



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 numero di registro generale 15107 del 2015, proposto da:  
Soc Cantagallo Ovest S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Manzi, con domicilio eletto in Roma, Via F.  
Confalonieri, 5;

***contro***

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Ministero dello Sviluppo  
Economico, in persona dei rispettivi Ministri in carica, rappresentati e difesi per  
legge dall'Avvocatura generale dello Stato e presso la medesima domiciliati in  
Roma, Via dei Portoghesi, 12;  
Autostrade per l'Italia S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Gentile, con domicilio eletto in Roma, Via  
Sebino, 29;  
Soc Eni S.p.a.-;

***per l'annullamento***

- della lettera di invito a presentare offerta vincolante per il lotto ASPI 158 relativo all'area di servizio Cantagallo Ovest indirizzata ad Eni S.p.a.-;
- degli allegati alla predetta lettera di invito, incluso lo schema di convenzione;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale e, in particolare, della sollecitazione alla domanda di partecipazione;
- del Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, adottato di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico il 7 agosto 2015, avente ad oggetto l'approvazione di un generale "Piano di ristrutturazione della rete delle aree di servizio presenti nei sedimi autostradali allegato al presente decreto, da affidare mediante procedure concorsuali", e dei relativi allegati ("Proposta di piano di ristrutturazione della rete delle aree di servizio autostradali" e "Documento procedurale");

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero dello Sviluppo Economico e di Autostrade per l'Italia S.p.a.-;

Viste le memorie difensive;

Visti gli artt. 35, co. 1, e 85, co. 9, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2016 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

La ditta Cantagallo Ovest s.r.l. gestisce la vendita di carbolubrificanti presso l'omonima area di servizio ubicata lungo l'autostrada A1 al Km 198,9 Direzione

sud, di pertinenza di Autostrade per l'Italia (anche ASPI), in virtù del contratto di comodato d'uso sottoscritto il 21.7.2001 con Eni S.p.A, della durata di sei anni, rinnovabili, con scadenza prevista al 20.7.2019.

La ricorrente premette di essere venuta a conoscenza degli atti in epigrafe solo a seguito del ricorso iscritto al n. di R.G. 13936/2015, notificato il 9 novembre, con il quale la società Eni S.p.a. ha impugnato innanzi a questo Tribunale la lettera di invito, con relativi allegati, inviata da ASPI per la presentazione dell'offerta vincolante relativa al lotto 158 - Area di Servizio Cantagallo Ovest, la sollecitazione alla domanda di partecipazione predisposta dalla concessionaria autostradale e il decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti del 7 agosto 2015 con cui è stato approvato il "Piano di ristrutturazione della rete delle aree di servizio presenti nei sedimi autostradali allegato al presente decreto, da affidare mediante procedure concorsuali".

La medesima azienda, ritenendo tali atti lesivi anche della propria posizione giuridico soggettiva quale gestore dell'omonima area di servizio, li ha impugnati deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione degli accordi collettivi interprofessionali e, in particolare, di quelli sottoscritti l'8 luglio 2002 e il 4 dicembre 2002 ai sensi e per gli effetti dell'art 1, comma 6, del d.lgs. 11 febbraio 1998, n. 32, e successive modificazioni e integrazioni.

I provvedimenti impugnati violerebbero gli accordi collettivi interprofessionali e, in particolare, quelli sottoscritti l'8 luglio 2002, il 4 dicembre 2002 e la legge n. 27/2012.

Il legislatore con il d.lgs. n. 32/1998, 1° legge n. 57/2001 e la legge n. 27/2012 avrebbe inteso tutelare i gestori di impianti di rifornimento carburanti dallo squilibrio esistente rispetto alle controparti contrattuali, rappresentate dalle

compagnie petrolifere, che agiscono quali subconcessionari nell'ambito autostradale.

