



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso n. 6337/2006 proposto da LARIVERA S.p.A., in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti
Vincenzo Colalillo, Filippo Satta e Filippo Lattanzi ed elettivamente
domiciliata presso lo studio Satta & Associati, in Roma., via G.P. da
Palestrina, n. 47;

contro

ALISCAFI SNAV SOCIETA' NAVIGAZIONE ALTA VELOCITA'
S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli Avv.ti Ferdinando Imposimato, Michele Lioi e Bruno Castaldo,
elettivamente domiciliata in Roma, alla via Otranto, n. 18;

e nei confronti di

REGIONE MOLISE, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è legalmente
domiciliata in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

PRESIDENTE DELLA REGIONE MOLISE, nella sua qualità di
Commissario delegato non costituito in giudizio;

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

N.2994/2007

Reg.Dec.

N. 6337 Reg.Ric.

ANNO 2006

FINMOLISE S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza n.- 631 del 21 giugno 2006 con la quale il TAR Molise ha accolto il ricorso proposto da Snav s.p.a. per ottenere l'annullamento:

- del decreto 4.8.2005, n. 88, con il quale il Presidente della Regione Molise, nella sua qualità di commissario delegato all'attuazione degli interventi diretti a fronteggiare le conseguenze degli eventi calamitosi abbattutisi sulla Regione Molise, ha approvato integralmente e deliberato di dare esecuzione alla deliberazione di Giunta regionale 4.7.2005, n. 927, con cui si è stabilito di realizzare un sistema di collegamento veloce per persone, autocarri e merci tra il porto di Termoli ed i porti croati di Spalato, Ploce e Dubrovnik e di individuare la società Larivera S.p.A. quale partner industriale della costituenda società mista per la gestione del servizio di trasporto marittimo sopra detto;

- della citata deliberazione della Giunta regionale del Molise 4.7.2005, n. 927, pubblicata sul B.U.R.M. in data 20.10.2005, e di ogni altro atto antecedente, presupposto, connesso e consequenziale ed, in particolare, ove necessario, per quanto di ragione ed *in partibus quibus*, delle determinazioni assunte in conferenza di servizi e, segnatamente, di quelle assunte nell'adunanza del 26.2.2003, della concessione demaniale n. 3/2004, non pubblicata, avente ad oggetto l'area di mq. 10.930,02 sulla banchina nord-est del porto di Termoli per la durata di anni sei, della deliberazione della Giunta regionale del Molise 9.6.2004, n. 841 e dell'O.P.C.M. 12.3.2003, n. 3268;

primi motivi aggiunti:

- del ~~decreto 4.8.2005, n. 88~~, con il quale il Presidente della Regione Molise, nella sua qualità di commissario delegato, ha fornito indicazioni operative alla Finmolise S.p.A. per procedere all'attuazione dell'azione 6.1.4 "Reti marittime";

- degli atti richiamati nel citato decreto ed, in particolare, della nota del Dirigente responsabile del Servizio Trasporti della D.G. IV della Regione Molise 28.9.2005, prot. n. 6622, della nota della Finmolise S.p.A. datata 31.8.2005 e della delibera del CDA della Finmolise, con cui essa ha deliberato di dare attuazione all'intervento della NEWCO;

- dell'atto costitutivo della Società L.T.M. S.p.A. del 13.12.2005, del verbale dell'assemblea straordinaria della L.T.M. S.p.A. in data 21.12.2005, avente ad oggetto l'aumento del capitale sociale, e del successivo verbale del Consiglio di Amministrazione della stessa società del 21.12.2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Molise e della società ricorrente in prime cure;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 30 marzo 2007 relatore il Consigliere Francesco Caringella;

Uditi altresì gli avv.ti Lattanzi, Lioi e l'avv. dello Stato Tortora;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. I fatti oggetto delle presente giudizio possono essere così

sintetizzati.

Con O.P.C.M. del 31.1.2003, è stato dichiarato lo stato di emergenza nel territorio della Regione Molise a seguito degli straordinari eventi meteorologici ivi occorsi nei giorni 23, 24 e 25 gennaio 2003,.

Con O.P.C.M. 12.3.2003, n. 3268, il Presidente della Regione Molise è stato delegato all'attuazione degli interventi di prima emergenza diretti al soccorso della popolazione ed al rilancio produttivo del territorio regionale. In particolare, all'art. 15, si è disposto che *"la regione, d'intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento per le Politiche di sviluppo e coesione, predisporre, entro sessanta giorni dalla pubblicazione della presente ordinanza, un programma pluriennale di interventi diretti a favorire la ripresa produttiva nel territorio della regione Molise colpito dagli eccezionali eventi sismici del 31 ottobre 2002 e da quelli meteorologici del gennaio 2003, da finanziare anche con il concorso delle risorse nazionali e comunitarie destinate allo sviluppo delle aree sottosviluppate. (...)".*

Con delibera giuntale 9.6.2004, n. 841, la Regione Molise ha approvato il suddetto programma di interventi, successivamente approvato anche dal CIPE con deliberazione 29.9.2004, n. 32.

In tale programma, all'interno della 6.1 "trasporti veloci", è stata prevista la misura 6.1.4 "reti marittime", tesa alla creazione di *"un sistema di collegamento veloce"* dal porto di Termoli ai porti croati di Spalato, Ploce e Dubrovnik per il trasporto di persone, autocarri e merci, da svolgersi *"durante l'intero anno e non più solo con frequenza stagionale"*, a cura di una *"società di trasporti pubblico-privata"*, rispetto alla quale *"il soggetto*

compartecipante” sarebbe stato “*selezionato attraverso la procedura di evidenza pubblica*”.

Con O.P.C.M. 18.3.2005, n. 3414, si è stabilito che il Presidente della Regione Molise provvedesse in termini di urgenza all’attuazione ed al completamento delle iniziative programmate entro il 31 gennaio 2006.

Con deliberazione 4.7.2005, n. 927, la Giunta regionale ha determinato di procedere alla costituzione della società a capitale misto pubblico-privato, individuando, quale partner privato, la Società Larivera S.p.A., senza far ricorso alla pubblica gara, evidenziando che ricorrevano i presupposti giuridici di cui all’art. 7, 2° comma, lett. b) del D. Lgs. 17.3.2005, n. 157 per derogarvi, in quanto essa era l’unico soggetto imprenditoriale titolare del diritto d’uso delle aree portuali necessarie alla realizzazione del collegamento marittimo *de quo*.

~~Alla Larivera era stata rilasciata la concessione demaniale n. 3/2004 per la durata di sei anni, all’esito della conferenza di servizi tenutasi in data 26.2.2003.~~

Il Presidente della Regione Molise ha determinato di dare attuazione alla predetta delibera con decreto 4.8.2005, n. 88.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici, ai fini che qui rilevano, hanno accolto la domanda di annullamento e respinto quella di risarcimento.

L’appellante Larivera s.p.a contesta in sede di appello gli argomenti posti a sostegno del *decisum* di prime cure.

Resiste l’originaria ricorrente s.p.a SNAV.

Si è altresì costituita, in adesione all’appello, la Regione Molise.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l’ulteriore

illustrazione delle rispettive posizioni difensive.

All'udienza del 30 marzo 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Con un primo motivo di appello la società ripropone la questione della competenza funzionale del T.A.R. Lazio in relazione alle controversie riguardanti provvedimenti commissariali attuativi dell'art. 15 dell'O.P.C.M. n. 3268/03, ai sensi dell'art. 3, commi 2 bis, 2 ter e 2 quater del D.L. 30.11.2005, n. 245, convertito dalla L. 27.1.2006, n. 21.

Il motivo non merita accoglimento.

La norma di cui alla disposizione su richiamata, che stabilisce appunto la competenza funzionale del T.A.R. Lazio, rilevabile anche d'ufficio e riguardante anche i processi in corso, fa riferimento alle situazioni di emergenza derivanti da eventi naturali o legati all'azione dell'uomo fronteggiabili solo con poteri straordinari. Trattasi di una norma eccezionale, in quanto derogatoria rispetto alle ordinarie regole in punto di competenza territoriale scolpite dagli artt. 2 e 3 della legge n. 1034/1971, e come tale necessitante di interpretazione restrittiva.

Il Collegio reputa che l'applicazione di detto canone ermeneutico escluda la sussumibilità del contenzioso in parola nel novero delle controversie relative alle situazioni emergenziali considerate dalla norma derogatoria di che trattasi, e ciò alla luce delle seguenti e concomitanti considerazioni:

a) la controversia verte intorno all'attivazione di una linea di collegamento Italia-Croazia operante nel corso dell'intero anno, mediante una società a capitale misto pubblico-privato da costituire *ad hoc*, ossia ad

una misura strutturale finalizzata al rilancio dell'economia piuttosto che un provvedimento contingente volto a fronteggiare una situazione di emergenza e di crisi connotata dal carattere della temporaneità e straordinarietà;

b) l'individuazione del socio privato senza gara è intervenuta in epoca successiva all'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 2414/2005 con la quale è stato dato mandato al Commissario straordinario di completare, in regime ordinario, il programma pluriennale di interventi diretti alla ripresa produttiva della Regione dopo avere dato atto della cessazione dello stato di emergenza la cui attualità è invece il presupposto considerato dalla norma attributiva della competenza funzionale in capo al Tribunale amministrativo centrale;

c) il provvedimento principale oggetto di impugnazione in prime cure non è un'Ordinanza commissariale bensì la menzionata deliberazione 4.7.2005, n. 927, con la quale la Giunta regionale ha determinato di procedere alla costituzione della società a capitale misto pubblico-privato, individuando, quale *partner* privato, la società in questa sede appellante.

3. Non meritano inoltre positiva considerazione le ulteriori questioni pregiudiziali sollevate dall'appellante, alla luce dei rilievi che seguono:

a) in ordine all'eccepita tardività dell'impugnativa proposta, con il primo atto di motivi aggiunti, avverso il decreto del Presidente della Giunta Goduta Regionale n. 114 del 30 settembre 2005, è dirimente la considerazione che trattasi di atto consequenziale rispetto alle precedenti determinazioni lesive con cui si è deciso di procedere alla costituzione della s.p.a. mista senza previo espletamento di procedura di evidenza pubblica ai

fini della scelta del socio, come tale destinato ad essere caducato, congiuntamente agli atti a loro volta consequenziali al decreto n. 114, a seguito dell'annullamento dei provvedimenti presupposti;

b) in ordine alla tardività dell'impugnazione della concessione demaniale, si deve rilevare che l'impugnativa è stata proposta in via subordinata e che, comunque, l'illegittimità della concessione non ha avuto rilievo nell'economia degli argomenti sviluppati dalla sentenza appellata;

c) le determinazioni finalizzate alla costituzione della s.p.a. mista sono espressione di potere amministrativo discrezionale volto alla cura dell'interesse pubblico, in guisa da radicare la giurisdizione amministrativa, segnatamente in settori di giurisdizione esclusiva ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205 e 244 del codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006;

d) in ordine all'eccepita tardività della censura volta a stigmatizza l'incompetenza del Presidente della Regione- Commissario delegato assume rilievo assorbente l'irrelevanza di tale argomento nell'*iter* argomentativo svolto in senso al *decisum* gravato;

e) la censura tesa a stigmatizzare la mancanza dei presupposti volti a giustificare la scelta fiduciaria risulta ritualmente e tempestivamente dedotta in sede di ricorso;

f) in merito alla pretesa ineseguibilità in forma specifica della sentenza di annullamento, occorre rimarcare, per un verso, che trattasi di tema che esula dalla sfera della cognizione per essere attratta a quella dell'ottemperanza e che, sotto altro profilo, la giurisprudenza della Sezione

ha a più riprese considerato, nell'analogo campo dei rapporti tra caducazione degli atti relativi alla procedura di evidenza pubblica e sorte del contratto di appalto medio tempore intervenuto, che la caducazione del provvedimento amministrativo costituente presupposto unico e necessario della stipulazione privatistica implica la caducazione di quest'ultima secondo la logica dell'effetto caducante tipico del collegamento inscindibile di fattispecie connesse.

4. La sentenza resiste anche alle cesure svolte nel merito da parte dell'appellante

Non risulta in contestazione l'obbligo legale, oggi codificato dall'art. 1, comma 2, del citato codice contratti pubblici, di espletare procedure concorsuali ai fini della scelta del soggetto gestore del servizio di trasporto pubblico e, anche, del socio privato di una società mista all'uopo deputata. La stessa Regione Molise, con L.R. 24 marzo del 2000, n. 19, recante "norme integrative della disciplina in materia di trasporto pubblico locale", circa il sistema per la scelta del gestore di servizi, all'art. 13, rinvia espressamente all'art. 12, lett. b) del citato D.Lgs. n. 157/1995, che contempla la licitazione privata, e, in ordine all'individuazione dei *partners* privati di società miste, prevede espressamente l'applicazione del procedimento del confronto concorrenziale.

Di tale esigenza, espressione del cogente principio comunitario della concorrenza sancito dalle norme del Trattato prima ancora che dalle disposizioni puntuali recate dalle direttive in materia di appalti, vi è piena consapevolezza anche negli atti iniziali della procedura poi culminata con la scelta diretta del socio. Ed infatti, come ricordato in sede di esposizione dei

fatti, nel programma di interventi di cui alla delibera giuntale 9.6.2004, n. 841, all'interno della 6.1 "trasporti veloci", è stata prevista la misura 6.1.4 "reti marittime", tesa alla creazione di *"un sistema di collegamento veloce"* dal porto di Termoli ai porti croati di Spalato, Ploce e Dubrovnik per il trasporto di persone, autocarri e merci, da svolgersi *"durante l'intero anno e non più solo con frequenza stagionale"*, a cura di una *"società di trasporti pubblico-privata"*, rispetto alla quale *"il soggetto partecipante"* sarebbe stato *"selezionato attraverso la procedura di evidenza pubblica"*.

Si tratta ora di vedere se che la scelta di derogare all'obbligo legale ed all'autovincolo amministrativo, poi adottata con la successiva delibera giuntale 4.7.2005, n. 927, in base al richiamo dell'art. 7, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 157/1995, sia sorretta dalla ricorrenza di idonei presupposti e da adeguata motivazione.

La norma da ultimo citata richiama i casi in cui *"per motivi di natura tecnica, artistica o per ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'esecuzione dei servizi possa venire affidata unicamente a un particolare prestatore di servizi"*. Il motivo allegato dalla Regione a sostegno della propria linea di condotta è dato, in particolare, dalla titolarità, in capo alla predetta Società - odierna controinteressata, del *"diritto d'uso della banchina e delle infrastrutture connesse indispensabili per lo svolgimento del servizio"* de quo, a fronte di una situazione in cui *"nessun'altra impresa (eventualmente selezionata all'esito di una gara) potrebbe disporre delle aree portuali necessarie"*.

Tale peculiare quadro viene poi correlato alla manifestata esigenza di realizzare le esigenze funzionali *"in tempi rapidi e tali da consentire la"*

immediatezza delle finalità del servizio”.

Ebbene la Sezione reputa che le censure svolte dall'appellante non scalfiscono gli argomenti portati dal Primo Giudice al fine di escludere la ricorrenza dei presupposti giustificativi della sottrazione dell'affidamento ai vincoli comunitari e nazionali oltre che al pregresso autovincolo programmatico.

Un corretta interpretazione del principio comunitario della concorrenza non consente infatti di condividere l'assunto centrale su cui fa perno il provvedimento regionale gravato in prime cure, a tenore del quale la sussistenza, in capo alla Larivera, del diritto di esclusiva su un'area demaniale fonderebbe una situazione di monopolio tale da giustificare la sottrazione al mercato delle attività da svolgere in area portuale, nella specie con riguardo alla scelta del socio della costituenda società mista. L'attuazione dei principi comunitari impone infatti che la soluzione della sottrazione al mercato di un affidamento pubblico si atteggi a soluzione residuale alla quale ricorrere solo in caso di impossibilità di trovare soluzione alternativa efficiente.

Nella specie detta impossibilità non è riscontrata in quanto non vi è adeguata motivazione e specifica istruttoria amministrativa volti ad attestare l'indisponibilità di una banchina utile, attuale o suscettibile di realizzazione, in alternativa a quella interessata dalla concessione, non risultando rilevanti le integrazioni postume intervenute in giudizio. In secondo luogo il provvedimento non si fa carico della possibilità di trovare una soluzione che armonizzi le esigenze in rilievo rendendo possibile la fruizione della banchina in concessione, in base ad un'adeguata programmazione, anche da

parte della costituenda s.p.a. mista.

Inoltre, risultano pretermessi i vantaggi derivanti, sul piano economico e funzionale, da una procedura competitiva. Basti sul punto considerare che la Larivera S.p.A. è una Società di trasporto, che sul piano strettamente del trasporto marittimo, ~~disponeva unicamente un catamarano, abilitato unicamente al trasporto di persone (e non già anche di autocarri e merci), peraltro non in proprietà, ma alla stessa concesso in locazione, attualmente acquistato dall'ormai costituita Società L.T.M. S.p.A.~~ Di qui la necessità di sostenere un massiccio finanziamento pubblico al fine di dotare la società in parola dei mezzi necessari. Differentemente, altre Società, come la stessa Aliscafi Snav – odierna ricorrente - dispongono di una flotta ben più consistente ed in grado di far fronte alle esigenze dell'attivando servizio di collegamento. Ebbene, la determinazione amministrativa non si fa carico della prioritaria verifica comparativa degli oneri sottesi alla scelta fiduciaria di un socio operativo non dotato dei mezzi necessari rispetto all'idoneità di una procedura comparativa a convogliare soggetti dotati di migliori energie sul crinale finanziario, strutturale e funzionale.

La stessa tempistica dell'~~azione amministrativa~~ dimostra un agire affetto da sviamento se si considera che la ~~concessione demaniale n. 3/2004, costituente la principale, se non unica, ragione della deroga all'evidenza,~~ risulta rilasciata in data 15.7.2004, ossia dopo che, con la pregressa delibera giuntale 9.6.2004, n. 841, l'amministrazione regionale si era impegnata a selezionare *"il soggetto partecipante... attraverso la procedura di evidenza pubblica"*.

Non risulta a questo punto decisivo neanche il richiamo all'urgenza,

non essendo dimostrato che le soluzioni alternative predette non avrebbero potuto essere adottate in modo compatibile con le esigenze da soddisfare.

Va comunque soggiunto che la pretesa urgenza è smentita dal lasso di tempo che separa la deliberazione della Giunta regionale del 9.6.2004, che prevedeva il ricorso alla procedura di gara per la selezione del partner privato, poi approvata dal CIPE con deliberazione 29.9.2004, n. 32, e la successiva deliberazione 4.7.2005, n. 927, con cui la Regione ha proceduto all'attuazione della misura.

Non è neppure riscontrabile una cogente esigenza finanziaria posto che, come si evince dalla tabella allegata alla delibera giuntale n. 927/2005, depositata in giudizio dalla ricorrente in data 17.2.2006, detti fondi si rinvenivano nelle *"risorse regionali"* e provengono *"dai rimborsi comunitari e statali connessi alla rendicontazione dei progetti coerenti nel POR Molise 2000/2006 stimate in 122 milioni di Euro e (...) dall'assegnazione delle risorse premiali"*. Pertanto, trattandosi di fondi per progetti già stanziati ed in parte realizzati, ormai nella completa disponibilità della Regione, essi non sono soggetti al vincolo temporale invocato dalle controparti.

Le considerazioni che precedono consentono di confermare la sentenza di primo grado laddove è pervenuta alla conclusione dell'illegittimità della scelta diretta del *partner* della costituenda società di cui trattasi, per violazione delle norme su citate, che impongono il ricorso al confronto concorrenziale, mediante pubblica gara.

5. - La Sezione condivide anche l'assunto sostenuto dal primo Giudice secondo cui la scelta della Larivera S.p.A. è illegittima anche sotto

l'ulteriore profilo del mancato riscontro della sussistenza del requisito della moralità professionale in capo al suo amministratore.

Non è smentito, in punto di fatto, che l'Amministratore della Larivera S.p.A. – Sig. Giuseppe Larivera – nell'anno 1990 ha patteggiato una pena per truffa proprio in danno della Regione Molise, per corsi fantasma. Trattandosi di sentenza relativa a reato commesso contro la stessa Regione, quest'ultima avrebbe dovuto verificare, in disparte l'annotazione della pronuncia nel certificato del casellario, se la statuizione penale incidesse sulla moralità professionale in guisa da escludere la praticabilità dell'affidamento. Occorre aggiungere che, per pacifica giurisprudenza della Cassazione penale, il decorso del quinquennio ex art. 445, co 2, c.p. non estingue automaticamente il reato, occorrendo apposita declaratoria da parte del giudice dell'esecuzione.

6. L'appello va in definitiva respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura in dispositivo fissata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

~~Condanna la società appellante al pagamento~~ in favore della società appellata ~~delle spese relative al presente grado di giudizio~~ che liquida nella misura di 20.000 (ventimila) euro.

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

Così deciso in Roma, addì 30 marzo 2007, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI) in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Gaetano Trotta	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere Est.
Bruno Rosario Polito	Consigliere

Presidente

GAETANO TROTTA

Consigliere
FRANCESCO CARINGELLA

Segretario
GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...05/06/2007
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria