

Publicato il 18/04/2017

**N. 00580/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01767/2016 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 la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1767 del 2016, proposto da:
Titano Spurghi s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianna Fiaschi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Claudiähilde Perugini in Firenze, via Masaccio 175;

contro

Autorità Portuale Regionale - Viareggio-Porto Santo Stefano-Marina di Campo e Giglio Porto, rappresentata e difesa dall'avvocato Arianna Paoletti, e domiciliata presso l'Avvocatura regionale in Firenze, piazza dell'Unità Italiana 1;

Regione Toscana, non costituita in giudizio;

nei confronti di

S.T.A.F. s.a.s., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del Decreto n. 156 del 5.12.2016, recante in oggetto: "Servizio di Pulizia degli specchi acquei porti di Viareggio e di Porto Santo Stefano - Aggiudicazione provvisoria alla ditta S.T.A.F. s.a.s. - annullamento aggiudicazione alla costituenda RTI Titano Spurghi s.r.l./Permare s.r.l. - CIG 655135090A, anche - ma non solo - in parte qua, laddove dispone la segnalazione ad Anac, nonché del decreto n. 167 del 23.12.2016, con il quale l'Autorità Portuale ha aggiudicato il servizio a S.T.A.F. s.a.s., comunicato con nota prot. n. 4749 del 23.12.2016;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ivi compresa, ove occorrer possa, la segnalazione ad Anac, prot. n. 4750 del 23.12.2016;

nonchè per la declaratoria

di inefficacia del contratto per l'affidamento del Servizio di Pulizia degli specchi acquei Porti di Viareggio e di Porto Santo Stefano, ove medio tempore stipulato e accertamento del diritto all'aggiudicazione a proprio favore,

e per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p.a. ovvero, in subordine, per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento per equivalente del danno patrimoniale subito e derivante dall'adozione ed esecuzione dei provvedimenti impugnati nella misura complessivamente pari al lucro cessante conseguente alla mancata aggiudicazione della gara di appalto, nonché all'ulteriore somma - da determinarsi in vi equitativa - in percentuale variabile dall'1 al 5 per cento dell'importo di aggiudicazione a titolo di "danno curriculare" per omessa

acquisizione dell'appalto medesimo, oltre interessi legali dal 5.12.2016 al giorno del saldo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale Regionale - Viareggio-Porto Santo Stefano-Marina di Campo e Giglio Porto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2017 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Autorità Portuale Regionale ha pubblicato l'avviso richiedente la manifestazione d'interesse in ordine all'affidamento della pulizia degli specchi acquei nei porti di Viareggio e Porto Santo Stefano, fissando il termine del 30.6.2016.

L'Autorità Portuale Regionale, con decreto n. 86 dell'8.7.2016, ha approvato il capitolato speciale, lo schema di contratto e la lettera invito relativi al servizio di pulizia degli specchi acquei dei porti di Viareggio e Porto Santo Stefano. L'art. 2.3 del capitolato prevedeva tra l'altro che l'affidatario dovesse disporre "di un battello completamente attrezzato, regolarmente iscritto nei registri delle navi minori e galleggianti, ex art. 146 del codice della navigazione, certificato, a norma di legge, per l'idoneità all'espletamento del servizio di pulizia a mare in ambito portuale".

L'Ente ha quindi pubblicato l'avviso per l'individuazione degli operatori economici cui affidare, mediante procedura negoziata, il predetto servizio, ai sensi dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, ed ha inoltrato la lettera invito del 14.7.2016 stabilendo, come termine di presentazione delle offerte, il 1° agosto 2016 (pagina 8 della lettera invito: documento n. 6 depositato in giudizio dall'Ente).

Titano Spurgo s.r.l. ha partecipato alla procedura negoziata in costituendo r.t.i. con Permare s.r.l..

L'Autorità Portuale, con nota del 2.11.2016, ha comunicato alla ricorrente che, in forza del decreto n. 133 del 27.10.2016 (documento n. 8 depositato in giudizio dall'Ente), era stata riconosciuta aggiudicataria provvisoria e l'ha quindi invitata a presentare la polizza fideiussoria, il piano operativo di sicurezza e l'atto costitutivo.

Con successiva lettera del 4.11.2016 (documento n. 9) l'Amministrazione ha tra l'altro chiesto alla ricorrente, ai fini della verifica della capacità tecnico professionale ex art. 83, comma 1 lett. c, del d.lgs. n. 50/2016, la licenza di navigazione e il certificato di sicurezza del mezzo nautico posseduto e dichiarato.

La ricorrente ha rilasciato dichiarazione di disporre di un battello iscritto nel registro delle navi minori e galleggianti ex art. 146 del codice della navigazione, allegando un contratto di locazione stipulato il 18.7.2016, in virtù del quale essa risultava locataria di un'imbarcazione iscritta al registro della navigazione francese con licenza del 7.12.2015 (avente scadenza 10.8.2016: documento n. 13) e provvista di certificazione rilasciata dal Bureau Veritas del 16.6.2014 (avente scadenza 15.9.2016: documento n. 12). Proprietaria dell'imbarcazione era l'impresa Ecoceane, avente sede a Parigi.

L'Autorità Portuale, con lettera del 25.11.2016 (documento n. 14), ha chiesto alla deducente di inviare, a pena di esclusione, “gli estremi di iscrizione nel registro delle navi minori e galleggianti del battello posseduto”, costituente requisito di capacità tecnica dichiarato in sede di gara, ed ha richiamato la pagina 6 della lettera invito.

Titano Spurghi, con pec del 29.11.2016, ha chiesto chiarimenti in merito alla documentazione da inviare, precisando che in data 15.11.2016 tutti i documenti riguardanti il battello erano stati consegnati (documento n. 15).

L'Amministrazione, con lettera del 30.11.2016 (documento n. 16), ha fatto presente la mancata consegna dei documenti comprovanti l'iscrizione nel registro delle navi minori e galleggianti ex art. 146 del codice della navigazione e che comunque la documentazione prodotta, in lingua francese, non era in corso di validità.

E' seguito il decreto n. 156 del 5.12.2016 (documento n. 1), con cui l'Autorità Portuale ha deciso sia di non procedere all'aggiudicazione definitiva a favore della ricorrente per assenza del requisito di capacità tecnica, non avendo la stessa presentato la documentazione riportante gli estremi di iscrizione nel registro di cui all'art. 146 del codice della navigazione, sia di incamerare la cauzione provvisoria, sia di disporre l'aggiudicazione provvisoria a favore della ditta S.T.A.F. s.a.s., sia di effettuare la segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione ex art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016.

L'Amministrazione, con decreto n. 167 del 23.12.2016, ha disposto l'aggiudicazione definitiva a favore della citata società S.T.A.F..

Avverso i due citati decreti la ricorrente è insorta deducendo:

-Violazione degli artt. 143, 145 e 146 del R.D. n. 327/1942; eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto; violazione del

principio di libertà di stabilimento e della libera circolazione dei beni; eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione; eccesso di potere per manifesta illogicità.

Il contratto di locazione esibito alla stazione appaltante dimostra che il mezzo nautico de quo non doveva essere iscritto nel registro di cui all'art. 146 del codice della navigazione, in quanto già iscritto nel registro francese; inoltre, l'avvenuta iscrizione nel registro francese preclude, in forza dell'art. 145 del codice della navigazione, l'inserimento dei registri italiani. Sotto il profilo della dedotta violazione della libertà di stabilimento, l'iscrizione di una nave nei registri di uno Stato membro dell'Unione Europea costituisce una delle modalità attraverso le quali le imprese comunitarie esercitano tale libertà, ex artt. 49 e 54 del T.F.U.E. (gli atti impugnati scaturiscono dalla volontà di imporre alla società armatrice lo stabilimento in Italia). Non rileva il fatto che la documentazione in corso non fosse valida al momento dell'adozione dei contestati decreti, in quanto la certificazione prodotta era valida al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta e avrebbe potuto essere rinnovata in caso di aggiudicazione definitiva a favore della ricorrente. E' ingiustificata la segnalazione all'ANAC, in quanto Titano Spurghi non ha reso una dichiarazione falsa.

Si è costituita in giudizio l'Autorità Portuale Regionale della Toscana, la quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della clausola escludente del bando (riferita al requisito di iscrizione nel registro di cui all'art. 146 del codice della navigazione).

Con ordinanza n. 62 del 26.1.2017 questo TAR ha respinto l'istanza cautelare, disponendo la compensazione delle spese del giudizio

cautelare, sulla base della seguente motivazione: “Considerato ad un primo sommario esame, in disparte la questione della eccepita inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione della lex specialis di gara, che la richiesta di iscrizione nel registro italiano sembra trovare un supporto normativo negli artt. 137 e 146 del codice della navigazione; Considerato che la normativa di riferimento consentiva, per la nave di cui all’offerta della ricorrente, la cancellazione dal registro francese e l’inserimento in quello italiano ex art. 146 del codice della navigazione ai fini della partecipazione alla gara; Rilevato peraltro che il certificato di classificazione ed il permesso di navigazione esibito dalla ricorrente sono scaduti il 15.9.2016 e il 10.8.2016 (documenti n. 12 e 13 depositati in giudizio dall’Amministrazione); Atteso ad un sommario esame che il prescritto requisito della nazionalità italiana dell’imbarcazione appare immune da profili di illogicità”.

In data 23.2.2017 l’Autorità Portuale e la società S.T.A.F. hanno stipulato il contratto d’appalto, avente durata triennale.

All’udienza del 5 aprile 2017 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

L’Amministrazione ha eccepito l’inammissibilità del ricorso, sull’assunto che la ricorrente non ha impugnato la clausola escludente contenuta nel bando, relativa al contestato requisito di iscrizione nel registro di cui all’art. 146 del codice della navigazione.

L’eccezione non è condivisibile.

L’interessata ha lamentato non l’illegittimità ma l’errata interpretazione del bando, ed ha sostenuto che la particolarità del caso in esame (costituita dall’iscrizione nel registro francese del

mezzo nautico dichiarato in sede di gara) e l'applicazione dei principi di derivazione comunitaria (di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei beni) avrebbero comportato l'ammissione alla procedura selettiva, cosicché la lesione dedotta nel ricorso non è derivata dall'illegittimità del bando, ma dalla sua mancata eterointegrazione, in sede di esame delle offerte, con gli invocati principi discendenti dal diritto comunitario.

Pertanto, essendo la lesività scaturita non dal bando ma dalla sua interpretazione (contestata con il ricorso), la società istante non aveva alcun onere di impugnarlo.

Entrando nel merito della trattazione del gravame si osserva quanto appresso.

2. L'art. 146, comma 2, del codice della navigazione statuisce che "Le navi minori e i galleggianti sono iscritti nei registri tenuti dagli uffici di compartimento e di circondario o dagli altri uffici indicati dal regolamento", mentre l'art. 137, commi 1 e 2, stabilisce che "Sono ammesse alla navigazione le navi iscritte nelle matricole o nei registri tenuti dagli uffici competenti, ed abilitate nelle forme previste dal presente codice [c.n. 146, 147, 148]; Sono iscritte nelle matricole e nei registri predetti le navi che rispondono ai requisiti di individuazione e di nazionalità".

L'art. 145, commi 1 e 2, del codice della navigazione precisa infine che: "1. Non possono ottenere l'iscrizione nelle matricole o nei registri nazionali le navi che risultino già iscritte in un registro straniero. 2. Agli effetti degli articoli 149 e 155 del codice della navigazione possono ottenere l'iscrizione in speciali registri nazionali, le navi che risultino già iscritte in un registro straniero ed in regime di sospensione a seguito di locazione a scafo nudo".

Pertanto, ai fini dell'abilitazione alla navigazione ex art. 149, la nave iscritta in un registro straniero deve comunque essere iscritta nel registro nazionale, senza che ciò collida con gli invocati principi comunitari: "I principi del trattato istitutivo della Cee sulla libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali implicano che una motonave iscritta in un registro di uno Stato membro "a quo" può senz'altro essere iscritta nel registro di un altro Stato membro "ad quem", purché abbia i requisiti" (Cons. Stato, VI, 31.5.2006, n. 3321).

Invero, il requisito dell'iscrizione del registro italiano è giustificato da esigenze di controllo dell'Amministrazione italiana: "Il concetto di "nazionalità" della nave, inteso quale collegamento che si crea fra la nave ed un determinato Stato a seguito della immatricolazione della prima nei registri del secondo, costituisce il presupposto in forza del quale lo Stato di bandiera può in linea di principio pretendere che gli altri Stati si astengano da interferenze nella vita di bordo; in proposito, il diritto internazionale pretende, peraltro, che il collegamento fra nave e Stato di bandiera sia non solo formale, ma effettivo (c.d. "genuine link"), nel senso che lo Stato deve essere in grado di esercitare il controllo effettivo sulla nave" (TAR Liguria, I, 28.9.2007, n. 1569).

Pertanto, l'iscrizione richiesta dalla stazione appaltante è finalizzata a rendere possibile all'Autorità nazionale sia la verifica che il servizio venga svolto nel rispetto dei requisiti di sicurezza e nel rispetto della normativa nazionale, sia il controllo sulla composizione dell'equipaggio e l'individuazione del comandante della nave. L'iscrizione nel registro italiano è, in conclusione, funzionale a

sottoporre l'imbarcazione alla specifica normativa dello Stato italiano, la quale rileva ai fini dell'esecuzione dell'appalto de quo.

In tale contesto normativo e stante la diversità dei poteri di controllo esercitabili dallo Stato italiano a seconda che si tratti di nave registrata in Italia o di nave registrata all'estero, gli invocati principi comunitari non possono rendere equipollenti i registri dei paesi appartenenti all'Unione Europea ed appare conforme alla normativa di riferimento ed immune da profili sintomatici di eccesso di potere l'imposizione, da parte della stazione appaltante, del contestato requisito, il quale risponde alla finalità pubblica di rendere effettiva la possibilità di controllo dell'Amministrazione sulla nave dell'aggiudicataria.

Del resto sarebbe stato anche possibile per la ricorrente, come visto, sospendere l'iscrizione della nave nel registro di provenienza e iscriverla temporaneamente nel registro italiano, stante il sopra citato art. 145 del codice della navigazione.

3. Priva di pregio è la doglianza incentrata sul difetto di motivazione dell'atto impugnato.

Il contestato decreto reca un preciso riferimento al requisito la cui mancanza è ritenuta ostativa all'aggiudicazione, e comunque già nella fase precedente all'adozione dell'atto impugnato l'Amministrazione, nel contraddittorio con l'interessata, aveva specificamente addotto la necessità di dimostrare il requisito di iscrizione ex art. 146 del codice della navigazione, "pena l'esclusione" (documenti n. 14 e 16 depositati in giudizio dall'Autorità Portuale).

Pertanto, il contestato provvedimento dà contezza dei presupposti di fatto e di diritto della decisione di non aggiudicare l'appalto alla deducente, in linea con l'art. 3 della legge n. 241/1990. Del resto, la

circostanza che la ricorrente sia stata resa pienamente edotta delle ragioni che hanno portato alla contestata decisione è dimostrata dal tenore dei motivi di gravame incentrati sulla validità dell'iscrizione nei registri francesi.

4. Sotto altro profilo, la ricorrente in sede di gara ha reso una dichiarazione non veritiera (la dichiarazione di disporre di battello iscritto nei registri ex art. 146 c.n.: documento n. 10 depositato in giudizio dall'Ente), il che giustifica la segnalazione all'ANAC ex art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016.

5. Infine, il Collegio osserva che l'esibita iscrizione nel registro di navigazione francese era scaduta il 10.8.2016, mentre la certificazione del Bureau Veritas era scaduta il 15.9.2016, come evidenziato dall'Amministrazione nella missiva inviata via pec il 30.11.2016 (documento n. 16 depositato in giudizio dall'Autorità Portuale). Al momento dell'aggiudicazione provvisoria e successivamente, pertanto, non vi era alcuna valida ed efficace iscrizione nel registro di navigazione, nemmeno in quello francese, con la conseguenza che non sarebbe stato comunque possibile procedere all'aggiudicazione definitiva ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare eccezionalmente tra le parti le spese di giudizio, viste la novità e la complessità delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge. Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Bellucci

IL PRESIDENTE
Armando Pozzi

IL SEGRETARIO