

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 907/2005 RGR.
N. 225 Reg. Sent.
ANNO 2006 sr

IL TRIBUNALE AMMANISTRATIVO REGIONALE DELLA LIGURIA

SEZIONE PRIMA

Nelle persone dei Signori:

Renato	Vivenzio	Presidente
Raffaele	Prosperi	Consigliere
Oreste Mario	Caputo	Consigliere, rel. ed est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.907/2005 proposto da Contship s.p.a., in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti F. Sorrentino e F. Munari ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Genova, largo S. Giuseppe n. 3/23

contro

Autorità portuale di Genova, in persona del presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova domiciliataria ex lege in Genova viale Brigate Partigiane n. 2

e nei confronti di

-Voltri Terminal Europa s.p.a. (VTE), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti R. Villata e L. Acquarone ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Genova, via Corsica n. 21

- Regione Liguria, in persona del presidente della Giunta pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura regionale domiciliata presso la sede legale in Genova via Fieschi n. 15;
- Comune di Genova, in persona del sindaco pro-tempore, non costituito;
- Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova domiciliataria ex in Genova viale Brigate Partigiane n. 2;
- Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante, non costituita

per l'annullamento

della deliberazione del comitato portuale del 13 luglio 2005 con la quale è stata estesa al VI modulo del porto di Genova-Voltri la concessione demaniale n. 49 del 15 ottobre 1991 (e successive integrazioni) di cui è titolare VTE;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente i vi compreso i verbali del Comitato, la nota dell'Autorità del 4.02.05, il vigente piano regolatore portuale in parte qua, l'accordo di programma del 7 maggio 1996. Dell'atto di sottomissione per anticipata occupazione del VI modulo del terminal del 5 agosto 2005.

e per la condanna

al risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità degli atti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata;

relatore per l'udienza pubblica del 26.01.06 il consigliere Oreste Mario Caputo;

uditi gli avvocati come da relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO

La società ricorrente, concessionaria di terminals portuali per l'imbarco e lo sbarco di contenitori in vari porti italiani nonché facente parte del gruppo Eureka-Eurogate operativo in ambito europeo nelle attività accessorie di trasporto e di logistica, ha impugnato la delibera del Comitato portuale del 13 luglio 2005 con la quale è stata estesa al VI modulo del porto di Genova-Voltri la concessione demaniale n. 49 del 15 ottobre 1991 (e successive integrazioni) di cui è titolare la controinteressata VTE.

Cumulativamente all'impugnazione, estesa agli atti presupposti della deliberazione appena indicata, è stata proposta domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità degli atti oggetto dell'azione d'annullamento.

Questi i motivi di censura:

- I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 l.28 gennaio 1994 n. 84; violazione e falsa applicazione degli artt. 29 e 32 d.P.R. 15 febbraio 1995 n. 328; violazione e falsa applicazione dell'art. 24 cod. nav.; violazione del principio del buon andamento e imparzialità; sviamento; violazione art. 10 dell'atto di concessione VTE;
- II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 36 e ss. cod. nav.; violazione degli artt. 5 e ss. e 18 reg. cod. nav.; violazione artt. 3 e 41 Cost.; eccesso di potere sotto vari profili;
- III) Violazione dei principi e dell'art. 10 bis l. n. 241 del 1990;

IV) Violazione delle norme comunitarie in tema di libera circolazione dei servizi e libertà di concorrenza sotto il profilo dell'art.86.1 Trattato CE.

L'affidamento in concessione, senza alcuna forma preventiva di pubblicità preordinata ad assicurare il confronto concorrenziale fra potenziali aspiranti alla concessione, dell'area portuale contraddistinta dal Modulo VI nell'ambito del terminal contenitori Genova-Voltri sarebbe inficiata, seconda la ricorrente, da numerosi vizi che spaziano dalla violazione delle norme del codice della navigazione e del relativo regolamento d'esecuzione, nonché dalla disattesa applicazione dei principi che conformano ed indirizzano l'azione amministrativa, fino al punto di pretermettere le norme comunitarie dettate in tema di libera circolazione dei servizi e di libertà di concorrenza.