Gli accordi stipulati nel 2002 siglati dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti stabiliscono che:

- i gestori dei servizi di distribuzione di carbolubrificanti mantengono con l'eventuale nuovo affidatario, sino alla naturale scadenza definita ai sensi della legge n. 1034/70, i rapporti contrattuali in essere al momento del rinnovo della convenzione di subconcessione;
- l'affidamento delle aree di servizio disciplina esclusivamente i rapporti tra concessionaria autostradale e affidatari, mentre i rapporti tra questi ultimi ed i gestori dei servizi di distribuzione di carbolubrificanti rimangono disciplinati dalla normativa vigente e dagli accordi collettivi in essere;
- il gestore deve potersi avvalere delle facoltà specificatamente attribuitegli dalla normativa che ha liberalizzato le attività commerciali — leggi 496/99 e 57/2001 — ritenute pienamente applicabili anche in autostrada.

L'art. 28, commi 8 e 10, del d.l. n. 98/2011, come modificati dall'art. 17 della legge n. 27/2012, prevede che ai "titolari della licenza di esercizio dell'impianto di distribuzione di carburanti rilasciata dall'ufficio tecnico di finanza" (ossia i gestori) sia sempre consentito di esercitare la somministrazione di alimenti e bevande, la vendita di giornali e di ogni altro bene e servizio, fatto salvo unicamente "il rispetto delle condizioni di sicurezza stradale" e "i vincoli connessi con procedure competitive in aree autostradali in concessione espletate secondo gli schemi stabiliti dall'Autorità di regolazione dei trasporti".

L'art. 17 della legge 27/2012, allo scopo di mitigare lo squilibrio esistente nel rapporto tra gestori e titolari di concessione e fornitori, al comma 3 prevede che "i comportamenti posti in essere dai titolari degli impianti [nel caso di specie i concessionari] ovvero dai fornitori [nel caso di specie gli affidatari] allo scopo di

ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore integrano abuso di dipendenza economica, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192".

Al gestore dell'impianto, quale figura distinta dall'affidatario dell'area di servizio, spetterebbero i diritti stabiliti dai predetti accordi collettivi e dalla normativa vigente (a titolo esemplificativo, la continuità della vigenza contrattuale e la possibilità di esercitare l'attività di somministrazione di alimenti e bevande in connessione con la sosta veloce nel corso del rifornimento di carbolubrificanti).

La lettera di invito e lo schema di convenzione allegato non tutelerebbero tali prerogative, introducendo vincoli e obblighi, a carico dei gestori, allo scopo di comprimere la libertà di iniziativa imprenditoriale delle piccole e medie imprese che gestiscono le aree di servizio lungo la rete autostradale;

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16, comma 9, della l. n. 1034/1970. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 del d.P.R. n. 1269/1971. Violazione e/o falsa applicazione del principio di continuità gestionale. Violazione e/o falsa applicazione del punto 1.5.11i del "Documento Procedurale" allegato al decreto interministeriale adottato dal MIT e dal MISE; difetto di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità della lettera di invito e del relativo schema di Convenzione autostradale, nella parte in cui non è stato previsto un significativo incentivo, anche sotto forma di punteggio, per le compagnie petrolifere che si impegnano a rispettare il principio di continuità gestionale.

Il decreto interministeriale del 7 agosto 2015 avrebbe inteso razionalizzare e riorganizzare le aree di servizio autostradali, al fine di contenere gli effetti della crisi economica che ha colpito anche il settore autostradale.

La lettera di invito e l'allegato schema di convenzione autostradale non applicherebbero "il principio della continuità... mediante un adeguato e significativo

incentivo, anche sotto forma di punteggio”, come previsto dal punto 1.5. del documento procedurale allegato al predetto decreto interministeriale, né assegnerebbe alcun incentivo volto a premiare la compagnia petrolifera che si impegni, in sede di gara, a far proseguire l'attività al gestore già presente sull'area di servizio.

Pertanto il principio della continuità, pur essendo previsto in una fonte normativa di rango primario (art. 16, comma 9 della l. n. 1034/1970), degraderebbe a mera scelta discrezionale rimessa alla scelta della subconcessionaria petrolifera;

3) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16, comma 9, della l. n. 1034/1970. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 del d.P.R. n. 1269/1971. Violazione e/o falsa applicazione del principio di continuità gestionale. Violazione e/o falsa applicazione del punto 1.2 del "Documento Procedurale" e del punto 4 del "Piano di ristrutturazione della rete delle aree di servizio autostradali", entrambi allegati al decreto interministeriale adottato dal MIT e dal MISE. Difetto di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità della lettera di invito e del relativo schema di Convenzione autostradale nella parte in cui è consentito alla subconcessionaria petrolifera di avvalersi di proprio personale o, comunque, di un gestore diverso da quello già operante presso l'area di servizio, per l'esercizio dell'attività di distribuzione di prodotti carbolubrificanti.

Il documento procedurale allegato al decreto interministeriale del 7 agosto 2015, prevede, al punto 1.2, che la compagnia petrolifera subentrante, a conclusione della procedura di affidamento, sia tenuta ad offrire al gestore comodatario il mantenimento dell'attività imprenditoriale già esistente, mediante la sottoscrizione di un nuovo contratto di comodato d'uso gratuito dell'impianto di distribuzione di carbolubrificanti, della durata di nove anni e nel rispetto del principio di continuità gestionale, secondo quanto stabilito all'art. 16, comma 8 e comma 9, della l. n. 1034/1970 e all'art. 19 del d.P.R. n. 1269/1971.

Anche il punto 4 del Piano di ristrutturazione della rete delle aree di servizio autostradali, stabilisce che “il Piano prevede particolari condizioni per la continuità gestionale in base agli Accordi del 2002 che fanno salve, anche in presenza di cambi di affidatari, le imprese di gestione delle aree, a garanzia degli investimenti effettuati, della continuità del servizio e dell'occupazione”.

Tuttavia la lettera di invito e il relativo schema di convenzione ometterebbero di prevedere tale obbligo in capo alla subconcessionaria petrolifera, consentendo a quest'ultima di avvalersi sia di proprio personale dipendente che di qualunque altro soggetto diverso dal gestore già operante presso l'area di servizio oggetto di procedura di affidamento; come previsto nella lettera di invito al punto 6.6.ii lett. b (p. 12), il punto 3.3.2.6 dello schema di convenzione, secondo cui “l' affidatario può prestare il servizio Distribuzione Prodotti Carbolubrificanti ed Attività Accessorie, comprensivo dell'Attività Collaterale... direttamente, tramite propria organizzazione”;

4) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16, comma 9, della l. n. 1034/1970. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 del d.P.R. n. 1269/1971. Violazione e/o falsa applicazione del principio di continuità gestionale. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17 della l. n. 27/2012. Violazione e/o falsa applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica. Violazione/o falsa applicazione del punto 1.1 e 1.2 del "Documento Procedurale" allegato al decreto interministeriale adottato dal MIT e dal MISE. Difetto di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità della lettera di invito e del relativo schema di Convenzione autostradale nella parte in cui è consentito alla subconcessionaria petrolifera di avvalersi, per l'esercizio dell'attività di distribuzione di prodotti carbolubrificanti, di un gestore mediante forme contrattuali ulteriori e diverse rispetto al contratto di comodato d'uso gratuito di durata novennale.

I punti 1.1 e 1.2 del documento procedurale allegato al decreto interministeriale del 7 agosto 2015 prevedono che i rapporti contrattuali tra la compagnia petrolifera e il gestore siano regolati mediante un contratto di cessione gratuita avente ad oggetto l'utilizzo "degli apparecchi di distribuzione di carburanti, delle attrezzature fisse e mobili nonché degli immobili destinati al ricovero del gestore e degli utenti e al deposito dei prodotti in confezione di cui all'art. 19 del Decreto del Presidente della Repubblica 27 ottobre 1971, n. 1269".

Lo schema di convenzione allegato alla lettera di invito inviata da ASPI in relazione al lotto 158 - Cantagallo Ovest, consentirebbe alla compagnia petrolifera affidataria di sottoscrivere con il gestore tipologie contrattuali diverse ed ulteriori rispetto al contratto di comodato d'uso gratuito.

La lettera di invito prevede, al punto 6.6.iii lett. b, che in caso di gestione indiretta mediante gestore la subconcessionaria petrolifera dovrà, tra l'altro, "indicare e illustrare la tipologia ed i contenuti dei contratti a valle che intende utilizzare..."

Lo schema di convenzione stabilisce al punto 3.3.2.6 che qualora la subconcessionaria intenda prestare il servizio di distribuzione di prodotti carbolubrificanti "indirettamente avvalendosi, per l'esecuzione delle proprie obbligazioni... di un terzo (il "Gestore")" i rapporti contrattuali tra le predette parti debbano essere regolati mediante "contratti di franchising o contratti di affiliazione commerciale strutturalmente analoghi".

Tale previsione consentirebbe alla società petrolifera/franchisor di attuare politiche economiche condizionanti nei confronti del gestore/franchisee, imponendo a quest'ultimo oneri gravosi e limitandone la libertà economica.

In tal modo la lex specialis di gara consentirebbe alla subconcessionaria petrolifera di acquisire una posizione di vantaggio contrattuale ed economica rilevante rispetto alla società ricorrente, in violazione del divieto di abuso di dipendenza economica

di cui al già citato art. 9 della l. n. 192/1998, richiamato espressamente dall'art. 17 della l. n. 27/2012;

5) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17 della l. n. 27/2012. Violazione /o falsa applicazione del punto 1.8, lett. a., del "Documento Procedurale" allegato al decreto interministeriale adottato dal MIT e dal MISE. Difetto di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità della lettera di invito e del relativo schema di Convenzione autostradale nella parte in cui consente alla subconcessionaria affidataria di impedire al gestore di svolgere l'attività c.d. "sottopensilina".

Il punto 1.8, lett. a) del documento procedurale allegato al decreto interministeriale del 7 agosto, stabilisce che "nelle procedure concorsuali, nel pieno rispetto delle prescrizioni contenute nella legge 24 marzo 2012, n. 27 in materia di attività collaterali a quella di distribuzione dei prodotti carbolubrificanti (cosiddetto "sottopensilina") le società concessionarie dovranno concepire documentazione di gara e schemi di convenzione relativi all'affidamento dei servizi carburanti che incentivino adeguate soluzioni tecniche, strutturali e logistiche per consentire l'attività di vendita di beni e servizi previsti nella suddetta legge, con riferimento alla vendita di alimenti e bevande in confezioni chiuse da asporto, senza somministrazione sottopensilina (c.d. "Convenience store - sottopensilina")".

Il punto 3.5 "Attività consentite e lealtà commerciale" dello schema di convenzione, invece, sulla base di quanto stabilito nella lettera di invito stabilisce che "l'Affidatario, in particolare, prende atto ed accetta che:

(i) nelle ipotesi in cui abbia dichiarato, ai sensi della Convenzione, di non voler svolgere, né direttamente, né per il tramite del gestore, nessuna Attività Collaterale consentita dalla Convenzione, né di volerne consentire lo svolgimento da parte di un terzo soggetto, presterà nell'Area di Servizio soltanto l'Attività di Distribuzione di Prodotti Carbolubrificanti ed Attività Accessorie;

(ii) nelle ipotesi in cui abbia dichiarato, ai sensi della Convenzione, di non voler svolgere, né direttamente, né per il tramite del gestore, esclusivamente l'Attività Collaterale di Tipo "B" (cd. Non Oil Sottopensilina) consentita dalla Convenzione e di non volerne consentire lo svolgimento neppure da parte di un terzo soggetto, presterà nell'Area di Servizio soltanto l'Attività di Distribuzione di Prodotti Carbolubrificanti ed Attività Accessorie e l'Attività Collaterale di Tipo "A" (cd. C-Store);

(iii) nelle ipotesi in cui abbia dichiarato, ai sensi della Convenzione, di voler svolgere, oltre all'Attività di Distribuzione di Prodotti Carbolubrificanti ed Attività Accessorie, direttamente oppure per il tramite del gestore o di un terzo soggetto anche l'Attività Collaterale di Tipo "B" (cd. Non Oil Sottopensilina) consentita dalla Convenzione, non potrà prestare nell'Area di Servizio attività diversa e, in particolare, non potrà prestare l'attività di ristorazione di cui all'art. 5, co. 1, lett. a), della lg. n. 287/1991.

In tal modo la subconcessionaria petrolifera potrebbe inibire l'attività c.d. di sottopensilina, il cui esercizio è rimesso dall'art. 17 della citata legge n. 27/2012, alla libera determinazione commerciale e strategia dei gestori.

La lettera di invito, contrariamente a quanto statuito dalle disposizioni normative vigenti e al decreto interministeriale del 7 agosto 2015, riconoscerebbe alla compagnia petrolifera affidataria un favor a danno dei singoli gestori;

6) Violazione e/o falsa applicazione del punto 1.5.i.c e 1.6 del "Documento Procedurale" allegato al decreto interministeriale adottato dal MIT e dal MISE. Difetto di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità della lettera di invito e del relativo schema di Convenzione autostradale nella parte in cui autorizza la subconcessionaria petrolifera all'utilizzo, anche nelle ore diurne, dell'accettatore automatico di banconote e di carte di credito.

Il punto 1.5.i.c del documento procedurale allegato al decreto interministeriale del 7 agosto 2015 prevede, che "nelle procedure competitive dovranno essere opportunamente valorizzate: i. l'efficienza della struttura organizzativa del personale, considerando:

[...] c. l'eventuale utilizzo del metodo di vendita self service attraverso l'accettore automatico di banconote e carte di credito durante il turno notturno; si precisa al riguardo che, in ogni caso, andrà mantenuto il presidio nell'area tramite un addetto, e la necessaria assistenza automobilistica".

Il punto 1.6 del medesimo documento procedurale ha ribadito che "nei casi di aree con la presenza di impianti di distribuzione carburanti o di ristorazione che prevedano il metodo di vendita self service attraverso l'accettore automatico di banconote e carte di credito durante il turno notturno di cui al punto 1, comma 5, lett. c, deve essere comunque sempre garantita la presenza nell'area di servizio di un addetto. Negli altri casi deve essere fornita adeguata informazione alla clientela sulla presenza entro 50 km di impianti con servizi assistiti" .

In contrasto con tali disposizioni, la lettera di invito al punto 6, penultimo capoverso di p. 8 e lo schema di convenzione al punto 3.3.1.1, lett. e), dispongono che "per le aree di servizio che erogano volumi di carburante previsti inferiori a 5 milioni di litri annui, il Servizio potrà essere svolto mediante l'introduzione del servizio di pagamento automatico (modello self service pre-payment) nelle ore notturne (dalle 22:00 alle 6:00) e, previa autorizzazione scritta da parte di Autostrade, anche nelle ore diurne ma solo in contemporanea presenza della modalità di erogazione "servito", con facoltà, inoltre, di interrompere dalle ore 22:00 alle ore 6:00 la prestazione delle Attività Accessorie. Al fine di assicurare l'assistenza in caso di imprevisti, anomalie o necessità dovrà essere garantita l'assistenza, nelle ore notturne, in loco con il presidio dell'area da parte di un

addetto. Possono comunque essere previsti accordi tra affidatari oil e non-oil per chiusura notturna con il suddetto presidio".

La lettera di invito e lo schema di convenzione individuerebbero, quindi, modalità di pagamento automatizzato diverse da quanto previsto dal decreto interministeriale del 7 agosto 2015.

L'allegato n. 4 al Piano di ristrutturazione della rete contenuto nel decreto interministeriale riserva la "selfizzazione dei servizi oil notturna (con presidio)" a 71 aree di servizio puntualmente indicate, tra le quali non risulta l'area di servizio Cantagallo Ovest gestita dalla ricorrente.

La lettera di invito redatta da ASPI relativa all'affidamento della predetta area di servizio avrebbe, quindi, eluso quanto statuito dal decreto interministeriale adottato dal MIT di concerto con il MISE, consentendo alla subconcessionaria petrolifera il pagamento totalmente automatizzato anche nelle ore diurne.

In conclusione è chiesto, in via subordinata, il risarcimento del danno cagionato dalla illegittima anticipata cessazione del contratto in atto, a favore della ricorrente.

La società Autostrade per l'Italia S.p.a. si è costituita in giudizio eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e l'inammissibilità del ricorso sotto due diversi profili. Ha eccepito, inoltre, l'infondatezza del ricorso.

All'udienza del 6 aprile 2016, dopo ampia discussione tra le parti, che hanno ribadito i propri assunti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In primo luogo il collegio deve occuparsi della eccezione con la quale la società autostrade per l'Italia ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sull'assunto che la medesima società Autostrade non sarebbe un'amministrazione aggiudicatrice, né un organismo di diritto pubblico o un'impresa pubblica né può, comunque, essere assimilata ad un soggetto e/o ente aggiudicatore, ai sensi dell'artt. 133, lett. e), n. 1 del codice del processo amministrativo e degli artt. 3 e 32 del Codice di Contratti.

Gli artt. 133, lett. e), n. 1 del codice del processo amministrativo e il d.lgs. 163/2006, infatti, stabilirebbero la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie soltanto nelle ipotesi in cui i concessionari come la società Autostrade per l'Italia procedano all'affidamento di "lavori pubblici" che siano "strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice" (art. 32, comma, 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006). Nella fattispecie in esame si verterebbe dell'affidamento di servizi e non di lavori. L'obbligo per la società Autostrade per l'Italia di svolgere procedure competitive per l'affidamento dei servizi di distribuzione carbolubrificanti discenderebbe da una scelta discrezionale dell'amministrazione concedente, trasfusa nell'atto di concessione, e non da una norma di rango primario.

Non sarebbe sufficiente, per il radicarsi della giurisdizione amministrativa, il generico coinvolgimento di un interesse pubblico nella controversia, in quanto la controversia ha ad oggetto i vizi che riguardano la documentazione di gara e che sarebbero del tutto "autonomi" dai provvedimenti concessori Ministeriali.

L'eccezione non è fondata.

La società Autostrade per l'Italia, pur avendo natura di diritto privato, svolge un'attività, nell'ambito di un regime di concessione amministrativa, che si connota per il raggiungimento di finalità oggettivamente pubbliche quali sono quelle della costruzione e gestione delle autostrade.

Per tale ragione, può ritenersi che la medesima società svolga attività di carattere amministrativo e non solo di diritto privato.

Invero, la realizzazione e la gestione delle autostrade costituisce attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali, per cui tale soggetto può essere qualificato come organismo di diritto pubblico (per il quale è irrilevante la natura giuridica privatistica), sussistendo – in base alla legge n. 385 del 28 marzo 1968 (modifiche ed integrazioni alla legge 24 luglio 1961, n. 769, concernente il piano di

nuove costruzioni stradali e autostradali) – i presupposti di cui all'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici): istituzione per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, a carattere non industriale o commerciale, personalità giuridica, prevalente finanziamento o anche solo controllo dello Stato (cfr. anche in tal senso Cons. St., sez. II, 25 luglio 2008, parere n. 2361 e Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2013, ordinanza n. 2492, emessa ai sensi dell'art. 267 TFUE; Cassazione civile, sez. un., 1.4.2004, n. 6408; Per la persistenza del regime giuridico, proprio degli organismi in questione, anche in presenza del contemporaneo svolgimento di attività a carattere imprenditoriale, cfr. Cons. St., Ad. Plen., 5 gennaio 2011, n. 16 e Corte di Giustizia, sez. V, 10 aprile 2008, causa C-393/06 – Aigner).

In base agli elementi considerati la società Autostrade per l'Italia s.p.a. va ritenuta amministrazione aggiudicatrice e, quando conclude un contratto con un prestatore di servizi, quale è nel caso di specie il subconcessionario dell'area di servizio, le controversie che riguardano detto rapporto, ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base all'art. 133, comma 1 lett. c) ed e) n. 1 del d.lgs. 104/2010.

Non convincono, infatti, gli elementi in contrario, addotti dalla difesa della concessionaria intimata.

In primo luogo è insostenibile la tesi secondo cui le società concessionarie di lavori pubblici non sarebbero assimilabili agli organismi di diritto pubblico per le ragioni già esposte.

In secondo luogo non assume alcun rilievo la circostanza che non si verta dell'affidamento di lavori, ma di servizi, posto che sia la lett. c) che la lett. e) n. 1 dell'art. 133, comma 1, del d.lgs. 104/2010 fanno espresso riferimento all'affidamento di un servizio.

Di qui, dunque, l'infondatezza della eccezione illustrata da ASPI.

Non convince nemmeno l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso fondata sulla tardività dell'impugnazione del decreto interministeriale del 7 agosto 2015 adottato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico.

Il ricorso in esame ha ad oggetto principalmente l'illegittimità della lettera di invito e dei relativi allegati, tra i quali lo schema di Convenzione, che violerebbe il principio di continuità gestionale, dettato dall'art. 16 della l. n. 1034/1970 e contrasterebbe, soltanto in via mediata, con il decreto interministeriale in data 7 agosto 2015.

Peraltro non si ravvisa un vincolo di necessaria presupposizione tra il decreto interministeriale e gli atti successivi (la lettera di invito e l'allegato schema di Convenzione) i quali non presentano un carattere meramente esecutivo dell'atto presupposto.

Il ricorso, infatti, si incentra sugli "autonomi" vizi della lettera di invito e dell'allegato schema di convenzione, i quali sono stati dedotti "anche" alla luce dell'asserito contrasto delle disposizioni in esse contenute rispetto al decreto interministeriale del 7.8.2015.

Stante l'autonomia delle censure dedotte deve ritenersi che nel caso di specie non sussista un vincolo di necessaria presupposizione del decreto in questione con gli ulteriori atti impugnati, per cui non sussiste la eccepta inammissibilità dell'impugnazione.

Deve ritenersi fondato, invece, il terzo profilo di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ad agire della ricorrente.

In proposito la società Autostrade per l'Italia evidenzia che la Cantagallo Ovest S.r.l. non ha preso parte alla gara, né ha palesato alcun interesse a partecipare alla stessa, per cui non esisterebbe alcuna legittimazione della ricorrente ad impugnare gli atti di gara.

La tesi coglie nel segno.

In base ad un ormai consolidato principio della giurisprudenza amministrativa, condiviso da questa Sezione, l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta a due condizioni (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.11.2010, n. 8364; *idem*, 22.12.2007 n. 6613; *idem*, Sez. VI 12 marzo 2002, n. 1452):

- l'esistenza di una posizione giuridica di interesse legittimo, direttamente discendente da una situazione qualificata (*legittimatio ad causam*) che distingue il soggetto dal *quisque de populo*;
- la sussistenza di un interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* a conseguire un risultato utile e concreto, collegato al perseguimento del c.d. bene della vita (*legittimatio ad processum*).

Sulla base di tale principio, in relazione alle controversie aventi ad oggetto procedure di evidenza pubblica, la legittimazione ad agire è data dalla correlazione tra l'interesse a conseguire l'aggiudicazione e finanche la riedizione della gara sempreché, però, tale obiettivo sia collegato alla preesistenza di un titolo idoneo a far conseguire il “bene della vita”, che non può non risiedere nel fatto che il ricorrente abbia partecipato alla procedura selettiva la cui validità intende mettere in discussione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131).

Nel processo amministrativo la legittimazione al ricorso presuppone, quindi, l'esistenza di un situazione giuridica attiva, per cui in base a tale principio nelle procedure ad evidenza pubblica la legittimazione spetta unicamente a chi abbia partecipato alla gara giacché solo lo *status* di partecipante può configurare una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela (cfr. Cons. Stato Sez. III 6.2.2014, n. 1498).

Tale principio di ordine generale è stato ribadito dal Consiglio di Stato (Sez. III, sentenza n. 4449 del 1 settembre 2014) che ha avuto modo di affermare come il

pur apprezzabile interesse c.d. strumentale alla riedizione della gara deve essere, comunque, correlato ad una posizione legittimante del ricorrente, costituita dall'aver partecipato alla procedura selettiva, proprio perché solo l'esistenza a monte di una posizione qualificata (partecipazione alla gara) può essere suscettibile di produrre, a mezzo di impugnativa (a valle) un interesse al conseguimento concreto del bene della vita sussumibile sub specie vuoi dell'assegnazione della gara vuoi della rinnovazione della procedura.

Nel caso di specie la Cantagallo Ovest S.r.l. ha impugnato la lettera di invito e l'allegato schema di senza aver presentato domanda di partecipazione alla gara e tale omissione impedisce di rinvenire in capo alla ricorrente una situazione giuridica differenziata idonea a legittimarla.

Tutto ciò non senza considerare – come precisato dalla società Autostrade per l'Italia - che le contestazioni dell'istante non attengono allo svolgimento della procedura di gara, ma riguardano esclusivamente le modalità di gestione e strutturazione del rapporto negoziale “a valle” tra l'affidatario del Servizio e il soggetto subaffidatario, in relazione al quale la medesima società Autostrade è soggetto terzo.

Per cui anche sotto tale profilo sussiste una evidente carenza di interesse della ricorrente a impugnare gli atti di una gara alla quale non solo non ha partecipato, ma riguarda soggetti diversi (società Autostrade per l'Italia e subconcessionaria società petrolifera che si occupa del servizio di distribuzione dei carbolubrificanti).

In definitiva la ricorrente non ha alcun titolo a mettere in discussione l'attivazione di una procedura alla quale la stessa non ha partecipato.

Né vale quanto osservato dalla medesima società Cantagallo nella memoria depositata il 25 marzo 2016, secondo cui la procedura di evidenza pubblica in esame non si rivolgerebbe “*anche ai gestori delle aree di servizio - che non avrebbero neppure i requisiti tecnici ed economici per potervi partecipare - bensì alle società petrolifere che sul*

*territorio nazionale svolgono il servizio di distribuzione di carbolubrificanti...” e che “l'immediata impugnazione delle previsioni contenute nella lex specialis di gara a prescindere dalla mancata presentazione della domanda di partecipazione alla selezione” sarebbe consentita “allorquando il bando produca, come nel caso di specie, una effettiva e concreta lesione in capo all'operatore economico”.*

Secondo la Cantagallo Ovest S.r.l. sarebbe ammissibile l'impugnativa diretta della *lex specialis*, senza l'intermediazione della domanda di partecipazione alla gara, in base ad alcune pronunce giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 29 gennaio 2003 n. 1, Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3308, Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009 n. 4073, Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008 n. 4971 Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008 n. 962 e Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1166; idem, Sez. V, n. 3187 del 5.6.2001) che ammettono l'impugnativa immediata dell'atto di indizione della gara con riferimento alle prescrizioni ivi contenute, che determinano una lesione degli interessi dell'operatore economico.

Il Collegio ritiene, tuttavia, che nel caso di specie non ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'invocato principio giurisprudenziale, atteso che le lesioni di una posizione giuridico soggettiva sono state dedotte soltanto in via ipotetica, senza alcuna dimostrazione, in attesa della aggiudicazione alla nuova subconcessionaria fornitrice dei carbolubrificanti, dei pregiudizi paventati. Non sussiste in altri termini non solo la concretezza, ma anche l'attualità del pregiudizio, che deve costantemente caratterizzare l'interesse ad agire in sede processuale.

Peraltro, a conferma della fondatezza delle suddette considerazioni, nella memoria depositata il 16 marzo 2016, la società Autostrade per l'Italia ha osservato (senza repliche sul punto) che “...tutti i concorrenti partecipanti alla gara hanno manifestato, in sede di offerta, la volontà di svolgere il c.d. servizio sottopensilina”, servizio per il quale la ricorrente, nel quinto motivo, aveva paventato la possibilità di inibizione da parte della subconcessionaria società petrolifera, in virtù di quanto previsto dalla *lex*

*specialis* (che rimetteva agli offerenti la scelta di svolgere o meno il predetto servizio).

Tale situazione elimina alla radice la mera possibilità che l'affidatario dell'area in questione non intendesse garantire lo svolgimento del servizio sottopensilina, per cui l'attuale gestore (*id est*: la società Cantagallo) non può - allo stato - lamentare alcun evidente e concreto pregiudizio.

In conclusione il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza nella misura indicata nel dispositivo con parziale compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore della società Autostrade per l'Italia S.p.a. nella misura complessiva di €. 2000,00 (duemila/00) oltre IVA e CPA, le compensa nei confronti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero dello Sviluppo Economico.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Achille Sinatra, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/05/2016

IL SEGRETARIO

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