

N. 02351/2015 REG.PROV.COLL.

N. 09482/2014 REG.RIC.

N. 09526/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 9482 del 2014, proposto da:

SNS - Società Navigazione Siciliana, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Angelo Clarizia, prof. Federico Tedeschini, Andrea Abbamonte e Carlo Morace, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2

contro

Ministero dello sviluppo economico, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato *ex lege*;

Siremar – Società regionale marittima s.p.a. in amministrazione straordinaria, in persona dei commissari straordinari, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Annoni, prof. Andrea Zoppini e prof. Aristide Police, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via di Villa Sacchetti n. 11;
Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, n.c.

nei confronti di

Compagnia delle Isole s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Fabio Cintioli, Giuseppe Gitto, Mario Santaroni, Massimiliano Mangano, elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, Via Bergamo n. 3;

Regione Siciliana e Mediterranea Holding s.p.a., n.c.

sul ricorso numero di registro generale 9526 del 2014, proposto da:

Siremar – Società regionale marittima s.p.a. in amministrazione straordinaria, in persona dei commissari straordinari, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Annoni, prof. Andrea Zoppini e prof. Aristide Police, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via di Villa Sacchetti n. 11

contro

Ministero dello sviluppo economico, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato *ex lege*;

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, n.c.

nei confronti di

SNS - Società Navigazione Siciliana, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Angelo Clarizia, prof. Federico Tedeschini, Andrea Abbamonte e Carlo Morace, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2
Compagnia delle Isole s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Fabio Cintioli, Giuseppe Gitto, Mario Santaroni, Massimiliano Mangano, elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, Via Bergamo n. 3;
Regione Siciliana e Mediterranea Holding s.p.a., n.c.

per l'ottemperanza

quanto al ricorso n. 9482 del 2014:

della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sez. III-ter, 7 giugno 2012, n. 5172, confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 592

quanto al ricorso n. 9526 del 2014:

nelle forme dell'art. 112, co. 5, c.p.a., della menzionata sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sez. III-ter, n. 5172/2012, confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 592/2014

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 27 novembre 2014 il cons. M.A. di Nezza e uditi i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato quanto segue in fatto e in diritto.

FATTO

1.1. Con il primo dei ricorsi in epigrafe (notif. tra l'11.7 e il 22.7.2014, dep. il 16.7.2014; distinto al n. 9482/14 r.g., proposto in riassunzione a seguito della declinatoria di competenza di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 2 luglio 2014, n. 3331), la Società di Navigazione Siciliana (SNS), partecipante alla procedura per la dismissione, da effettuarsi a trattativa privata e in favore del miglior offerente, del ramo d'azienda della società **Siremar** in a.s. preposto all'esercizio delle linee marittime da e verso le isole dell'arcipelago siciliano in regime di convenzione, conclusasi con l'aggiudicazione in favore della società Compagnia delle Isole (CDI), ha chiesto l'ottemperanza della sentenza di questa Sezione 7 giugno 2012, n. 5172, confermata in appello con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 592, con cui sono stati annullati gli atti finali della procedura.

A sostegno del ricorso SNS ha dedotto: che da tali pronunce discenderebbe l'obbligo per il Ministero dello sviluppo economico e per gli organi dell'amministrazione straordinaria di **Siremar**, ciascuno per quanto di competenza, di dar corso agli adempimenti necessari alla conclusione della procedura dismissiva in modo trasparente e non discriminatorio, dovendosi al contempo intendere cadute *ex lege* la cessione di ramo d'azienda e la convenzione per l'esercizio dei servizi di collegamento marittimo con le isole minori siciliane nel frattempo intervenute tra CDI e, rispettivamente, **Siremar** e Ministero delle infrastrutture dei trasporti; che dalla sentenza di primo grado, precisamente recante statuizione 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'offerta migliorativa vincolante alla seduta del 13 ottobre 2011" e individuazione della conseguente necessità di "rinnovazione parziale della procedura" a trattativa privata, sortirebbe quale effetto conformativo l'obbligo di rinnovare la procedura di gara "a decorrere dall'ultima seduta di valutazione comparativa"; che tale rinnovando segmento procedurale si concreterebbe, "previa esclusione della Compagnia delle Isole", per un verso nell'"onere della a.s. di verificare le attuali condizioni del compendio aziendale/flotta illegittimamente affidato a CDI" e,

per altro verso, nel "doveroso interpello da parte della a.s. alla società ricorrente [...] volto a verificare la conferma dell'offerta già in atti da parte di quest'ultima".

Ciò premettendo, la ricorrente ha chiesto ai sensi degli artt. 112 e 114 c.p.a.:

- di "ordinare alle amministrazioni resistenti, ivi inclusa la procedura di amministrazione straordinaria **Siremar**, ciascuna per quanto di rispettiva competenza, anche a mezzo di nomina di commissario *ad acta* - e laddove ritenuto opportuno, chiarendone le modalità attuative, di dare esecuzione alla sentenza";

- di "fornire i chiarimenti ritenuti necessari per la chiesta ottemperanza, anche al fine di procedere - anche a mezzo di commissario *ad acta* - alla rinnovazione parziale della procedura di dismissione del ramo d'azienda in parola a mezzo valutazione di adeguatezza e satisfattività del prezzo offerto dalla SNS e conseguente aggiudicazione alla ricorrente della procedura di vendita, previa verifica dell'attuale valore/stato d'uso del compendio aziendale oggetto di gara, con riserva di domandare il risarcimento del danno nei modi e nelle sedi competenti".

