

N. 05172/2012 REG.PROV.COLL.
N. 09686/2011 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 Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9686 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società di Navigazione Siciliana Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia, Federico Tedeschini, Andrea Abbamonte, Carlo Morace, con domicilio eletto presso lo studio del Prof. Avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Siremar Sicilia Società Regionale Marittima Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Aristide Police, Marco Annoni, Andrea Zoppini, Vincenzo Di Vilio, con domicilio eletto presso lo studio del Prof. Avv. Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro pro

tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Compagnia delle Isole Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Cintioli, Giuseppe Gitto, Mario Santaroni, Massimiliano Mangano, Giovanni Fabio Licata, con domicilio eletto presso lo studio del prof. Avv. Fabio Cintioli, in Roma via Salaria 259;

e con l'intervento di

Mediterranea Holding di Navigazione s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Vinti e Corinna Fedeli, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Emilia 88;

per l'annullamento

-) degli atti tutti della procedura posta in essere dall'Amministrazione Straordinaria Tirrenia/Siremar ex art. 3 D.L. 347/03 per la cessione del ramo di azienda di Siremar s.p.a. già facente parte del Gruppo Tirrenia, ivi inclusi i pareri acquisiti del Comitato di Sorveglianza;

-) del decreto MSE – Dir. Gen. per la Politica Industriale – prot. n. 192963 del 14.10.2011 di autorizzazione al Commissario Straordinario all'accettazione dell'offerta di acquisto formalizzata in data 13.10.2011 da Compagnia delle Isole s.p.a.;

-) degli atti tutti preordinati alla definizione della procedura ivi incluse le precedenti note di MSE (nota MSE 8.9.2011, nota MSE 26.9.2011, nota MSE 29.9.2011) se ed in quanto ritenute lesive dell'interesse

della ricorrente;

-) del susseguente provvedimento conclusivo della procedura adottato dalla A.S. del Gruppo Tirrenia/Siremar di aggiudicazione della procedura in questione, e del susseguente contratto stipulato con Compagnia delle Isole fra il 14 e 20.10.2011;

-) se ed in quanto possa occorrere dei provvedimenti della Regione Sicilia di numero e data sconosciuti a mezzo dei quali si è proceduto:

1. alla costituzione di Mediterranea Holding s.p.a;
2. alla partecipazione alla procedura di evidenza pubblica di cui sub 1) a mezzo di Compagnia delle Isole s.p.a.;
3. del provvedimento del Ragioniere Generale della Regione Sicilia del 3/4.8.2011 di rilascio di garanzia fideiussoria a prima richiesta in favore di Unicredit s.p.a.;
4. di ogni altro atto preordinato alla violazione delle norme di evidenza pubblica che ha condotto la Regione Sicilia alla partecipazione indiretta, ma sostanziale, alla procedura di gara in questione.

E,

del provvedimento del Ragioniere Generale della Regione Sicilia del 12.10.2011 di rilascio di garanzia in favore di Unicredit spa,

Nonché,

per la declaratoria di nullità/inefficacia del contratto di cessione del ramo d'azienda stipulato con la CDI – di numero e data sconosciuti e la conseguente statuizione dell'obbligo di subingresso della ricorrente nel contratto stesso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Siremar Sicilia Regionale Marittima Spa e di Ministero dello Sviluppo Economico e di Soc Mediterranea Holding Spa;
Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Soc Compagnia delle Isole Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2012 il dott. Giampiero Lo Presti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe la Società di Navigazione Siciliana (SNS) ha impugnato gli atti della procedura di vendita del ramo d'azienda della Siremar in A.S., come bandita dal Commissario Straordinario p.t. secondo le linee guida fornite dal MISE.

A seguito dell'invito a manifestare interesse all'acquisto del Ramo da parte del Commissario Straordinario p.t. della Siremar in AS, in data 04.10.2010, venivano presentate cinque richieste di partecipazione alla procedura de quo; i concorrenti erano invitati pertanto, in data 02.02.2011, a presentare l'offerta di acquisto del Ramo – “irrevocabile, incondizionata e vincolante” – entro il 15.03.2011.

Alla suddetta data, indicata dalla AS, veniva presentata una sola

offerta di acquisto del Ramo da parte della concorrente Ustica Lines S.p.A.: tale offerta, però, non conteneva l'impegno al pagamento del corrispettivo indicato dalla procedura, ma soltanto all'accollo di tutti i debiti afferenti il Ramo.

Dal canto suo, la società Mediterranea Holding S.p.A. depositava solo una lettera con la quale la stessa confermava il proprio interesse alla procedura e, tuttavia, contestava la valutazione predisposta dal perito indipendente in ordine al prezzo di acquisto.

Nessuno dei due documenti presentati dai concorrenti veniva ritenuto conforme con quanto previsto dalla lettera di procedura del 02.02.2011 e il Commissario Straordinario disponeva quindi, il 21.03.2011, la riapertura dei termini per tutti i cinque soggetti ammessi alla fase di due diligence, che venivano, pertanto, invitati a presentare eventuali nuove offerte entro il 05.04.2011, poi posticipato al 06.04.2011. Nel predetto termine, la Ustica Lines depositava una dichiarazione con la quale attestava la propria disponibilità a presentare un'offerta rispettosa dei termini e delle condizioni dettate dalla procedura, chiedendo contestualmente una proroga del termine per la predisposizione dei necessari finanziamenti, mentre la società Compagnia delle Isole ("CDI"), partecipata da Mediterranea Holding S.p.A., formulava un'offerta di acquisto del Ramo al prezzo di € 60.100.000,00 .

Il Commissario Straordinario formulava tuttavia al Ministero dello Sviluppo Economico una nuova richiesta – in data 18.04.2011 – di riapertura della procedura nei confronti di tutti i soggetti ammessi alla

fase di due diligence sul presupposto che l'offerta di CDI, pur prevedendo un prezzo d'acquisto di valore nominale superiore a quello indicato nella perizia di valutazione resa da Banca Profilo S.p.A., indicava un pagamento per la maggior parte in modo dilazionato e secondo modalità ed a condizioni tali da rendere incerto l'ammontare del corrispettivo offerto. L'Istanza del Commissario Straordinario era accolta dal MISE con nota prot. 0103252 del 10.05.2011. L'Advisor quindi con nuova lettera di invito formulava ai concorrenti l'invito a proporre, entro il nuovo termine del 23.05.2011, eventuali offerte d'acquisto migliorative rispetto all'offerta di CDI.

In vista del nuovo termine per la presentazione delle offerte, le società Ustica Lines S.p.A. e Caronte & Tourist S.p.A. comunicavano alla procedura di voler presentare un'offerta di acquisto congiunta mediante la società di nuova costituzione Società Navigazione Siciliana S.p.A. ("SNS"), costituita e partecipata nella misura del 50% da ciascuna di esse.

SNS offriva un importo di € 55.100.000,00, oltre interessi, mentre CDI manteneva ferma la propria precedente offerta di € 60.100.000,00, comprensiva di interessi.

A seguito dell'analisi delle offerte presentate dai due concorrenti, il Commissario straordinario rilevava la necessità di richiedere, a ciascuno di essi, chiarimenti ed integrazioni sulle rispettive produzioni; il termine all'uopo era fissato per il 10.06.2011.

Nel corso della nuova seduta pubblica di apertura delle buste SNS forniva i chiarimenti integrativi indicati dalla procedura, mentre CDI

formulava una nuova offerta, aumentando il corrispettivo per l'acquisto del Ramo a € 69.000.000,00, oltre interessi.

La AS riteneva la documentazione prodotta dai concorrenti ancora non sufficiente, con particolare riguardo ai requisiti di patrimonializzazione dei medesimi, nonché circa le fonti di finanziamento e, conseguentemente, invitava SNS e CDI a fornire, entro il 18.7.2011, nuovi documenti.

Ciascuno dei concorrenti forniva quindi la documentazione richiesta e, sulle offerte così definite, si pronunciava l'Advisor una prima volta il 04.07.2011 (con riferimento alle offerte del 10.06.2011) ed una seconda volta il 26.07.2011, evidenziando in particolare che:

- “mentre SNS ha fornito evidenza dei fondi disponibili per far fronte a tali adempimenti, CDI ha, diversamente, fornito parziale evidenza a riguardo”;
- “la parte di prezzo offerta al closing da SNS, pari a Euro 30,1 milioni, è integralmente coperta da fonti finanziarie ..., mentre la parte di prezzo offerta al closing da CDI, pari a Euro 20 milioni, non è supportata da adeguata evidenza delle disponibilità di mezzi propri” (pag. 3 dell'Addendum del 26.07.2011);
- “il prezzo offerto da CDI è superiore a quello offerto da SNS solo in termini nominali mentre un'adeguata ponderazione del grado di aleatorietà insito nelle due offerte rende il prezzo offerto da SNS più vantaggioso” (pag. 5 dell'Addendum del 26.07.2011);
- nell'offerta di CDI “i soci si limitano ad un'assunzione di responsabilità pro-quota per gli obblighi assunti”.