Con ricorso per motivi aggiunti la società ricorrente ha impugnato l'atto di sottomissione per anticipata occupazione del VI modulo del terminal del 5 agosto 2005.

L'Autorità portuale e la controparte, affidataria del terminal, si sono costituite in giudizio eccependo l'inammissibilità ed irricevibilità del ricorso instando nel merito per la sua infondatezza.

Rinunciata la domanda incidentale di tutela cautelare, alla pubblica udienza del 26.01.06, la causa su richiesta delle parti è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La società ricorrente è concessionaria di terminali portuali per l'imbarco e lo sbarco di contenitori in vari porti italiani e fa parte del gruppo Eureka-Eurogate operativo in ambito europeo nelle attività accessorie di trasporto e di logistica.

Nelle premesse dell'atto introduttivo si ripercorre l'iter del procedimento promosso (con istanza del 24.01.05) per la concessione, previa richiesta d'adozione delle relative forme di pubblicità, del VI modulo del porto di Genova-Voltri, appena ultimato dall'Autorità portuale; si dà atto che, pur in presenza di numerose domande presentate da varie compagnie di navigazione, nessuna procedura concorrenziale veniva attuata; si precisa che ciò nondimeno l'amministrazione prendeva in considerazione l'istanza di affidamento, invitando la ricorrente ad integrarla sugli aspetti logistico-progettuali dell'espletamento del servizio; si lamenta, infine, l'accoglimento, senza alcun confronto concorrenziale, della richiesta (istanza del 26.11.04 mai pubblicata) di estensione dell'originaria concessione del 15 ottobre 1991 del Terminal portuale di Genova-Voltri formulata dalla controinteressata VTE.

Simmetrica e coerente alla narrativa è la prospettazione dei vizi che sorreggono l'impugnazione della deliberazione del Comitato portuale del 13 luglio 2005 di affidamento della concessione del VI modulo del porto di Genova-Voltri.

Assume la ricorrente la violazione della l. 28 gennaio 1994 n. 84 recante le norme del codice della navigazione e del regolamento d'esecuzione di cui al d.P.R. 15 febbraio 1995 n. 328 che, oltre a prescrivere il confronto

concorrenziale, vietano (art. 18) il rilascio di nuove concessioni al soggetto che già sia titolare di altra concessione all'interno dello stesso porto.

La precettività dei principi assiologici di scaturigine nazionale e comunitaria, che conformano ed indirizzano ad un tempo l'azione amministrativa in genere e quella sull'uso e la funzione dei beni dell'amministrazione connessi con le attività economiche esercitate dai privati in regime di concorrenza in specie, sarebbe stata secondo la ricorrente del tutto disattesa. (cfr., perspicuamente, Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168).

Il ricorso è fondato.

Va sgombrato il campo dall'eccezione di irricevibilità del ricorso avanzata dalla controinteressata sul rilievo che fin dal 24 febbraio 2005 l'amministrazione opponeva alla ricorrente formale diniego all'istanza (d. 24.01.05) di affidamento in concessione del VI modulo.

Sicchè l'impugnativa, notificata in data 16.08.05, sarebbe in thesi tardiva, a nulla rilevando il diverso termine di conclusione del procedimento di affidamento della concessione in favore della controinteressata VTE.

L'eccezione è destituita di fondamento in fatto prima ancora che in diritto.

Nella richiamata comunicazione del 24.02.05, l'amministrazione dopo aver dato atto di avere acquisito " gli ulteriori elementi in ordine all'autonomia tecnico-operativa del sesto modulo del porto di Voltri" dedotti dalla ricorrente, testualmente afferma che "è in corso uno specifico procedimento riguardante Voltri Terminal Europa s.p.a., attuale concessionario nel porto di Voltri che ha lo scopo di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per l'eventuale estensione della concessione sul VI Modulo".

Aggiunge, e va sintomaticamente rilevata la manifestazione di volontà qui espressa, che “tale procedimento potrà concludersi entro breve termine ed ogni ulteriore valutazione o atto di questa amministrazione potranno essere assunti soltanto all’esito della procedura di cui sopra”.

In definitiva, non si oppone affatto alcun formale diniego all’istanza della ricorrente; viceversa si procrastina espressamente ogni altra valutazione all’esame delle condizioni e dei presupposti che consentono “l’eventuale” - allo stato quindi meramente ipotetica - estensione della concessione.

L’atto in parola pertanto non ha alcuna efficacia concretamente ed immediatamente lesiva della situazione soggettiva fatta valere in giudizio, e, conseguentemente, la sua comunicazione era inidonea a fare decorrere il termine di impugnazione.

Ad analoga conclusione deve giungersi per quanto riguarda l’eccezione di inammissibilità formulata sul rilievo che l’atto impugnato sarebbe meramente esecutivo rispetto ad una sequenza di provvedimenti tutti preordinati all’estensione dell’originaria concessione.

Che l’atto impugnato non sia esecutivo lo si deduce tout court dalla nota dell’amministrazione appena richiamata la quale, come già precisato, espressamente subordina(va) l’eventuale estensione della concessione alla conclusione dello specifico procedimento volto al riscontro dei presupposti e delle condizioni - di fatto e di diritto - che in quel momento la consentivano.

È dunque la stessa amministrazione che, in contrario all’argomento fondante l’eccezione, non ha affatto considerato l’estensione della

concessione atto esecutivo di deliberazioni o convenzioni già assunte, sulla cui natura ed oggetto peraltro si avrà modo di soffermarsi in seguito.

Nel merito

L'Autorità portuale ha adottato l'atto impugnato alla stregua delle seguenti considerazioni:

- la progressiva estensione in capo ad un unico soggetto della concessione è ritenuta coerente alla “configurazione fisica del terminal di Voltri, delle scelte adottate ai fini del suo ottimale sfruttamento e del suo recepimento in sede di pianificazione portuale” (cfr. relazione dell'amministrazione sub all.1 p. 14); ancora, l'impostazione assunta fin dal 1990 è ritenuta tanto più valida in un contesto internazionale che sta accentuando la concentrazione delle unità produttive sicchè “una riduzione della taglia degli operatori genovesi” sarebbe in controtendenza alla “concorrenza internazionale che richiede dimensioni unitarie e capacità crescenti” (all. 1 p.15).
- fin dall'originaria concessione del 15 ottobre 1991 con scadenza al 31 dicembre 2020 la VTE è individuata come l'affidataria della pianificazione, gestione ed esercizio diretto dei servizi portuali relativi al Terminal portuale di Genova-Voltri: gli atti integrativi successivi, estensivi della concessione (d. 2.07.94, allo specchio d'acqua antistante e del termine di scadenza prorogato al 2051) e delle modalità di esercizio (dd. 29.04.98; 16 03.99; 21.03.01 ed infine 6.04.01) si porrebbero in linea di coerente continuità;

- particolare rilievo assume a riguardo la nota del Comitato portuale del 20.12.96, allegata all'atto del 29.04.98, nella quale si prevede l'ampliamento della concessione al non ancora esistente VI Modulo da realizzarsi a cura dell'amministrazione;
- l'estensione della concessione troverebbe inoltre fonte normativa nell'art. 24 d.P.R. 15 febbraio 1995 , 328, regolamento d'esecuzione cod. nav., laddove è parola di "variazione dell'estensione della zona concessa".

Nessuno di questi argomenti resiste alle censure di legittimità contenute nel ricorso.

Nell'ordine ed in senso speculare.

Va in linea di principio affermato che non è in discussione la facoltà che l'Autorità portuale possa perseguire una propria politica industriale e, conseguentemente, una strategia economica efficiente e coerente con l'opzione adottata. Ma l'Ente lo deve fare rispettando le regole concorrenziali che l'ordinamento comunitario impone, limitandosi, per riportarsi al caso che ne occupa, a creare le infrastrutture logistiche nel rispetto delle regole volte ad assicurare la necessaria competitività dei settori strategici.

Sicchè l'auspicata concentrazione dei servizi all'interno del porto di Genova in capo ad un unico operatore potrà essere l'esito, pur sempre - beninteso - nel rispetto della normativa nazionale (art. 6 l. 287/90 sulle concentrazioni vietate) e comunitaria, del libero gioco del mercato non già (e non più) di potestà dirigistiche che siano espressione dell'intervento pubblico.

A tutto concedere, semmai l'originario concessionario, che partecipi alla procedura concorrenziale di gara per l'affidamento della concessione, potrà, sfruttando le c.d. economie di scala insite nella preesistenza dell'attività di impresa esercitata all'interno del porto, avvantaggiarsi nella quantificazione dell'offerta economica.

Nemmeno la situazione logistica all'interno del porto, sia essa riferita alla pianificazione o alla rete di trasporto, ferroviaria e viaria, o alla dislocazione delle banchine d'attracco, costituisce ragione ostativa all'applicazione dei principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento e di mutuo riconoscimento in tema di prestazioni di servizi e di diritto di stabilimento.

L'astratta possibilità di individuare, per usare la stessa espressione adottata dall'amministrazione portuale, nella "configurazione fisica del terminal di Voltri" un impedimento all'applicazione di principi fondanti il Trattato CE, oltre a cedere il passo ad un'inversione di metodo atteso che norme assiologiche (assolute) di carattere contenutistico vengono riferite a situazioni storico-locali contingenti, rimette all'autorità portuale la valutazione sull'operatività di principi e norme che la stessa carta costituzionale (art. 117, comma 1) e la più recente normativa statale sul procedimento amministrativo (art. 1 l. n. 241 del 1990) hanno posto al vertice dell'ordinamento giuridico nazionale.

Nello specifico, venendo agli altri argomenti seguiti dall'amministrazione resistente, mette conto richiamare l'indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168; da

ultimo ribadito da Tar Liguria, sez, I, n. 112 del 2006) che ha esteso alla concessione dei beni pubblici i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia CE 7 dicembre 2000 in causa C-324/98 Telaustria GmbH.) a proposito della concessione di servizi.

Aggiungasi che in materia, la Commissione europea, al fine di perseguire l'integrazione positiva, in carenza di norme cogenti, ha assunto la comunicazione 12 aprile 2000 che, sebbene ascrivibile a quella che è stata definita soft law, raccomanda l'applicazione delle norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, nonché di quelle relative alla libera circolazione delle merci (artt. 28 e ss. del Trattato CE) ed infine dell'art. 86 del Trattato.

Di talché è richiesta, al fine di osservare la parità di trattamento, la pubblicità preventiva della procedura di gara ritenuta fase necessaria ed ineludibile per affidare in concessione i beni pubblici.

Anzi questa stessa giurisprudenza, valorizzando la precettività dei principi di pari trattamento, prescrive che il diritto di insistenza del precedente concessionario di beni pubblici, aspirante al rinnovo, possa assumere rilievo solo in caso di effettiva equipollenza delle condizioni offerte da questi e dagli altri pretendenti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici (Cons. St, sez. VI, n. 168/ 2005 cit.).

In questa stessa prospettiva va letto l'art. 18 l. n. 84 del 1994 laddove richiede per l'affidamento in concessione di beni del demanio marittimo l'esperimento della procedura concorrenziale dell'evidenza pubblica.

Insomma un insieme di principi e norme, estensionalmente equivalenti, prescrivono sostanzialmente lo stesso adempimento disatteso dall'amministrazione resistente: la procedura di gara, resa preventivamente pubblica, per l'affidamento dei beni del demanio.

Né la procedura concorrenziale trova serio ostacolo nell'asserito affidamento ingenerato nella società controinteressata dalla deliberazione del Comitato portuale del 20.12.96, allegata alla concessione integrativa del 29.04.98, nella quale si stabilisce "l'ulteriore espansione del terminal entro il limite del VI modulo, sarà realizzato dall'Autorità portuale e, quindi, successivamente inserito nell'ambito della concessione secondo i criteri dell'accordo".

Qualsiasi qualificazione giuridica si voglia attribuire alla convenzione nella quale l'assunzione di impegno è inserita, sia essa ritenuta convenzione pubblicistica o accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo, certo è che la pattuizione ad oggetto pubblico non è mai una variabile indipendente rispetto al procedimento entro la quale essa si colloca.

Mentre è sicuramente vero che la validità, l'efficacia in senso lato della pattuizione, è il riflesso della selezione delle norme, dei principi e dei criteri tutti che disciplinano, prima ancora che l'oggetto, il procedimento amministrativo.

Sicchè i principi e le norme richiamate che impongono il procedimento concorsuale dell'evidenza pubblica debbono comunque trovare applicazione.

Del resto, a ben vedere, nessun impedimento “tecnico” nel caso di specie vi si oppone; ed anche in prospettiva privatistica.

La qualificazione delle norme richiamate come integrative dell’ordine pubblico economico, depongono per la nullità della pattuizione intrinsecamente con esse in contrasto (art. 1418, comma 2, c.c.).

L’impegno assunto dall’Autorità portuale, riferendosi ad un bene che in quel momento non era in rerum natura, assume (arg. ex art. 1346 c.c.) al più la consistenza di un mero intento futuro, non vincolante.

Anche se lo si ritenesse obbligatorio siccome riferito a ad un bene futuro (art. 1348 c.c.), non va passato sotto silenzio il fatto che l’amministrazione, stipulata la convenzione pubblicistica o l’accordo sostitutivo del provvedimento, conserva integro il potere di recedere in presenza di un interesse pubblico sopravvenuto (cfr. art. 11 l. n. 241/90).

Ed è tale il più volte richiamato orientamento, emerso in sede comunitaria e fatto proprio dalla giurisprudenza, successivo alla convenzione in oggetto, che, nel perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla tutela della concorrenza, subordina l’affidamento della concessione di beni demaniali all’ evidenza pubblica.

Residua all’esame la questione sulla supposta ontologica diversità dell’estensione della originaria concessione rispetto all’affidamento di una nuova concessione.

Secondo l’amministrazione resistente la distinzione è accreditata dall’art. 24 del regolamento d’esecuzione del cod. nav. d.P.R. 15 febbraio 1995 n. 328. laddove fa riferimento alla “variazione

dell'estensione della zona concessa”: ad essa avrebbe attinto la legittimità il provvedimento impugnato

Senonché la portata lessicale della norma è univoca nel senso che la variazione, in più e - va sottolineato anche - in meno, nell'estensione ha ad oggetto alternativamente la zona concessa o le opere o le modalità di esercizio.

Riguarda cioè ciascun singolo e specifico ambito materiale che sia strumentale all'esercizio della originaria concessione: non cumulativamente la zona, le opere e le modalità di esercizio.

Plessi strumentali che nel loro complesso, presi tutti insieme, come il caso che ne occupa, integrano invece una concessione strutturalmente diversa ed autonoma da quella preesistente, il cui affidamento necessita dunque di un corrispondente - specifico e autonomo - titolo concessorio.

Del resto l'univoca portata letterale della norma è in sintonia con la sua ratio intesa a garantire la continuità della concessione suscettibile di quelle (sole) marginali e settoriali variazioni che si rendono necessarie in corso di esercizio.

In definitiva la norma ha riguardo ad un criterio quantitativo che, per ragioni di certezza potenzialmente compromesse dalla vaghezza del criterio, è stato ancorato a fatti oggettivamente riscontrabili.

Da essa esula pertanto l'affidamento di una nuova area demaniale di vaste dimensioni, dotata di specifiche opere, la cui pratica esige specifiche modalità esecutive: si riepanda la regola generale della gara pubblica per ottenere la relativa concessione.

Conclusivamente il ricorso deve essere accolto.

L'azione di condanna al risarcimento del danno, nient'affatto coltivata in giudizio, va invece dichiarata inammissibile.

Le spese di causa seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, sezione prima, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale e quello con motivi aggiunti e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara inammissibile la domanda di condanna al risarcimento del danno.

Condanna l'Autorità portuale di Genova e la controinteressata in solido e per la metà ciascuno alla rifusione delle spese di giudizio in favore della ricorrente che si liquidano in complessivi 6000 euro.

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

Così deciso in Genova dal Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, sezione prima, alla pubblica udienza del 26.01.2006.

Renato Vivenzio Presidente

Oreste Mario Caputo Consigliere, estensore.

Depositata in segreteria
il 16 MAR. 2006
(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)
Il Direttore della Sezione
Dott.ssa A. CALCAGNO