aggiudicatrice di espletare, per la scelta del concessionario, una pubblica gara; che la Direttiva citata, all'art. 3, comma 2, afferma, inoltre che l'amministrazione può imporre al concessionario di affidare a terzi una percentuale dell'appalto; che tutto ciò, però, ha luogo all'interno di una procedura di gara, tanto che il predetto comma 2 parla di "amministrazione aggiudicatrice" e di "candidati" (in quanto tali, cioè, partecipanti ad una gara) i quali hanno facoltà di aumentare la percentuale di lavori da appaltare a terzi; che allorché la norma parla di esecuzione tramite le imprese collegate, afferma che "l'elenco di tali imprese è unito alla candidatura per la concessione" (così postulando che la scelta del concessionario avvenga tramite gara); che la condotta seguita dall'Autostrada B/P sarebbe legittima ove essa fosse stata prescelta dall'ANAS con pubblica gara quale concessionaria esecutrice; che viceversa la concessionaria Autostrada

B/P deve comportarsi per i lavori da appaltare a terzi come un qualsiasi ente pubblico, e cioè indicando gare aperte alla concorrenza e senza possibilità alcuna di affidare direttamente lavori ad imprese da essa controllate; one ad hoc di una società controllata cui affidare in modo diretto ben il 60% dei lavori ricevuti in concessione; che ciò risulta confermato dalla nuova Direttiva comunitaria 2004/18/CEE del 1.3.2004, di prossimo recepimento nel nostro ordinamento; che l'esigenza della procedura di gara comunitaria per l'attribuzione della concessione di costruzione e gestione è stata affermata anche dall'Autorità Nazionale Garante della Concorrenza e del Mercato con parere 23.4.1998 avente ad oggetto il decreto ministeriale 14 agosto 1997, n. 314 nonché dalla stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento per le Politiche Comunitarie) nella circolare 1.3.2002, n. 3944 sulle procedure di affidamento delle concessioni di servizi e lavori, con la quale ha sottolineato l'obbligo di utilizzare procedure selettive ed in particolare ha riconosciuto la portata generale della disciplina dell'art. 19 della legge 109/94 "che occorre applicare a prescindere dal metodo utilizzato per l'affidamento ed anche se la concessione sia disposta con legge"; che infine, più volte nella giurisprudenza comunitaria è stato affermato dalla Corte di Giustizia Europea (cfr. anche Cons. St., V, n. 2294 del 30.4.2002) il principio della proporzionalità, secondo il quale ogni provvedimento adottato deve risultare al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti, nel senso che siano adottati quei provvedimenti "che comportino le minor turbative per l'esercizio delle attività

economiche".

3) eccesso di potere per sviamento dal pubblico interesse per omissione di procedure di gara finalizzata all'ottenimento delle condizioni economiche più vantaggiose con conseguente danno erariale.

Si sostiene che il presupposto che giustifica e legittima l'affidamento diretto da parte del concessionario alle sue controllate è che il concessionario stesso sia stato prescelto con gara ad evidenza pubblica; che in assenza di tale presupposto, il concessionario deve esperire in ogni caso gare pubbliche per l'appalto a terzi; che la violazione di tale principio, determina un totale sviamento dal pubblico interesse sotto l'aspetto economico, con sicuri danni erariali.

Con motivi aggiunti notificati in data 14 e 20.4.2005 e depositati in data 21.4.2005 i ricorrenti impugnano anche tutti gli ulteriori atti indicati in epigrafe, riproponendo per relationem le stesse censure dedotte nel ricorso principale.

Si è costituita in giudizio l'ANAS la quale ha preliminarmente eccepito il difetto di legittimazione di A.N.C.E. e comunque l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, in quanto gli atti gravati non vengono censurati sotto alcun profilo; nel merito contesta i motivi di ricorso e ne chiede la reiezione con vittoria di spese.

Si sono costituite anche l'Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. e la società Serenissima Costruzioni s.p.a., le quali hanno opposto analoghe eccezioni pregiudiziali ed hanno concluso per la reiezione del ricorso con vittoria di spese.

E' intervenuta ad opponendum l'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori - AISCAT.

All'udienza pubblica del 15 dicembre, previa audizione dei difensori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

Diritto

1. Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso.

1.1. Con la prima viene dedotto il difetto di legittimazione a ricorrere di ANCE perché in conflitto di interesse con un'impresa appartenente alla categoria rappresentata, e cioè con la società Serenissima Costruzioni, affidataria diretta di un lotto dei lavori contestati; la seconda riguarda ambedue i ricorrenti e muove dal rilievo che costoro non hanno impugnato la convenzione ANAS-Autostrada B/P, costituente atto presupposto rispetto all'affidamento diretto dei lavori che sono oggetto della controversia.

Ambedue le eccezioni sono infondate.

2. Quanto alla prima va rammentato che le associazioni di categoria hanno titolo ad agire in sede giurisdizionale allorquando vengano in questione posizioni soggettive di esse associazioni, oppure posizioni soggettive del gruppo, considerato nella sua interezza, del quale costituiscono stabile centro di riferimento.

2.1. Ebbene, ANCE, impugnando i provvedimenti che consentono l'affidamento (di parte) dei lavori compresi nel progetto di completamento dell'Autostrada A31 in modo diretto e senza gara, non ha agito, secondo quanto sostengono le controparti "a favore degli

interessi individuali di alcuni associati contro altri”, ma a tutela di un interesse collettivo, e più precisamente il principio di concorrenza nei confronti di atti che possono costituire restrizione alle regole del libero mercato e, nello specifico a difesa dell’obbligo di aggiudicazione dei lavori appaltandi mediante gara pubblica, di cui la stessa ANCE, come associazione di imprenditori è al contempo portatrice e soggetto esponenziale.

2.2. Nella specie va quindi applicata la regola per cui, quando l’atto impugnato si riveli effettivamente idoneo a determinare la lesione di interessi unitari di una determinata categoria di soggetti (cfr. Cons. St., V, 29 gennaio 1999 n. 69; id., 1° luglio 2002 n. 3586), il relativo ente esponenziale è legittimato ad agire in giudizio per far valere tali interessi, ancorché, ciò possa implicare una contrapposizione processuale con le imprese che siano interessate alla sopravvivenza degli atti impugnati, poiché esse, ed esse sole, ne ritraggono un vantaggio specifico a svantaggio di altri aderenti all’associazione (cfr. Cons. St., V, 3 giugno 1996 n. 624).

2.3. In questa prospettiva è dunque irrilevante che il giudizio coinvolga un potenziale associato ad ANCE (e cioè Serenissima Costruzioni che è in attesa di iscrizione all’associazione), poiché l’interesse a contrastare l’affidamento di lavori senza gara va valutato in astratto, come interesse dell’intera categoria e non come interesse dei singoli, né come interesse meramente adesivo a quello dei soggetti interessati alla gara pubblica, qual’è nella specie quello fatto valere dell’impresa Romagnoli, ma come interesse generale e “virtuale” di

tutti gli aderenti all'associazione a partecipare alle gare pubbliche senza restrizioni, avendone i requisiti e vantando un concreto interesse ad eseguire i lavori.

2.4. Donde anche la posizione autonoma e diversa, specie ai fini della domanda di risarcimento del danno, che caratterizza il ricorso ANCE rispetto a quella dell'impresa Romagnoli, la quale agisce, diversamente dalla prima, nella prospettiva concreta (e non meramente virtuale) della partecipazione alla gara non assoggetta alla procedura ad evidenza pubblica.

3. Quanto alla seconda eccezione, riferita al fatto che ambedue i ricorrenti non hanno impugnato la convenzione del 1956 e gli atti integrativi intercorsi tra ANAS e Autostrade B/P, che costituiscono atti presupposti rispetto all'affidamento diretto dei lavori, il Collegio si limita a rilevare, fatti salvi ulteriori approfondimenti sulla stessa eccezione ma sotto altro profilo, che in realtà la stessa è infondata, posto che la convenzione del 1956 e le convenzioni successive sono state invero impuginate con il ricorso per motivi aggiunti (l'eccezione è stata infatti formulata nei confronti del ricorso principale) e quindi, che il ricorso di ANCE e di Romagnoli è, sotto tale specifico profilo, ammissibile.

3.1. Né il ricorso può essere considerato tardivo perché non c'è prova che la conoscenza delle convenzioni impuginate sussistesse da un momento anteriore a quello in cui mediante il richiesto accesso, i ricorrenti ne hanno acquisito la piena cognizione.

3.2. Resta peraltro da deliberare l'eccezione di inammissibilità

del ricorso per motivi aggiunti - che secondo parte resistente refluisce sull'ammissibilità del ricorso principale - e che è fondata sul diverso rilievo che con il secondo ricorso (aggiunto) ANCE e Romagnoli hanno bensì impugnato gli atti presupposti ivi elencati, tra cui le convenzioni risalenti agli anni 1956, 1972, 1990, 1992 e 1999, ma che non hanno dedotto nei confronti di tali atti, alcun motivo, né nuovo né mutuato per relationem dal ricorso introduttivo, donde l'inammissibilità totale del ricorso aggiunto.

3.3. In realtà a giudizio del Collegio l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti potrebbe essere certamente accolta sotto tale profilo, poiché effettivamente il ricorso per motivi aggiunti non contiene alcun espresso motivo di censura, salvo un del tutto generico richiamo per relationem a tutte le doglianze formulate nel ricorso principale, che, per quanto osservato, è certamente inidoneo a fondare un ricorso autonomo per motivi aggiunti.

3.4. Peraltro, quand'anche si ritenga che nel ricorso per motivi aggiunti siano state implicitamente richiamate tutte, ed esattamente riprodotte tutte le censure del ricorso principale, la sorte dell'eccezione non muterebbe, e comunque non muterebbe il risultato in quanto il Collegio reputa che il ricorso contro gli atti presupposti (la concessione-convenzione del 1956 e le convenzioni aggiunte intervenute tra l'ANAS e la società Autostrade) sia comunque, per questa parte, inammissibile, posto che le censure dedotte nel ricorso principale (violazione della legge 109/1994 e della direttiva 93/37CEE) non possono riguardare certamente le concessioni e gli atti

di convenzione (quasi tutti) stipulati prima del 1993, quando le suddette norme non erano in vigore ed il regime delle concessioni senza previa gara era del tutto consentaneo in base all'ordinamento allora vigente.

3.5. E non solo: infatti, poiché con i motivi aggiunti, ove riproductivi di quelli dedotti nel ricorso principale, i ricorrenti censurano la scelta di affidare il rilascio della concessione ad Autostrade B/P, si dovrebbe anche dubitare della legittimazione al ricorso, in parte qua, sia di ANCE che di Romagnoli, in quanto non è dimostrato che rispetto a questi atti, sia la prima che la seconda abbiano interesse o legittimazione, non essendo né aspiranti alla concessione né portatori di un interesse collettivo (ANCE) a rimettere in discussione le concessioni rilasciate ante direttiva 37/1993 e delle successive norme statali di recepimento.

3.5.1. L'interesse e la legittimazione possono invero astrattamente e sussistere, solo contro gli atti successivi alle norme che si assumono violate e dunque solo nei confronti della concessione rinnovata nel 1999 e contro gli atti del concessionario che hanno stabilito di non indire la gara ma di affidare i lavori a società controllata.

3.5.2. Ne consegue che sono (recte potrebbero essere) eventualmente gli atti applicativi delle concessioni, ossia le delibere di affidamento dei lavori a trovare ostacolo nelle norme sopravvenute, ma non certamente le concessioni e le convenzioni approvate e stipulate in precedenza, che rilevano come fatto storico, ossia come

atto presupposto intangibile poiché non impugnato ovvero impugnato, per questa parte, con censure inconferenti, e dunque inammissibili o comunque manifestamente infondate.

3.6. Ne deriva che i motivi aggiunti sono inammissibili e con essi è inammissibile il ricorso avverso le convenzioni di concessione stipulate tra ANAS e Autostrade B/P, mentre, diversamente da quanto ritiene parte resistente, resta ammissibile il ricorso principale poiché l'azione contro le delibere di affidamento di lavori senza gara non presuppone necessariamente l'annullamento delle concessioni (non sono quindi sotto questo profilo atti presupponenti) ma anzi la loro permanenza in essere, salvo per quanto attiene al regime degli affidamenti dei lavori, che ne costituisce la fase attuativa specificamente contestato.

4. Ciò detto e passando al merito, il ricorso, a giudizio del Collegio infondato.

4.1. Il punto centrale della controversia è sostanzialmente definito e riguarda la possibilità, che i ricorrenti contestano, per il concessionario scelto senza gara, di eseguire, in proprio o per mezzo di imprese collegate, lavori oggetto della concessione stessa mediante assegnazione diretta.

4.2. Sostengono, infatti, i ricorrenti, con tre motivi di ricorso che possono essere congiuntamente esaminati, che poiché la società Autostrade B/P odierna concessionaria dei lavori per cui si controverte, è stata scelta dall'ANAS su base fiduciaria, essa dovrebbe appaltare a terzi il 100% dei lavori oggetto della concessione (e non il

60% come prevede la convenzione attuale); pertanto, sarebbe illegittimo l'affidamento parziale di detti lavori alla società controllata Serenissima Costruzioni (che, qui si ricorda, ha acquisito la qualità di esecutrice dei lavori attraverso l'acquisto del ramo di azienda della Mazzi costruzioni contro la cessione alla stessa del 30% del proprio capitale) per contrasto con l'art. 2 comma 3^a della legge 109/1994 e con l'art. 3 della direttiva 93/37/CEE, che prevedono l'obbligo del rilascio della concessione previa gara e che consentono al concessionario l'esecuzione in proprio, o per il tramite di imprese controllate, con affidamento diretto dei lavori nella misura massima stabilita dalle stesse norme, solo nell'ipotesi che il concessionario stesso sia stato scelto mediante gara.

In particolare tale assunto viene fatto discendere dal collegamento tra il comma 2 ed il comma 5^a dell'art. 3 della Direttiva 93/37 a tenore del quale “non si considerano terze le imprese che si sono raggruppate per ottenere la concessione”, nonché con il comma 6^a che prevede che “l'elenco delle controllate è unito alla candidatura per la concessione”.

In realtà, come già premesso, la tesi dei ricorrenti non appare fondata.

4.3. Occorre, infatti, rammentare, innanzitutto, che nella specie si discute di convenzioni poste in essere in epoche anteriori alla direttiva 93/37/CEE (e quindi anche alla legge Merloni 109/1994) e precisamente di convenzioni stipulate negli anni 1956, 1970 e 1972, alle quali hanno fatto seguito, come documentato in atti, le

convenzioni aggiuntive del 1986, del 1992 e del 1999 per lavori complementari (solo la convenzione del 1999, che tuttavia non è autonoma ma riguarda lavori complementari è, infatti, successiva alla direttiva 37/93).

4.4. Per questa ragione, mentre è dubbio, in via di principio, che alle convenzioni anzidette si possa applicare la normativa comunitaria sopravvenuta (ma su questo infra) è certo, come già rilevato in sede di disamina delle eccezioni preliminari, che in questo giudizio non si può fare questione della legittimità di tali concessioni, nella parte in cui non assoggettano la scelta del concessionario alla procedura ad evidenza pubblica, in quanto sia la direttiva 37/93 che la l'art. 20 della legge Merloni riguardano, come d'altronde è ovvio, per quanto concerne il principio del rilascio di esse mediante gara, le nuove concessioni e non quelle già stipulate o prorogate in precedenza.

4.5. Infatti, come noto, prima del 1971 le concessioni non erano soggette ad alcun vincolo comunitario ed è noto altresì che la direttiva 71/305, nella versione vigente sino al 1989 escludeva dal proprio ambito di applicazione le concessioni di costruzione e gestione (e tale era la concessione poi aggiornata di cui si discute).

Ecco perché, come retro osservato, anche se fossero ammissibili i motivi aggiunti avverso la concessione del 1956 e le convenzioni successive, il ricorso sarebbe stato infondato poiché nulla impediva, al tempo della loro stipula, la concessione, di costruzione e gestione. in forma fiduciaria e senza previa gara.

E nessuna norma impediva che il rapporto concessorio tra ANAS e Autostrade B/P, instaurato prima della data “di apertura del mercato alla concorrenza” che al concessionario fosse consentito di eseguire opere in proprio in misura del 20% (art. 4 convenzione 12 luglio 1956) poi elevata al 40% (art. 3 convenzione del 30 settembre 1970 seguito dall’art. 3 della convenzione del 21 dicembre 1972 e dall’art. 5 dell’atto aggiuntivo del 26 ottobre 1992) .

5. Da tale premessa consegue che le concessioni mantengono tuttora inter partes il regime loro proprio, e che la loro attuazione, nella parte relativa all’affidamento diretto dei lavori potrebbe essere contestata solo laddove le norme sopravvenute in materia (nazionali e comunitarie) avessero introdotto, come sostiene parte ricorrente, un diverso regime per le vecchie concessioni, ed in particolare l’obbligo della gara per tutti gli appalti di lavori (100%) previsti dalle concessioni, recependo il principio che ciò che non era stato fatto in sede di rilascio della concessione (l’affidamento con gara) debba essere fatto oggi in sede di aggiudicazione dei lavori.

5.1. Senonchè, a giudizio del Collegio, nessuna delle disposizioni contenute nell’art. 3 della direttiva 93/37/CEE consente di affermare che un siffatto principio o corollario sia stato introdotto.

5.2. In particolare, non persuade, la tesi (desunta da un duplice argomento letterale) che l’obbligo della gara per l’esecuzione del 100% dei lavori oggetto della concessione derivi, per le vecchie concessioni, dall’inciso “raggruppate per ottenere la concessione” o di “candidatura per la concessione” riportati nell’art. 3 della citata

direttiva, in quanto, quand'anche la norma riguardasse anche il passato (e quindi le concessioni già stipulate o prorogate) - ciò che il Collegio non ritiene per quanto spiegherà in appresso - le norme sarebbero comunque astrattamente compatibili, come sostiene parte resistente, anche con un regime concessorio non assoggettato a previa gara, potendo in passato le imprese concessionarie candidarsi o raggrupparsi anche in funzione di una concessione fiduciaria.

5.3. Ma ciò che appare decisivo al Collegio è un diverso argomento e cioè il fatto che i commi 5[^] e 6[^] dell'art. 3 si riferiscono in realtà alla gara per assegnare la concessione e dunque riguardano la procedura di individuazione del concessionario de futuro (il che non implica ex se che se le concessioni in essere non furono assegnate con gara, questa deve oggi riguardare tutti i lavori che il vecchio concessionario intenda aggiudicare) non avendo alcun senso che il legislatore, sia comunitario che nazionale intendesse con ciò fissare criteri (retroattivi) per il rilascio delle concessioni già in essere né che volesse incidere sulle concessioni in atto modificandone il contenuto, per introdurre regole (quale quella dell'affidamento integrale con gara) dirette a modificare ciò che le concessioni rilasciate senza gara tuttora prevedono in punto di esecuzione in proprio dei lavori da esse disciplinate.

5.4. Né un siffatto principio appare desumibile dalle legge 109/94, nelle sue continue trasformazioni e sino alla legge 166/2002, che pure ha introdotto la distinzione tra il regime delle concessioni anteriori alle direttive comunitarie e di quelle nuove, per quanto

attiene al diritto di mantenere ferma la possibilità dell'esecuzione in proprio di una quota delle opere oggetto di concessione senza ricorrere alla gara, ove il concessionario si avvalga di imprese collegate o controllate.

5.4.1. Ed invero l'art. 2 della legge 109/1994, nella sua versione originaria, rimasta immutata anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 216/95 (c.d. Merloni bis) non contiene alcuna distinzione tra concessioni assentite con gara e senza gara e infatti stabilisce che: "tutti i concessionari pubblici sono obbligati ad appaltare a terzi i lavori pubblici non realizzati direttamente o tramite imprese controllate".

5.4.2. Quanto alla c.d. Merloni ter (l. 415/1998) che ha recepito la direttiva CEE n. 37 del 14 giugno 1993, essa introduce la distinzione tra concessioni assentite senza gara ed assentite con gara, ma prevede: che "i concessionari di lavori pubblici sono obbligati ad appaltare a terzi attraverso pubblico incanto o licitazione privata, i lavori non realizzati direttamente o tramite imprese controllate che devono essere espressamente indicate in sede di candidature" e che "le amministrazioni aggiudicatarie devono prevedere nel bando l'obbligo per il concessionario di appaltare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori oggetto della concessione"; che (art. 1 comma 4 bis) le disposizioni di cui al comma 4^a si applicano anche ai concessionari di lavori pubblici ed ai concessionari di infrastrutture adibite al pubblico servizio di cui al comma 2 lett. b) per la realizzazione dei lavori previsti nelle convenzioni già assentite alla data di entrata in vigore

della presente legge ovvero rinnovate e prorogate ai sensi della normativa vigente.

5.4.3. La legge Merloni ter ha quindi fissato, in sostanza, per le nuove concessioni da assentire con gara, il tetto del 60% dei lavori realizzabili attraverso imprese controllate ed ha esteso tali disposizioni alle concessioni assentite precedentemente ovvero prorogate.

5.4.4. La Merloni quater (l. 166/2002) infine, ha mantenuto l'equiparazione tra le due categorie di concessioni, e ridotto al 30% del valore globale dei lavori la quota minima che il concessionario deve affidare a terzi, includendo tra i lavori eseguibili in proprio quelli realizzati dalle collegate.

5.5. Ne consegue che, diversamente da quanto assume parte ricorrente, la legge Merloni dimostra che il legislatore nazionale ha riconosciuto espressamente, e tuttora riconosce, anche ai vecchi concessionari, indipendentemente dall'improbabile evenienza che siano state assentite con gara, la possibilità, ed anzi il diritto, di eseguire in proprio una quota di lavori anche tramite imprese controllate, coincidente con quella prevista per le nuove concessioni approvate a regime.

6. In conclusione, ritiene il Collegio, che né la direttiva comunitaria 93/37, né la normativa nazionale di attuazione abbiano introdotto il principio (che i ricorrenti riconducono all'obbligo di utilizzare procedure selettive per il rilascio delle nuove concessioni) alla stregua del quale i titolari delle concessioni ante direttiva 93/37/CEE non possono più ricorrere all'affidamento diretto dei lavori

(in qualsivoglia percentuale) perché le suddette concessioni non sono state assentite mediante gara.

6.1. E ciò non tanto perché, come sostengono le parti resistenti con argomenti che nella loro assolutezza “provano troppo”, la normativa sopravvenuta “non possa trovare applicazione con riferimento al rapporto concessorio ANAS Autostrade B/P in forza dei principi generali dell’ordinamento comunitario di certezza del diritto e di affidamento secondo il principio *tempus regit actum*”, essendo noto che nei rapporti di durata la sopravvenienza di norme imperative che si ponessero in contrasto con il contenuto della concessione o dell’affidamento in corso ne comporterebbero l’inapplicabilità, per illegittimità sopravvenuta, degli atti ulteriormente applicativi delle clausole *contra legem*, quanto perché in realtà, nella specie, il titolare della concessione già in essere (Autostrade B/P non acquisisce né conserva, sottraendosi alle regole della concorrenza, una quota di esecuzione diretta di lavori superiore a quella che il sistema innovato prevede per le nuove concessioni, ma resta confinato nei limiti della percentuale minima di affidamento a terzi (mediante gara) valido per tutti i concessionari: vale a dire nei limiti del 40% dei lavori, come previsto dal disciplinare della concessione ANAS e dalle convenzioni aggiuntive e modificative, che è peraltro inferiore al limite del 70% riconosciuto ai nuovi concessionari.

6.2. Diversa sarebbe stata la conclusione se la pretesa del concessionario fosse stata quella di conservare il regime più

favorevole, in funzione del principio *tempus regit actum*, ove questa possibilità fosse stata negata in tutto o in parte dalle nuove norme comunitarie, al fine di mantenere un regime preferenziale e di sottrarre alla concorrenza quote di lavori in misura incompatibile con il regime normativo sopravvenuto.

6.3. Né vale infine, a giudizio del Collegio, opporre che la differenza di trattamento tra le nuove concessioni e quelle pregresse (ante direttiva 93/37/CEE) è giustificato dalla differenza genetica delle stesse concessioni (in quanto assentite le prime con e le seconde senza gara) perché in questa sede non si discute della legittimità delle gare per il rilascio delle concessioni, il cui regime è certamente cambiato a partire dalla direttiva 93/37, ma delle modalità di affidamento dei lavori, o meglio della percentuale di esecuzione diretta dei lavori che i concessionari attuali (non discriminati dal legislatore sulla base della distinzione tra concessionari con gara o senza) possono legittimamente attuare nella quota prevista dalla legge (che peraltro nella specie già contempla all'art. 4 della convenzione tipo, che la società concessionaria esegua in proprio o con le controllate, solo il 60% e che sia obbligata ad affidare a imprese terze il 40%, ossia più della quota minima).

6.4. Ne consegue che il concessionario Autostrade P/B, che aveva già tale possibilità in forza della concessione ANAS tuttora vigente, può ricorrere all'affidamento in proprio dei lavori, per mezzo di impresa controllata (e tale è la società Serenissima Costruzioni in forza della documentazione dimessa in atti) sino alla percentuale

anzidetta, fermo l'obbligo di appaltare ai terzi, come sin qui risulta aver fatto, la quota residua, e salvo il potere di incrementarla.

6.5. E poiché dagli atti di causa risulta che sino ad oggi le gare indette dal concessionario Autostrade B/P non hanno comportato il superamento della percentuale di valore di lavori prevista dalla concessione (risulta infatti, senza contestazioni sul punto, che ad oggi sono stati appaltati in proprio lavori per €20,649.803,68 (pari al 10,49 %) contro appalti con gara pubblica per € 176.096,599,75 (pari all'89,51 %) il Collegio ritiene che non siano state sin qui violate le norme che tutelano la concorrenza e l'apertura al mercato delle gare in materia di concessione di costruzione e gestione, atteso che il ricorso all'affidamento diretto di lavori a Serenissima costruzioni rientra ed è ampiamente al di sotto della misura percentuale che le norme comunitarie e nazionali assicurano al mercato attraverso la gara e che per converso garantiscono nella parte residua al concessionario, che si assume l'onere della costruzione e gestione dell'opera.

7. Tale conclusione rende evidentemente ed implicitamente irrilevante, se non inammissibile la richiesta di rinvio pregiudiziale delle norme comunitarie e nazionali alla Corte di Giustizia U.E. ai sensi dell'art. 234 del Trattato (in particolare al fine di chiedere se sia compatibile con l'art. 3 della direttiva 93/37/CEE la disposizione interna di cui all'art. 2 comma 3 della legge 109/1994 nella parte in cui consenta ad un concessionario scelto mediante affidamento diretto di eseguire una porzione di lavori mediante impresa ad esso collegata) atteso che, nell'ambito dell'art. 234 del Trattato, la Corte non può

pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario, trattandosi di questione che rientra nell'ambito della eventuale “disapplicazione” della norma nazionale, riservata al giudice interno, sulla quale il Collegio si è già pronunciato nel paragrafo 5 e seguenti, escludendo che le norme della direttiva 93/37/CEE, nell'introdurre il principio della necessità della gara per le nuove concessioni abbiano introdotto il corollario (destinato ad incidere sul regime delle concessioni stipulate prima della direttiva 93/37, anche se queste prevedevano affidamenti diretti in percentuale non incidente a regime sulla quota “riservata al mercato”), che il ricorso all'affidamento mediante gara pubblica debba avvenire nella percentuale del 100%, nel presupposto inespresso che il concessionario non sia stato scelto, a suo tempo, mediante gara.

Principio che come chiarito non si rinviene espressamente né si desume implicitamente dalla direttiva 93/37/CEE.

7.1. Né infine, con riferimento al terzo motivo ed al richiamo ai principi affermati dalle sentenze del giudice comunitario, il Collegio ritiene che sia applicabile alla specie la pronuncia resa sul procedimento Stadt Halle dell'11 gennaio 2005 della Corte di Giustizia U.E., sul punto relativo alla definizione del rapporto di controllo, in quanto i principi in essa enunciati riguardano la direttiva sugli appalti di servizi e non la direttiva lavori.

7.2. Inoltre, oltre a dover dare atto, come rileva parte ricorrente, che la Corte di Giustizia mostra, sul punto assai delicato della

definizione del rapporto di controllo, un atteggiamento ondivago, verosimilmente influenzata dalle normative interne di riferimento (cfr. punto 19 della sentenza Stadt Halle e, in senso opposto la sentenza nel procedimento C-107/98, Teckal) il Collegio non ritiene che il principio che risulta enunciato per l'affidamento c.d. "in house", che ha "carattere eccezionale e derogatorio rispetto alle norme intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CEE nel settore degli appalti pubblici di servizi" (punto 46 sentenza citata), possa valere tout court anche in relazione al diverso potere di esecuzione diretta o di affidamento ad "impresa collegata" disciplinato espressamente, e in percentuale predeterminata rispetto all'affidamento obbligatorio a terzi mediante gara, dalla direttiva 93/37, che evidentemente non lo configura come un potere speciale e derogatorio ma intrinsecamente proprio del regime della concessione di lavori e, soprattutto, perché è la stessa direttiva a definire espressamente il concetto di impresa collegata (art. 3 comma 4[^]) qualificando tale "qualsiasi impresa su cui il concessionario può esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante o qualsiasi impresa che può esercitare un'influenza dominante di un'altra impresa per motivi attinenti alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che disciplinano l'impresa stessa" dove "l'influenza dominante è presunta quando un'impresa direttamente o indirettamente nei confronti di un'altra impresa: detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, o dispone della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al

capitale dell'impresa, o può designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o di vigilanza dell'impresa.

7.3. Elementi che consentono di qualificare per tale, ossia impresa collegata e controllata da Autostrade B/P, l'impresa Serenissima Costruzioni, la cui proprietà all'atto dell'affidamento diretto era detenuta all'80% da Autostrade B/P (70% direttamente e 10% attraverso la Mazzi posseduta al 30%) e sulla quale Autostrade esercitava ed esercita quello che a tenore dell'art. 2359 c.c. appare un rapporto di controllo corrispondente a quello richiesto dalle norme comunitarie.

Ne consegue che anche questo profilo di censura è infondato e va respinto, e con esso il ricorso.

8. Per quanto attiene alle spese di causa, il Collegio ravvisa, nella complessità delle questioni decise, giusti motivi per la loro integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, respinge il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

Compensa tra le parti le spese e le competenze del giudizio.

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

Così deciso in Venezia, in camera di consiglio, addì 15 dicembre 2005

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione