

Pubblicato il 16/02/2023

N. 00474/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01195/2022 REG.RIC.



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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1195 del 2022, proposto da
Eni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avvocato Corrado V. Giuliano, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia;

contro

- Consorzio Autostrade Siciliane, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonino Graziano Petrella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria ex lege in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Sacne Rete, non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Iniziativa Commerciali Itc S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicolò D'Alessandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del Decreto Dirigenziale n. 103/DG/2022 del 9 giugno 2022 del Consorzio Autostrade Siciliane nonché di tutti gli atti presupposti e conseguenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Autostrade Siciliane e del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile;

Visto l'intervento *ad opponendum* d'Iniziativa Commerciali Itc S.r.l. Unipersonale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2022 la dott.ssa Valeria Ventura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato l'8 luglio 2022 e depositato il successivo 25 luglio 2022, la società ricorrente ha impugnato il decreto dirigenziale n. 103 del 9 giugno 2022 con cui il Consorzio Autostrade Siciliane (di seguito: "CAS") ha revocato il bando e la conseguente proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente, limitatamente al lotto 6, della gara per l'affidamento, in regime di subconcessione, della gestione dei Servizi OIL e Attività Collaterali Shop/C-Store/"Bar Sottopensilina" di n. 6 aree di servizio dell'autostrada A/20 Messina-Palermo.

Esponde la ricorrente che detta revoca, adottata in applicazione di quanto prescritto dal bando al punto 6.3, lett. d), è intervenuta in quanto, il Consorzio resistente avrebbe, per mero errore nella allegazione dei documenti di gara, "inserito in piattaforma una planimetria della stazione di servizio

riportante lo stato attuale dell'area e dei fabbricati e volumi tecnici in essa insistenti, senza l'indicazione di una bretella stradale, che attraverserà detta area, a servizio del realizzando "Svincolo Zafferia" con conseguente necessità da parte degli operatori economici che hanno aderito al bando, di modificare le loro proposte progettuali".

La ricorrente lamenta, quindi, l'illegittimità del provvedimento gravato sotto plurimi profili e, segnatamente, per violazione degli artt. 1, comma 2 bis, 3 e 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, nonché degli artt. 32, ottavo comma, e 33 del decreto legislativo n. 50/2016.

La società ricorrente ha, inoltre, formulato istanza di accesso in corso di causa ex art. 116, secondo comma, c.p.a., al fine di acquisire documentazione sullo stato di attuazione del raccordo autostradale.

2. Si sono costituite in giudizio le Amministrazioni intimete ed hanno svolto difese in rito e nel merito.

Il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile, con memoria in data 12 ottobre 2022, ha in particolare eccepito la propria estraneità al rapporto controverso, non essendo stati impugnati atti ad esso riferibili.

Il CAS, con memoria del 17 ottobre 2022, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso in quanto proposto avverso la mera proposta di aggiudicazione, atto privo di lesività in quanto destinato ad essere superato dall'aggiudicazione, unico provvedimento sindacabile da parte del giudice amministrativo, oltre che l'infondatezza nel merito del ricorso.

3. Con ordinanza collegiale n. 2804 in data 24 ottobre 2022, la Sezione ha ordinato al CAS l'ostensione degli atti richiesti dalla ricorrente.

4. Con atto di intervento *ad opponendum*, notificato e depositato il 18 novembre 2022, si è costituita la società Iniziative Commerciali ITC s.r.l. (di seguito: "Iniziative Commerciali") la quale, ritenendo di essere "*soggetto controinteressato (ma non evocato in giudizio) in materia di accesso*", ha eccepito l'inammissibilità ed improcedibilità dell'*actio ad exhibendum* proposta dalla ricorrente.

5. Avverso l'ordinanza collegiale n.2804/2022 l'interveniente ha interposto appello.

Il C.G.A., con decreto cautelare n. 456 del 21 novembre 2022, ha respinto l'appello in quanto ha ritenuto - per quanto di interesse - *“sprovvista di fumus la censura secondo cui il ricorso per accesso in corso di causa andava notificato a pena di inammissibilità anche al controinteressato (da identificarsi, in tesi, con la parte odierna appellante), perché il controinteressato all'accesso non è qualsivoglia soggetto individuato o individuabile nel procedimento amministrativo, ma solo colui che riceve un documento a un proprio diritto alla riservatezza o al segreto;”* e *“né nell'atto di intervento in primo grado, né nel presente appello, la parte evidenzia quale sarebbe il proprio diritto alla riservatezza o al segreto violati”*.

6. In data 23 novembre 2022, il CAS ha depositato prova dell'avvenuta ostensione della documentazione richiesta.

7. In vista dell'udienza pubblica, le parti, compreso l'interveniente *ad opponendum*, hanno scambiato memorie e repliche.

8. Alla pubblica udienza in data 14 dicembre 2022 il Collegio, preso atto della dichiarazione del difensore di parte ricorrente circa l'integrale soddisfazione dell'interesse che aveva giustificato la richiesta di documenti relativi al raccordo autostradale, ha trattenuto il ricorso in decisione.

9. In via preliminare, va dichiarata l'inammissibilità dell'intervento spiegato dalla società Iniziative Commerciali, nella asserita qualità di controinteressato non evocato nel giudizio in materia di accesso.

Ed invero, come chiarito dal C.G.A. con la sentenza n.58/2023 (che ha dichiarato improcedibile l'appello proposto dalla Iniziative Commerciali avverso l'ordinanza di questo TAR n.2804/2022), nella fattispecie in esame, la richiesta di ostensione avanzata dalla ricorrente non poteva essere qualificata come istanza di accesso ai sensi dell'art. 116 comma secondo c.p.a., trattandosi piuttosto di istanza istruttoria ai sensi dell'art. 64 comma terzo c.p.a., con conseguente insussistenza in capo al terzo di un diritto alla

riservatezza da tutelare e, quindi, di un interesse giuridicamente rilevante ad opporsi al ricorso.

10. Sempre in via preliminare, il Collegio dichiara fondata l'eccezione, sollevata dalla difesa erariale, di difetto di legittimazione passiva del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile in quanto nessun provvedimento adottato dallo stesso è stato impugnato, né nessuna domanda processuale formulata nei confronti di tale Amministrazione.

11. Infine, sempre in via preliminare, il Collegio ritiene fondata l'eccezione di tardività sollevata dalla difesa dell'Amministrazione resistente della memoria e degli allegati depositati dalla ricorrente in data 28 novembre 2022, nonché della ulteriore documentazione depositata in data 2 dicembre 2022.

Il deposito è infatti avvenuto, in violazione del combinato disposto degli artt. 73, comma primo, c.p.a. e 4, comma quarto, disp. att. c.p.a., e precisamente, per quanto riguarda i documenti, oltre il termine (dimidiato) di venti giorni prima della data di fissazione dell'udienza e, con riguardo alla memoria conclusiva, oltre le ore 12 dell'ultimo giorno utile.

In tal senso da ultimo si veda C.d.S. n.7977/2022 secondo cui *“Da tali disposizioni si evince infatti che il deposito con il processo amministrativo telematico (PAT) è possibile fino alle ore 24.00, ma se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dal comma 1 dell'art. 73 c.p.a., ove avvenga oltre le ore 12 (id est, l'orario previsto per i depositi prima dell'entrata in vigore del PAT), si considera - ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche - effettuato il giorno successivo, ed è quindi tardivo. Il termine ultimo di deposito alle ore 12, quindi, permane, anche all'indomani dell'entrata in vigore del PAT, come termine di garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del collegio giudicante.”*

Degli stessi non può, pertanto, tenersi conto ai fini della decisione.

12. Nel merito il ricorso è infondato, il che esonera il Collegio dallo scrutinio delle eccezioni in rito sollevate dall'Amministrazione resistente.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, dal quale il Collegio non ravvisa ragioni di discostarsi, la decisione della pubblica amministrazione di procedere alla revoca del bando di gara e degli atti successivi rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Consiglio di Stato sez. V, 09/11/2018, n.6323; Consiglio di Stato sez. V, 04/12/2017, n.5689; Consiglio di Stato sez. III, 07/07/2017, n.3359; Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013, n. 2418; Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 14/ 11/ 2019, n.5368).

Ciò vale a maggior ragione nel caso in cui, come quello in esame, si sia addivenuti alla sola proposta di aggiudicazione (ex aggiudicazione provvisoria), nel qual caso l'amministrazione resta libera di intervenire sugli atti di gara con manifestazioni di volontà di segno opposto a quello precedentemente manifestato e senza dover, peraltro, sottostare alle forme proprie dell'autotutela decisoria, non potendo l'atto di ritiro della proposta di aggiudicazione neppure qualificarsi come attività di secondo grado, con ciò che ne consegue anche sul piano dell'attenuazione dell'onere motivazionale richiesto.

Ed infatti: *"...nelle gare pubbliche d'appalto l'aggiudicazione provvisoria è un atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario, con la conseguenza che la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lvo n. 163/2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile ed obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'amministrazione, a prescindere dall'inserimento nel bando di apposita clausola che preveda l'eventualità di non dare luogo alla gara o di revocarla. La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente, quindi, di applicare nei suoi*

riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241/1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio: la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma) non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato. Fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra, dunque, nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara. Inoltre, la determinazione di non giungere alla naturale conclusione della gara, che sia intervenuta nella fase dell'aggiudicazione provvisoria, non obbliga la stazione appaltante ad alcuna comunicazione di avvio del procedimento, né all'aggiudicatario provvisorio, né a maggior ragione alle ditte escluse dalla gara stessa (vedi, in tal senso, per tutte, da ultimo (C.d.S., sez.III n.3359/2017; Tar Lazio, sez.I, n.4324/2017; C.d.S, Sez. IV, n. 67/2016; T.A.R. Lazio, sez. I n. 8050/2015)» (da ultimo in termini anche C.d.S., sez. III, 31/03/2021, n.2707).

Alla stregua dei principi sopra richiamati, ad avviso del Collegio, a fronte della sussistenza in capo alla ricorrente di una posizione di mera aspettativa non qualificata alla conclusione del procedimento e della conseguente attenuazione dell'onere motivazionale posto a carico dell'amministrazione, il provvedimento gravato non appare affetto dai vizi di illegittimità lamentati, in quanto le ragioni da esso addotte non appaiono né irragionevoli, né manifestamente ingiuste, e ciò anche tenuto conto del tenore della previsione di cui al punto 6.3, lett. d) del bando di gara, peraltro non impugnata da parte ricorrente.

14. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso va respinto.

15. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate, come in dispositivo, in misura che tiene conto dell'apporto difensivo, in favore del

Consorzio Autostrade Siciliane e del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile; vanno, invece, compensate nei confronti della Iniziative Commerciali ITC s.r.l. in ragione della declaratoria dell'inammissibilità dell'intervento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa estromissione dal giudizio del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile e declaratoria d'inammissibilità dell'intervento della società Iniziative Commerciali, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in € 2.000 (duemila/00), oltre oneri e accessori, nei confronti del Consorzio Autostrade Siciliane, e in € 1.000,00 (mille/00), oltre oneri e accessori, nei confronti del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile. Spese compensate con la società Iniziative Commerciali.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere

Valeria Ventura, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valeria Ventura

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO