



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 la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2161 del 2010, proposto da:
BN di Navigazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luciano Gallo, con domicilio eletto presso lo Studio Mariani, Menaldi & Ass. in Firenze, via La Marmora 53;

contro

Regione Toscana, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luciana Caso, ed elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura regionale in Firenze, piazza dell'Unità Italiana 1;
Regione Toscana Direzione Generale Politiche Territoriali, Ambientali e per la Mobilità - Sett. Strategie e Programmazione del T.P.L. di competenza regionale;

nei confronti di

Toremar S.p.a.;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota-provvedimento del 22.11.2010 (AOO-GRT0 Prot. n. 298067/0-80) e ricevuta dalla ricorrente in data 29.11.2010, mediante la quale la Regione Toscana - Direzione Generale Politiche Territoriali, Ambientali e per la Mobilità - Settore strategie e programmazione del T.P.L. di competenza regionale e relativa attuazione ha espresso il proprio diniego alla richiesta di partecipazione avanzata dalla B.N. di Navigazione S.r.l. alla procedura di "Privatizzazione Toremar S.p.a. e affidamento del servizio pubblico di cabotaggio marittimo eserciti all'interno della Regione Toscana", nonché ha negato l'accesso agli atti della procedura in corso.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Toscana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 febbraio 2012 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 10 e depositato il 13 dicembre 2010, la BN di Navigazione S.r.l., costituita il 25 maggio 2010 e dal successivo 5

giugno attiva come (terzo) gestore dei servizi di cabotaggio da e per l'isola d'Elba, esponeva di aver presentato, in tale veste, la propria manifestazione di interesse ad essere invitata alla procedura per la privatizzazione della Toremar S.p.a., società di navigazione di interesse regionale, e per il contestuale affidamento dei servizi pubblici di cabotaggio eserciti dalla stessa società privatizzanda; ma di essere incorsa nel diniego della Regione Toscana – Direzione regionale per le Politiche territoriali, ambientali e per la mobilità, che, con nota del 22 novembre 2010, aveva respinto sia la manifestazione d'interesse, perché tardiva, sia la unita istanza di accesso agli atti della procedura.

Avverso detta determinazione, ritenuta illegittima e lesiva, la società ricorrente proponeva impugnazione dinanzi a questo tribunale, affidando le proprie doglianze a tre motivi in diritto e concludendo per l'annullamento dell'atto impugnato, previa sospensiva.

Con decreto presidenziale del 16 dicembre 2010, veniva respinta l'istanza di concessione di misure cautelari provvisorie, pure formulata con l'atto introduttivo del giudizio. La domanda di sospensione incidentale veniva quindi definitivamente respinta dal collegio in esito alla camera di consiglio del 12 gennaio 2011 (ordinanza n. 44 del 13 gennaio 2011).

Nel merito, la causa veniva discussa nella pubblica udienza del 29 febbraio 2012 e decisa come da dispositivo, pubblicato il giorno seguente.

DIRITTO

La BN di Navigazione S.r.l., operante nel settore del trasporto marittimo, impugna la nota del 22 novembre 2010, con cui la Regione Toscana ha rifiutato di prendere in considerazione la manifestazione di interesse inviata da essa ricorrente con riferimento alla procedura per la privatizzazione della società di interesse regionale Toremar S.p.a. e per il contemporaneo affidamento dei servizi pubblici di cabotaggio da essa eserciti. La motivazione del rifiuto, altresì accompagnato dal diniego di accesso agli atti della procedura, attiene alla presentazione della manifestazione di interesse oltre il termine perentorio del 10 marzo 2010, oltre che all'utilizzo della trasmissione a mezzo fax, incongrua rispetto all'obbligo di garantire la riservatezza del suo contenuto come prescritto dall'avviso pubblico a suo tempo diramato dalla Regione.

Premesso trattarsi di una procedura disciplinata dall'art. 20 D.Lgs. n. 163/2006 e dall'art. 3 della legge regionale toscana n. 38/2007, come tale sottoposta al rispetto dei principi generali in materia di pubblici appalti, la ricorrente non nega di aver manifestato tardivamente – non per sua colpa, ma per essere stata costituita successivamente alla scadenza del termine – il proprio interesse alla procedura di privatizzazione, ma sostiene che la Regione avrebbe dato una lettura formalistica della disciplina applicabile, frustrando, anche attraverso il diniego di accesso, l'interesse pubblico ad un procedimento trasparente, non discriminatorio ed aperto al confronto concorrenziale.

In particolare, con il primo motivo di ricorso, intitolato alla violazione

delle disposizioni di legge sopra richiamate, nonché degli artt. 22 e ss. del D.P.G.R.T. n. 30/R del 27 maggio 2008, si afferma che, avendo l'avviso pubblico per l'acquisizione delle manifestazioni di interesse il solo scopo di sollecitare gli operatori del settore, il mancato rispetto del termine indicato nell'avviso medesimo non avrebbe potuto produrre l'effetto di rendere tardiva la domanda di partecipazione, la quale, pur successivamente proposta, avrebbe dovuto comunque essere valutata dall'amministrazione; né per questo si sarebbe determinata alcuna violazione della *par condicio*, stante il ritardo della Regione nell'invio delle lettere di invito (che risulta effettuato in corso di causa, il 17 gennaio 2011: si veda la memoria depositata dalla ricorrente il 13 febbraio 2012).

Con il secondo motivo, la ricorrente ribadisce come l'esame della sua domanda di partecipazione non avrebbe pregiudicato gli altri competitori e rafforzato, invece, la massima concorrenzialità della procedura. Critica, quindi, le considerazioni espresse dalla Regione circa l'irricevibilità della domanda perché trasmessa a mezzo fax: la manifestazione di interesse sarebbe stata, infatti, solo anticipata via fax, onde evitare che nelle more della consegna postale potesse intervenire la spedizione delle lettere di invito; e comunque non si vedrebbe quali esigenze di riservatezza siano state pregiudicate, se non quelle della stessa società BN.

Con il terzo motivo, infine, viene dedotta l'illegittimità del diniego di accesso, a norma degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990, salvo l'assorbimento della censura nell'istanza istruttoria formulata

contestualmente al ricorso, a norma dell'art. 116 co. 2 cod. proc. amm..

Il gravame è infondato.

La procedura per cui è causa è stata avviata dalla Regione Toscana, attraverso la pubblicazione dell'avviso per l'individuazione degli operatori economici interessati ad esservi invitati, secondo la disciplina dettata dall'art. 20 del D.Lgs. n. 163/2006 per i contratti nei settori "esclusi", cui trovano applicazione i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, ai sensi del successivo art. 27. Viene altresì in considerazione l'art. 3 co. 2 della legge regionale toscana n. 38/2007 che, nel richiamarsi ai medesimi principi, prescrive la preventiva pubblicazione di un avviso pubblico sul profilo del committente e sul sito dell'Osservatorio regionale per i contratti "esclusi" aventi importo pari o superiore alla soglia comunitaria e, di norma, anche per i contratti di importo inferiore; la stessa disposizione prevedeva peraltro, al terzo comma, che le stazioni appaltanti potessero invitare alla procedura anche soggetti ulteriori rispetto a quelli che avessero manifestato interesse alla partecipazione, laddove questi ultimi fossero stati in numero inferiore a cinque, ma tale facoltà è venuta meno a seguito di abrogazione della norma (ad opera della legge regionale n. 13/2008).

Così ricostruito il quadro della disciplina di rango primario della fattispecie, il collegio conviene con l'affermazione della difesa resistente, secondo cui la scansione procedimentale impartita dal

legislatore regionale impone di assegnare all'avviso pubblico non una generica funzione esplorativa del mercato, ma quella, specifica, di individuare e, allo stesso tempo, circoscrivere il numero degli operatori titolati a prendere parte alla procedura: in questo senso, depone la necessaria coincidenza fra i soggetti che, a seguito dell'avviso pubblico, abbiano manifestato interesse e i soggetti da invitare, coincidenza che trova conferma nella normativa dettata dall'art. 24 co. 1 del regolamento attuativo della menzionata legge n. 38/2007 (D.P.G.R. 30/R/2008).

Si aggiunga che l'art. 23 dello stesso regolamento attuativo disciplina, a sua volta, il contenuto dell'avviso pubblico a manifestare interesse, che deve essere corredato dell'indicazione dell'oggetto e dell'importo stimato del contratto, del previsto criterio di aggiudicazione, della durata del contratto, dei requisiti generali e di idoneità professionali, nonché dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria richiesti e del nominativo del R.U.P.. Come si vede, il contenuto dell'avviso è modellato su quello dei bandi di gara codificato dal legislatore statale all'art. 55 D.Lgs. n. 163/2006, ed appare pertanto conforme alla già evidenziata *ratio* dell'art. 3, l.r. n. 38/2007, di attribuire ad esso il connotato di vera e propria *lex specialis* della procedura, da integrarsi successivamente attraverso la lettera di invito, secondo un modello che si limita a precisare quello laconicamente individuato dall'art. 27, co. 1, D.Lgs. n. 163/2006, senza per questo interferire con la riserva di legge statale in materia di tutela della concorrenza (che viene integrata, in definitiva, di una più dettagliata

articolazione del medesimo principio della necessaria concorrenzialità degli appalti nei settori “esclusi”, sancito appunto dall’art. 27, co. 1).

In ossequio al terzo comma dell’art. 23 del D.P.G.R. 30/R/2008, l’avviso pubblico di indizione della procedura stabiliva dunque il termine per la presentazione delle manifestazioni di interesse, con espresso avvertimento che quelle pervenute successivamente non sarebbero state prese in considerazione; di talché il rifiuto di esaminare la domanda della ricorrente costituisce nulla più che l’inevitabile conseguenza della perentorietà connaturata a quel termine, e comunque derivante dall’autovincolo impostosi dall’amministrazione. Autovincolo che la ricorrente mostra sostanzialmente di ignorare, non contestandone in alcun modo la legittimità, ma che rende il termine di per sé inderogabile, con il corollario che l’eventuale acquisizione successiva di nuove manifestazioni di interesse – quale che ne fosse la giustificazione – avrebbe semmai richiesto la generalizzata riapertura in via di autotutela del termine di presentazione, attività che non può certo considerarsi doverosa da parte della Regione.

A nulla, infine, vale invocare la tutela del *favor participationis*, sempre recessiva di fronte alla parità di trattamento dei competitori.

La rilevata infondatezza delle censure rivolte contro il primo dei capi motivazionali che sorreggono il provvedimento impugnato determina il venir meno dell’interesse alle censure rivolte contro il secondo, riguardo alle quali, ad ogni buon conto, vanno ribadite le medesime considerazioni già svolte in ordine agli effetti dell’autovincolo

contenuto nell'avviso pubblico, che prescriveva la presentazione delle manifestazioni di interesse in plico sigillato in modo da mantenere segreta l'identità del mittente, con l'evidente scopo di garantire sotto ogni profilo l'imparzialità e la trasparenza della procedura (ed, ancora una volta, nessuna doglianza è stata indirizzata nei confronti della scelta regionale di autovincolarsi in tal senso).

Le considerazioni che precedono consentono altresì di ritenere assorbito l'esame dell'istanza istruttoria, nella quale la ricorrente ha fatto confluire l'impugnativa e le censure avverso il diniego di accesso.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 5.000,00, oltre agli accessori di legge, a favore della Regione Toscana.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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