

Publicato il 24/02/2020

N. 02363/2020 REG.PROV.COLL.
N. 12349/2018 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 il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12349 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Liberty Lines S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte e Carlo Morace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via degli Avignonesi n. 5, come da procura in atti;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Bluferries S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio

Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Vittoria Colonna, 32, come da procura in atti;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1. del provvedimento, ancorché non conosciuto, con cui è stato disposto l'affidamento del servizio di trasporto marittimo veloce di passeggeri nello Stretto di Messina, tra il porto di Messina e di Reggio Calabria, alla società Blufferries S.r.l. di Messina a far data dal 01.10.2018;
2. di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale o comunque lesivo degli interessi della ricorrente società, ivi compresi eventuali atti di aggiudicazione o contratti stipulati, nonché eventuali ulteriori provvedimenti relativi a procedure negoziate e/o di affidamento diretto del servizio, ancorché non conosciuti.

NONCHÉ PER L'ACCERTAMENTO

3. del diritto della Liberty Lines S.p.A. a prendere visione ed estrarre copia integrale dei suddetti atti, formalmente richiesti in data 10.10.2018 con istanza di accesso trasmessa a mezzo p.e.c. al Ministero Infrastrutture e Trasporti ai sensi dell'art. 22 della Legge n. 241/1990, attesa la necessità e rilevanza di acquisire nel presente giudizio i menzionati documenti ai fini della decisione sulla domanda principale, cui la richiesta di accesso – qui incidentalmente introdotta - è immediatamente connessa.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da LIBERTY LINES S.P.A. il 14\12\2018 :

1. della nota MIT n. 31344 del 26/9/2019, trasmessa alla ricorrente a mezzo pec in data 8/11/2018, all'esito di richiesta di accesso agli atti,

con cui è stato disposto l'affidamento del servizio di trasporto marittimo veloce di passeggeri nello Stretto di Messina, tra il porto di Messina e di Reggio Calabria, alla società BLUFERRIES S.r.l. di Messina a far data dal 01.10.2018;

2. se ed in quanto possa occorrere della nota RFI del 8/10/2018 recante il riscontro della nota sub 1;

3. di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale o comunque lesivo degli interessi della ricorrente società, ivi compresi eventuali atti di aggiudicazione o contratti stipulati, nonché eventuali ulteriori provvedimenti relativi a procedure negoziate e/o di affidamento diretto del servizio, ancorché non conosciuti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Blufferies S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2019 il consigliere Achille Sinatra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con ricorso notificato il 29 ottobre 2018 e depositato il successivo 5 di novembre, Liberty Lines s.p.a. espone di essere stata (con la precedenza denominazione Ustica Lines s.p.a.) affidataria, dal 1° ottobre 2015 al 30 settembre 2018, del servizio di trasporto marittimo tra Messina e Reggio Calabria a seguito di aggiudicazione della procedura aperta indetta dal MIT mediante bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 31 gennaio 2015 e

della sottoscrizione del relativo contratto in data 24 giugno 2015, che prevedeva una durata dell'affidamento pari a 36 mesi con facoltà di proroga per altri 12 mesi in caso di disponibilità delle relative risorse finanziarie e interesse dell'Amministrazione in tale senso.

2.- La ricorrente continua esponendo di avere, in prossimità della scadenza dell'affidamento, più volte compulsato per iscritto il MIT a prorogare il contratto per i previsti, possibili, 12 mesi, ma di non avere ricevuto risposta; nel frattempo, di avere ricevuto (e declinato) la richiesta della odierna controinteressata Blueferries s.p.a. di noleggio delle unità navali già impiegate nella tratta in questione, e di avere più tardi appreso che la detta società era risultata affidataria del servizio a decorrere dal 1° ottobre 2018, senza che fosse stata esperita una procedura di gara a questo fine.

3. – L'unico motivo su cui è imperniato il ricorso introduttivo è rubricato "Violazione e falsa applicazione dell'art. 67 del decreto legislativo n. 50/2016 in tema di procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara – Eccesso di potere, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, violazione dei principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento tra operatori economici", e precisa che è intenzione della ricorrente censurare il provvedimento – e, in generale, il procedimento all'esito del quale è stato emesso - con cui il MIT ha affidato alla Blufferries S.r.l. il servizio di collegamento marittimo veloce passeggeri tra i porti di Messina e di Reggio Calabria a partire dal 1°.10.2018.

A questo fine, Liberty Lines premette che la legittimazione alla contestazione dell'affidamento diretto a Blueferries le deriverebbe dalla sua condizione di operatore del settore ed affidataria uscente del servizio di trasporto in parola.

Essa, quindi, censura la legittimità dell'affidamento diretto in questione affermando che nel caso in esame il MIT avrebbe indetto una procedura negoziata senza preventiva pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016 in assenza dei relativi presupposti; e, in particolare, in assenza di quello costituito dall'infruttuoso esperimento di una procedura aperta o ristretta, atteso che il settore sarebbe aperto alla concorrenza.

Tale affidamento diretto non sarebbe giustificato dall'urgenza nel provvedere, condizione che sarebbe imputabile unicamente al MIT.

In estremo subordine, la ricorrente assume che il MIT avrebbe dovuto comunque affidare il servizio al gestore uscente, come l'art. 63 comma quinto consente per la "ripetizione di servizi analoghi".

4. – Nella parte conclusiva del ricorso introduttivo Liberty Lines avanza una istanza di accesso ex art. 116 comma secondo c.p.a. rispetto agli atti dell'affidamento a Blueferries richiesti con istanza del 10 ottobre 2018.

5. –Nelle more del presente giudizio, in data 8 novembre 2018, il MIT ha esitato tale istanza di accesso, ostendendo, tra l'altro, anche la nota a firma del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti prot. 31334\2018 del 26 settembre 2018, diretta a Rete Ferroviaria Italiana, in cui si dà conto della imminente scadenza dell'affidamento a Liberty Lines e dell'entrata in vigore dell'art. 47 comma 11bis del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017, inserito dalla legge di conversione n. 96 del 21 giugno 2017, per cui:

“Al fine di migliorare la flessibilità dei collegamenti ferroviari dei passeggeri tra la Sicilia e la penisola, il servizio di collegamento ferroviario via mare di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e), del decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione n. 138 T del 31

ottobre 2000 può essere effettuato anche attraverso l'impiego di mezzi navali veloci il cui modello di esercizio sia strettamente correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia, da attuare nell'ambito delle risorse previste a legislazione vigente destinate al Contratto di programma-parte servizi tra lo Stato e la società Rete ferroviaria italiana Spa e fermi restando i servizi ivi stabiliti”.

In forza di tale norma, quindi, con la nota in parola il Ministro ha chiesto a RFI di “assicurare, a partire dal 1° ottobre p.v., in linea con le previsioni sopraindicate, i servizi in essere di collegamento marittimo veloce passeggeri fra le città di Messina e di Reggio Calabria.

Con nota di riscontro dell'8 ottobre 2018, RFI ha comunicato che avrebbe reso il servizio a mezzo della BLUEFERRIES, chiedendo al MIT, “al fine di dare continuità al collegamento sulla tratta Reggio Calabria Messina a far data dal primo gennaio 2019, ”di convocare al più presto un'apposita riunione per discutere delle criticità derivanti da un affidamento continuativo del servizio in questione ... oltre che delle modalità di copertura economica delle prestazioni che saranno fino ad allora erogate mediante aggiornamento del Contratto di programma”.

6. – La citata nota ministeriale è stata impugnata da Liberty Lines mediante ricorso per motivi aggiunti spedito a notifica il 16 dicembre 2018, che reca le seguenti censure:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 4 E 6 LEGGE 241/1990 IN CONNESSIONE CON DELL'ART. 31 COMMA 3 DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 50/2016 –

CARENZA DI POTERE IN CONCRETO – INCOMPETENZA ASSOLUTA – SVIAMENTO.

Premesso che la nota MIT prot. n. 31344/2018 sarebbe, per ammissione dell'Avvocatura dello Stato, il provvedimento con il quale il servizio di collegamento marittimo veloce di passeggeri nello Stretto di Messina è stato affidato, in via diretta e senza gara, a RFI e, per esso, a BLUEFERRIES, la ricorrente sostiene che la nota stessa sarebbe affetta da incompetenza funzionale del Ministro (organo politico), in quanto atto di gestione rientrante, come tale, nella competenza dei Dirigenti della relativa struttura, individuata ai sensi dell'art. 4 e 6 della legge 241/1990 in connessione con l'art. 31 comma 3 del Codice dei Contratti.

2) - VIOLAZIONE A FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 47 COMMA 11 BIS DEL D.L. 50/2017 - ECCESSO DI POTERE, CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PUBBLICITÀ, TRASPARENZA, NON DISCRIMINAZIONE, PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA OPERATORI ECONOMICI.

Vi sarebbe, inoltre, applicazione sviata dell'art. 47 comma 11 bis citato, il quale, laddove prevede la “possibilità” di RFI di gestire “il servizio di collegamento ferroviario via mare” a mezzo di “impiego di mezzi navali veloci”, prescriverebbe espressamente che il modello di trasporto adottato “sia strettamente correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia”

La norma in questione, invero, laddove prevede la possibilità di RFI di gestire collegamenti sullo Stretto a mezzo di “navi veloci” si riferirebbe ai servizi di traghettamento attuati a mezzo di navi ad imbarco di carrozze ferroviarie, atteso che le stesse sarebbero le

uniche che possono rientrare nella definizione di navi “il cui modello di esercizio sia strettamente correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia”; mentre nell’ambito applicativo della norma stessa non potrebbero rientrare le navi veloci con imbarco autovetture o addirittura solo di persone .

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 59 e D.LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41, 42 E 43 DELLA COSTITUZIONE – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 E 222 DEL TRATTATO UE – VIOLAZIONE DELLE DIRETTIVE 2004/17/CE e 2004/18/CE IN TEMA DI CONCORRENZA E LIBERO MERCATO - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI NAZIONALI E COMUNITARI DELL’EVIDENZA PUBBLICA – ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEL PRESUPPOSTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE – SVIAMENTO.

Sarebbero violate, poi, tutte le norme in rubrica, che prescrivono che le aggiudicazioni di pubblici appalti siano effettuate a mezzo di procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara, a cui tutti gli operatori del settore, sia nazionali che comunitari, possano partecipare; e siano effettuate a tutela del principio di concorrenza da assicurarsi mediante la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore dei contratti pubblici in applicazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi; rispettino il principio della par condicio e quello della trasparenza e della pubblicità attraverso la garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità.

4) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 59 e D.LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41, 42 E 43 DELLA COSTITUZIONE – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 E 222 DEL TRATTATO UE – VIOLAZIONE DELLE direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE IN TEMA DI CONCORRENZA E LIBERO MERCATO – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 47 COMMA 11 BIS DEL D.L. 50/2017 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI NAZIONALI E COMUNITARI DELL'EVIDENZA PUBBLICA – VIOLAZIONE DELL'ART. 3, 4, 5 e 6 DELLA LEGGE 241/1990 - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA – SVIAMENTO.

A carico della nota MIT 31344/2018 sussisterebbero, poi, difetto di istruttoria e, conseguentemente, di motivazione circa i seguenti elementi:

- a) che il servizio assegnato in via diretta a RFI fosse effettivamente “correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia”, come previsto dal citato art. 47 comma 11 bis D.L. 50/2017;
- b) che la fornitura del medesimo servizio fosse possibile “nell'ambito delle risorse” del “Contratto di programma-parte servizi tra lo Stato e la società Rete ferroviaria italiana Spa” come prescritto dal citato art. 47 comma 11 bis D.L. 50/2017;
- c) che RFI avesse effettivamente la capacità di gestire il medesimo servizio garantendo gli standards qualitativi del precedente affidamento;
- d) le ragioni oggettive della impossibilità di affidare il medesimo servizio a mezzo gara pubblica ovvero di prorogare il servizio in capo alla ricorrente.

5) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 59 e D.LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41, 42 E 43 DELLA COSTITUZIONE – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 E 222 DEL TRATTATO UE – VIOLAZIONE DELLE direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE IN TEMA DI CONCORRENZA E LIBERO MERCATO – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 47 COMMA 11 BIS DEL D.L. 50/2017 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI NAZIONALI E COMUNITARI DELL'EVIDENZA PUBBLICA – ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE E CONTRADDITTORIETA' – SVIAMENTO.

La nota gravata sarebbe inoltre affetta da contraddittorietà, in quanto il MIT era bene al corrente dell'imminente scadenza dell'affidamento a Liberty Lines; sicchè il ritardo nel predisporre la prosecuzione del servizio sarebbe imputabile solo all'Amministrazione, il che escluderebbe la possibilità di non esperire una procedura ad evidenza pubblica.

6) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 59 e D.LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41, 42 E 43 DELLA COSTITUZIONE – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 E 222 DEL TRATTATO UE – VIOLAZIONE DELLE direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE IN TEMA DI CONCORRENZA E LIBERO MERCATO – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 47 COMMA 11 BIS DEL D.L. 50/2017 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI NAZIONALI E COMUNITARI DELL'EVIDENZA PUBBLICA – ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEL

PRESUPPOSTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE – SVIAMENTO.

La illegittimità della nota MIT prot. n. 31344/2018 sarebbe poi attestata dalla nota RFI del 8/10/2018, che la ricorrente definisce di accettazione da parte di RFI dell'affidamento contestato, nella parte in cui essa prevedrebbe la necessità di assicurare una copertura finanziaria all'assunzione del servizio da parte di RFI, il che contrasterebbe con le affermazioni delle resistenti per cui la mancata proroga del servizio alla ricorrente e dunque, l'affidamento diretto a RFI/BLUEFERRIES, sarebbe stato legittimato dall'omesso stanziamento, nella legge di Stabilità 2018, dei fondi necessari per consentire la proroga del contratto alla ricorrente .

6. – La ricorrente, infine, per il caso in cui il Collegio non condividesse alcuna delle censure da lei proposte, chiede che sia rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea questione pregiudiziale di compatibilità dell'art. 47 comma 11bis del decreto legge n. 50 del 2016 con i principi di evidenza pubblica, pubblicità, trasparenza, pubblicità, partecipazione degli operatori di cui agli articoli 7, 37, 85, 86, 90, 92, 222 del Trattato, delle Direttive 2014\17\CE e 2004\18\CE, nonché del principio di proporzionalità.

7. – Si sono costituiti in resistenza il MIT e Blueferries s.p.a., che, con le rispettive memorie, hanno chiesto la declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ed interesse della ricorrente, nonché la sua reiezione nel merito.

8. –La ricorrente ha depositato una memoria ai sensi dell'art. 73 c.p.a, in cui ha ribadito i propri assunti.

9. – In occasione della pubblica udienza del 6 novembre 2019 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. – Il ricorso introduttivo è infondato, e va respinto; tanto esime il Collegio dall'esaminare le eccezioni di rito proposte dalle parti resistenti.

Esso è imperniato su di un unico motivo, con il quale il gestore uscente del servizio di trasporto marittimo tra Messina e Reggio Calabria, individuato a seguito della relativa procedura aperta indetta dal MIT nel 2015, denuncia la pretesa illegittimità dell'affidamento diretto, alla scadenza del contratto come sopra aggiudicato, a Ferrovie dello Stato s.p.a. (e, tramite essa, alla società controllata Blueferries) per violazione dell'art. 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in quanto sarebbero mancati, nella circostanza, i presupposti per la una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, costituiti dall'infruttuoso preventivo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica e dall'urgenza non imputabile all'appaltante.

Il motivo non può essere condiviso per più ragioni.

1.1. – Innanzitutto deve evidenziarsi, in via generale, che per il servizio in questione l'applicabilità dell'art. 63 del codice dei contratti pubblici, invocato dalla ricorrente nel motivo (sebbene nella relativa rubrica sia indicato l'art. 67), è espressamente inibita dagli articoli 118 e 122 del medesimo codice, atteso che quest'ultimo –per i contratti esclusi dalla sua applicazione, quali quelli di trasporto ferroviario menzionati nell'art. 118-, dispone che “Con riferimento alle procedure di scelta del contraente, gli enti aggiudicatori nei settori speciali applicano, per quanto compatibili con le norme di cui alla presente Sezione, i seguenti articoli della Parte II, Titolo III, Capi II e III: 60, salvo che la disposizione sull'avviso di preinformazione si intende riferita all'avviso periodico indicativo; 61, commi 1 e 2, con

la precisazione che il termine di 30 giorni ivi previsto può essere ridotto fino a quindici giorni, nonché commi 3 e 5; 64 con la precisazione che il termine di trenta giorni per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al comma 3, può essere ridotto fino a quindici giorni, qualora sia stato pubblicato un avviso periodico indicativo e sia stato trasmesso un invito a confermare interesse; 65; 66; 67; 68; 69; 73 e 74. Si applicano altresì le disposizioni di cui agli articoli da 123 a 132”

Non è prevista, pertanto, l'estensione ai settori speciali delle regole e dei presupposti per la procedura negoziata previsti dall'art. 63 del Codice.

1.2. – Di conseguenza, per la medesima ragione, è infondato anche il profilo di doglianza svolto in via subordinata nel motivo, che si appella al quinto comma dell'art. 63, per cui all'affidamento senza preventiva indizione di gara l'appaltante avrebbe potuto ricorrere in favore della stessa ricorrente, in quanto la detta norma prevede tale facoltà “per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici”.

Più in generale, su questo punto, occorre ricordare che, come affermato da questo TAR (sez. III quater, 16/05/2017, n. 5840), con l'esaurimento dei termini ordinari del rapporto negoziale viene meno la posizione differenziata dell'impresa affidataria del servizio, la quale, ancorchè in condizione di prestatore in concreto del servizio, non può vantare una pretesa affinché non abbia luogo una nuova procedura di assegnazione del medesimo servizio.

La ragione di una tale (mancata) scelta, da parte dell'Amministrazione, di addivenire alla proroga (pure prevista nel contratto stipulato tra il MIT e Liberty Lines), così come quella di non bandire una nuova procedura di gara, risiede nella legge 27 dicembre 2017 n. 205, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020" (c.d. Legge di Stabilità 2018), la quale non ha previsto lo stanziamento di nuove risorse per assicurare i servizi di collegamento marittimo veloce di passeggeri nello Stretto di Messina.

1.3. – Non mette conto, peraltro, nel caso in esame, indagare sul rispetto della norma che regola le procedure negoziate senza pubblicazione di gara per i settori speciali, ossia dell'art. 125 del Codice, atteso che l'affidamento del servizio in questione a Blueferries deriva direttamente da una norma di legge dal carattere speciale.

Si tratta, come evidenziato largamente dalla stessa Liberty Lines, dell'art. 47 comma 11bis del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 (il c.d. correttivo del codice dei contratti pubblici), inserito dalla legge di conversione n. 96 del 21 giugno 2017, per cui:

“Al fine di migliorare la flessibilità dei collegamenti ferroviari dei passeggeri tra la Sicilia e la penisola, il servizio di collegamento ferroviario via mare di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e), del decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione n. 138 T del 31 ottobre 2000 può essere effettuato anche attraverso l'impiego di mezzi navali veloci il cui modello di esercizio sia strettamente correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia, da attuare nell'ambito delle risorse previste a legislazione vigente destinate al Contratto di programma-parte servizi tra lo Stato e la

società Rete ferroviaria italiana Spa e fermi restando i servizi ivi stabiliti”.

La norma appena trascritta ha evidente carattere di specialità rispetto alle previsioni generali del codice dei contratti pubblici (comprese quelle sui settori speciali, nel cui ambito essa si iscrive), in quanto disciplina lo specifico affidamento per cui è causa mediante il riferimento espresso ad una clausola –l’art. 2, comma 1, lettera e), che affida in concessione a Ferrovie dello Stato s.p.a. “il collegamento ferroviario via mare fra la penisola e, rispettivamente, la Sicilia e la Sardegna”- del contratto di programma contenuto nel decreto del Ministro dei Trasporti e della Navigazione n. 138 del 2000.

E’ dunque tale norma la fonte del rapporto, che si iscrive, in questo modo, nel contratto di programma in essere tra lo Stato e Ferrovie dello Stato s.p.a.; la quale, a mente dell’art. 3 comma 2 della concessione, svolge le attività che di quest’ultima sono oggetto sia “direttamente”, che, previo parere del MIT, mediante affidamento a terzi, ferma la sua diretta responsabilità verso lo Stato.

E, nel caso di specie, il concessionario ha individuato quale esecutore, in forza della clausola del contratto di programma appena citata, una società interamente partecipata da Rete Ferroviaria Italia S.p.A. del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, ossia Blueferries s.p.a., la quale già dal 2012 esercitava il medesimo servizio fra Messina e Villa San Giovanni.

In questo quadro normativo, il MIT, con nota n. 31344 del 26 settembre 2018, ha comunicato a RFI che l’affidamento del servizio in questione avrebbe avuto decorrenza dal 1° ottobre 2018, proprio facendo riferimento al citato art. 47, comma 11 bis, del D.L. n° 50

del 24 aprile 2017 e alla “inclusione nel contratto di programma-parte servizi tra lo Stato e la Società Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. del collegamento in parola”, alla luce del “primario interesse dello Stato ad assicurare la mobilità dei cittadini” ed affinché non vi fosse soluzione di continuità nel servizio che assicura continuità territoriale tra la Sicilia e la penisola.

1.4. - Il tenore letterale della norma di riferimento e quello della nota appena richiamata, peraltro, danno ulteriore conto dell'infondatezza delle censure della ricorrente incentrate sulla sua pretesa di addivenire ad una proroga del servizio di cui al contratto stipulato nel 2015 e cessato nella sua efficacia il 30 settembre 2018.

Entrambe, invero, hanno l'effetto di conformare il servizio pubblico di trasporto tra le due sponde dello Stretto di Messina in una forma del tutto diversa rispetto a quella che era stata oggetto del servizio affidato a Liberty Lines nel 2015.

Invero, il bando di quella gara aveva ad oggetto il “Servizio di trasporto marittimo veloce passeggeri sullo stretto di Messina”, e –come risulta dall'art. 3 del relativo Capitolato Tecnico- doveva attuarsi mediante l'impiego di tre navi veloci definite “aliscafi” adibite a solo trasporto passeggeri, di velocità non inferiore a 28 nodi (doc. 1 allegato al ricorso).

L'art. 47 comma 11bis e la nota del MIT in esame, al contrario, fanno riferimento ad un servizio –innanzitutto- di natura ferroviaria, ossia integrato nel servizio ferroviario, che, come tale, “può essere effettuato anche attraverso l'impiego di mezzi navali veloci il cui modello di esercizio sia strettamente correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia”.

Anche sotto questo profilo –e salvo quanto si dirà in merito alla natura del servizio nell’esame dei motivi aggiunti- il motivo del ricorso introduttivo, là dove lamenta una mancata proroga del precedente e diverso servizio, è infondato.

2. – Anche il ricorso per motivi aggiunti deve essere respinto.

Per comodità espositiva il Collegio ritiene opportuno esaminare in via prioritaria la questione, sollevata dalla ricorrente nel ricorso per motivi aggiunti, della compatibilità con la normativa comunitaria dell’art. 47 comma 11bis del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017, inserito dalla legge di conversione n. 96 del 21 giugno 2017, che ha costituito la base normativa per l’affidamento del “collegamento ferroviario via mare” oggetto dell’impugnazione in esame.

2.1. - La domanda di remissione alla Corte di Giustizia formulata dalla ricorrente postula la violazione “degli artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92 e 222 del Trattato UE, e dalle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE prescrivono che le aggiudicazioni di pubblici appalti:

- siano effettuate a mezzo di procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara, a cui tutti gli operatori del settore, sia nazionali che comunitari, possano partecipare;
- siano effettuate a tutela del principio di concorrenza da assicurarsi mediante la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore dei contratti pubblici in applicazione dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi;
- rispettino il principio della par condicio, che si concretizza nella necessità che l’applicazione delle regole di gara avvenga in modo identico con riferimento a ciascun concorrente;

- rispettino i principi della trasparenza e della pubblicità attraverso la garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura dell'affidamento di commesse pubbliche alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione, e attiene alla esigenza di definire preventivamente le modalità di valutazione delle offerte e di garantire, ex post, la leggibilità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante.

Sotto ulteriore profilo, la normativa interna in esame comporta, altresì, la violazione del principio di proporzionalità che, com'è noto, costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario ed esige che la normativa nazionale non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi pur legittimamente perseguiti da ciascuno Stato”.

2.2. – Il Collegio ritiene la questione, così proposta, manifestamente priva di fondatezza.

Al riguardo è sufficiente, innanzitutto, evidenziare nuovamente che il richiamo alla normativa generale –anche comunitaria- in materia di pubblici appalti, e, in particolare, all'applicazione delle due direttive comunitarie del 2004 (peraltro poi superate ed abrogate da quelle 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), appare incongruo nel caso in esame.

L'affidamento in questione, infatti, è stato iscritto dalla ripetuta norma interna del 2017 nell'ambito della concessione relativa alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, alle condizioni stabilite nel decreto del MIT del 2018 e nel relativo contratto di programma stipulato in forza dell'art. 5 dell'allora vigente DPR n. 277 del 1998 (Regolamento recante norme di attuazione della

direttiva 91/440/CEE relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie).

Occorrerebbe, allora, fare corretto riferimento alla direttiva n. 2014/25/UE (“Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE”).

Si tratta di servizi che involgono evidenti aspetti di servizio pubblico, evidentemente presenti anche nell'affidamento oggetto del presente giudizio e –a monte- nella norma interna che ne è stata la base e che la ricorrente chiede di porre al vaglio della Corte di Giustizia.

A questo proposito, quindi, è necessario riportare quanto afferma il settimo considerando della citata direttiva, per cui “È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva. La prestazione di servizi sulla base di disposizioni legislative, regolamentari o contratti di lavoro dovrebbe esulare dall'ambito di applicazione della presente direttiva. (...)”

Questa affermazione risulta compatibile con la scelta dello Stato, quale si evince dal combinarsi della norma dell'art. 47 comma 11 bis aggiunta al Codice dei contratti pubblici e da quella, su citata, della Legge di stabilità del 2018.

Tale combinato disposto evidenzia una precisa scelta statale di non finanziare una nuova esternalizzazione tramite appalto del servizio di trasporto passeggeri mediante navi veloci nello Stretto di Messina; bensì di assicurare il servizio medesimo tramite integrazione

(normativa e funzionale) del medesimo nel servizio ferroviario già affidato in concessione, su quella tratta, a Ferrovie dello Stato s.p.a.

Inoltre, Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione X, sentenza 24 ottobre 2019, C-515/18, ha affermato che l'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia (che ha abrogato i regolamenti del Consiglio n. 1191/69 e n. 1107/70) deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia non sono tenute, da un lato, a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, ad effettuare una siffatta valutazione comparativa.

La Corte UE ha specificato che "l'articolo 2, lettera h), del regolamento citato è inteso a distinguere due regimi di aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia definendo la nozione di «aggiudicazione diretta» come l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara. Di conseguenza, l'«aggiudicazione diretta» esclude qualsiasi previa procedura di gara. Orbene, qualora le disposizioni dell'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento n. 1370/2007 dovessero essere intese nel senso che istituiscono un regime di pubblicità

sostanzialmente analogo a quello che caratterizza la procedura di gara e che esse richiedono una valutazione comparativa delle offerte eventualmente ricevute, una siffatta interpretazione porterebbe ad assimilare la procedura di aggiudicazione diretta alla procedura di gara e non terrebbe conto quindi delle importanti differenze che il regolamento n. 1370/2007 prevede riguardo ad esse”.

Il regolamento in questione, sebbene modificato dal successivo regolamento n. 2016/2338 (entrato in vigore il 24 dicembre 2017), non è stato innovato nei punti qui di interesse.

La domanda di rinvio pregiudiziale, in definitiva, va respinta.

3. – Quanto detto circa l’infondatezza del primo motivo e della domanda di rimessione di pregiudiziale comunitaria conduce alla reiezione dei motivi aggiunti terzo e quinto, che ripropongono, sotto vari profili, censure che riportano alla asserita violazione delle norme generali del Codice dei contratti pubblici ispirate ai principi comunitari in tema di apertura alla concorrenza dei pubblici appalti.

In relazione a quanto detto in precedenza –qui da intendersi riportato in omaggio al principio di sinteticità-, infatti, non risultano violati né i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi invocati nel terzo motivo aggiunto, né la regola per cui all’affidamento diretto si può ricorrere solo in presenza di un’urgenza non provocata dalla stazione appaltante, come affermato (oltre che nel ricorso introduttivo) anche nel quinto motivo aggiunto.

4. – Neppure il primo motivo aggiunto, che denuncia l’incompetenza gestionale del Ministro a favore di quella del Dirigente preposto ad adottare il provvedimento di affidamento, può essere accolto.

Come già esposto in precedenza, infatti, l’affidamento del servizio in questione a Blueferries s.p.a., e la sua ascrizione al servizio

ferroviario è avvenuta in forza di una specifica norma di legge (art. 47 comma 11bis del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017, inserito dalla legge di conversione n. 96 del 21 giugno 2017), che ha disposto: “Al fine di migliorare la flessibilità dei collegamenti ferroviari dei passeggeri tra la Sicilia e la penisola, il servizio di collegamento ferroviario via mare di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e), del decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione n. 138 T del 31 ottobre 2000 può essere effettuato anche attraverso l'impiego di mezzi navali veloci il cui modello di esercizio sia strettamente correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia, da attuare nell'ambito delle risorse previste a legislazione vigente destinate al Contratto di programma-parte servizi tra lo Stato e la società Rete ferroviaria italiana Spa e fermi restando i servizi ivi stabiliti”.

A questo fine, la nota a forma del Ministro impugnata non risulta avere reale valore provvedimento, in quanto il suo tenore ha valore puramente ricognitivo della volontà legislativa già in sé compiuta e completa in ogni sua parte.

Tale norma, invero, ha integrato direttamente (ossia senza tramite di un provvedimento ministeriale) il contenuto della concessione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale a Ferrovie dello Stato s.p.a. di cui al decreto MIT n. 138 del 31 ottobre 2000, che già ricomprendeva il collegamento ferroviario tra la penisola e la Sicilia, specificando che il relativo servizio può essere effettuato anche mediante mezzi navali veloci il cui modello sia strettamente correlato al servizio ferroviario già in atto.

In questo senso, a proposito della nota in questione potrebbe, al più, essere rinvenuto un limitato contenuto di mera direttiva a Ferrovie

dello Stato s.p.a., società controllata dal MIT, circa la data di inizio del servizio (primo ottobre 2018); ma, per il resto, essa palesa una mera natura ricognitiva della volontà legislativa di integrare e specificare i contratto di servizio già in essere.

Ne segue il rigetto del primo motivo aggiunto.

5. – Eguale sorte seguono, per le medesime ragioni di fondo, il quarto ed il sesto motivo aggiunto, in quanto le censure di difetto istruttorio (sull'adeguatezza dell'affidatario e sulla assenza di necessità di promuovere una gara) e di contraddittorietà circa l'impossibilità di reperire la copertura finanziaria del servizio di cui la ricorrente chiedeva la proroga non possono essere riferite, nella specie, ad un atto che –come detto- non ha reale natura di provvedimento di affidamento del servizio.

6. – Residua l'esame del secondo motivo aggiunto, con il quale la ricorrente sostiene che la detta nota ministeriale del 26 settembre 2018 sarebbe illegittima laddove prevede la possibilità di RFI di gestire collegamenti sullo Stretto a mezzo di “navi veloci” si riferirebbe ai servizi di traghettamento attuati a mezzo di navi ad imbarco di carrozze ferroviarie, atteso che le stesse sarebbero le uniche che possono rientrare nella definizione di navi “il cui modello di esercizio sia strettamente correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia”; mentre nell'ambito applicativo della norma stessa non potrebbero rientrare le navi veloci con imbarco autovetture o addirittura solo di persone.

Il motivo va respinto.

Al riguardo si deve innanzitutto richiamare quanto appena affermato circa l'assenza della valenza di provvedimento di affidamento del servizio della nota in questione, cui si fa rinvio.

In ogni caso, sotto lo specifico profilo sollevato dal motivo in esame occorre osservare che l'affermazione della ricorrente appare, innanzitutto, priva di fondamento normativo, in quanto la definizione di "nave veloce" che si rinviene nell'art. 3 del D.Lgs. n. 114 del 7 settembre 2018 (Attuazione della direttiva (UE) 2016/1629 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, che stabilisce i requisiti tecnici per le navi adibite alla navigazione interna, che modifica la direttiva 2009/100/CE e che abroga la direttiva 2006/87/CE) è tale per cui è «unità veloce» soltanto "qualsiasi unità navale motorizzata in grado di raggiungere velocità superiori a 21,6 nodi rispetto all'acqua", senza riferimento alcuno alle sole navi idonee a trasportare vagoni ferroviari; riferimento che, peraltro, non si trova neppure nell'art. 47 comma 11bis del "correttivo" del Codice dei contratti pubblici, né nella citata nota ministeriale, né, ancora, nella clausola del decreto MIT n. 138 del 2000 che reca la concessione del collegamento ferroviario via mare tra la penisola e la Sicilia.

Inoltre, sotto il profilo fattuale, non è smentito in alcun modo dalla ricorrente che i collegamenti tra la Sicilia e la penisola fossero da essa stessa assicurati da mezzi veloci aventi caratteristiche ben differenti dalle navi atte a trasportare vagoni ferroviari, ossia da tre aliscafi.

Non è neppure smentito che i mezzi approntati da Blueferries abbiano la caratteristica di navi veloci, come normativamente definita.

E neppure che il peculiare servizio ferroviario (come definito dagli atti in questione) esercitato da Blueferries non si sostanzia unicamente nel trasporto di passeggeri unitamente a carrozze ferroviarie su navi a ciò idonee; bensì anche nel trasporto navale di

soli passeggeri che usufruiscono dei treni che fanno scalo in una delle due stazioni ferroviarie di Messina Marittima o di Reggio Calabria; e che, dall'una all'altra, utilizzano il collegamento navale passeggeri per approdare alla stazione ferroviaria ubicata dall'altra parte dello Stretto, da dove riprendere il viaggio con altro treno che, rispettivamente, a seconda dei casi, risalga la penisola o si addentri nelle linee ferroviarie siciliane: in modo che, in definitiva, il relativo "modello di esercizio sia strettamente correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia".

7. –In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti sono infondati, e vanno respinti.

Le spese, attesa la peculiarità delle questioni trattate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), respinge il ricorso ed i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Achille Sinatra, Consigliere, Estensore

Eleonora Monica, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Achille Sinatra

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO