

rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Gentile, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sebino, 29;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 12529/2016, resa tra le parti, concernente l'impugnativa del bando di gara indetto dall'Autorità Portuale di Civitavecchia e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, V[^] serie speciale - Contratti pubblici, n. 1 del 4 gennaio 2016, avente ad oggetto la “procedura ad evidenza pubblica per la cessione della quota di partecipazione societaria detenuta dall'Autorità Portuale di Civitavecchia nel capitale sociale della Port Mobility S.p.A.”;

b) dei provvedimenti, di data ed estremi ignoti, con i quali l'Autorità Portuale di Civitavecchia ha disposto, ovvero ha consentito, che le quote del capitale sociale della Port Mobility s.p.a., originariamente appartenenti ad Autostrade per l'Italia s.p.a. e SABA Italia s.p.a. in misura dell'80 % complessivamente, venissero trasferite a Sportiello Riparazioni Costruzioni Navali s.r.l., e da questa successivamente, nella misura del 77 %, a Rogedil Servizi s.r.l.;

c) dei provvedimenti, di data ed estremi ignoti, con i quali l'Autorità Portuale di Civitavecchia, in presenza degli atti di trasferimento di quote di cui al precedente punto b), ha disposto, ovvero ha autorizzato, la prosecuzione del rapporto concessorio di cui all'atto rep. 2956 del 26 maggio 2005 con il quale era stata affidata a Port Mobility s.p.a. la concessione in esclusiva del servizio di gestione parcheggi e di mobilità in ambito portuale, e

per il risarcimento

del danno causato dai provvedimenti illegittimi impugnati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale, di Port Mobility s.p.a., e di Autostrade per l'Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti l'avvocato Pierantozzi, l'avvocato dello Stato Stigliano Messuti, l'avvocato Vergerio su delega di Gentile e Sbrana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Medov Civitavecchia s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 15 dicembre 2016, n. 12529 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III ter, con la quale sono stati dichiarati inammissibili il ricorso ed i motivi aggiunti esperiti dall'appellante avverso il bando di gara indetto dall'Autorità Portuale di Civitavecchia in data 4 gennaio 2016 avente ad oggetto la "procedura ad evidenza pubblica per la cessione della quota di partecipazione societaria detenuta dall'Autorità Portuale nel capitale sociale della Port Mobility s.p.a.", nonché (avverso) i provvedimenti, mediante i quali è stato consentito che l'80 per cento delle quote di capitale sociale (originariamente appartenenti ad Autostrade per l'Italia s.p.a. e Saba Italia s.p.a.) venissero trasferite a Sportiello Riparazioni Costruzioni Navali s.r.l. e da questa a Rogedil Servizi s.r.l., pur mantenendo il rapporto concessorio con la Port Mobility in ordine alla gestione dei parcheggi e della mobilità in ambito portuale.

La società Port Mobility, di cui l'Autorità Portuale detiene il 19 per cento del capitale azionario, è stata costituita nel 2004 e le è stato conferito in concessione (ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. c, della legge n. 84 del 1994) il servizio di mobilità in ambito portuale, comprensivo della realizzazione e gestione dei

parcheggi e delle aree attrezzate in tutta la circoscrizione dell'Autorità, nonché dei sistemi di controllo e gestione dell'accesso funzionali al servizio e delle attività accessorie e complementari, tra cui il "navettamento" dei passeggeri all'interno del porto.

Occupandosi l'appellante, mandataria di Medov s.r.l. ed agente generale in Italia ed all'estero per conto di numerosi armatori italiani e stranieri, di operazioni di logistica e spedizione connesse al trasporto passeggeri e merci, ed essendo pertanto interessata a partecipare alla gara, ha presentato in data 27 gennaio 2016 l'istanza di accesso ad una serie di documenti, anche in conseguenza del fatto di avere appreso della modifica della compagine sociale di Port Mobility; deduce che, non avendo avuto tempestiva risposta, non è stata in condizione di partecipare al procedimento di gara e di formulare la propria offerta.

Con il ricorso in primo grado ed i motivi aggiunti la Medov Civitavecchia s.r.l. ha dedotto, in sintesi, oltre all'illegittimo diniego di (integrale) ostensione documentale, l'illegittimità degli atti impugnati nella considerazione che il trasferimento, in assenza di pubblicità, dei pacchetti azionari originari di Port Mobility, costituita senza gara ai sensi dell'art. 23, comma 5, della legge n. 84 del 1994, ha visto il subentro di due soggetti (Rogedil al 77 per cento, e Sportiello al 3 per cento) non operanti nel settore della gestione dei parcheggi e della viabilità portuale, ciò configurando un nuovo affidamento del servizio, implicante l'esperimento di un procedimento di gara ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006.

2.- La sentenza appellata ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti ritenendo dirimente ai fini del decidere la mancata presentazione, da parte dell'appellante, della domanda di partecipazione; ha osservato in particolare che «*si può ritenere che il bando non rendesse impossibile la presentazione dell'offerta, specie con riferimento alla valutazione economica della partecipazione, confluita nel "prezzo a base d'asta"*»

di cui all'art. 4, determinato sulla base della "perizia asseverata"». Quanto alla prosecuzione del rapporto concessorio, la sentenza ha evidenziato che i trasferimenti delle quote non sono intervenuti per effetto di atti amministrativi, con conseguente rilievo di inammissibilità della domanda caducatoria per carenza dell'oggetto; in ogni caso inammissibile è nel giudizio amministrativo l'azione di mero accertamento volta ad accertare l'omissione di provvedimenti.

3. - L'appello della Medov Civitavecchia s.r.l. deduce, in sintesi, l'erroneità della sentenza nell'assunto che l'assenza delle informazioni richieste abbia precluso la presentazione di un'offerta in ragione delle gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali, sì da rendere impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara. Inoltre la sentenza avrebbe dovuto consentire la verifica di legittimità della concessione del servizio, in quanto idonea ad influenzare la visione economica delle quote in mano pubblica. Indimostrata è peraltro la circostanza secondo cui in occasione della circolazione del pacchetto di maggioranza non sarebbero intervenuti provvedimenti amministrativi espressi. Vengono inoltre reiterati i motivi di ricorso di primo grado, incentrati sulla considerazione per cui i nuovi componenti della compagine societaria della Port Mobility, che hanno determinato una modifica soggettiva del gestore del servizio pubblico, non posseggono i requisiti di cui all'art. 23, comma 5, della legge n. 84 del 1994; ciò comportava la revoca della concessione e l'indizione di una nuova procedura. Inoltre il bando di gara non precludeva affatto la possibilità di visionare ogni documento utile per formulare un'offerta consapevole, tanto più che ha partecipato alla gara la Rogedil Servizi s.r.l., presentando la propria offerta di acquisto delle quote azionarie in mano pubblica, in posizione di evidente asimmetria informativa, essendo la stessa socio di maggioranza della Port Mobility e disponendo di elementi conoscitivi preclusi all'appellante, in violazione del principio di pubblicità e massima apertura al mercato.

4. - Si è costituita in resistenza la Autorità Portuale del Mar Tirreno Centro Settentrionale (già Autorità Portuale di Civitavecchia, Fiumicino e Gaeta), eccependo l'inammissibilità ed infondatezza dell'appello, ed esperendo al contempo appello incidentale, con reiterazione delle eccezioni preliminari di inammissibilità e di irricevibilità sollevate in primo grado, e disattese espressamente od implicitamente dalla sentenza di prime cure, e con riproposizione (ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.) delle eccezioni assorbite.
5. - Si sono altresì costituite in resistenza la Port Mobility s.p.a. ed Autostrade per l'Italia s.p.a. eccependo l'inammissibilità (sotto distinti profili) e comunque l'infondatezza nel merito dell'appello principale.
- 6.- All'udienza pubblica del 14 dicembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-L'appello principale critica la declaratoria di inammissibilità del ricorso avverso il bando, motivata nella considerazione della mancata presentazione della domanda di partecipazione rispetto ad una *lex specialis* non preclusiva della formulazione dell'offerta, anche nella prospettiva della valutazione economica della partecipazione, allegando la assenza di dati circa i rapporti con i soci privati che in precedenza avevano ceduto le loro quote ai soci attuali (realizzando un trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza), circostanza rilevante al fine di evincere l'incidenza delle relative pattuizioni sulla capacità e solidità della Port Mobility s.p.a. (società in possesso di un solo *asset* rilevante, costituito appunto dalla concessione del servizio pubblico ad essa rilasciata dall'Amministrazione nel 2005). Ad avviso dell'appellante, l'assenza di tali informazioni integra le circostanze che sul piano economico rendono impossibile od eccessivamente aleatoria la presentazione di un'offerta.

Il motivo è infondato e va disatteso.

Secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, il bando di gara o di concorso, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono tuttavia essere considerati immediatamente impugnabili allorchè contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, con la conseguenza che la partecipazione alla gara e la presentazione della domanda non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione dell'eventuale gravame. La soluzione si fonda su consolidati principi processuali in ordine all'interesse al ricorso, tali per cui può postularsi un onere di immediata impugnazione laddove sia ravvisabile una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato; questa evenienza sussiste ad esempio allorchè la *lex specialis* contenga clausole escludenti riguardanti cioè prescrizioni dirette a precludere la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, ovvero contempra requisiti soggettivi degli aspiranti od anche oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara (Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1). Successivamente l'Ad. plen., con la sentenza 7 aprile 2011, n. 4, ha precisato che la legittimazione al ricorso è correlata ad una situazione differenziata conseguente alla partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, e tale regola subisce deroghe solo nei casi di soggetto che contrasta "in radice" la scelta della stazione appaltante di indire la procedura comparativa, di operatore economico di settore che contesta un affidamento diretto dell'appalto o che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola escludente del bando correlata all'illegittima richiesta del possesso di determinati requisiti di qualificazione; ha dunque trovato, in una prospettiva convergente ma non coincidente, conferma l'assunto secondo cui la legittimazione del soggetto all'impugnazione dell'atto di indizione di una gara pubblica è condizionata al dimostrato possesso di una posizione differenziata e con esso incompatibile, mentre la più ampia legittimazione riguardante la contestazione degli affidamenti

diretti trova fondamento e giustificazione nel giudizio di disvalore dell'ordinamento nei confronti di atti contrastanti con il principio della concorrenza. Segue da ciò che, al di fuori delle ipotesi tassativamente individuate dalla giurisprudenza, resta fermo il principio per cui, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, la legittimazione al ricorso spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo da tale circostanza deriva il riconoscimento di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela. Schematizzando, può dirsi che la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione e che chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorchè vanti un interesse di fatto a che la competizione, per lui *res inter alios*, vanga nuovamente bandita. A tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solo in tre ipotesi, e cioè allorchè : a) si contesti in radice l'indizione della gara; b) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'Amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

Tale soluzione è stata recentemente confermata da Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, secondo cui, anche nel nuovo regime processuale del rito superspeciale delineato dall'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, Cod. proc. amm., trova persistente applicazione l'orientamento secondo cui le clausole non escludenti del bando vanno impuginate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (*id est*, l'aggiudicazione a terzi) e secondo cui l'impugnazione può provenire solamente da parte dell'operatore economico che abbia partecipato alla gara.

2. - Così definita la cornice di generale inquadramento, occorre valutare, alla stregua dei motivi reiterati in appello, se il trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza della società Port Mobility, titolare del rapporto concessorio, asseritamente ignorato dall'appellante, integri una circostanza che, sul piano economico, avrebbe reso impossibile od eccessivamente aleatoria la presentazione dell'offerta. In particolare, Medov Civitavecchia s.r.l. deduce che gli attuali soci di Port Mobility non hanno competenza in materia di gestione di parcheggi e viabilità portuale, né posseggono i requisiti di ordine speciale; inoltre la sostituzione dei soci originari avrebbe fatto venire meno le condizioni che hanno giustificato l'affidamento senza gara dei servizi portuali ai sensi dell'art. 23, comma 5, della legge n. 84 del 1994, sì che l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere alla revoca della concessione; ciò comporterebbe, nel suo insieme, la mancanza di dati certi per effettuare una *due diligence* su Port Mobility.

Ad avviso del Collegio le doglianze articolate non enucleano la fattispecie del bando di gara contenente gravi carenze nell'indicazione dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta, in quanto, come condivisibilmente sottolineato dal primo giudice, con specifico riferimento alla valutazione economica della partecipazione, confluita nel "prezzo a base d'asta", assume rilievo la "perizia asseverata" di stima, dalla quale «*si traggono gli elementi relativi alla quantificazione del valore della quota azionaria oggetto dell'asta, con particolare evidenza delle facoltà discendenti dal possesso della quota del 19% (non necessaria per la costituzione dell'assemblea e non determinante per l'adozione delle deliberazioni, non risultando previsti in favore del socio di minoranza "particolari diritti amministrativi esercitabili in assemblea" o "di nomina di cariche sociali" [...]*».

Piuttosto, la tesi dell'appellante è volta a stigmatizzare la cessione del pacchetto azionario nonché le qualità dei soggetti cessionari, ed, ancor più radicalmente, la possibilità stessa dell'operazione di cessione in costanza di un rapporto

concessorio senza gara, ma tali elementi, a prescindere anche da ogni valutazione circa la insussistenza, almeno parziale, della *potesta iudicandi* del giudice amministrativo, non appaiono certamente preclusivi ai fini della formulazione dell'offerta, in quanto la consistenza dell'*asset*, seppure *pro quota*, è inferibile dalla perizia del dott. Corti, redatta proprio «*attraverso l'individuazione del valore economico della Società [...] e l'applicazione a tale valore della percentuale di partecipazione detenuta dall'Autorità portuale di Civitavecchia, Fiumicino e Gaeta, tenendo conto, altresì, dello sconto di minoranza [...]*» (pag. 53 della relazione).

Non riguardando le doglianze dell'appellante la valutazione economico-finanziaria della quota, si traduce in una petizione di principio la contestazione della legittimità della concessione del servizio e la eventualità di una sua revoca, con i potenziali risvolti sul valore attribuito alla Port Mobility, come condizione espressiva di una carenza di dati essenziali per la formulazione dell'offerta per l'acquisto della quota.

Va, da ultimo, rilevato che condivisibile appare la sentenza appellata nella statuizione finale in cui ha ritenuto inammissibile la doglianza mediante la quale la ricorrente in primo grado ha censurato la circolazione del pacchetto di maggioranza per carenza di un provvedimento amministrativo, rivenendo la fattispecie a suo fondamento la rinuncia alla prelazione, e comunque anche per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo. Si tratta di profili di valutazione che consentono al Collegio anche di prescindere dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità del ricorso per violazione del divieto di cumulo di più azioni di impugnazione contro provvedimenti non connessi, oltre che di irricevibilità per tardività, riproposti dall'Autorità Portuale con l'appello incidentale.

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello principale va respinto, mentre deve essere dichiarato improcedibile quello incidentale.

La complessità della questione giuridica trattata integra le giuste ed eccezionali ragioni che giustificano la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile quello incidentale.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO