

Alla Bauligrill S.r.l.

Alla Società Autostrada Brescia - Verona Vicenza - Padova S.p.A.

AG 23/2011

29 luglio 2011

Oggetto: richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Bauligrill S.r.l. - legittimità del mancato riconoscimento della proroga in ordine al rapporto di sub concessione in corso tra Società Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova S.p.A. e Bauligrill S.r.l., relativo alla gestione dell'area di servizio "Monte Baldo Est".

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 56570 in data 24 maggio 2011, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 28 e 29 luglio 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di un corretto inquadramento giuridico della questione sottoposta si rende necessaria, preliminarmente, una breve ricostruzione della fattispecie oggetto di parere.

L'Istante, in forza di convenzione stipulata in data 1965, è titolare di contratto per la costruzione e l'esercizio dell'area di servizio sopra individuata (di seguito, contratto di sub concessione). L'affidamento è stato nel corso degli anni prorogato più volte in virtù della previsione di cui all'art. 16 del contratto di sub concessione: "La concessione avrà durata pari a quella che risulterà in essere per la Società Autostrada in base alla convenzione 12/7/1956 n. 3049 di rep., stipulata tra la Società medesima e l'A.N.A.S. [...]; per cui, nell'ipotesi che la scadenza della concessione Anas-Società Autostrada dovesse essere prorogata oppure anticipata rispetto a quella già fissata dalla citata Convenzione [...] anche la scadenza del presente contratto si intenderà nei confronti della Società Bauli corrispondentemente ed automaticamente prorogata od anticipata [...]".

Il rapporto tra l'A.N.A.S. e la Concessionaria è regolato dal contratto di concessione stipulato nel 1956 (durata di 30 anni dall'avvio di esercizio dell'Autostrada), come modificato nel corso degli anni in virtù di numerosi atti novativi od aggiuntivi: nel 1972 (termine al 1992), nel 1986 (termine al 1992), nel 1990 (termine al 1995), nel 1992 (termine al 2002), nel 1999 (termine al 2013), nel 2007 (termine al 2026). Quest'ultima convenzione, in particolare, è stata approvata ex lege con d.l. dell'8 aprile 2008, n. 59 come convertito dalla l. 6 giugno 2008, n. 101.

Con raccomandata del dicembre 2003, la Concessionaria intimava all'Istante il rilascio dell'area di servizio, invocando la scadenza del 2002 prevista dall'atto aggiuntivo del 1995. L'atto stipulato nel 1999 (scadenza al 2013), infatti, avrebbe portata novativa rispetto alle concessioni del 1956 e del 1972 e tanto basterebbe per interrompere il vincolo della proroga automatica previsto dal contratto di sub concessione.

L'Istante impugnava il provvedimento della concessionaria e, a seguito di tentativi di conciliazione e conseguenti rinvii, il relativo giudizio risulta tutt'ora pendente innanzi al T.A.R. Veneto, [omissis].

Nella richiesta di parere l'Istante contesta la natura novativa della concessione del 1999, ritenendo, di conseguenza, che il contratto di sub concessione sia attualmente in vigore e destinato a rimanere tale almeno fino alla scadenza del 2013. Sostiene inoltre l'Istante che, a seguito delle modifiche apportate dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14, di conversione del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, all'art. 11, co. 5, della legge 23 dicembre 1992, n. 498, nel caso di concessionari autostradali, che non siano amministrazioni aggiudicatrici, è venuto meno l'obbligo di "agire a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici negli affidamenti di lavori, forniture e servizi, e in tale veste attuare gli affidamenti nel rispetto del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". La concessionaria, non essendo amministrazione aggiudicatrice od organismo di diritto pubblico, non sarebbe tenuta a realizzare procedure ad evidenza pubblica per la scelta dei contraenti e, pertanto, i suoi rapporti con i terzi sarebbero regolati interamente dal diritto privato.

A parere dell'Istante, pertanto, il comportamento tenuto dalla Concessionaria, nel senso di negare la proroga in ordine al rapporto di sub concessione, sarebbe illegittimo o, quantomeno, contrario ai principi di buona fede e di legittimo affidamento. All'Autorità, in conclusione, viene chiesto di pronunciarsi sulla vigenza o meno del contratto di sub concessione, sulla natura giuridica della Concessionaria e sulla esatta definizione del mercato rilevante interessato dalla vicenda.

La tesi dell'Istante viene contestata dalla Concessionaria, la quale afferma che la portata novativa della concessione del 1999 avrebbe determinato lo spirare della sub concessione nel 2002, sostiene, altresì, di poter essere qualificata quale organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione del Codice dei contratti pubblici ed asserisce, pertanto, di essere tenuta all'evidenza pubblica anche per l'affidamento della sub concessione. Di conseguenza, si riserva di valutare se invitare o meno anche l'Istante alla indicanda procedura negoziata, solo dopo aver fissato i requisiti tecnico professionali ed economico finanziari di partecipazione.

Tutto ciò premesso in fatto, si ritiene necessario, in via preliminare, procedere alla corretta qualificazione giuridica dei soggetti interessati e dei rapporti negoziali che tra loro intercorrono.

Come correttamente ammesso dalla Concessionaria, è fuor di dubbio che la stessa debba essere considerata organismo di diritto pubblico. In modo costante, infatti, la giurisprudenza attribuisce questa qualifica alle società concessionarie autostradali a prevalente capitale pubblico (si vedano, per Società Autostrade, TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 09 marzo 2009, n. 2369; Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1094; per Autovie Venete, Cons. Stato, sez. VI, sent. 7 giugno 2001, n. 3090; per ARCEA Lazio, AVCP, deliberazione 14 gennaio 2004, n. 1; per il Consorzio per le Autostrade Siciliane, Cons. Giust. Amm. Sic., sent. 19 ottobre 2005, n. 685). Da tale qualificazione discende, per il contratto che qui interessa come per tutta l'attività contrattuale della Concessionaria, la piena applicazione del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Passando all'analisi delle relazioni negoziali, è agevole individuare nella convenzione stipulata tra l'Istante e la Concessionaria una concessione di servizi, così come definita dall'art. 3, co. 12 e 30 co. 2 del d. lgs. 163/2006. Come noto, ai sensi del citato art. 30, le disposizioni del Codice dei contratti pubblici non si applicano alle concessioni di servizi, con la limitazione che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici. È stato recentemente ribadito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che: "se è pur vero che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non sono disciplinati da alcuna delle direttive mediante le quali il legislatore dell'Unione ha regolamentato il settore degli appalti pubblici, le autorità pubbliche che concludono tali contratti sono cionondimeno tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in particolare gli artt. 49 TFUE e 56 TFUE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, nel caso in cui - circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare - il contratto in oggetto presenti un interesse transfrontaliero certo (v., in tal senso, sentenza 13 aprile 2010, causa C-91/08, Wall, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 33 e 34 nonché giurisprudenza ivi citata)" (Corte giustizia UE, sez.III, sent. 10 marzo 2011, causa C-274/09).

Con riferimento alla natura e agli effetti sul contratto di sub concessione del contratto di concessione stipulato nel 1999, si condivide quanto espresso dal giudice amministrativo in una vicenda, richiamata dalle parti, che presenta rilevanti profili di somiglianza con quella sottoposta oggi all'attenzione dell'Autorità, riguardando un'altro rapporto di sub concessione in forza della medesima Convenzione stipulata in data 7 dicembre 1999 tra A.N.A.S. e società Autostrada Brescia - Verona - Vicenza - Padova S.p.A. In merito, è stato affermato che "Premesso che la natura novativa di qualsivoglia accordo non è esclusivamente ricavabile, in via ermeneutica, dalla mera autoqualificazione dell'accordo stesso come "novativo e sostitutivo" della disciplina precedentemente posta in essere tra le parti, risulta dirimente rilevare che - anche a prescindere dalla stessa natura assunta al riguardo dalla Convenzione stipulata in data 7 dicembre 1999 tra A.N.A.S. e Autostrada - le convenzioni di subconcessione delle Aree di servizio Limenella Est, Limenella Ovest, Scaligera Est e Scaligera Ovest sono testualmente correlate nella loro durata alla durata della concessione rilasciata da A.N.A.S. ad Autostrada, prevedendo in via espressa che, nel caso in cui quest'ultima sia prorogata, anche queste ultime dovranno intendersi "corrispondentemente ed automaticamente prorogat(e)" (TAR Veneto, sez. I, sent. 28 febbraio 2008, n. 491). Si ritiene, pertanto, che il richiamo compiuto dall'art. 16 del contratto di sub concessione in esame debba essere riferito non ad un determinato atto di concessione, ma al rapporto soggettivo intercorrente tra concedente e concessionario. Rapporto che, è di tutta evidenza, non ha avuto soluzioni di continuità dal 1956 (sic) ad oggi. Che questa sia l'interpretazione che le parti hanno dato nel corso della lunga relazione negoziale alla suddetta clausola è ricavabile, del resto, dal fatto che anche l'atto del 1972 era stato definito dal concedente e dal concessionario come "nuova convenzione". Nonostante tale qualificazione il rapporto di sub concessione è stato comunque prorogato di volta in volta, nel corso degli anni (argumentum ex art. 1362 del codice civile, ai sensi del quale "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto"). Sotto questo punto di vista e in termini strettamente formali, potrebbe pertanto apparire coerente la previsione della Convenzione che fissa un termine per la cessazione delle precedenti sub concessioni, in considerazione dell'asserita cessazione della Convenzione principale precedente. Dal punto di vista sostanziale, tuttavia, e pur senza voler scendere nel dettaglio di aspetti tecnici, è più difficile rinvenire nella Convenzione del 1999 i presupposti per un'effettiva novazione, non rilevandosi né l'animus novandi, inteso come comune intenzione di entrambi le parti di estinguere l'originaria obbligazione sostituendola con una nuova né, soprattutto, l'aliquid novi, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto.

Ciò detto, l'Autorità ritiene che il contratto di sub concessione sia stato, per effetto dell'atto del 1999, anch'esso prorogato sino al 2013.

Peraltro, non appare corretto affrontare la questione dell'ulteriore proroga solo con riferimento ai sub affidamenti relativi alla gestione delle aree di servizio, ma si rende necessario considerare tutto l'assetto del settore autostradale, ivi incluso il meccanismo di affidamento delle Convenzioni principali. Infatti, anche i continui rinnovi delle Convenzioni principali con gli originari concessionari

si pongono in palese contrasto con i principi del Trattato, del Codice dei contratti pubblici e con tutti gli interventi della Commissione europea in materia. Si ricordi, al riguardo, che la Commissione già nel 1996 era intervenuta a rappresentare la necessità di procedere ad affidamenti delle concessioni autostradali mediante gara pubblica. Queste indicazioni rimangono, ad oggi, inascoltate nella maggioranza dei casi, in ragione di diverse motivazioni che, di volta in volta, vengono addotte per giustificare il rinnovo o la proroga delle Convenzioni già esistenti. Basti pensare che anche nel 2007 si è proceduto alla stipulazione della Convenzione Unica con le diverse concessionarie - e con la Società autostradale in questione, in particolare - senza previo esperimento di gara. La circostanza va segnalata e merita rilievo perché se, da un lato, è vero che il nuovo schema Convenzionale Unico è intervenuto a sostituire i precedenti ancora in corso, dall'altro questo meccanismo ha consentito di operare una nuova proroga delle concessioni, proroga che nelle originarie intenzioni doveva estendersi fino al 2036 e solo in forza dell'ennesimo intervento della Commissione Europea è stata ridotta al 2026.

E' appena il caso di rilevare che le società autostradali beneficiarie delle Convenzioni con ANAS (già nel 1999 e poi nel 2007) tramite meccanismi di automatico rinnovo che non hanno mai contemplato gare, sono tutte partecipate da soggetti privati. Consentire solo a questi ultimi di avvantaggiarsi delle proroghe concesse e imporre, viceversa, esclusivamente ai concessionari delle aree di servizio, il rispetto dei principi Comunitari e del Codice, finirebbe per falsare i principi medesimi, alterando ulteriormente il mercato, invece di riportarlo ad una regolare concorrenzialità. Né appare plausibile, per evitare un simile "blocco" della concorrenzialità del settore, porsi in contrasto con i richiamati principi di buona fede contrattuale e legittimo affidamento.

Sarebbe, pertanto, auspicabile una soluzione transattiva che risolva in modo globale e definitivo le questioni controverse sollevate con la richiesta di parere, derivanti dalla successione nel tempo di molteplici atti convenzionali, amministrativi e normativi, nell'ottica della più celere apertura alla concorrenza dell'intero mercato del settore autostradale.

Resta da chiarire la posizione dell'Istante rispetto alla futura procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della sub concessione. Al riguardo, vale la pena richiamare, in termini generali, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, seguita poi anche dalla Consulta, in materia di concessioni demaniali marittime, che, in via pretoria, ha espunto dal nostro ordinamento il c.d. diritto di insistenza riconosciuto al concessionario uscente (Corte Cost., sent. 20 maggio 2010, n.180; sent. 1 luglio 2010, n. 233; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 25 settembre 2009, n. 5765; sent. 23 luglio 2008, n. 3642; 25 gennaio 2005, n. 165). Infatti, sebbene tale orientamento sia riferito a diversa fattispecie, proprio in virtù della portata generale dei parametri di legittimità utilizzati dal giudice, si ritiene che sia correttamente applicabile anche alle sub concessioni di aree di servizio autostradali. Premesso, da un lato, che è da escludere una posizione di vantaggio al concessionario uscente, si ritiene, dall'altro, che lo stesso goda di un interesse giuridicamente rilevante ad essere invitato alla procedura che la Concessionaria dovrà bandire per l'affidamento del servizio. In proposito, è appena il caso di evidenziare che il fatto che l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici permetta al concessionario di indire una gara informale/procedura negoziata, non impedisce allo stesso di optare per una selezione maggiormente competitiva (procedura aperta o ristretta), come del resto auspicato da questa Autorità e dall'AGCM con la segnalazione al governo e al parlamento del 28 marzo 2006. In tale contesto, la decisione della Concessionaria di non includere la sub concessionaria tra i soggetti da invitare o di fissare criteri di partecipazione tali da precluderne in fatto la partecipazione potrebbe risultare non conforme ai suddetti principi, sempre che, ovviamente, non sia sorretta da specifica, accurata ed idonea motivazione.

Con riferimento all'ultimo quesito sottoposto dall'Istante, concernente l'esatta definizione del mercato rilevante interessato dalla vicenda, si rileva che lo stesso rientra nelle competenze istituzionali dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, pertanto, non verrà data risposta nel merito.

Avv. Giuseppe Busia