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dello sviluppo economico, **Siremar** e CDI.

1.2. Con ricorso notificato tra il 15.7 e il 21.7.2014 (depositato il successivo 16.7, distinto al n. 9526/14 r.g.) la società **Siremar** in a.s., richiamate parimenti le vicende della cessione del proprio ramo d'azienda e illustrati gli eventi successivi all'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato del 18.7.2012 (di accoglimento dell'istanza di sospensione avverso la sentenza di primo grado), ma anteriori alla pronuncia di secondo grado, quali in particolare: i) la stipulazione in data 27.7.2012 dell'"atto integrativo" al contratto di cessione intervenuto con CDI (già sottoscritto il 20.10.2011, prima dell'introduzione del giudizio di cognizione) e in data 30.7.2012 della "nuova convenzione" per l'esercizio dei servizi di cabotaggio marittimo, a suo dire necessaria per garantire la continuità dei servizi stessi; ii) la distribuzione ai creditori, avvenuta nel gennaio 2013, di parte della prima rata di prezzo (per ca. euro 18,6 mln); iii) la declaratoria pronunciata dal Tribunale di Roma in data 3.2.2014 di avvenuta cessazione dell'esercizio dell'impresa di cabotaggio marittimo in regime di diritto pubblico da parte di **Siremar**; tanto premettendo, ha domandato di voler fornire "i chiarimenti richiesti per la corretta ottemperanza" della sentenza n. 5172/12, come confermata in appello, "indicando le relative modalità per dare esecuzione all'effetto conformativo della stessa".

A tale proposito, **Siremar**, rappresentata la situazione ancora instabile del *dictum* (stante l'impugnazione della sentenza di secondo grado innanzi alla Corte di cassazione):

- ha confutato la tesi della caducazione *ex lege* del contratto di cessione e della convenzione, ricordando come nel giudizio cognitorio non fosse stata né impugnata la convenzione né dichiarata la caducazione (o inefficacia) del contratto di cessione, avendo anzi entrambe le sentenze chiarito come dovessero escludersi effetti diretti sul contratto; a tale proposito essa ha sostenuto la necessità, alla stregua dei principi espressi da Cons. Stato, ad. plen., nn. 10/2011 e 9/2008 e ai sensi dell'art. 113, co. 1, c.p.a., di un accertamento sulla sorte del contratto, a suo dire non eludibile ai fini della rinnovazione della fase procedimentale annullata, nel quale tenere peraltro conto dell'esaurimento dei relativi effetti "con la consegna del ramo d'azienda a CDI (anche ai fini dei beni mobili registrati), residuando solo obblighi del cessionario nei confronti della **Siremar** in a.s. (di pagamento delle residue rate di prezzo, di mantenimento degli obblighi nei confronti del personale ecc.); di qui, l'ulteriore necessità di assumere una pronuncia costitutiva avente a oggetto sia il contratto (con le connesse statuizioni restitutorie e con riflessi sui rapporti con personale e terzi, nel frattempo ricostituiti in capo al cessionario), sia la "nuova convenzione" (ancorché non impugnata), avuto riguardo all'affermazione della sentenza di appello concernente la reale natura del bene giuridico oggetto di trasferimento (concessione e convenzione, più che *assets* materiali dell'azienda) e dovendosi tener conto dell'Al. A della stessa convenzione concernente l'"Assetto dei servizi per singole linee" (con individuazione del tipo di mezzi navali da impiegare, corrispondenti a quelli oggetto del ramo d'azienda);

- ha esposto i propri dubbi sulle modalità di svolgimento della rinnovata fase procedurale, non essendo chiaro se consentire a entrambi i soggetti invitati di ripresentare nuove offerte (come parrebbe evincersi dalla pronuncia di primo grado, giusta l'annullamento degli atti successivi alla lettera di invito del 29.9.2011) ovvero se escludere CDI dal confronto competitivo (stando alle motivazioni della sentenza d'appello).

Sicché, puntualizzata ulteriormente la necessità di garantire il servizio di cabotaggio per l'intero periodo occorrente per la rinnovazione dell'*iter* amministrativo, la ricorrente ha specificamente chiesto (pagg. 17-18 ric.):

- di "pronunciarsi sulla sorte del contratto, tenendo conto degli effetti reali già verificatisi, eventualmente indicando le ulteriori iniziative da assumere";

- di "specificare le modalità di rinnovazione della fase procedurale annullata";

- di "chiarire se l'effetto conformativo [...] riguardi anche la Nuova Convenzione e, pertanto, se dalla sentenza in esame derivino direttamente obblighi di adeguamento in capo all'amministrazione concedente, individuando tali obblighi in relazione a quanto disposto in risposta" ai precedenti quesiti.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dello sviluppo economico e le società SNS e CDI.

1.3. In vista dell'odierna camera di consiglio le parti hanno depositato memorie difensive.

1.3.1. CDI ha eccepito l'inammissibilità e dedotto l'infondatezza dei ricorsi (mem. 11.11.2014), prospettando:

- l'omessa notificazione dell'atto introduttivo di SNS al comitato di sorveglianza (ai sensi dell'art. 114 c.p.a.);
- l'insussistenza del diritto all'esecuzione completa e puntuale del *dictum*, stante la menzionata provvisorietà della sentenza di secondo grado, con la conseguente necessità di considerare, ai fini dell'emanazione dei -necessariamente interinali- provvedimenti esecutivi, gli "effetti che ne derivano" (ex art. 114, co. 4, lett. c, c.p.a.);
- l'insussistenza dell'inadempimento agli effetti conformativi: a differenza di quanto sostenuto da SNS, l'unico effetto conformativo derivante dalla sentenza di secondo grado atterrebbe "all'annullamento dell'autorizzazione ministeriale all'aggiudicazione del contratto di vendita del ramo di azienda", non essendo ipotizzabile l'accertamento della validità di tale negozio in via di autotutela (ferma la proponibilità della relativa azione di accertamento innanzi all'a.g.o.) o a opera del giudice amministrativo, per la preclusione derivante dall'art. 133, co. 1, n. 5, c.p.a. (istitutivo della giurisdizione esclusiva per le nullità dei provvedimenti derivanti da violazione o elusione del giudicato); di qui, la portata pienamente soddisfattoria della pronuncia di annullamento (ferme le ulteriori questioni relative al ripristino dello *status quo ante*); tanto più che il contratto di cessione sarebbe stato "interamente eseguito" e avrebbe "totalmente esaurito i propri effetti", residuando il risarcimento del danno in caso di eventuale ricorrenza dei necessari presupposti (in questi termini, l'interesse pubblico sarebbe stato pienamente soddisfatto); non solo, ma l'omessa impugnazione della convenzione di servizio pubblico, costituente accordo ex art. 11 l. n. 241/90, osterebbe all'esame in sede di ottemperanza di un'eventuale domanda di annullamento della stessa;
- in via subordinata, la limitazione della portata caducatoria di un'eventuale pronuncia di annullamento alla luce degli effetti irreversibili prodottisi: pure a volere ritenere ammissibile l'azione, la peculiare natura del "bene della vita" imporrebbe una disamina della controversia "nella sua complessiva estensione", occorrendo valutare, oltre ai profili oggetto della decisione di annullamento, anche altri aspetti quali le sopravvenienze di fatto e di diritto al fine di stabilire la compatibilità del ripristino con la situazione venutasi *medio tempore* a determinare (rilevando in tale ottica, tra l'altro, l'accordo sindacale del 10.6.2013 con le associazioni più rappresentative dei lavoratori e l'accordo quadro per il trasporto degli effetti postali stipulato con Poste Italiane nel 2013) e con la qualità di terzo di buona fede della cessionaria.

1.3.3. SNS ha replicato ai rilievi di CDI adducendo (mem. 15.11.2014):

- la non necessità della presenza in giudizio del comitato di sorveglianza;
- la portata inequivocabilmente esecutiva del *decisum*;
- la preclusione alla considerazione delle ragioni di CDI, la quale avrebbe con la sua condotta alterato gli esiti della procedura dismissiva;
- l'insussistenza, nelle sentenze di primo e di secondo grado, di qualsiasi ostacolo a conoscere della sorte del contratto di cessione, essendosene verificata, unitamente alla susseguente convenzione, la caducazione automatica: tali atti, "essendo *sub iudice* al momento della loro stipula", sarebbero ex se risolutivamente condizionati all'esito del contenzioso (versandosi peraltro, nella specie, nell'ambito della giurisdizione di cognizione propria dei giudizi di ottemperanza);
- l'insussistenza di un impedimento all'esecuzione derivante dal preteso esaurimento degli effetti del contratto in ragione del versamento del prezzo e della ripartizione di parte di esso fra i creditori, risultando tali asserite difficoltà ascrivibili solamente alla condotta degli organi della procedura (alla luce dell'art. 67 d.lgs. n. 270/99, nella parte in cui rimanda all'art. 113, ult. co., l. fall., sull'obbligo di costoro di trattenere le somme ricevute "per effetto di provvedimenti esecutivi e non ancora passati in giudicato") e risultando comunque l'acconto scaturente dall'accettazione dell'offerta SNS idoneo a coprire ogni avere della procedura;
- in subordine, la necessità di escludere CDI dall'eventuale rinnovazione della selezione (la cui offerta sarebbe inclusa nella portata della statuizione caducatoria);
- l'irrelevanza così della convenzione (non impugnata precedentemente perché prodotta solo in sede di ottemperanza), trattandosi di un atto stipulato *ex lege* con l'aggiudicatario del compendio aziendale ai sensi dell'art. 1, co. 5-bis, lett. f),

d.l. n. 125/2010 (sicché, non essendo CDI l'“aggiudicatario”, essa verrebbe automaticamente meno), come dell'avvenuto trasferimento della flotta, atteso che l'All. A alla convenzione individuerrebbe non già gli specifici mezzi da impiegare ma solo le inerenti caratteristiche, ciò che legittimerebbe l'espletamento del servizio da parte di un diverso concessionario con mezzi propri.

1.3.4. **Siremar** ha evidenziato ulteriori vincoli, esterni al rapporto processuale, suscettibili di incidere sull'esecuzione della sentenza (mem. 11.11.2014, prodotta nel solo giudizio da essa instaurato), quali:

- le disposizioni di cui all'art. 25, commi 9 e 10, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (conv. con modif. dalla l. 9 agosto 2013, n. 98), che nel trasferire dallo Stato alla Regione Siciliana la competenza a stipulare la convenzione per l'esercizio dei servizi di collegamento marittimo con le isole minori siciliane avrebbero implicitamente abrogato la norma che attribuiva automaticamente all'aggiudicatario del compendio aziendale **Siremar** il diritto alla conclusione della convenzione, con conseguente difetto di interesse in capo agli operatori di aggiudicarsi un'azienda non necessariamente destinata allo svolgimento del pubblico servizio di trasporto;

- il possibile contrasto della rinnovazione della procedura con i principi dell'ordinamento europeo, avendo la Commissione europea già sollevato dubbi in relazione al regime degli oneri di servizio pubblico (oggetto di procedimento di infrazione in fase avanzata) e manifestato perplessità sulla compatibilità della rinnovazione parziale rispetto ai principi di trasparenza e non discriminazione (come da richiesta di chiarimenti del 6.11.2014).

1.3.5. Il Ministero dello sviluppo economico si è per sua parte limitato a precisare di avere avviato un confronto con la gestione commissariale e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per l'individuazione del corretto *modus operandi* e di avere comunicato agli organi dell'a.s. di rimanere in attesa di conoscere le eventuali iniziative di questi ultimi all'esito della pronuncia di chiarimenti (mem. 21.11.2014).

1.4. All'odierna camera di consiglio entrambi i giudizi sono stati discussi e trattenuti in decisione.

DIRITTO

2. Riuniti *in limine* i ricorsi per ragioni di connessione e disattesa l'eccezione di incompletezza del contraddittorio per mancata evocazione in giudizio del comitato di sorveglianza di **Siremar**, la cui natura ne evidenzia la carenza di autonoma capacità, come di legittimazione, processuale (trattandosi non di un soggetto giuridico ma di un organo della procedura di amministrazione straordinaria), reputa il Collegio di riportare i punti di interesse delle pronunce di cui è chiesta l'ottemperanza.

2.1. Con la sentenza n. 5172/12 il Tribunale:

a) ha ritenuto fondata la doglianza denunciante “violazione del principio di parità di condizioni concorrenziali fra i partecipanti alla procedura” sancito dall'art. 4 comma 4-*quater*, d.l. n. 347 del 1993, con conseguente adozione di “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”;

b) ha disatteso:

- sia 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 [...] il Collegio non ritiene che possa annoverarsi la fattispecie per cui è causa”, escludendo al contempo la declaratoria di “automatico subingresso 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 soddisfattività del prezzo offerto, rimesso agli organi competenti; valutazione allo stato non intervenuta nei confronti dell'offerta di SNS”, e precisando infine che “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.”;

- sia la domanda di risarcimento del danno, in quanto “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”, non potendo nemmeno “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”.

2.2. Con la sentenza d'appello il Consiglio di Stato, individuato il nucleo essenziale della decisione di prime cure nel rilievo che la controgaranzia in favore di CDI ha "implicato un'alterazione della parità di condizioni del confronto concorrenziale dei partecipanti alla procedura, con conseguente violazione dell'art. 4, comma 4-*quater*, del d.l. n. 347 del 1993":

a) ha respinto gli appelli principali, giudicandoli non idonei "a modificare nella sostanza le statuizioni contenute nella impugnata sentenza" stante la rilevata violazione del "principio normativo di trasparenza e non discriminazione tra offerenti" (di cui al ridetto art. 4, comma 4-*quater*, d.l. n. 347/2003);

b) ha dichiarato improcedibile l'appello incidentale proposto da SNS (punto 15) "*stante il carattere soddisfacente, per le ragioni fatte valere in giudizio da quest'ultima, della presente pronuncia (che di per sé comporta l'esclusione dal confronto competitivo della offerta prodotta dalla Compagnia delle Isole s.p.a.) [...]*".

In questa prospettiva, ha ulteriormente affermato che "*l'effetto conformativo nascente dalla presente sentenza, come d'altronde già correttamente evidenziato dal giudice di prime cure in relazione alla portata dell'annullamento disposto con la impugnata decisione, deve intendersi limitato all'annullamento dell'autorizzazione ministeriale all'aggiudicazione del contratto di vendita del ramo di azienda Siremar in favore della Compagnia delle Isole s.p.a., restando salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione straordinaria sull'ulteriore tratto del procedimento selettivo conseguente al suo riavvio ed in particolare sulle sorti del già intervenuto contratto di cessione d'azienda (i cui effetti non possono restare direttamente incisi, per difetto di giurisdizione, dalla presente pronuncia)*".

Il Consiglio di Stato ha infine sviluppato alcune considerazioni relative all'"*ulteriore e futuro corso del procedimento dismissivo del ramo di azienda Siremar*" (punto 16), sulle quali si tornerà in seguito.

2.3. Giova dare atto di due ulteriori snodi processuali attinenti alla vicenda in esame.

Anzitutto, con la sentenza n. 3331/2014 il Consiglio di Stato ha declinato la competenza sull'*actio in executivis* sul rilievo che la diversità di motivazione delle sentenze di primo grado e d'appello "attiene esclusivamente all'impianto argomentativo posto a base della statuizione di conferma della sentenza di primo grado, non modificata minimamente quanto al suo tenore dispositivo e conformativo".

Inoltre, CDI ha impugnato con ricorso per cassazione (n. 11261/2014 r.g.; all. 2 CDI) la sentenza d'appello denunciando per un verso il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alle normative sull'amministrazione delle grandi imprese in crisi (ai sensi degli artt. 360, n. 1, e 362 c.p.c.) e, per altro verso: i) l'eccesso di potere giurisdizionale *sub specie* di violazione dei limiti esterni della giurisdizione e di sconfinamento nel merito amministrativo (il Consiglio di Stato si sarebbe sostituito all'amministrazione nell'identificare "gli ambiti della successiva attività esecutiva, relativa alla sorte di un contratto" rispetto al quale avrebbe declinato la giurisdizione, nemmeno essendo a suo dire possibile "ipotizzare l'esercizio di un potere di accertamento della nullità di tale negozio in via di autotutela - come invece la sentenza impugnata sembra lasciar prefigurare - essendo al più possibile la proposizione di una azione di accertamento innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria"); ii) il difetto di giurisdizione in relazione alla diretta incisione della sentenza sul diritto soggettivo di CDI, atteso che la pronuncia del Consiglio di Stato conterrebbe una statuizione implicita (ma inequivocabile) sul contratto, non potendosi "ipotizzare che il Commissario Siremar possa cedere una azienda altrui" (la menzionata implicita statuizione avrebbe in questa ottica consentito la "riacquisizione all'attivo dell'azienda") e venendo dunque il "diritto di proprietà" vantato dalla ricorrente "direttamente investito dalla decisione".

3. Tanto premesso, rileva il Collegio che entrambi i ricorsi, ancorché diretti quello di SNS in via principale all'esecuzione del *decisum* (art. 112, co. 2, lett. b, c.p.a.) e quello di Siremar a "ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza" (art. 112, co. 5, c.p.a.), muovono dall'apparentemente condivisa esigenza di dare esecuzione al comando giudiziale in ossequio alla regola dell'art. 112, co. 1, c.p.a., a tenore del quale "*i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti*".

3.1. Sennonché il nucleo dell'iniziativa di Siremar, per quanto asseritamente poggiante sull'innovativa possibilità della c.d. ottemperanza di chiarimento, pare più correttamente apprezzabile, per come in concreto delineata, alla stregua di eccezione di impossibilità sopravvenuta (*sub specie* di ineseguibilità del titolo).

Siremar si è infatti limitata a sottolineare i profili problematici dell'esecuzione, per effetto sia dalla situazione venutasi a determinare dopo la sospensione cautelare della sentenza di primo grado sia degli eventi successivi alla sentenza d'appello.

Ciò è attestato dalla mancata esposizione da parte della Procedura di alcuna ipotesi di modalità attuativa e, soprattutto, dal contegno dell'amministrazione statale, stante la sua veste di prima destinataria dell'azione *in executivis* (in quanto autrice del d.m. oggetto della pronuncia caducatoria e titolare delle attribuzioni di cura della procedura dismissiva), che ha reputato di aderire all'istanza di chiarimenti dell'impresa in a.s.

La comune posizione assunta dall'autorità di vigilanza e dagli organi della procedura sembra pertanto nella sostanza non divergente da quella di CDI, che espressamente contesta la possibilità del ripristino della situazione *quo ante*.

È appena il caso di precisare, peraltro, che anche la domanda di SNS presuppone un'operazione volta al chiarimento delle corrette modalità esecutive.

3.2. Venendo pertanto al ricorso SNS, osserva il Collegio che il giudice dell'ottemperanza è tenuto a svolgere un'operazione bifasica, consistente nella preliminare individuazione della portata oggettiva del *dictum*, al fine di stabilire il vincolo gravante sull'azione amministrativa incisa direttamente dal giudicato, e nella successiva identificazione, all'esito di tale accertamento, delle inerenti modalità esecutive.

In questa ottica, occorre chiarire che entrambe le sentenze impongono il riavvio del procedimento dismissivo, rinviando ad altra sede le determinazioni sul contratto di cessione.

Più precisamente, la sentenza di secondo grado, nel rimettere agli organi dell'amministrazione straordinaria i provvedimenti *"sull'ulteriore tratto del provvedimento selettivo conseguente al suo [della procedura] riavvio"*, ha espressamente incluso in detti provvedimenti le *"sorti del già intervenuto contratto di cessione d'azienda"*, con la conclusiva affermazione, susseguente all'illustrazione delle modalità di svolgimento di tale successiva fase (punto 16), che *"resta nella competenza degli organi dell'amministrazione straordinaria di Siremar (Commissario straordinario, Comitato di vigilanza e Ministero dello sviluppo economico, ciascuno per quanto di competenza) dar corso agli adempimenti per concludere la procedura di cessione del ramo d'azienda Siremar nel rispetto dei principi di diritto desumibili dalla presente sentenza e dalla normativa nazionale ed europea"*.

Pur nell'unitarietà della vicenda, il *dictum* opera pertanto una distinzione tra riavvio del procedimento dismissivo e sorte del contratto.

1.1. Cominciando dalla procedura di cessione, non pare dubbio che l'amministrazione debba dare seguito all'obbligo di riattivarla, ponendo in essere una condotta che costituisce esecuzione del comando giudiziale e, al contempo, superamento dei rilievi del primo giudice circa l'insussistenza del "danno per mancata aggiudicazione" (si ricorda che il Tribunale ha escluso il risarcimento per equivalente solo in considerazione della ritenuta portata soddisfattoria della pronuncia).

A questo proposito, è condivisibile la posizione di SNS sull'esclusione di CDI dal procedimento, stante la chiara affermazione della sentenza d'appello sui propri effetti (essa comporta *"di per sé [...] l'esclusione dal confronto competitivo della offerta prodotta dalla Compagnia delle Isole"*) e sulle prospettate modalità esecutive, ritenendosi che l'attuazione del *dictum* debba passare attraverso la *"valutazione discrezionale [da parte degli organi preposti alla procedura] di adeguatezza e satisfattività del prezzo offerto"* da SNS (come da pronuncia del T.a.r.), previo interpello a quest'ultima diretto, *"volto a verificare la conferma dell'offerta già in atti"* (come specificato dalla ricorrente).

1.2. Sempre con riferimento a tale fase, il Consiglio di Stato ha ritenuto di esporre le osservazioni di seguito testualmente riportate (punto 16 sent. n. 592/14):

"16. - Tuttavia, in considerazione dell'ulteriore e futuro corso del procedimento dismissivo del ramo di azienda Siremar, non è fuor di luogo rammentare che il processo di privatizzazione e di liberalizzazione dei servizi di cabotaggio marittimo (espressamente previsto, in relazione alle società già del gruppo Tirrenia, dall'art. 19-ter (Disposizioni di adeguamento comunitario in materia di liberalizzazione delle rotte marittime) del d.-l. 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), come convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166) merita di essere realizzato nel rispetto dei principi europei in materia di cabotaggio marittimo e di liberalizzazione delle relative rotte (cfr. il Regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio del 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo))."

In tale prospettiva, non appare inutile rimarcare come all'ente Regione la legge (cfr. il rammentato art. 19-ter comma 7, d.-l. n. 135 del 2009, in vigore dal 6 ottobre 2010) affidi importanti funzioni pubbliche, sia di programmazione che di amministrazione, in relazione ai servizi di cabotaggio marittimo di servizio pubblico, nonché di vigilanza sul corretto svolgimento degli stessi e sulla determinazione delle tariffe.

Occorre considerare a questi riguardi la complessiva compatibilità con gli obiettivi generali di privatizzazione e di liberalizzazione del settore perseguiti dall'ordinamento anche in attuazione agli obblighi di matrice europea, di detta titolarità di siffatte funzioni e del fatto che la Regione (o altri soggetti pubblici investiti di simili pubbliche funzioni) partecipi, sia pure attraverso società controllate, anche alla gestione diretta degli inerenti servizi, tenuto tra l'altro conto:

- della necessità che l'ente Regione sovrintenda al rispetto delle convenzioni e dei contratti di servizio da stipularsi al completamento delle procedure di gara;

- che la legge vuole che la procedura per la cessione delle aziende in stato di insolvenza che operano in tali settori pubblici essenziali sia competitiva, trasparente e non discriminatoria ;
- che nella procedura dismissiva il bene giuridico in concreto oggetto di trasferimento appare costituito (più che dagli assetti materiali - essenzialmente le navi - di un'azienda che è in stato di dichiarata insolvenza) dalla concessione e convenzione relativa ai servizi di cabotaggio di rilevanza pubblica e che il suo puntuale adempimento passa al cessionario con una serie di obblighi giuridici connessi, di cui al contratto di servizio, supportati da significativi trasferimenti erariali.

Resta nella competenza degli organi dell'amministrazione straordinaria di **Siremar** (Commissario straordinario, Comitato di vigilanza e Ministero dello sviluppo economico, ciascuno per quanto di competenza) dar corso agli adempimenti per concludere la procedura di cessione del ramo d'azienda **Siremar** nel rispetto dei principi di diritto desumibili dalla presente sentenza e dalla normativa nazionale ed europea." (enf. agg.).

Risulta pertanto chiaro che la riedizione dell'attività amministrativa dovrà passare anche attraverso una preliminare verifica, da parte del Ministero dello sviluppo economico e con l'eventuale coinvolgimento di altre amministrazioni titolari di attribuzioni nella specie rilevanti, circa la sussistenza delle condizioni di "complessiva compatibilità" con gli obiettivi generali innanzi indicati, ai fini dell'eventuale accettazione dell'offerta di SNS.

II. Ritiene peraltro il Collegio che non sia in questa sede apprezzabile la sorte del contratto di cessione d'azienda.

II.a. Anzitutto, pur essendo condivisibile l'impostazione che, muovendo dalla "attuale polisemicità" del giudizio e dell'azione di ottemperanza, riconosce che oggi "sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost.", con la conseguenza che il giudice dell'ottemperanza "deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto" (Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2), non è tuttavia ipotizzabile un'estensione della "porzione" cognitoria tale da consentire un'esondazione della *potestas decidendi* del giudice amministrativo, ancorché adito in ottemperanza, in ambiti devoluti alla cognizione di altre autorità giurisdizionali, sembrando incongruo il recupero, nella fase di attuazione del precetto enucleato dal giudice della cognizione e in assenza di specifiche norme attributive del relativo potere, ciò che questi ha riconosciuto essergli precluso (giòva rinviare alle considerazioni di Cass. civ., sez. un., ord. 8 agosto 2012, n. 14260, sul sistema dei rimedi nella materia degli appalti pubblici, che ha riconosciuto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 244 d.lgs. n. 163/2006 sulle domande di accertamento dell'invalidità e inefficacia del contratto e sulle conseguenti domande restitutorie quali la ripetizione d'indebito o arricchimento senza causa, a seguito di annullamento in autotutela di una determinazione a contrarre).

E infatti, nel caso concreto l'esclusione della possibilità di conoscere del contratto di cessione si trova nitidamente affermata tanto nella sentenza di primo grado ("la sorte del contratto stipulato seguirà pertanto i principi generali, non potendo neppure il Giudicante [...] dichiarare l'efficacia anche solo parziale del contratto in base allo specifico potere di valutazione rimessogli dall'art. 122") quanto in quella d'appello, alla luce delle seguenti chiare affermazioni (che giòva ribadire): *"l'effetto conformativo nascente dalla presente sentenza [...] deve intendersi limitato all'annullamento dell'autorizzazione ministeriale all'aggiudicazione del contratto di vendita del ramo di azienda **Siremar** in favore della Compagnia delle Isole s.p.a."*; restano salvi gli ulteriori provvedimenti dell'a.s. " [...]sulle sorti del già intervenuto contratto di cessione d'azienda (i cui effetti non possono restare direttamente incisi, per difetto di giurisdizione, dalla presente pronuncia)".

È dunque evidente che la portata conformativa del decisione, a onta dell'interpretazione che la stessa CDI sembra darne nel ricorso per cassazione (v. sopra, punto 2.3), non riguarda il contratto di cessione.

II.b. A fronte di tali rilievi, non occorre soffermarsi sull'ulteriore prospettazione di CDI secondo cui la situazione di attuale (per quanto temporanea) instabilità della decisione d'appello, giusta la pendenza del ridetto giudizio di cassazione, osterebbe a un'ipotetica statuizione di natura declaratoria (nullità/inefficacia) o costitutiva (annullamento) avente a oggetto il contratto.

Per completezza, sembra comunque opportuno chiarire che, quantomeno in riferimento al caso di specie, questa impostazione non pare condivisibile.

Effettivamente l'art. 114, co. 1, c.p.a. opera una distinzione in punto di latitudine delle attribuzioni decisorie del giudice dell'ottemperanza, prescrivendo che questi: *i)* in relazione alle sentenze passate in giudicato "ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione" e "dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato" (lettere a e b); *ii)* nel caso di sentenze non ancora passate in giudicato, accomunate agli "altri provvedimenti",

“determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano” (lett. c).

La tesi di CDI fa leva sull'implicito assunto che solo l'*actio iudicati* sarebbe preordinata alla piena e integrale riconduzione della situazione giuridica e fattuale al *dictum* (assunto corroborato dall'eccezionale devoluzione all'autorità giudiziaria di un'attribuzione di amministrazione attiva e dal potere di dichiarare la nullità degli atti violativi o elusivi), risentendo al contrario l'altra azione (per l'ottemperanza di una decisione ancora instabile) del tradizionale limite della c.d. irreversibilità degli effetti (che impone al giudice di tenere conto della possibilità che il precetto venga sovvertito all'esito del giudizio).

Sicché - pur sembrando non del tutto priva di fondamento la considerazione che nel bilanciamento tra l'effettività della tutela giurisdizionale e il principio di legalità (il ripristino della legalità violata, che per teoria generale identifica il *proprium* della funzione giurisdizionale, avviene attraverso il giudicato, che elimina dall'ordinamento la *res controversa* e definisce una volta per tutte l'assetto di interessi delle parti in conflitto, al punto da impedire, a determinate condizioni, finanche l'esercizio del potere legislativo; v., su quest'ultimo profilo, Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2013, n. 4823), si possono dare casi di prevalenza di quest'ultimo principio -, è un fatto che la parte interessata non risulta avere azionato l'innovativo rimedio contemplato dall'art. 111 c.p.a., prefigurante la rimessione al giudice della cognizione delle questioni sulla portata delle misure attuative, con conseguente attenuazione delle conseguenze da essa ricondotte alla “precarietà” del titolo.

II.c. Né paiono sussistere spazi per un accertamento incidentale ai sensi dell'art. 8, co. 1, c.p.a. (“il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale”).

La disposizione si limita infatti a consentire l'analisi di “questioni pregiudiziali o incidentali” finalizzate alla risoluzione della “questione principale”, situazione non ricorrente nella specie in quanto “questione principale” (pure a voler ammettere la riferibilità, per vero dubbio, della nozione al giudizio di ottemperanza) è proprio la sorte del contratto di cessione (quantomeno rispetto al subentro della ricorrente).

II.d. È il caso di chiarire che le precedenti affermazioni riguardano anche la sorte della convenzione di servizio pubblico (in disparte le questioni relative alla mancata impugnazione della stessa).

E infatti, a differenza di quanto sostenuto da SNS circa l'indifferenza, ai fini dell'espletamento del servizio, del soggetto che dovesse rendersi titolare della flotta, il meccanismo divisato dalla normativa di riferimento prevedeva che il cessionario del compendio aziendale **Siremar** divenisse automaticamente gestore del servizio.

In altri termini, la legge istituisce un nesso tra la titolarità della flotta ex **Siremar** e lo svolgimento del servizio tale che non pare ipotizzabile la cessione della flotta a un soggetto e l'assegnazione del servizio ad altro.

Risultando contratto e convenzione in tal modo connessi, diviene irrilevante l'argomentazione circa l'ipotizzata effettuazione del servizio con mezzi diversi da quelli oggetto della dismissione.

II.e. Sempre con riferimento al contratto, residua peraltro un aspetto attinto dal comando giudiziale.

In entrambe le pronunce viene infatti prefigurata l'incidenza dell'annullamento sul contratto, venendo rimesse ad altra sede le inerenti iniziative (come si è visto, il T.a.r. afferma che “la sorte del contratto stipulato seguirà [...] i principi generali”, sorte che il Consiglio di Stato rimette agli “ulteriori provvedimenti” dell'amministrazione).

Si può pertanto enucleare dal *dictum* lo specifico obbligo dell'amministrazione di assumere espressamente le ritenute determinazioni aventi a oggetto il contratto (e la convenzione), dal contenuto tuttavia non predeterminabile in questa sede (per quanto osservato in punto di giurisdizione) ferma la necessità del rispetto dei principi generali in materia.

3.3. Da ultimo, è il caso di chiarire che l'effettività della tutela giurisdizionale è garantita dalla residua possibilità di SNS di azionare il rimedio risarcitorio (che la stessa SNS si è riservata di domandare “nei modi e nelle sedi competenti”), cui è preordinata la rinnovazione della procedura dismissiva nei sensi innanzi precisati (almeno con riferimento al danno da mancata aggiudicazione).

4. In conclusione, i ricorsi vanno accolti nei sensi innanzi detti.

Sicché, procedendo alla determinazione ex art. 114, co. 1, lett. c), c.p.a. delle “modalità esecutive”, il Ministero dello sviluppo economico, quale autorità vigilante sulla procedura dismissiva, nel termine indicato in dispositivo dovrà, con l'eventuale coinvolgimento degli altri soggetti titolari delle inerenti attribuzioni, impartendo se del caso agli altri organi dell'amministrazione straordinaria le necessarie direttive e acquisendo i ritenuti pareri:

a) disporre il riavvio della procedura dismissiva a partire dalla lettera di invito del 29 settembre 2011, attraverso la valutazione dell'offerta SNS secondo i parametri indicati ai precedenti punti *I.1* e *I.2*;

b) assumere le ritenute determinazioni aventi a oggetto il contratto di cessione.

La peculiarità della questione consente di ritenere sussistenti i presupposti per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione Terza-ter, accoglie i ricorsi nei sensi di cui sopra e, per l'effetto, ordina che il Ministero dello sviluppo economico espleti gli incombeni indicati in motivazione portandoli a conclusione nel termine di 120 giorni dalla comunicazione in via amministrativa (o, se anteriore, dalla notificazione a cura di SNS) della presente sentenza.

Dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del giudizio.

La presente sentenza sarà eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del 27 novembre e del 18 dicembre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 09/02/2015

IL SEGRETARIO

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