In data 05.08.2011, CDI inviava al Ministero dello Sviluppo Economico una dichiarazione di disponibilità a sostituire la fidejussione rilasciata da Commercial Fidi – Consorzio di Garanzia, con una fidejussione bancaria a prima richiesta rilasciata da UniCredit, allegata alla medesima dichiarazione sulla scorta di una controgaranzia a favore della Banca da parte della Regione Siciliana .

Su tale documentazione integrativa si pronunciavano in data 11.08.2011 sia l'Advisor che i consulenti della procedura i quali, in particolare, ritenevano che la documentazione sopra descritta, in quanto presentata successivamente alla scadenza del termine ultimo perentoriamente assegnato, dovesse ritenersi irricevibile ai fini della aggiudicazione della procedura, a garanzia dei principi di parità di trattamento e non discriminazione ai danni dell'altro soggetto offerente.

In data 29.08.2011, il Comitato di Sorveglianza autorizzava l'aggiudicazione del Ramo a SNS, sull'assunto che la documentazione integrativa inviata da CDI fosse tardiva e come tale irricevibile e, inoltre, che la controgaranzia rilasciata dalla Regione Siciliana costituisse aiuto di Stato, soggetta a notifica alla Comunità Europea.

Il Ministero dello Sviluppo Economico, inoltre, con nota dell'8.9.2011 chiedeva chiarimenti sulla copertura finanziaria dell'offerta di CDI con particolare riferimento sia alla sottoscrizione dell'aumento di capitale, sia alla validità della garanzia rilasciata da Unicredit..

In data 09.09.2011, l'Advisor finanziario della procedura invitava i due concorrenti a presentare – entro il 13.09.2011 – documentazione

attestante la proroga delle garanzie rilasciate e, nel mentre, invitava UniCredit a fornire precisazioni in merito alla garanzia rilasciata in suo favore dalla Regione Siciliana anche in considerazione del fatto che l'importo garantito dalla Regione non risultava ancora menzionato nel bilancio della stessa.

Nel predetto termine SNS depositava dichiarazione di proroga delle garanzie rilasciate dagli istituti bancari finanziatori, mentre CDI depositava anche l'impegno dei soci alla sottoscrizione dell'aumento di capitale già deliberato il 13.7.2011, nonché copia della missiva separatamente predisposta da Unicredit in favore della procedura per rendere i chiarimenti richiesti in ordine all'impegno fideiussorio assunto il 05.08.2011.

In data 26.09.2011 il MISE chiedeva alla Presidenza del Consiglio dei Ministri indicazioni in merito alla legittimità della documentazione presentata da CDI, con particolare riferimento alla controgaranzia rilasciata dalla Regione Siciliana; la Presidenza citando una comunicazione della CE sull'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE [oggi artt. 107 e 108 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea] sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzia, dichiarava che nella fattispecie sottoposta al suo vaglio avrebbe potuto configurarsi un aiuto di Stato sia con riferimento alla garanzia rilasciata dalla Regione, sia " a livello del garante di primo livello" perché la controgaranzia della Regione avrebbe potuto avvantaggiare Unicredit rispetto ad altre banche.

Il 29.09.2011 l'Advisor disponeva quindi un'ulteriore riapertura della

procedura, invitando i concorrenti a presentare eventuali nuove offerte vincolanti migliorative, fornendo indicazioni sulle modalità di presentazione delle garanzie richieste.

All'ultima seduta pubblica del 13.10.2011 SNS ribadiva la propria offerta del 23.05.2011, mentre CDI presentava offerta migliorativa pari ad € 69.150.000,00 (oltre interessi) e, contestualmente, depositava nuova documentazione di supporto, in particolare comprendente una lettera di impegno di UniCredit al rilascio di garanzia per il pagamento della parte dilazionata di prezzo (circa € 35.000.000,00) non più condizionata alla controgaranzia della Regione .

Il 14.10.2011 si riuniva il Comitato di Sorveglianza, il quale esprimeva, anche sulla scorta del parere reso dall'advisor e dai consulenti della procedura, parere favorevole all'aggiudicazione del Ramo a CDI.

Con provvedimento prot. 0192963 del 14.10.2011, il MISE autorizzava il Commissario Straordinario ad accettare l'offerta di CDI.

L'aggiudicazione veniva quindi disposta nei confronti di Compagnia delle Isole.

Tutti gli atti pregressi, per come meglio indicati in epigrafe, sono stati impugnati dall'odierna ricorrente con ricorso principale affidato a diverse censure.

Con un primo gruppo di censure, la ricorrente assume che il procedimento si sarebbe dovuto chiudere a proprio vantaggio, con cessione del ramo a suo favore, alla seduta pubblica del 18 luglio 2011, come proposto dall'advisor, senza che si potesse procedere ad

un nuovo invito ad offrire.

La diversa determinazione del Commissario Straordinario, su conforme autorizzazione del Ministero, avrebbe implicato, secondo la ricorrente, una violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione, oltre che del principio dell'autovincolo.

Con un secondo gruppo di censure si duole poi del fatto che la costituzione della Compagnia delle Isole spa, nonché la costituzione del suo principale socio, Mediterranea Holding S.p.A., sarebbero avvenute in asserita violazione di regole procedurali attinenti alle modalità di selezione del socio privato .

Conseguentemente anche la costituzione del nuovo soggetto, Compagnia delle Isole, risulterebbe in contrasto con i principi dell'evidenza pubblica, e la partecipazione alla procedura per la cessione della Siremar sarebbe stata illegittimamente avvantaggiata dalla presenza, fra i soci, di Regione Sicilia (che controlla con partecipazione maggioritaria Mediterranea Holding, socio di CDI) che, peraltro, come soggetto titolare di funzioni di programmazione, coordinamento e vigilanza dei servizi economici di interesse generale, non può poi partecipare, neanche in via indiretta, alla gestione dei predetti servizi.

Con il terzo gruppo di motivi si censurano le modalità con cui Compagnia delle Isole ha presentato la propria offerta nel procedimento, con particolare riferimento alla cd. controgaranzia prestata dalla Regione Sicilia.

La prestazione di una controgaranzia da parte della Regione, come

condizione per il rilascio da parte dell'istituto bancario Unicredit dell'impegno ad assumere una garanzia autonoma a prima richiesta con riferimento all'intero importo per il quale era prevista nell'offerta la dilazione del pagamento, avrebbe compromesso la parità di concorrenza nella procedura, integrando gli estremi di un aiuto di stato illegittimo perché non notificato alla Commissione europea.

Sarebbe inoltre illegittima la prestazione di una controgaranzia da parte della Regione per l'intero prezzo, e quindi per un importo nettamente superiore alla quota stessa di partecipazione regionale nella compagine societaria di CDI.

Con ricorso per motivi aggiunti, viene impugnato infine il documento, meglio indicato in epigrafe, conosciuto successivamente alla proposizione del ricorso principale, dal quale risulterebbe che, nonostante l'impegno ad assumere fideiussione prestato da Unicredit e prodotto da CDI unitamente all'ultima offerta finale vincolante non facesse più riferimento alla controgaranzia della Regione come condizione per il rilascio della garanzia, tuttavia detta controgaranzia venne offerta ed era operativa alla data della valutazione delle offerte fino alla conclusione della procedura.

Unitamente all'annullamento degli atti impugnati, la ricorrente insiste quindi per l'annullamento e/o la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con la CDI e per il risarcimento dei danni.

Si sono costituiti in giudizio Siremar in a.s., il Ministero dello Sviluppo Economico, oltre a Compagnia delle Isole e Mediterranea Holding, insistendo tutti per il rigetto del gravame.

CDI ha altresì proposto ricorso incidentale, sostenendo l'illegittimità della mancata esclusione della offerta ricorrente dalla procedura perché inferiore all'importo minimo previsto e non assistita dalle garanzie prescritte.

Alla pubblica udienza del giorno 27 aprile 2012, ribadite le memorie difensive tutte, le parti hanno chiesto che la causa venisse trattenuta per la decisione nel merito.

DIRITTO

A). Occorre preliminarmente prendere in esame le questioni di inammissibilità del ricorso principale sollevate dai resistenti.

1. Una prima questione riguarda l'inammissibilità del gravame nella parte in cui (particolarmente con il primo motivo di ricorso) si assume che la procedura avrebbe dovuto arrestarsi e concludersi con la cessione in favore di Società di Navigazione Siciliana (SNS) a seguito della proposta di aggiudicazione in favore della stessa formulata dal Commissario straordinario, con relativa istanza al Ministero dello Sviluppo economico, in data 1.9.2011.

La tesi ricorrente, infatti, avrebbe dovuto implicare l'illegittimità, con il conseguente onere di tempestiva impugnazione, del successivo atto in data 29.9.2011 con il quale invece il Commissario, previa autorizzazione ministeriale, ha invitato le partecipanti ad un ulteriore miglioramento delle rispettive offerte.

La mancata impugnazione della citata determinazione, né dal punto di vista formale nell'epigrafe del ricorso, né tantomeno con apposite censure che possano dirsi sostanzialmente contro di esso dirette,

renderebbe inammissibile il ricorso in parte qua.

L'assunto non può essere condiviso dal Collegio.

La decisione del Commissario straordinario di effettuare per la terza volta un invito ad offrire ed a sollecitare ancora una volta un miglioramento delle offerte costituisce in maniera indubitabile l'oggetto delle doglianze indicate, laddove parte ricorrente viene all'individuazione delle ragioni di diritto per le quali, a suo dire, la procedura avrebbe dovuto arrestarsi in una fase antecedente.

L'atto è inoltre espressamente citato nella epigrafe del ricorso al punto c).

Né la censura può essere ritenuta inammissibile per genericità o mancata indicazione delle norme che si assumono violate, considerato che la tesi di diritto sostenuta è assolutamente chiara e precisa, ed articolata intorno alla denunciata violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione che, ai sensi dell'art. 4 del D.L. 347/2003, devono conformare lo svolgimento delle operazioni di cessione.

2. Si assume poi, sempre in via preliminare, che la stessa impugnazione degli atti tutti gravati in via principale sarebbe tardiva in quanto il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico di autorizzazione alla vendita alla società Compagnia delle Isole è del 14 ottobre 2011, mentre il ricorso sarebbe stato notificato soltanto in data 17 novembre 2011.

Considerato che con il ricorso viene anche richiesto l'annullamento e/o la declaratoria di inefficacia del contratto, si ritiene quindi l'inammissibilità e/o l'irricevibilità del ricorso proposto che, in

ragione del rito speciale, avrebbe dovuto essere notificato entro il termine di 30 giorni dell'emanazione degli atti impugnati in via principale.

La tesi non può essere condivisa dal Collegio, considerato che non è applicabile alla fattispecie in esame il rito di cui all'art. 119 del codice del processo amministrativo che riguarda, proprio in ragione della sua specialità (e della previsione di termini derogatori rispetto a quelli ordinari) alle sole materie ivi espressamente previste, fra le quali non figurano le procedure di cessione disciplinate dalla normativa di cui al D.L. 347/03.

Non può nemmeno essere condivisa l'eccezione di tardività dell'impugnazione rivolta avverso gli atti della procedura del 5 aprile 2011, 23 maggio 2011, 11 giugno 2011, 18 luglio 2011 e, da ultimo, del 29 settembre 2011, per mancato rispetto sia del termine speciale di trenta giorni, che del termine ordinario di sessanta giorni, considerato comunque che l'interesse all'impugnazione degli atti interni della procedura si è concretizzato all'esito della stessa, con l'adozione dell'aggiudicazione.

3. Per analoghe ragioni va disattesa altresì l'eccezione di inammissibilità per tardività delle censure proposte avverso la costituzione della società Mediterranea Holding, argomentata in ragione dell'avvenuta pubblicazione (anche per mezzo di pubblicità sui più importanti quotidiani) della delibera della Giunta regionale del 9 febbraio 2010 che fissò le modalità di costituzione della società oggi contestate.

Va rilevato infatti che l'interesse all'impugnazione sorge in ragione del fatto che Mediterranea Holding fa parte della compagine sociale di Compagnia delle Isole e si correla direttamente all'aggiudicazione della procedura da quest'ultimo conseguita ed oggetto del ricorso principale.

4. Viene eccepita infine l'inammissibilità dell'impugnazione proposta, con i motivi aggiunti, avverso il provvedimento del Ragioniere Generale della regione Sicilia del 12 ottobre 2011, con cui è stata fornita controgaranzia per la garanzia rilasciata, ai fini della procedura de qua, da Banca Unicredit nell'interesse di Compagnia delle isole, in quanto diretta avverso un provvedimento ritenuto inesistente.

La questione verrà approfondita in sede di esame del merito dei motivi di censura.

Va però immediatamente rilevato che, come emerge dalla nota di Unicredit del 3 febbraio 2012, in atti, e per la quale "la controgaranzia del 12.10.2011 è stata restituita" e dalla nota del Ragioniere Generale in data 31 gennaio 2012 secondo la quale l'atto è stato oggetto di ritiro, alla data in cui i motivi aggiunti sono stati inoltrati per la notifica a mezzo posta (24 gennaio 2012) l'atto era ancora esistente, non essendo stata fornita prova alcuna della risalenza del ritiro ad un momento precedente.

Il sopravvenuto ritiro, pur rendendo improcedibile, la richiesta di annullamento dell'atto, per sopravvenuta carenza di interesse, non esclude l'ammissibilità dei motivi aggiunti con i quali peraltro, a seguito della intervenuta conoscenza dell'atto de quo, si ribadiscono

ed articolano in maniera ulteriore le censure (di cui già al quarto motivo del ricorso principale) spiegate in relazione alla garanzia presentata in seno alla procedura da Compagnia delle Isole.

B). Si può quindi procedere all'esame delle censure proposte con il ricorso incidentale avverso la mancata esclusione dalla procedura della ricorrente, le quali assumono carattere pregiudiziale secondo i principi di cui all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 7 aprile 2011 n. 4.

1. Assume in primo luogo Compagnia delle isole, ricorrente incidentale, che la Società di Navigazione Siciliana avrebbe dovuto essere esclusa per avere presentato una offerta palesemente inferiore al valore dei beni oggetto di alienazione individuato dagli organi dell'amministrazione straordinaria.

L'offerta finale della ricorrente principale, del 13 ottobre 2011 (peraltro conforme a quella del 18 luglio 2011), prevedeva un importo complessivo di euro 55.100.000,00, ma con pagamento dilazionato (euro 30.100.000, 00 successivamente alla stipulazione del contratto, euro 10.000.000,00 dopo tre anni, euro 7.500.000,00 dopo sei anni e euro 7.500.00,00 dopo otto anni) con interessi da corrispondersi sulle somme dilazionate pari al saggio del 1,5%.

Assume la ricorrente incidentale che, scontando l'offerta con la dilazione indicata, comprensiva anche degli interessi, al tasso di sconto indicato nella lettera di invito pari al 6,7%, l'importo effettivo sarebbe pari a euro 49,242.290,00, con un valore attuale del prezzo nominale, al netto degli interessi di dilazione, pari a euro

47.878.720,00, quindi inferiore al limite minimo indicato nella lettera di invito, in relazione alla perizia dello stimatore indipendente sul valore di mercato del complesso aziendale oggetto di cessione.

L'offerta di Società di Navigazione Siciliana si porrebbe quindi in aperto e palese contrasto con le disposizioni di cui agli articoli 62, comma terzo, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 e 4, comma quarto quater, del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347 e avrebbe dovuto pertanto essere certamente esclusa dalla procedura.

La tesi non è condivisa dal Collegio.

L'importo offerto, anche con riferimento agli interessi prescritti per le somme dilazionate, è conforme alle prescrizioni della procedura.

L'applicazione agli importi per i quali è prevista la dilazione nel pagamento del tasso di sconto non è prevista nella lettera di invito ai fini della quantificazione dell'ammontare minimo prescritto a pena di esclusione, il quale è riferito all'ammontare nominale; mentre il meccanismo compensativo del valore delle somme il cui pagamento è differito nel tempo è affidato al sistema degli interessi .

Il riferimento esplicito all'operazione di sconto dell'importo offerto è previsto, nella lettera di invito a formulare l'offerta vincolante finale (29.9.2011), "a titolo informativo" e " nell'ambito della valutazione economica dell'offerta finale" , mentre in nessun altro atto della procedura si fa riferimento al valore attualizzato dell'offerta, anziché a quello nominale, ai fini della verifica dell'ammissibilità dell'offerta sotto il profilo dell'importo minimo richiesto; addirittura, in maniera esplicita, nella nota dell'advisor del 26.7.2011, in atti, come nella

successiva in data 13.9.2011, l'attualizzazione del valore attuale delle offerte, per le quali sono previsti pagamenti dilazionati nel tempo, affidata al meccanismo dello sconto al tasso indicato del 6,7% (che consente di ipotizzare il valore attuale di crediti relativi a pagamenti dilazionati in ragione del presumibile prezzo di cessione offerto dal sistema bancario), è espressamente considerata soltanto come criterio di apprezzamento della convenienza delle offerte in una prospettiva di mera comparazione delle stesse.

Del resto, l'art. 4 comma 4 quater del D.L. 347/2003 , laddove prescrive che la cessione non può avvenire ad un prezzo inferiore a quello di mercato, sembra fare riferimento proprio al prezzo nominale offerto ; cosicchè', in mancanza di una diversa ed esplicita indicazione nella *lex specialis* per le ipotesi di pagamento dilazionato, non avrebbe potuto il Commissario straordinario procedere all'esclusione dell'offerta della ricorrente principale, alla stregua dell'attualizzazione del suo valore, anche considerato che lo sconto degli importi dilazionati rimanda a circostanze meramente eventuali come la cessione dei crediti relativi e il prezzo presumibilmente conseguibile sul mercato bancario.

2. Con il secondo motivo di ricorso incidentale, Compagnia delle Isole assume che l'offerta di SNS non sarebbe assistita dalle garanzie previste con l'ultima lettera di invito, in quanto non affiancata da una fideiussione valida ed attuale rispetto al pagamento dilazionato.

Il motivo è infondato.

La lettera di invito del 29.9.2011, in esito alla quale sono state fornite

le ultime offerte vincolanti finali, prescriveva, a pena di inammissibilità, oltre alla lettera d'impegno, da parte di un primario istituto di credito, al rilascio, entro la data di trasferimento del Ramo, di una fideiussione autonoma a prima richiesta ad integrale garanzia del puntuale ed esatto pagamento degli importi dilazionati, la produzione di una garanzia bancaria a prima richiesta per Euro 5,000,000.00, a garanzia del puntuale ed esatto adempimento di tutti gli impegni e gli obblighi assunti con l'Offerta Vincolante Finale, ovvero la proroga della garanzia bancaria già prodotta unitamente alle precedenti offerte, con la precisazione che tale proroga è disposta in relazione all'Offerta Vincolante Finale, fino al giorno 29 ottobre 2011. La menzionata prescrizione risulta riferita però solo al caso di formulazione, da parte dei concorrenti, di una nuova offerta finale, migliorativa rispetto alle precedenti ed ammissibile; per quest'ultima ipotesi infatti la lettera di invito imponeva la riformulazione delle lettere di impegno al rilascio della fideiussione a prima richiesta a garanzia dell'esecuzione (evidentemente riferita al nuovo e maggiore importo offerto) e una nuova garanzia bancaria a sostegno dell'irrevocabilità dell'offerta per euro 5,000,000.00 ovvero la proroga di quella già prodotta unitamente alle precedenti offerte, con la precisazione che la proroga è disposta con riferimento all'ultima offerta vincolante finale fino al 29 ottobre 2011.

Per l'ipotesi di mancata formulazione di una nuova offerta vincolante migliorativa, come anche per l'ipotesi di nuova offerta per qualunque ragione inammissibile, invece, la lettera stabiliva espressamente che

sarebbe rimasta ferma l'ultima offerta precedente e prorogata in data 13 settembre 2011.

Ora, come si evince chiaramente dal verbale di apertura delle buste del 13 ottobre 2011, la società SNS non ha inteso, in esito all'ultima lettera di invito, formulare una nuova offerta migliorativa, limitandosi a confermare la piena validità ed efficacia dell'offerta del 23 maggio 2011, in uno con la documentazione e i chiarimenti via via forniti.

Ne consegue che non sarebbe stato possibile individuare una causa di esclusione della SNS dalla procedura per la mancata produzione di una nuova garanzia o della proroga prevista soltanto per l'ipotesi di formulazione di nuova offerta migliorativa.

3. Con il terzo motivo di ricorso incidentale, poi, Compagnia delle Isole, premesso che alla data del 21 marzo 2011 l'unica offerta esistente era la propria, assume che, nel caso in cui, conformemente a quanto ritenuto dalla ricorrente principale con il primo motivo di ricorso, il Collegio dovesse ritenere fondata la tesi per la quale non sarebbero state legittime le riaperture dei termini per la presentazione delle offerte, con richieste reiterate di presentazione di offerte migliorative, nessuna pronuncia nel merito dovrebbe comunque essere adottata, considerato che in virtù del medesimo principio la procedura avrebbe dovuto allora essere arrestata fin dal 21 marzo 2011, con conseguente carenza di interesse della ricorrente principale all'accoglimento del motivo in parola.

Il motivo, espressamente condizionato alle valutazioni del Collegio sulla censura proposta con il primo motivo del ricorso principale, va

disatteso alla stregua di quanto si dirà appresso.

La procedura seguita per la vendita del ramo di azienda per cui è causa, infatti, è una procedura a trattativa privata ex art. 4 comma quarto quater del D.L. 347/2003 che, in deroga a quanto previsto dall'art. 62 del D. Lgs. N. 270/1999, consente ai fini dell'alienazione il ricorso alla trattativa privata con il solo vincolo della determinazione del prezzo di cessione per un importo non inferiore al valore di mercato, come risultante da perizia di primaria istituzione finanziaria, e nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

Le successive e ripetute determinazioni di riapertura dei termini e ammissione di nuove offerte sono pertanto compatibili con il sistema di selezione adottato.

4. In base ad analoghe considerazioni va altresì disatteso il quarto ed ultimo motivo di ricorso incidentale con il quale si contesta la legittimità dell'ammissione alla gara di SNS, in quanto società subentrata ad Ustica Lines a procedura già avviata, quando il termine originariamente fissato per l'offerta era già scaduto.

La flessibilità della procedura prevista dall'art. 4 comma quarto quater rendeva infatti ammissibili le modificazioni soggettive sopravvenute degli offerenti, come anche la presentazione di offerte da parte dei partecipanti che, in una prima fase, non avessero presentato offerte ritenute ammissibili.

C. E' quindi possibile procedere all'esame delle censure proposte dalla ricorrente principale con il ricorso ed i motivi aggiunti.

1. Come già rilevato, i primi profili di doglianza riguardano la

presunta violazione dei principi in materia di cessione del ramo di azienda, con particolare riferimento ai principi di trasparenza e non discriminazione e al limite dell'autovincolo.

Assume, in sintesi, la ricorrente che la procedura avrebbe dovuto concludersi, con l'aggiudicazione in suo favore, alla seduta del 18 luglio 2011 quando, conformemente al parere dell'advisor e dei consulenti della procedura, l'offerta SNS era l'unica offerta ammissibile e conforme ai dettami della *lex specialis*.

La tesi non merita condivisione.

Occorre preliminarmente richiamare brevemente le disposizioni normative che regolano la fattispecie, costituite dal decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 e dal decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, poi convertito con modificazioni dalla legge n. 39 del 2004. Inoltre, proprio con riguardo specifico alla procedura in discussione, rilevano le disposizioni di cui all'articolo 1 del decreto legge 5 agosto 2010, n. 125, nella versione definitiva che deriva dalla legge di conversione n. 163 del 2010.

Secondo le norme sopra richiamate, una impresa dichiarata insolvente può essere ammessa dal Tribunale alla procedura di amministrazione straordinaria qualora tramite la cessione del complesso aziendale, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno (programma di cessione del complesso o dei complessi aziendali) ovvero tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni

(programma di ristrutturazione), sia possibile realizzare il risultato del recupero dell'equilibrio economico della attività imprenditoriale (d.lgs. n. 270 del 1999, art. 2).

Entro i sessanta giorni successivi al decreto del Tribunale di apertura della procedura il commissario straordinario, nominato dal Ministero dello Sviluppo Economico subito dopo la dichiarazione, è tenuto a presentare al Ministero un programma redatto secondo uno degli indirizzi alternativi sopra citati. Tale programma è redatto sotto la vigilanza del Ministero dello sviluppo economico e deve essere redatto in conformità agli indirizzi di politica industriale dallo stesso adottati "in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori" (art. 55).

Se è adottato l'indirizzo della cessione del complesso o dei complessi aziendali, il programma, oltre alle indicazioni previste dell'art. 56, comma 1, lett. a), b), c), d), deve anche indicare "le modalità della cessione, segnalando le offerte pervenute o acquisite, nonché le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori" (art. 56, comma 2).

La esecuzione del programma deve essere previamente autorizzata con decreto del Ministero dello sviluppo economico, che è tenuto a provvedere, sentito il comitato di sorveglianza (nominato dal Ministro dell'industria ai sensi dell'art. 45), entro trenta giorni (art. 57).

Il compimento di tutte le attività dirette alla esecuzione del programma autorizzato è compito del commissario straordinario (art. 61, comma 1), che nella ipotesi di alienazione di aziende è tenuto a

chiedere l'autorizzazione del Ministero dello sviluppo economico, che provvede ad emanare il relativo provvedimento dopo avere sentito il comitato di sorveglianza (art. 42).

L'alienazione è disciplinata dagli artt. 62 e 63 del citato decreto legislativo n. 270 del 1999.

Il valore del bene da alienare deve essere preventivamente determinato da uno o più esperti nominati dal commissario straordinario; l'alienazione deve essere effettuata in conformità delle previsioni del programma autorizzato, con forme adeguate alla natura dei beni e finalizzate al migliore realizzo, in conformità dei criteri generali stabiliti dal Ministero. Se l'azienda, come è nel caso in specie, è in esercizio, la predetta valutazione deve tenere conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo; l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita; la scelta dell'acquirente deve essere effettuata tenendo conto, oltre che dell'ammontare del prezzo offerto, dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato, anche con riguardo alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali.

Il decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347 introduce poi alcune disposizioni particolari.

In particolare, e per quello che qui interessa, l'articolo 4, comma quarto quater, per il caso delle imprese operanti nel settore dei servizi

pubblici essenziali, permette il ricorso allo strumento della trattativa privata ai fini dell'alienazione, nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione e fermo restando che il prezzo di cessione non può essere inferiore a quello di mercato come risultante da primaria istituzione finanziaria con funzione di esperto indipendente.

Il complesso normativo sinteticamente richiamato risulta disegnare quindi un istituto finalizzato al contemperamento di tutti gli interessi che ruotano intorno alle procedure di amministrazione straordinaria: quello dei creditori, quello dei lavoratori, ma anche l'interesse generale alla conservazione del patrimonio produttivo salvaguardando l'unità operativa dei complessi aziendali.

E tutti i negozi giuridici posti in essere dall'amministrazione straordinaria devono porsi in linea di coerenza funzionale con i descritti obiettivi (si veda in proposito Cassazione civile, Sezioni Unite, 27 maggio 2009, n. 12247).

Nel caso che ci occupa, conformemente al programma di cessione, la cessione del ramo di azienda Siremar è avvenuta attraverso lo strumento giuridico della trattativa privata di cui all'articolo 4, comma quarto quater, del decreto legge 347/2003.

Detto strumento è caratterizzato da una notevole elasticità del procedimento, privo di rigidi vincoli di procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, e orientato sostanzialmente al conseguimento degli obiettivi primari cui la cessione di un ramo dell'azienda in amministrazione straordinaria deve rispondere secondo la caratterizzazione teleologica dell'istituto come sopra

tratteggiata. L'unico limite procedimentale espressamente indicato dal legislatore è quello relativo al rispetto dei principi di trasparenza e par condicio.

In altri termini, il ricorso alla la procedura della trattativa privata costituisce opzione operativa che si caratterizza in termini di flessibilità ed è finalizzata a garantire nel miglior modo possibile, attraverso proprio la più ampia libertà da schemi e vincoli procedurali, la massimizzazione degli obiettivi funzionali ex lege attribuiti all'amministrazione straordinaria. Tra questi obiettivi vi è senz'altro, e primariamente, il conseguimento di un prezzo di cessione quanto più elevato possibile.

Nel caso che ci occupa, la procedura, come esposto in narrativa, è stata caratterizzata da una serie di riaperture dei termini volte a consentire ai partecipanti la formulazione di nuove offerte migliorative, proprio nell'ottica funzionale sopra menzionata, e il prezzo finale di cessione è stato effettivamente maggiore di quello inizialmente proposto dalle (due) società offerenti.

Il fatto, dunque, che gli organi dell'amministrazione abbiano ripetutamente richiesto dei "rilanci" alle offerenti non costituisce, di per sé, un vizio di legittimità della procedura, e l'unica verifica alla quale il Giudicante è chiamato è che le varie fasi della procedura siano sempre state del tutto trasparenti e assolutamente rispettose della par condicio tra i concorrenti.

Ciò detto il Collegio ritiene che l'attività complessiva degli organi dell'amministrazione straordinaria sia stata espressione di un

apprezzabile sforzo atto a coniugare le esigenze inerenti al principio del rispetto della parità delle parti con quello della massimizzazione degli scopi funzionali della procedura.

Il regolamento di procedura, reso pubblico fin dal primo invito ad offrire, prevedeva espressamente la possibilità per il commissario straordinario di interrompere o di recedere dalle trattative, di sospendere o interrompere in qualsiasi momento la procedura, di non accettare talune o tutte le proposte senza obbligo di specifica motivazione.

Non può quindi essere condivisa la tesi di parte ricorrente secondo la quale, in sostanza, successivamente alla formulazione delle prime offerte, gli organi dell'amministrazione straordinaria non avrebbero più potuto avviare una ulteriore fase di richieste di offerte migliorative, in quanto detta scelta dell'amministrazione straordinaria, e la relativa autorizzazione ministeriale, risultavano consentite dalla procedura prescelta e pienamente coerenti con gli obiettivi funzionali perseguiti, senza per ciò stesso violare i principi di trasparenza e non discriminazione, considerato che tutti gli offerenti sono stati posti in pari condizioni di partecipazione (e di formulazione di nuove offerte migliorative) e che, come sopra detto, la riapertura dei termini per la formulazione di nuovi rilanci non può, in seno alla procedura in parola, per come normativamente disciplinata, implicare di per sé alcuna violazione dell'affidamento riposto da ciascun partecipante alla conclusione della procedura, essendo rimesso esclusivamente agli organi preposti il giudizio di piena satisfattività delle offerte ricevute

rispetto agli obiettivi di realizzo perseguiti.

In altri termini, fin tanto che la procedura non si conclude con l'autorizzazione del Ministero alla vendita, che presuppone un giudizio sull'adeguatezza del prezzo offerto, ai fini del corretto contemperamento di tutti gli interessi cui l'amministrazione straordinaria è per legge preordinata, non può ipotizzarsi alcun legittimo affidamento dei concorrenti all'aggiudicazione al prezzo più alto, anche quando il prezzo offerto sia superiore al minimo prescritto, allorquando, alla stregua degli elementi emersi in corso di procedura o comunque acquisiti, emerga la possibilità di conseguimento di ulteriori offerte migliorative di acquisto; purchè vengano sempre garantite le condizioni di parità e trasparenza nel confronto concorrenziale ma senza che la scelta dell'amministrazione straordinaria di richiedere nuovi "rilanci" possa di per sé essere tacciata di anticoncorrenzialità.

Né un simile affidamento può ritenersi ingenerato dalla semplice presentazione da parte del commissario straordinario al Ministero dell'autorizzazione alla vendita (nella specie intervenuta in data 1 settembre a vantaggio di SNS) perché il giudizio finale sull'adeguatezza del prezzo offerto può considerarsi formato soltanto dopo che sia intervenuto il parere conforme di tutti gli organi della procedura e l'autorizzazione del Ministero competente.

Non va sottaciuto peraltro, in punto di fatto, come la stessa ricorrente si sia avvalsa della flessibilità della procedura e della riapertura dei termini, considerato che alla scadenza del primo termine (15 marzo

2011) , come anche alla scadenza del secondo (5 aprile 2011) non aveva presentato alcuna offerta.

Né una violazione del principio di parità di condizioni nel confronto concorrenziale può essere rintracciato, come invece assume parte ricorrente, in una presunta modifica delle regole della gara, introdotta dagli organi della procedura successivamente alla seduta del 18 luglio.

Va ricordato infatti che in quella fase l'offerta di CDI, benché economicamente superiore, era stata ritenuta inammissibile solo per essere l'impegno prestato dall'istituto bancario ad assumere la garanzia condizionato ad una controgaranzia prestata dalla Regione Sicilia; e che, quindi, la nuova apertura dei termini trovava razionale giustificazione nella possibilità di conseguimento di un prezzo superiore rispetto a quello offerto da SNS ove la garanzia promessa fosse stata emendata dal vizio rilevato.

La previsione, nella nuova lettera di invito, di prescrizioni più puntuali sulle modalità di presentazione della garanzia mirava quindi, coerentemente con la flessibilità che caratterizza la procedura de qua, al conseguimento – ritenuto possibile e verosimile – di un prezzo migliore di vendita, adeguatamente garantito per la parte dilazionata, senza che le nuove prescrizioni potessero ritenersi precluse dalle regole della procedura o dai vincoli di rispetto della parità di condizioni.

Il primo motivo di ricorso è, conclusivamente, infondato e va pertanto disatteso.

2. Con il secondo motivo di ricorso viene denunciata da SNS la

violazione delle disposizioni di cui all'art. 23 bis del d.l. 112/08, convertito in L. 133/2008 come sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. b) del d.l. 135/09, convertito con modificazioni in L. 166/2009.

Assume la ricorrente che CDI, pur essendo partecipata da un ente pubblico (Regione Sicilia), sarebbe stata costituita senza l'osservanza della procedura ad evidenza pubblica, per la selezione del socio privato, e senza il rispetto delle ulteriori prescrizioni di cui alla norma citata, benché sorta proprio in vista della cessione di Siremar e, quindi, per l'affidamento del servizio pubblico da quest'ultima esercitato.

Il motivo è ammissibile e, tuttavia, infondato.

Non assume rilievo, ai fini della dedotta inammissibilità della censura, la circostanza, indicata dalla difesa di CDI, dell'avvenuta abrogazione delle norme citate, a seguito di referendum abrogativo, per effetto del d.p.r. 18 luglio 2011 n. 11318.

Infatti, l'avvenuta abrogazione delle disposizioni speciali in materia di affidamento diretto dei servizi pubblici implica l'applicabilità immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria sul punto e, quindi, la configurabilità dell'affidamento in house soltanto in favore di società a capitale interamente pubblico (cfr. Tar Liguria II, 1.2.2012 n. 225).

Peraltro, alla data dell'ultima lettera di invito al rilancio, e della successiva aggiudicazione, erano già in vigore le nuove norme introdotte dal decreto legge n. 138/2011, convertito nella legge n. 148/2011.

Ove, dunque, nel caso di specie fosse configurabile un affidamento diretto della gestione del servizio pubblico, la fondatezza della censura sarebbe comunque da verificare alla stregua delle norme citate.

Né è vero che il motivo sarebbe inammissibile per carenza di interesse, considerato che, ove fosse ritenuta applicabile la normativa indicata al caso di specie, la legittimità dell'affidamento del servizio a CDI presupporrebbe proprio la verifica della legittimità delle relative modalità di costituzione rispetto ai parametri indicati.

Piuttosto, proprio la qualificazione giuridica della fattispecie induce il Collegio a concludere per l'infondatezza della doglianza.

Le norme delle quali si lamenta la violazione, infatti, disciplinano la fattispecie dell'affidamento c.d. in house di servizi pubblici direttamente – e cioè senza ricorso a procedura selettiva ad evidenza pubblica – a società miste con partecipazione pubblica e privata.

Nel caso di specie invece la procedura ha riguardato la cessione di un ramo di azienda , secondo le norme in materia di amministrazione straordinaria, attraverso un confronto concorrenziale, sia pure nelle forme della trattativa privata, al quale sono stati invitati a partecipare più soggetti concorrenti.

E l'affidamento in house costituisce, di per sé, strumento alternativo ed eccezionale di affidamento diretto del servizio, (nel quale il momento concorrenziale resta affidato all'attuazione dell'evidenza pubblica nella selezione del socio privato del soggetto affidatario) in quanto tale alternativo rispetto agli altri sistemi , ivi compresa la

trattativa privata, comunque basati su una competizione selettiva.

3. Con il terzo dei motivi del ricorso principale, la ricorrente si duole della “violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 57 e ss. del decreto legge 112/08 in connessione con le disposizioni del successivo articolo 19 ter del decreto legge 135/09 e dell’accordo di programma tra governo e Regione Sicilia del 3. 2.2009”. Inoltre, viene anche dedotta la violazione del regolamento CEE 3577/92 per come recepito dalla legislazione italiana.

Più in particolare, dopo avere ricordato che, ai sensi del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, i compiti di programmazione e di amministrazione relativi ai servizi di cabotaggio marittimo sono esercitati dalle regioni e, quindi, rammentato l’esistenza di un accordo di programma tra la Regione Sicilia e il Governo italiano, del 3 novembre 2009, la società ricorrente deduce che la Regione Sicilia non avrebbe potuto costituire la Compagnia delle Isole né entrare operativamente nella gestione dei soggetti giuridici affidatari - a mezzo dell’acquisizione di Siremar - della convenzione di servizio per la gestione del cabotaggio marittimo di interesse regionale.

La tesi, come formulata, non può essere condivisa dal Collegio.

Va rilevato, in primo luogo, che la Regione Sicilia partecipa alla compagine sociale di CDI indirettamente e in maniera minoritaria, in base alla partecipazione al capitale azionario di Mediterranea Holding di Navigazione spa, che costituisce uno dei soggetti associati in CDI.

Ciò premesso, non ritiene il Collegio che sussistano profili di incompatibilità fra detta partecipazione alla compagine del soggetto

cessionario, chiamato in quanto tale alla gestione del servizio pubblico già gestito da Siremar, e la titolarità di compiti di programmazione, vigilanza e controllo.

In generale, infatti, nel nostro sistema ordinamentale, la titolarità in capo all'ente pubblico di funzioni generali di vigilanza e controllo non esclude la possibilità, per l'ente medesimo, di partecipazione alla compagine del soggetto societario (società mista a partecipazione pubblica minoritaria o addirittura maggioritaria) affidatario del servizio e, in quanto tale, chiamato a compiti gestionali. Detta incompatibilità non è configurabile nemmeno nel caso, più estremo, di affidamento diretto del servizio a un soggetto a totale partecipazione pubblica: diversamente argomentando, dovrebbe concludersi per l'impossibilità per il soggetto pubblico titolare di funzioni generali di programmazione e controllo di partecipazione alla gestione nelle diverse forme invece previste dall'ordinamento, quando invece nel nostro ordinamento tale possibilità è ammessa per definizione.

4. Il Collegio passa quindi ad esaminare il quarto motivo di ricorso, come integrato con la proposizione di motivi aggiunti a seguito della sopravvenuta conoscenza del documento con essi impugnato.

Viene dedotta la violazione e la falsa applicazione dei principi di cui all'art. 107 TFUE in tema di aiuti di stato e dell'art. 119 Cost., la violazione e la falsa applicazione dei principi di cui al T.U. 163/06, l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, falsa motivazione e falsa causa.

La ricorrente lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore di CDI in ragione del fatto che l'impegno alla fideiussione a prima richiesta, per gli importi per i quali è stato offerto un pagamento dilazionato, sarebbe stato condizionato ad una controgaranzia prestata da Regione Sicilia per l'intero importo. La prestazione della controgaranzia sarebbe stata, secondo la ricorrente, sprovvista di espressa delibera autorizzativa dell'ente, di relativa copertura finanziaria e, soprattutto, avrebbe implicato un indebito aiuto di stato, con conseguente alterazione dei principi di parità di concorrenza e non discriminazione fra i partecipanti in quanto determinante ai fini della formulazione dell'offerta e dell'assunzione del relativo obbligo di garanzia da parte dell'istituto bancario Unicredit.

Rilevano, in proposito, i resistenti che l'ultima offerta vincolante finale di CDI, in esito alla lettera di invito del 29.9.2011, diversamente da quanto asserito da parte ricorrente, è perfettamente conforme alle prescrizioni dell'ultimo regolamento contenuto nell'invito ad offrire anche con riferimento alla prestazione delle garanzie; e che, in particolare, l'impegno a fornire la garanzia assunto da Unicredit non era sottoposto a vincoli o condizioni di sorta.

Con i motivi aggiunti, però, la ricorrente impugna il provvedimento del Ragioniere Generale della Regione Sicilia in data 12 ottobre 2011 con il quale è stata assunta, nei confronti di Unicredit, controgaranzia per l'intero importo oggetto dell'impegno assunto dall'istituto bancario; e del quale la ricorrente assume essere venuta a conoscenza soltanto durante il corso del giudizio. Insiste quindi nel dedurre la

violazione dei principi di parità di condizioni concorrenziali fra i partecipanti alla procedura, in violazione delle norme di cui all'art. 4 comma 4 quater del D.L. 347/2003, delle prescrizioni di cui alla lettera di invito, e dalle norme primarie in materia di aiuti di stato.

Resistono ulteriormente i controinteressati producendo in giudizio nota del Ragioniere Generale della Regione Sicilia in data 31 gennaio 2012, con la quale si definisce il provvedimento del 12 ottobre 2011 come inesistente e privo di efficacia perché oggetto di un provvedimento di ritiro accettato da Unicredit spa, e nota di Unicredit in data 3 febbraio 2012, con la quale si precisa che la controgaranzia del 12.10.2012 "è stata... restituita" e che pertanto "la garanzia rilasciata dalla Banca nell'interesse di Compagnia delle Isole spa ed in favore della Siremar in A.S. non è vincolata alla controgaranzia da parte della Regione Siciliana".

Assumono quindi i resistenti l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi aggiunti per essere rivolti avverso un atto inesistente e che, comunque, non avrebbe condizionato in alcun modo il rilascio della garanzia da parte dell'istituto bancario.

Ciò premesso il Collegio, pretermettendo la disamina delle questioni relative alle modalità di prestazione della controgaranzia da parte di Regione Sicilia e di selezione dell'istituto di credito, prende in esame, per il suo carattere assorbente, la questione primaria della conformità delle garanzie prodotte da CDI unitamente all'ultima offerta migliorativa alle prescrizioni della lettera di invito e ai precetti di cui all'art. 4 comma 4 quater del d.l.347/2003, procedendo alla verifica

della compatibilità dell'intervento della regione Sicilia - nella forma della prestazione di apposita controgaranzia in favore dell'istituto bancario Unicredit che ha assunto l'impegno a garantire con fideiussione bancaria a prima richiesta gli importi offerti e dilazionati nel pagamento di CDI – con le norme comunitarie e nazionali sugli aiuti di Stato.

Ove infatti detto intervento da parte di un ente pubblico, peraltro direttamente interessato agli esiti della procedura in quanto controllante Mediterranea Holding spa, socio di CDI, dovesse essere ritenuto in contrasto con i principi in materia di aiuti di stato, si sarebbe realizzata nella procedura un'alterazione delle condizioni di parità concorrenziali fra i partecipanti – e quindi la violazione dei limiti di cui al citato art. 4 comma 4 quater – a prescindere da ogni considerazione in ordine all'efficacia, determinante o meno, dell'aiuto indebito sugli esiti del procedimento.

In punto di fatto il Collegio rileva preliminarmente che, come risulta dalla documentazione prodotta in data 12 ottobre 2011, quindi il giorno precedente alla definizione della procedura in favore di CDI, la Regione Sicilia assumeva nei confronti di Unicredit spa, un atto definito “modificativo della garanzia autonoma” con il quale si ribadiva e si modificava (in relazione alle modifiche intervenute con l'ultima offerta migliorativa di CDI per gli importi in essa previsti e il cui pagamento è dilazionato) la precedente controgaranzia.

Nelle premesse dell'atto si legge che “la Banca si è resa disponibile all'emissione della garanzia” subordinatamente alla consegna da parte

di regione Sicilia di una garanzia autonoma a favore della Banca medesima, escutibile a prima richiesta della Banca e per l'intero importo garantito dalla Banca in seno alla procedura di vendita di Siremar. Analogamente all'art. 1 viene ribadito il contenuto di controgaranzia dell'obbligo assunto da Regione Sicilia nei confronti di Unicredit per l'intero importo offerto come prezzo differito.

Non vi è dubbio, a parere del Collegio, quindi che anche l'offerta ultima di CDI è stata assistita da una garanzia di Unicredit che si inseriva in un rapporto di collegamento negoziale con la garanzia autonoma a sua volta resa da Regione Sicilia per l'intero importo garantito.

Il rapporto di collegamento funzionale emerge in maniera indubitabile dal contenuto dell'atto del 12 ottobre 2011 e risulta preordinato allo scopo di consentire la prestazione della garanzia da parte di Unicredit in favore della beneficiaria CDI, confermando e modificando la controgaranzia già resa nella precedente fase della procedura e ritenuta dagli organi dell'amministrazione straordinaria non conforme alle prescrizioni della procedura.

Ne consegue che, sebbene la dichiarazione fideiussoria resa da Unicredit e prodotta nella procedura unitamente all'offerta finale di CDI non fosse più esplicitamente condizionata alla controgaranzia resa dalla Regione Siciliana, il relativo impegno è stato assunto da Unicredit comunque in seno ad un collegamento di negozi di garanzia che finiva col porre sostanzialmente a carico della Regione Sicilia, attraverso la sottoscrizione della garanzia autonoma del 12 ottobre,

l'obbligo di garanzia per l'intero importo del prezzo il cui pagamento era previsto come differito.

La superiore circostanza di fatto risulta documentalmente provata e non smentita dalle successive produzioni documentali di CDI che, anzi, ne costituiscono ulteriore conferma. Sia la dichiarazione del 31 gennaio 2012 del Ragioniere Generale della Regione, nella quale si parla di ritiro dell'atto del 12 ottobre, come la nota Unicredit del 3 febbraio 2012, nella quale si fa riferimento alla restituzione della controgaranzia del 12.10.2011, presuppongono l'esistenza dell'atto de quo che, in mancanza di diversa prova contraria, deve presumersi ancora esistente alla data di apertura delle buste contenenti le offerte finali (che si ricorda è avvenuta esattamente il giorno successivo al rilascio della controgaranzia).

La revoca o il ritiro di un atto di assunzione di obbligo nei confronti del beneficiario è infatti efficace dal momento della sua accettazione da parte del beneficiario medesimo; mentre di detta accettazione e della sua risalenza ad un momento precedente alla definizione della procedura non è stata fornita alcuna prova da parte dei resistenti.

Sebbene dunque l'esistenza della controgaranzia non sia più stata resa nota agli organi della procedura, in quanto la garanzia di Unicredit non è stata più dichiaratamente condizionata al contenuto della controgaranzia, l'accertata esistenza della predetta controgaranzia all'atto di originaria assunzione dell'impegno da parte di Unicredit in seno alla procedura per la vendita di Siremar, pone comunque il problema della sua compatibilità con le disposizioni in materia di aiuti

di stato, allo scopo di verificare se la prestazione di detta controgaranzia si sia risolta o meno in una alterazione della parità di condizioni nel confronto concorrenziale fra gli offerenti e, quindi, se sia stata perpetrata o meno la violazione della norma di cui all'art. 4 comma quarto quater del D.L. n. 347/1993.

In proposito va ricordato quanto disposto dall'articolo 107 TFUE (ex art. 87 TCE), ai sensi del quale: "Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli Aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".

La consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia UE (tra le tante, sentenza 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide*, punto 28), collega la sussistenza di un aiuto di stato al conseguimento, da parte del beneficiario dell'Aiuto, di un vantaggio di carattere economico grazie ad una erogazione da parte dello Stato o tramite risorse statali; il beneficio deve essere selettivo, avendo favorito una o più imprese in particolare e deve essere di natura tale da alterare gli scambi fra gli Stati membri e falsare, anche potenzialmente, la concorrenza.

Rientrano nelle fattispecie vietate, e dunque costituiscono aiuto di Stato anche gli aiuti attribuiti dagli enti regionali o locali degli Stati membri, indipendentemente dal loro statuto e dalla loro denominazione (in tal senso cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 14

ottobre 1987, in causa 248/84, punto 17 Germania/Commissione, e, più di recente, sentenza 6 settembre 2006, causa C-88/03, Portogallo/Commissione, punto 55).

In sede di applicazione concreta di tale norma, peraltro, la c.d. "agevolazione discriminatoria" è stata ravvisata non soltanto in caso di erogazioni dirette, ma anche nel caso di aiuti costituiti a mezzo di prestazioni di garanzia.

La prestazione di garanzie a carico anche di enti regionali o locali è suscettibile di costituire aiuto di stato in quanto idonea ad alterare la concorrenza attraverso erogazioni di denaro pubblico che si risolvano in un vantaggio a favore di una o più imprese nel confronto concorrenziale.

E spetta al giudice nazionale verificare che nelle fattispecie al suo esame non si siano realizzati "aiuti di stato" tali da avere falsato o anche soltanto minacciato di falsare la concorrenza (Corte di Giustizia CE sez. IV sentenza 10 giugno 2010 n. 140).

In proposito il Collegio ricorda un significativo arresto giurisprudenziale della Corte di Giustizia CE nella sentenza 5 ottobre 2000, causa C-288/96, *Germania/Commissione ("Jadekost")*, laddove veniva riconosciuta la presenza di un aiuto di Stato nel rilascio di una garanzia statale, in occasione dell'acquisizione di un finanziamento da parte di una società privata, *"tenuto conto che nessun istituto di credito avrebbe accettato di concedere il prestito senza una garanzia statale, e del rischio estremamente elevato assunto dal garante, la garanzia controversa costituiva il presupposto per la concessione del finanziamento, il cui importo complessivo poteva*

essere considerato un aiuto".

Il fatto dunque che attraverso la prestazione di garanzia a carico dello Stato il beneficiario possa ottenere un finanziamento, cui altrimenti non sarebbe stato in grado di accedere, costituisce un vantaggio economico connesso ad un aiuto di stato illegittimo.

Analogamente, ritiene il Collegio, può essere considerato sussistere un aiuto di stato nella prestazione di garanzia a carico della Stato (o della regione o di altro ente locale) in base alla quale il beneficiario ottenga un beneficio diverso comunque apprezzabile in termini economici , come una garanzia bancaria, finalizzata ad assistere un'offerta in una gara pubblica o in altro procedura implicante un confronto concorrenziale, allorquando risulti che il predetto beneficio non sarebbe stato conseguibile a prescindere dall'erogazione pubblica.

Ora, nel caso di specie, non vi è dubbio che l'impegno di garanzia assunto da Unicredit in favore di CDI, a sostegno dell'offerta di acquisto di Siremar in a.s. per la parte di prezzo dilazionata, abbia consentito a CDI di presentare un'offerta conforme alle prescrizioni della lettera di invito e, soprattutto, che proprio in virtù della prestazione di garanzia è stata possibile la formulazione di un'offerta decisamente superiore al prezzo minimo di acquisto, con la previsione di una dilazione di una parte rilevante del prezzo offerto.

Inoltre l'esistenza della controgaranzia ha inevitabilmente influito sul costo affrontato da CDI per ottenere la garanzia autonoma. L'assunzione del rischio, infatti, deve in linea di principio essere remunerata con un adeguato corrispettivo (premio) che è

normalmente correlato all'entità del rischio garantito; l'annullamento o anche solo l'attenuazione del rischio, in ragione degli effetti di una controgaranzia, incide ragionevolmente sul costo della garanzia risolvendosi, conseguentemente, in un vantaggio economico per il beneficiario (né risulta che CDI abbia corrisposto alcun prezzo in favore della regione come corrispettivo per la controgaranzia).

La dilazione nel pagamento, accordabile grazie all'impegno di garanzia, costituisce poi, in sé, un vantaggio economicamente apprezzabile nell'immediato.

Né vi è dubbio, alla stregua di tutto quanto sopra esposto, che l'impegno fideiussorio è stato assunto da Unicredit in favore di CDI, proprio in ragione della esistenza e della efficacia della controgaranzia resa dalla Regione Sicilia, benché il rapporto di collegamento fra i due negozi non sia stato dichiarato agli organi dell'amministrazione straordinaria.

Non va peraltro sottaciuto il fatto che la garanzia resa dalla regione Sicilia costituisce un'obbligazione di garanzia "a prima richiesta", senza beneficio di preventiva escussione del beneficiario e con espressa esclusione dei benefici di cui all'applicazione degli artt. 1939, 1949, 1950, 1955, 1956, 1957 del codice civile, qualificabile quindi in termini di immediata vincolatività e di assoluta astrattezza del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito; con la conseguenza che il peso reale della garanzia che ha assistito l'offerta di CDI, in ragione del collegamento negoziale fra la garanzia resa da Unicredit e la controgaranzia della Regione Sicilia, è gravato in

sostanza sulla Regione Sicilia.

Ove a ciò si aggiunga la considerazione che la controgaranzia è stata resa per l'importo integrale del prezzo garantito, quindi in una misura evidentemente non correlata alla misura della partecipazione della Regione Sicilia alla compagine societaria di Mediterranea Holding, a sua volta socia di CDI, non può ragionevolmente revocarsi in dubbio come la prestazione di garanzia da parte della Regione Sicilia si sia risolta in un vantaggio economico per CDI e, prima ancora, come abbia implicato un'alterazione della parità di condizioni del confronto concorrenziale dei partecipanti alla procedura. La possibilità di reperire sul mercato bancario garanzie autonome per importi maggiori è infatti circostanza direttamente correlata alla capacità delle imprese di formulare offerte economiche migliorative e di concorrere quindi all'aggiudicazione con maggiori chance di successo.

Il vantaggio connesso all'aiuto di stato, reso attraverso la prestazione della garanzia, dunque, sussiste per il fatto stesso che venga assunto l'obbligo di garanzia e si realizza nel momento stesso in cui la garanzia viene perfezionata, a prescindere quindi dal fatto che il garante venga effettivamente escusso o provveda al pagamento.

Ne consegue che risulta irrilevante la circostanza che la controgaranzia della regione non sia stata escussa e sia stata, successivamente all'aggiudicazione, revocata.

L'accertata sussistenza di un aiuto di stato, non preventivamente notificato alla Commissione, consente al Collegio di ritenere la fondatezza della denunciata violazione del principio di parità di

condizioni concorrenziali fra i partecipanti alla procedura de qua, in contrasto con quanto invece prescritto dall'art. 4 comma 4 quater del D.L. 347 del 1993.

E' quindi fondato il quarto motivo di ricorso, come ulteriormente articolato e specificato con i motivi aggiunti; il che consente al Collegio di pervenire ad una pronuncia di accoglimento parziale del gravame e di annullamento degli atti , successivi alla lettera di invito del 29 settembre 2011, che hanno condotto alla cessione di Siremar in favore di CDI secondo l'ultima offerta migliorativa vincolante alla seduta del 13 ottobre 2011.

Non può invece essere accolta la domanda di annullamento e/o dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato, considerato che le disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 del codice del processo non trovano applicazione al di fuori dei giudizi di cui all'art. 120 fra i quali, per quanto sopra esposto, il Collegio non ritiene che possa annoverarsi la fattispecie per cui è causa.

Né può dichiararsi l'automatico sub ingresso della società ricorrente nel contratto, considerata la peculiarità della procedura della trattativa privata sopra descritta, che non implica alcun obbligo di aggiudicazione sganciato dalla valutazione discrezionale di adeguatezza e satisfattività del prezzo offerto, rimesso agli organi competenti; valutazione allo stato non intervenuta nei confronti dell'offerta di SNS.

La sorte del contratto stipulato seguirà pertanto i principi generali, non potendo neppure il Giudicante, per quanto sopra, dichiarare

l'efficacia anche solo parziale del contratto in base allo specifico potere di valutazione rimessogli dall'art. 122 cit..

Va, infine, rigettata la domanda di risarcimento del danno.

L'accoglimento parziale del ricorso, nei termini sopra menzionati, rimanda ad una rinnovazione parziale della procedura e non lascia evidenziare un danno per mancata aggiudicazione, considerato che non sussistono i presupposti per l'aggiudicazione univoca e certa in favore della ricorrente.

Né può ipotizzarsi alcun danno per perdita di chance, considerato che la ricorrente non è stata esclusa dalla procedura ed è in condizioni di concorrere, nel caso di rinnovazione degli atti impugnati, per l'aggiudicazione. Peraltro, la mancanza di criteri obiettivi e vincolanti per l'individuazione del contraente privato – e , al contrario, la sussistenza di un ampio margine di valutazione discrezionale in capo al cedente – escludono ogni possibilità di valutazione da parte del Giudice, in termini probabilistici, in ordine all'esito definitivo della procedura.

Conclusivamente il ricorso va accolto nei soli limiti sopra indicati. Le spese di giudizio possono essere interamente compensate nei confronti di Siremar in A.S. e del Ministero resistente; per il principio della soccombenza vanno invece poste, per la restante parte, a carico in solido di Compagnia delle Isole e di Mediterranea Holding spa e liquidate in complessivi euro 10.000 (diecimila euro) oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti stabiliti in parte motiva e, per l'effetto, annulla i soli atti ivi indicati.

Compensa le spese del giudizio nei confronti di Siremar in a.s. e del Ministero resistente; condanna in solido Compagnia delle Isole e Mediterranea Holding di Navigazione spa al pagamento delle restanti spese che liquida come in parte motiva.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere

Giampiero Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

