

N. 00660/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00006/2010 REG.RIC.
N. 00011/2010 REG.RIC.
N. 00261/2010 REG.RIC.
N. 00354/2010 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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Centro Servizi Derna Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Piermario Gatto, Paolo Turci, Giovanni Acquarone, Lorenzo Acquarone, con domicilio eletto presso Lorenzo Acquarone in Genova, via Corsica,21/18-20;

contro

Autorita' Portuale di Genova, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandra Busnelli, Antonella Traverso, con domicilio eletto presso Antonella Traverso in Genova, via della Mercanzia 2;

nei confronti di

Ignazio Messina & C. Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi

Cocchi, Francesco Munari, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8; Tirrenia Navigazione Spa, Grendi Trasporti Marittimi Spa, Terminal San Giorgio Srl;

sul ricorso numero di registro generale 11 del 2010, proposto da:
Grendi Trasporti Marittimi Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Inglese, Elisa Moro, con domicilio eletto presso Giuseppe Inglese in Genova, via Porta D'Archi 3;

contro

Autorita' Portuale di Genova, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandra Busnelli, Antonella Traverso, con domicilio eletto presso Antonella Traverso in Genova, via della Mercanzia 2;

nei confronti di

Ignazio Messina & C. S.P.A, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Francesco Munari, Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8; Terminal San Giorgio Srl;

sul ricorso numero di registro generale 261 del 2010, proposto da:
Grendi Trasporti Marittimi Spa, Centro Servizi Derna, Angelo Pastorino Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso Giuseppe Inglese in Genova, via Porta D'Archi 3;

contro

Autorita' Portuale di Genova, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Busnelli, con domicilio eletto presso Alessandra Busnelli in Genova, via della Mercanzia, 2;

nei confronti di

Ignazio Messina & C. Spa, Terminal San Giorgio Srl;

sul ricorso numero di registro generale 354 del 2010, proposto da:
Grendi Trasporti Marittimi Spa, Grendi Trasporti Marittimi Spa Mandataria Capogruppo Ati, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso Giuseppe Inglese in Genova, via Porta D'Archi 3;

contro

Autorita' Portuale di Genova, rappresentato e difeso dall'avv. Antonella Traverso, con domicilio eletto presso Antonella Traverso in Genova, via della Mercanzia 2;

nei confronti di

Ignazio Messina & C. Spa e Mandataria Rti Terminal San Giorgio, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Francesco Munari, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 6 del 2010:

del bando di gara del 26/10/09 indetta dall'Autorità Portuale di Genova per l'affidamento della concessione di aree e banchine in Genova nonché della nota dell'Autorità Portuale prot. 8586/P del 12/04/10 recante aggiudicazione provvisoria della gara al RTI Messina s.p.a. – Terminal San Giorgio s.r.l.;

quanto al ricorso n. 11 del 2010:

BANDO DI GARA PER ASSENTIMENTO IN CONCESSIONE AREE E BANCHINE TRA PONTE CANEPA E CALATA TRIPOLI.

quanto al ricorso n. 261 del 2010:

PROVVEDIMENTO DI ASSENTIMENTO CONCESSIONE DEMANIALE.

quanto al ricorso n. 354 del 2010:

PROVVEDIMENTO RECANTE COMUNICAZIONE DELL'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DI GARA PER L'ASSENTIMENTO IN CONCESSIONE, AI SENSI E PER GLI EFFETTI DELL'ART. 18, L. 84/94 DELLE AREE E BANCHINE IN GENOVA SAMPIERDARENA NEL COMPENDIO COMPRESO TRA PONTE CANEPA E CALATA TRIPOLI, PER UN COMPLESSO DI SUPERFICI DI MQ. 306.550 CIRCA..

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' Portuale di Genova e di Ignazio Messina & C. Spa e di Autorita' Portuale di Genova e di Ignazio Messina & C. S.P.A e di Autorita' Portuale di Genova e di Autorita' Portuale di Genova e di Ignazio Messina & C. Spa e Mandataria Rti Terminal San Giorgio;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Ignazio Messina § C. Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Francesco Munari, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dal ricorrente incidentale Ignazio Messina & C. S.p.A. (Ric. Inc), rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Francesco Munari, Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dal ricorrente incidentale Ignazio Messina & C. Spa (Ric. Inc.), rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Cocchi, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dal ricorrente incidentale Ignazio Messina & C. Spa (Ric. Inc.), rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Francesco Munari, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2011 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società Centro servizi Derna, quale impresa operatrice del settore marittimo per lo svolgimento di operazioni portuali, nel ricostruire le vicende anche giudiziarie che hanno coinvolto il compendio portuale detto multipurpose, evidenziava di aver ottenuto in data 27\7\2006 atto concessorio e di aver sottoscritto in data 17\6\2009 atto di sottomissione per l'anticipata occupazione, ai sensi dell'art. 38 cod nav nelle more della definizione di un titolo concessorio definitivo, di un'area ivi compresa pari a 20.000 mq; ottenuta la revoca del sequestro penale dell'area l'autorizzazione all'anticipata occupazione era oggetto di successive proroghe. In tale contesto l'esponente veniva a conoscenza del bando con cui l'intimata autorità portuale indiceva la gara in oggetto, per l'affidamento della concessione di aree e banchine in Genova Sampierdarena nel compendio compreso tra ponte canepa e ponte tripoli, per un complesso di superfici di circa 306.500 mq che, salvo quelle di nuova formazione per riempimenti di specchi acquei, erano già presenti nella concessione

rilasciata al consorzio multiporpose nel 1996.

Avverso il bando di gara si muovevano pertanto le seguenti censure:

- violazione dell'art. 18 l. 84\1994 e dei principi concorsuali per l'affidamento di concessioni demaniali marittime e dei principi di legalità, eccesso di potere per erroneità nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento, illogicità ed ingiustizia manifesta, contraddittorietà, in quanto viene messa a gara nel compendia anche l'area assentita a Derna di cui pertanto l'autorità affidante non aveva la disponibilità;

- violazione dei principi di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa e di conservazione degli atti, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di motivazione ed erroneità dei presupposti, violazione del principio di tutela dell'affidamento ingenerato in capo al privato con l'avviso pubblico datato 23\10\2003 a cui l'autorità avrebbe dovuto dare corso;

- violazione dell'art. 38 cod nav, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, erroneità dei presupposti, per analoghi profili in relazione all'autorizzazione all'anticipata occupazione;

- analoghi profili di violazione per illegittimità del bando nella parte in cui non prevede clausole di restituzione della somma anticipata a titolo di indennizzo per il precedente consorzio (euro 411.400,00).

L'amministrazione intimata e la società controinteressata si costituivano in giudizio e, contro deducendo punto per punto, chiedevano il rigetto del gravame.

Con atto di motivi aggiunti depositato in data 26\4\2010 l'impresa ricorrente impugnava l'aggiudicazione provvisoria intervenuta in favore dell'odierna parte contro interessata, estendendo in via derivata i vizi già dedotti nonché deducendo i seguenti:

- violazione degli artt. 38 comma 1 lett c) d.lgs. 163\2006 e 5.1 lett a.1 del bando, 97 Cost. e dei principi di ragionevolezza e par condicio, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta, essendo la relativa dichiarazione resa dalla aggiudicataria priva di sottoscrizione, ed essendo comunque la dichiarazione priva di riferimento ai soggetti cessati dalla carica nel precedente triennio;

- violazione dell'art. 18 comma 7 l. 84 cit. e dei principi in tema di concorrenza e libera circolazione dei servizi, eccesso di potere per errore sui presupposti e travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà ed illogicità, in quanto l'impresa Ignazio Messina, facente parte del raggruppamento aggiudicatario, non ha raggiunto, salvo che per il 2004, gli obiettivi di movimentazione, non sussistendo quindi i presupposti per l'estensione della concessione già in essere avrebbe dovuto essere esclusa;

- eccesso di potere relativo all'attribuzione del punteggio per la voce investimento infrastrutturale in difetto dell'approvazione del relativo progetto di tombamento da parte del Consiglio Superiore dei lavori

pubblici, violazione dell'art. 5 comma 9 legge n. 84 cit., difetto di istruttoria e ripercussione sugli altri vizi dell'offerta avendo comportato un'alterazione di punteggio pari a 18,902 che sommata ai 25 per investimento infrastrutturale supera la differenza finale tra offerte risultata pari a 28,93 (119,51 a 90,58);

- violazione dell'art. 84 comma 8 d.lgs. 163 cit., per illegittima composizione della commissione giudicatrice in relazione alla nomina del dott Marchesiello, magistrato in quiescenza e quindi non rientrante nelle categorie previste dalla norma invocata.

Anche avverso tali motivi replicavano le parti resistenti concludendo per la declaratoria di inammissibilità ed il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 155 del 30\4\2010 questo Tar respingeva la domanda cautelare proposta.

Con ricorso incidentale la società controinteressata contestava per tale via la mancata esclusione della ricorrente, deducendo le seguenti censure: violazione degli artt. 38 d.lgs. 163 cit. e 3 l. 241\1990 per mancanza di analoga dichiarazione per i soggetti cessati dalla carica, nei medesimi termini dedotti con il ricorso principale; violazione dell'art. 18 l. 84 cit. e diversi profili di eccesso di potere per mancanza dei requisiti di ammissione concernenti il volume d'affari, non avendo le società ricorrenti una struttura idonea a giustificare l'assegnazione di un compendio così vasto, analogamente al motivo di ricorso principale.

Con un secondo atto di motivi aggiunti, depositato in data 14\5

\2010 parte ricorrente estendeva le medesime censure ad un ulteriore atto recante verbale di aggiudicazione provvisoria.

Con un atto di motivi aggiunti di ricorso incidentale parte resistente ribadiva le censure predette anche avverso tale ulteriore impugnativa, deducendo altresì le seguenti censure: violazione dell'art. 38 cit e del punto 4.1.b) e 5.1 lett a) del bando, DM 585\1995, per mancanza dichiarazioni dei procuratori con conseguente esclusione dell'ati grandi; analoghi profili per mancanza della sottoscrizione di dichiarazione su precedente penale, oltretutto rilevante in quanto concernente la violazione di norme sull'immigrazione; analoghi profili in ordine ad una condanna per reato ambientale di Giselda Pastorino, reato rilevante sulla moralità professionale ed in ordine al quale l'autorità portuale non ha svolto le dovute verifiche; analoghi profili per la mancanza della necessaria dichiarazione circa la sussistenza o insussistenza di rapporti di controllo o collegamento societario, ovvero in quanto la dichiarazione resa, in termini di insussistenza, era in verità in quanto la società odierna ricorrente è controllata da Industrie Rebora, con ciò celando un rapporto di controllo rilevante ai fini dell'operatività della causa di esclusione sub art. 38 lett c in ordine al cessato amministratore Spinelli; analoghi profili di censura per mancanza del requisito di fatturato richiesto dal punto 4.2 del bando, a fronte dell'irrilevanza dell'attività svolta dalle due imprese del raggruppamento diverse da Grendi non qualificabile come terminalistica; violazione del bando punto 5.2 ultimo

capoverso per incoerenza col piano regolatore portuale, come accertato peraltro anche dall'organo di gara; violazione del punto 9.2 del bando e dell'art. 3 l. 241 cit., eccesso di potere per contraddittorietà, in quanto le gravi carenze dell'offerta della odierna ricorrente, elencate nel verbale n. 9 del 26\10\2009 da pag 13 in poi, avrebbero dovuto portare all'esclusione.

Con un terzo atto di motivi aggiunti, depositato in data 12\6\2010 parte ricorrente deduceva avverso l'aggiudicazione provvisoria ed il relativo verbale, i seguenti ulteriori motivi: violazione dell'art. 18 l. 84 cit. e della circolare del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 41 del 6\5\1996, contraddittorietà, in quanto il previsto tombamento degli specchi acquei non risulta confermato dal piano triennale, oltre alla mancanza del necessario parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici; analoghi profili per la contraddittorietà del tombamento con il piano portuale; violazione dell'art. 18 cit. e della circolare attuativa n. 41 del 6\5\1996 che prevede criteri per la nomina delle commissioni; violazione dell'art. 18 comma 7 l. 84, travisamento, in quanto il concessionario di un'area demaniale non può disporre in forza di identico regime di altri spazi demaniali nello stesso porto; analoghi profili per la mancata valutazione dell'attendibilità dei piani di impresa della vincitrice; violazione degli artt. 38 cit. 3 l. 241 cit., 4.1 a.1 del bando per mancata valutazione dell'ostatività delle condanne patite da consigliere di amministrazione della Messina e dal procuratore della stessa società, nonché dal

procuratore speciale direttore tecnico e da amministratore di terminal San Giorgio; violazione dell'art. 18 comma 7 l. 84 cit. e dei principi in tema di concorrenza e libera circolazione dei servizi, eccesso di potere sotto diversi profili, per il favore derivante alla controinteressata dall'aver già in concessione area limitrofa con conseguente ingiustificato favore nella valutazione dell'offerta.

Con un quarto atto di motivi aggiunti, depositato in data 18\6\2010, le censure venivano estese in via derivata e direttamente nei confronti dell'aggiudicazione definitiva. Invero, in tale sede le censure, ribadite quelle dedotte avverso il bando, venivano in tale sede rimodulate nei seguenti termini:

- per l'azzeramento della procedura: violazione art. 84 cit. per illegittima composizione della commissione relativamente sia al pres Marchesiello sia l'avv Contri in quanto individuati al di fuori delle modalità di cui al predetto art. 84; violazione dell'art. 18 cit. e della parimenti citata circolare n. 41\96 sulla nomina delle commissioni giudicatrici in materia;

- per l'esclusione dell'ati Messina: violazione dell'art. 18 comma 7 l. 84 cit. essendo già titolare di concessione nello stesso porto; violazione dell'art. 38 cit. e analoghi profili già dedotti per mancata sottoscrizione della dichiarazione sui requisiti; analoghi profili per la mancata dichiarazione concernente amministratori cessati nel triennio; analoghi profili per il carattere ostativo di condanne patite da consigliere di Messina (per violazione al t.u. in materia di beni

culturali e ambientali – rectius paesaggistici) e da procuratore speciale di Messina (emissione assegno senza autorizzazione); analoghi profili per condanne patite da amministratori della Terminal San Giorgio;

- per l'illegittimità delle valutazioni della commissione: violazione del piano regolatore e contraddittorietà e illegittima attribuzione di 25 punti rispetto ad un'opera irrealizzabile in quanto non prevista dal piano triennale ed in assenza dell'approvazione del Consiglio superiore dei lavori pubblici, con conseguente altresì alterazione del punteggio in favore della contro interessata ati Messina per 18.902 punti; inattendibilità del piano impresa di ati Messina a fronte del trend negativo delle attività in essere; illogicità dei punteggi attribuiti ad ati Messina sotto diversi profili.

Anche avverso entrambi gli atti di motivi aggiunti replicavano le parti resistenti costituite, chiedendo la declaratoria di inammissibilità del gravame nonché il rigetto dello stesso.

Con successivo atto di motivi aggiunti di ricorso incidentale depositato in data 29\6\2010 venivano estese all'aggiudicazione definitiva le censure già dedotte in via incidentale avverso l'ammissione in gara del raggruppamento della ricorrente.

Alla pubblica udienza del 7\4\2011, cui si giungeva su istanza di rinvio delle parti, la causa passava in decisione.

Con l'autonomo ricorso n. 11\2010 Grendi, quale impresa operatrice del porto e concessionaria di un'area di 50.000 mq a ponte Libia, impugnava il medesimo bando di gara deducendo i seguenti motivi:

- violazione dell'art. 18 anche in relazione ai principi di concorrenza e buona fede, violazione degli artt. 1325 ss c.c. e nullità per mancanza dell'oggetto della concessione, violazione del buon andamento, eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà e sviamento, per incertezza sull'oggetto della concessione in quanto subordinata all'esito delle vicende giudiziarie pendenti;
- analoghi profili di censura per incertezza dell'oggetto di concessione a fronte degli effetti del previsto tombamento, nonché violazione della par condicio a fronte della scelta del bando di indicare come elemento facoltativo dell'offerta la presentazione del piano infrastrutturale;
- analoghi profili per le ricadute che i censurati vizi di incertezza dell'oggetto hanno in ordine ai criteri di valutazione previsti;
- analoghi profili di censura per l'inopportunità ed inutilità di mettere a gara un intero compendio nonché la prevista possibilità di presentare anche offerte in estensione rispetto ad altre concessioni già presenti.

L'autorità intimata si costituiva in giudizio contro deducendo punto per punto e chiedendo il rigetto del gravame.

Con atto di motivi aggiunti depositato in data 21\5\2010 l'impresa ricorrente, quale partecipante in Ati con Derna e Pastorino alla gara indetta dal bando impugnato, impugnava l'aggiudicazione provvisoria intervenuta in favore dell'odierna parte controinteressata, estendendo in via derivata i vizi già dedotti.

Con ricorso incidentale depositato in data 7\6\2010 parte controinteressata contestava per tale via la mancata esclusione della ricorrente, deducendo le seguenti censure: violazione degli artt. 5.1.a) del bando, 38 d.lgs. 163 cit. e 3 l. 241\1990 per mancanza, formale, di dichiarazione per un soggetto cessato dalla carica nel triennio, nonché per mancanza sostanziale della necessaria dissociazione in relazione ad intervenuta condanna di un soggetto avente peraltro il controllo della stessa società Derna; violazione dell'art. 18 l. 84 cit. e diversi profili di eccesso di potere per mancanza dei requisiti di ammissione concernenti il volume d'affari, non avendo le società ricorrenti una struttura idonea a giustificare l'assegnazione di un compendio così vasto, analogamente al motivo di ricorso principale; : violazione dell'art. 38 cit e del punto 4.1.b) e 5.1 lett a) del bando, DM 585\1995, per mancanza dichiarazioni dei procuratori con conseguente esclusione dell'ati grandi; ulteriori censure identiche a quelle già poste a base del ricorso incidentale e dei relativi motivi aggiunti al ricorso n. 6 del 2010, sopra riportati.

Una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva, se per un verso parte ricorrente la impugnava con ulteriore atto di motivi aggiunti (depositato in data 22\6\2010) con cui ribadiva le censure proposte avverso il bando in via derivata, per un altro verso parte controinteressata proponeva ricorso incidentale (depositato in data 6 \7\2010) con cui estendeva e ribadiva le censure già proposte.

Dopo alcuni rinvii disposti su istanza delle parti, anche tale ricorso

passava in decisione all'udienza del 7\4\2011.

Con ricorso n. 261\2010 la medesima ricorrente Grendi impugnava l'ammissione alla gara dell'Ati composto altresì dalla società controinteressata, deducendo i seguenti motivi, analoghi ad alcuni già dedotti da Derna col primo ricorso: mancanza della sottoscrizione della dichiarazione imposta dall'art. 38 cit. e 5.1 del bando; mancanza della stessa dichiarazione nella parte concernente i soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente.

Con atto di motivi aggiunti le censure predette venivano estese al verbale della seduta di gara.

Con due serie di motivi di ricorso incidentale parte controinteressata deduceva le medesime censure sopra riportate, in quanto dedotte nei precedenti ricorsi, avverso la mancata esclusione dell'ati rappresentato dalla ricorrente.

Dopo un rinvio disposti su istanza delle parti, anche tale ricorso passava in decisione all'udienza del 7\4\2011.

Con il quarto ed ultimo ricorso in epigrafe, la stessa ricorrente Grendi impugnava l'aggiudicazione provvisoria deducendo le stesse censure proposte da Derna con il primo gravame. Con due serie di motivi aggiunti l'impugnazione veniva estesa ai verbali di aggiudicazione provvisoria.

Con ulteriore atto di motivi aggiunti, depositato in data 23\6\2010, l'impugnativa veniva estesa, con riproduzione degli stessi motivi predetti, avverso l'aggiudicazione definitiva.

Analogamente, parte controinteressata riproponeva in tale sede i motivi di ricorso incidentale già dedotti nei precedenti gravami.

Dopo alcuni rinvii disposti su istanza delle parti, anche tale ricorso passava in decisione all'udienza del 7\4\2011.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto l'impugnativa degli atti di gara, concernenti l'affidamento in concessione del compendio marittimo in questione, da parte delle imprese raggruppate nell'a.t.i. risultato soccombente; in particolare, le contestazioni seguono l'andamento della gara, risultando dirette avverso il bando, gli atti di ammissione dei due concorrenti (odierne controparti private), l'aggiudicazione provvisoria e, infine, quella definitiva.

La gara in contestazione concerne la procedura concorsuale di un'area del porto di Genova, già oggetto di complesse vicende giudiziarie, in ordine alla quale l'Autorità portuale si è determinata a procedere ex novo ad un confronto concorrenziale nei termini imposti dai principi ormai consolidati in tema di affidamento di concessioni. L'amministrazione portuale si è quindi indotta alla pubblicazione del bando, impugnato anch'esso in questa sede, con cui è stata indetta la selezione in questione a cui hanno partecipato soltanto le parti private oggi in causa, costituite in opposti raggruppamenti con altre imprese. L'esito della procedura è stato favorevole alla odierna parte controinteressata, sì che la ricorrente ha esteso la contestazione, già mossa al bando, agli atti di gara;

impugnativa alla quale si sono opposte l'autorità portuale e la controinteressata; entrambe hanno espletato un'attività difensiva, mentre l'aggiudicataria ha proposto altresì dei motivi di ricorso incidentale.

2. In via preliminare occorre pertanto disporre la riunione per l'evidente connessione sia soggettiva che oggettiva dei ricorsi, così come riassunti nella narrativa di fatto: nella prima direzione, all'identità anche formale delle parti resistenti (Autorità portuale e società aggiudicataria) si accompagna l'identità sostanziale delle parti ricorrenti e dei relativi interessi, in qualità di imprese portuali autorizzate ad operare nell'ambito interessato e partecipanti alla gara nel medesimo raggruppamento; nella seconda direzione emerge all'evidenza l'identità oltre che degli atti gravati delle censure dedotte, sia in via principale che incidentale.

3. Parimenti in via preliminare vanno dichiarati inammissibili per difetto di interesse concreto ed attuale alla decisione i motivi di ricorso proposti avverso gli atti diversi dal bando e dall'aggiudicazione definitiva. In particolare, infatti, nessun utilità le parti potrebbero trarre dall'eventuale annullamento di atti privi di lesività concreta degli interessi azionati, quali l'ammissione in gara di un concorrente e l'aggiudicazione provvisoria: in ordine alla prima le eventuali contestazioni, laddove non deducibili unicamente avverso il bando, non possono che riverberarsi nei confronti dell'unico atto concretamente lesivo della procedura, l'aggiudicazione definitiva; in

ordine al secondo, lo stesso assume natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili ed interinali, sicché è inidoneo a produrre la definitiva lesione dell'impresa non risultata aggiudicataria che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, la quale non costituisce atto meramente confermativo della prima (cfr. ad es. Consiglio Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1581) e rispetto al quale solo si concentrano sia gli effetti lesivi che le contestazioni dedotte. Incidentalmente, a quest'ultimo riguardo va evidenziato come la stessa disciplina processuale in tema di appalti pubblici, seppur non direttamente applicabile, evidenzia in termini di principio con riferimento all'impugnativa di procedure di gara, quale quella in esame, come (a parte esclusione e bando) "tutti gli altri atti delle procedure di affidamento sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva" (cfr. art. 44 comma 3 lett f l. 88\2009, recante delega per l'attuazione della "nuova" direttiva ricorsi").

Conseguentemente, analoga sorte seguono i motivi di ricorso incidentale proposti avverso tali atti.

4. Sempre in via preliminare si pone la questione concernente l'ordine di trattazione dei motivi dedotti in sede di ricorso incidentale rispetto a quelli di ricorso principale, in specie a fronte della natura di gara con due soli concorrenti.

In proposito, la tesi già sostenuta dal Collegio trova conforto nella recene giurisprudenza prevalente riassunta nella decisione resa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4 del

2011, a tenore della quale il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

In generale, la stessa giurisprudenza prevalente ritiene che l'esame prioritario del ricorso principale sia ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità; questa facoltà non può essere negata, a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia. Invero, nel caso di specie i motivi di ricorso principale avverso l'aggiudicazione, seppur in definitiva non suscettibili di accoglimento, non paiono assumere i connotati della assoluta evidenza presupponendo il relativo rigetto un esame approfondito ed analitico, cosicchè occorre dare preminenza alla regola generale e prendere le mosse, nell'esaminare l'impugnativa dell'aggiudicazione, dai motivi di ricorso incidentale.

Ciò peraltro riguarda il rapporto tra impugnativa dell'aggiudicazione proposta dalle parti private, in quanto i motivi dedotti a monte

avverso il bando assumono comunque carattere prioritario; infatti, contestando, almeno per l'area oggetto di previa concessione, la stessa possibilità di procedere a gara, il primo fine perseguito dalle parti non è tanto la rinnovazione quanto il non svolgimento della stessa, per cui l'eventuale accoglimento sarebbe in grado di travolgere l'intera procedura, secondo il noto meccanismo dell'effetto caducante.

5. Nel merito occorre quindi prendere le mosse dalle censure dedotte avverso il bando, dedotte in termini distinti da parte delle imprese poi confluite nel raggruppamento risultato soccombente in gara.

5.1 Con il primo motivo di gravame, tra quelli dedotti da Derna, si lamenta l'illegittimità dell'aver messo a gara nel più vasto compendio anche l'area assentita alla ricorrente di cui, pertanto, l'autorità affidante non avrebbe avuto la disponibilità.

L'infondatezza del rilievo emerge sia alla luce di precedenti statuizioni giurisprudenziali rese in fattispecie analoga, sia in base a considerazioni logico giuridiche derivanti dall'analisi degli atti.

Sotto il primo profilo, vanno richiamate le considerazioni svolte dalla sentenza n. 4413 del 2009 del Consiglio di Stato cui si rinvia integralmente.

Sotto il secondo profilo, se da un lato sarebbe dirimente già la constatazione che la concessione vantata veniva a scadenza in data 31\12\2009 (art 6 della stessa), quindi ben prima dell'esito della gara in questione e del conseguente affidamento, dall'altro lato in ogni

caso la previsione di cui al punto 2.4 appare invocata a sproposito da parte ricorrente, in quanto statuizione non irragionevole in specie a fronte della peculiare situazione venutasi a creare in merito all'affidamento delle aree in questione.

In proposito, dinanzi alla situazione di incertezza derivante dal sovrapporsi di diverse statuizioni giudiziarie, è pienamente comprensibile che l'autorità chiamata alla fruttuosa gestione nell'interesse pubblico di aree strategiche, quale quelle in oggetto, cerchi il sistema di premunirsi rispetto all'eventuale possibile mutamento futuro dello scenario preso in considerazione. Senza riaprire versanti ormai conclusi, è evidente che, a fronte della (mera) illegittimità riconosciuta (ed acclarata, nonostante la curiosa messa in dubbio dell'interesse ad agire di operatori autorizzati del medesimo ristretto settore, sulla scorta della consolidata nozione di interesse strumentale) di un accordo teso a chiudere una precedente gara per l'affidamento del compendio, la strada maestra che l'autorità si è trovata a percorrere non poteva che essere quella della nuova gara; in tale contesto, parimenti ragionevole è la predisposizione di clausole di tutela, rispetto a futuri ed incerti sviluppi giudiziari, nel perseguimento dei medesimi interessi pubblici, come invero implicitamente desumibile dalla stessa decisione di appello sopra richiamata.

5.2 Con il secondo ordine di rilievi si lamenta violazione del principio di tutela dell'affidamento ingenerato in capo al privato con

l'avviso pubblico datato 23\10\2003 a cui l'autorità avrebbe dovuto dare corso.

Le considerazioni sopra svolte e l'esito della precedente impugnativa dell'accordo del 2004 impongono il rigetto anche di tale motivo, non potendo comunque attribuirsi rilevanza ad un presunto affidamento, privo dei necessari requisiti tali da limitare ovvero escludere l'esercizio dei poteri autoritativi di affidamento delle aree in capo all'autorità regolatrice. Nel bilanciamento delle opposte posizioni la clausola contestata, e sopra richiamata, pare costituire un ragionevole compromesso rispetto ad una situazione invero peculiare. Inoltre, rispetto al trascorrere di numerosi anni è parimenti logica la determinazione dell'autorità di procedere ad una nuova gara, nel solco del pieno rispetto del principio concorrenziale sopra richiamato.

5.3 Quanto sin qui evidenziato comporta prima facie l'infondatezza altresì del terzo ordine di rilievi, con cui si estendevano analoghe considerazioni rispetto ad un atto, quale l'autorizzazione all'anticipata occupazione, parimenti privo dei caratteri propri dell'invocato affidamento, essendo limitato nel tempo ad un'epoca anteriore all'esito della gara in questione nonché basato su presupposti interinali privi di consistenza secondo quanto già evidenziato.

Peraltro, in termini di specifica infondatezza della censura va altresì evidenziato come l'atto invocato sia ex se privo di caratteri di

stabilità tali da garantire quanto auspicato da parte ricorrente: infatti, l'art. 38, Cod. Nav. ammette che possa farsi luogo ad assegnazioni temporanee di beni demaniali, le quali però, proprio perché intrinsecamente transitorie, non solo non sono capaci di radicare affidamenti meritevoli di protezione in capo ai titolari, ma preludono necessariamente all'avvio di procedure comparative in vista dell'assegnazione definitiva (cfr. ad es. Consiglio Stato , sez. VI, 29 dicembre 2010 , n. 9574).

5.4 Infine, parimenti prima facie destituito di fondamento è il quarto ordine di rilievi dedotti da Derna avverso il bando che sarebbe illegittimo nella parte in cui non prevede clausole di restituzione della somma anticipata a titolo di indennizzo per il precedente consorzio (euro 411.400,00). Infatti, come correttamente contro dedotto dalla difesa dell'Autorità portuale nessuna previsione doveva sul punto essere inserita nel bando, essendo la questione rimessa alla diversa sede della chiusura dei rapporti eventualmente aperti, anche in termini di debito credito, in ordine a precedenti rapporti concessori.

5.5 Sempre avverso il bando anche l'altra società del raggruppamento poi risultato soccombente ha proposto una serie di censure che, seppur connesse alle precedenti (cosicché sono in gran parte richiamabili anche le considerazioni sin qui svolte), vanno esaminate separatamente in ordine ad ulteriori profili dedotti.

Con un primo ordine di rilievi si contesta sia la mancanza dell'oggetto della concessione, non avendo l'autorità la disponibilità

delle aree, sia l'incertezza sull'oggetto della concessione in quanto subordinata all'esito delle vicende giudiziarie pendenti. Mentre nella prima direzione è sufficiente richiamare quanto sopra evidenziato in ordine agli effetti di precedenti concessioni parziali (sia in termini di spazio che di tempo), nella seconda direzione assumono carattere dirimente le considerazioni svolte in ordine alla ragionevolezza della determinazione adottata dall'ente gestore di aree strategiche sotto diversi profili che, nel perseguimento degli interessi pubblici di cui lo stesso è titolare, ha provveduto a mettere a gara l'affidamento delle aree medesime in termini, per un verso, pienamente rispondenti allo stato attuale delle stesse e, per un altro verso, dettando clausole tese a porre eventuale rimedio al sopravvenire di avvenimenti che, per propria natura, assumono il carattere di incertezza.

5.6 Con un secondo ordine di rilievi viene contestata l'incertezza dell'oggetto di concessione a fronte degli effetti del previsto tombamento, nonché la violazione della par condicio a fronte della scelta del bando di indicare come elemento facoltativo dell'offerta la presentazione del piano infrastrutturale.

La censura è in parte inammissibile, relativamente alla contestazione di profili che fuoriescono dai limiti di ammissibilità dell'impugnativa di un atto generale quale è il bando di gara, ed in parte infondata.

Sotto il primo profilo, in linea generale la prevalente giurisprudenza, fatta propria dalla recente decisione della Plenaria già richiamata e condivisa dal Collegio, ritiene che la legittimazione al ricorso, nel

caso di ricorsi in materia di procedure di gara (analogicamente applicabile alla gara in questione), deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. Tale regola, ormai consolidata, subisce alcune deroghe, concernenti, rispettivamente: a) la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; b) la legittimazione dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara; c) la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Tali deroghe, che si connettono ad esigenze e a ragioni peculiari, sono tuttavia inidonee a determinare l'affermazione di una nuova regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso, basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara.

In tale ottica, sub a) la legittimazione del soggetto che impugna la decisione di indire una gara è ammessa nei soli casi in cui questi dimostri una adeguata posizione differenziata, costituita, per esempio, dalla titolarità di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento contestato; nel caso di specie ciò sussiste in merito ai motivi predetti in cui è venuta in contestazione la stessa sussistenza dell'oggetto di gara o il rapporto con le concessioni in essere, non in

ordine ai motivi in esame relativi alle previsioni sul tombamento, cioè a clausole di contenuto e merito del bando, non riguardanti la facoltà stessa di procedere a gara.

Irrilevante la questione sub b), nel caso di specie si pone la problematica dell'impugnabilità diretta del bando, sub c), ammissibile unicamente in relazione alle cc.dd. clausole escludenti. Orbene i motivi in esame non riguardano all'evidenza clausole e disposizioni del bando comportanti la non ammissione in gara delle imprese che contestano le clausole stesse. Nella misura in cui poi invece le clausole del bando in contestazione si possano riverberare sul prosieguo della gara e quindi sull'aggiudicazione definitiva, riprendono pieno vigore le considerazioni che ritengono all'uopo preliminare l'esame del ricorso incidentale.

Sotto il secondo profilo, le censure dedotte appaiono peraltro infondate in quanto il bando, dopo aver previsto l'estensione dell'oggetto della concessione, comprensiva dello spazio acqueo, ha previsto la facoltà di presentare piani di investimento infrastrutturale, in termini sufficientemente dettagliati (cfr. punto 2.6 del bando), prevedendo poi in sede di predeterminazione dei criteri di aggiudicazione la possibilità di ottenere un punteggio massimo secondo una misura che, nei limiti di sindacato delle disposizioni di bando, non appare manifestamente irragionevole.

5.7 Le considerazioni sin qui svolte rendono evidente l'inammissibilità (non trattandosi di clausole escludenti) ed

infondatezza altresì dei restanti vizi dedotti, sia per le presunte le ricadute che i censurati vizi di incertezza dell'oggetto avrebbero in ordine ai criteri di valutazione previsti, sia la presunta inopportunità ed inutilità di mettere a gara un intero compendio ovvero di presentare anche offerte in estensione rispetto ad altre concessioni già presenti.

Invero, a quest'ultimo riguardo nonché in via più generale rispetto alle contestazioni mosse alla *lex specialis* in oggetto, anche reputando superabili le perplessità derivanti da una censura dedotta in termini di inopportunità della scelta amministrativa (attraverso quindi il ricorso ad un concetto relativo al merito amministrativo, escluso dal presente sindacato giurisdizionale), non può che rinviarsi a quanto già statuito dal Collegio in ordine allo stesso bando (cfr. sentenza 1215\2010): “Invero, se per un verso la normativa vigente non pone alcuna limitazione nella individuazione delle aree da mettere a gara, per un altro verso non possono che valere gli ordinari principi tesi a regolare l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Nel caso in esame, a fronte della rilevanza del porto di Genova nonché della consistenza, collocazione e conformazione del compendio interessato, la determinazione contestata non pare né basata su di un travisamento dei dati di fatto né su elementi o considerazioni viziati di manifesta irragionevolezza. La giurisprudenza invocata da parte ricorrente, se da un lato appare pienamente condivisibile in quanto ribadisce quanto sostenuto da questo tribunale in varie statuizioni

degli ultimi anni in ordine alla valenza dei principi concorrenziali in tema di concessioni anche portuali (CdS 362\2007 che non a caso confermava una pronuncia di questo Tar), per un altro verso nessun rilievo assume ai fini auspicati, in quanto la messa a gara di un compendio esteso ma ragionevolmente modulato rispetto alla rilevanza del porto ed alla sua conformazione, appare pienamente rispettoso dei principi richiamati. Tutti gli operatori portuali autorizzati, eventualmente raggruppati, hanno la possibilità quantomeno teorica di partecipare alla gara; inoltre, l'Autorità portuale deve svolgere le proprie considerazioni in ordine alla individuazione e delimitazione delle aree nel primario interesse non tanto delle imprese quanto del miglior funzionamento e resa, sia economica che sociale a fronte della pluralità di interessi pubblici coinvolti, del porto e delle relative attività. Né appare viziata la prevista possibilità di affidare aree in estensione ad altra concessionaria limitrofa, secondo una facoltà consentita nella misura in cui non si deroghi, come non si deroga nella specie, alla regola del confronto concorrenziale ed alla necessità di possesso dei necessari requisiti”.

6. Secondo la cornice tracciata in via preliminare occorre procedere all'esame dei motivi di ricorso incidentale, dedotti avverso l'aggiudicazione definitiva da parte dell'impresa controinteressata e tesi a contestare l'illegittimità degli atti di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione del raggruppamento costituito, tra le altre,

dalle imprese odierne ricorrenti.

6.1 Al fine di un ordinato e completo esame degli stessi occorre prendere le mosse da quelli dedotti, in termini analoghi ma non coincidenti, tanto da portare ad esiti diversi, ad alcune delle censure di ricorso principale, in asserita violazione degli artt. 38 d.lgs. 163 cit. e 4 ss. del bando, relativamente alle dichiarazioni rese in ordine alla sussistenza dei requisiti “giuridico morali professionali”.

Pur se la gara in esame, avente ad oggetto l'affidamento di una concessione demaniale marittima e non un contratto di appalto, non era formalmente soggetta ad ogni puntuale regola dettata dal codice dei contratti pubblici, il bando ha perseguito la strada dell'espresso richiamo alla norma in questione nei termini seguenti: al punto 4.1. del bando, intitolato requisiti giuridico morali professionali, viene statuito come primo punto (a) che “la partecipazione è riservata alle imprese in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 ...In particolare i partecipanti devono dimostrare di non essere incorsi in una delle cause di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lett a)b)c)d)e)f)g)h)i)l) m)m-ter e comma 2 d.lgs. 163/06”.

Invero, alla luce del predetto inquadramento dell'oggetto di gara e della formulazione del richiamo alla norma invocata, se ne impone un'applicazione conforme alla ratio della normativa.

In linea di diritto, ed in tale ottica, anche in sede di gara d'appalto tout court questa sezione ha già più volte avuto modo di evidenziare come l'analisi della questione debba prendere le mosse dal dato

normativo dell'art. 38 cit. invocato, il quale, dopo aver dettato (comma 1) che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti" che si trovino in una serie di situazioni individuate dalla norma (secondo un elenco ripreso dal bando tranne la lett m quater introdotta nelle more dell'adozione del bando stesso), prevede (comma 2) che il possesso di tali requisiti possa essere attestato mediante dichiarazione.

In generale, va quindi ribadito, specie in casi come quello in esame, che la ratio della normativa di cui all'art. 38 risiede nella esigenza di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrattare con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale (cfr. ad es. Tar Liguria 962 e 9201\2010).

Le singole lex specialis dettano regole di specificazione di tale onere che, se da un lato assumono il valore di vincolo per la stessa stazione appaltante e per gli aspiranti partecipanti, dall'altro devono sottostare agli ordinari criteri della chiarezza di redazione e della ragionevolezza di applicazione.

In proposito, va altresì ricordata la prevalente opinione giurisprudenziale (cfr. ad es. Consiglio di Stato Sez. VI 4.8.2009, n. 4906, 22.2.2010, n. 1017) da ultimo in via consolidamento, che si

muove nella medesima ottica sopra evidenziata, a tenore della quale il comma 1 dell'art. 38 cit. ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione: da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, "ope legis", l'effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui alla normativa in esame, l'omissione o l'incompletezza in ordine a tali elementi non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di mero formalismo come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o - si ripete - della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 9 novembre 2010 , n. 7967). In senso conforme alla prospettata soluzione depone anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE che ricollega l'esclusione alle sole ipotesi di grave colpevolezza di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi , essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (cfr. Cons. St. n. 1017/2010 cit.).

6.2 In tale ottica nel caso di specie occorre evidenziare la laconicità del bando il quale riserva la partecipazione alle imprese in possesso dei requisiti di cui all'art. 38, dimostrando di non essere incorsi in una delle cause di esclusione predette.

Nel caso di specie vanno quindi reputati infondati i vizi e le contestazioni riguardanti non tanto la sussistenza dei requisiti quanto la formale assenza di dichiarazione da parte di alcuni dei soggetti interessati. Ciò anche in ordine alla figura specifica dei procuratori speciali delle società i quali, pur muniti di poteri di rappresentanza, non rientrano nel novero dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità della società stessa (cfr. ad es. Consiglio Stato , sez. V, 25 gennaio 2011 , n. 513).

6.3 A diverse conclusioni si giunge per ciò che concerne invece il rilievo sostanziale, concernente la sussistenza dei predetti requisiti, in specie laddove si contesta la dichiarazione in ordine alla sussistenza di una causa di esclusione in capo ad un amministratore cessato dalla carica nel corso del triennio, rispetto al quale tuttavia, secondo la difesa di parte ricorrente, sarebbero intervenute idonee misure di dissociazione, consistenti nell'approvazione in data 11\1\2010 (cioè il giorno prima della dichiarazione stessa allegata alla domanda di partecipazione) di un codice etico.

La tesi difensiva della ricorrente principale non convince. Invero, a fronte di un dato normativo chiaro nel richiedere che l'impresa

“dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata”, il mero richiamo all’approvazione di un codice etico (sconosciuto alla stazione appaltante peraltro) il giorno prima della presentazione della domanda stessa esclude la possibilità di attribuire a tale elemento il carattere di dissociazione da una condotta, penalmente sanzionata, di cui non si dà neppure atto o richiamo nella dichiarazione stessa. Invero, al fine di dimostrare l’attivazione di una “completa” dissociazione occorre fornire alcuni elementi, a partire dalla condotta sanzionata, tali da evidenziare quanto posto in essere in direzione opposta e la relativa efficacia; nel caso di specie, invece, il soggetto dichiarante ha ommesso di richiamare specificamente il precedente, pur ammettendolo rilevante, così non ponendo in condizione l’amministrazione di valutare il punto, richiamando come dissociazione unicamente un elemento talmente recente (del giorno precedente), oltre che del tutto genericamente invocato, da escludere che nella specie possa essere già intervenuta la dissociazione imposta ex lege.

In generale, relativamente all’art. 38 comma 1 lett c) in esame, il giudizio d’inidoneità morale degli imprenditori persone giuridiche poggia sulla convinzione che vi sia la presunzione che la condotta penalmente riprovevole di quelle persone fisiche che svolgono o abbiano svolto di recente un ruolo rilevante all’interno dell’impresa, abbia inquinato l’organizzazione aziendale: tale presunzione è

assoluta nel caso in cui il soggetto ancora svolga un ruolo all'interno dell'organizzazione di impresa, mentre è relativa, consentendo così all'impresa di fornire la prova contraria, nel caso in cui questo sia cessato dalla carica e non sia ancora trascorso quel lasso di tempo, che ragionevolmente consente di ritenere il venir meno dell'influenza negativa recata dal soggetto medesimo. Orbene, nel caso di specie la carenza di elementi dichiarati esclude che l'impresa abbia fornito la necessaria prova contraria.

Conseguentemente, sotto tale profilo (motivo n. 2) il ricorso incidentale appare fondato.

6.4 Sempre in ordine alle dichiarazioni richieste e rese ai sensi della normativa in esame, sotto il profilo sostanziale del possesso dei richiesti requisiti, mentre le dedotte mancate dichiarazioni di procuratori speciali sono irrilevanti al pari della mancata sottoscrizione di un allegato (peraltro siglato) alla più ampia dichiarazione resa dall'interessato con indicazione del reato e della conseguente irrilevanza, parimenti fondato appare il motivo dedotto in ordine alla dichiarazione di Pastorino Giselda: infatti, a fronte della espressa dichiarazione resa da tale soggetto in qualità di amministratore delegato della impresa omonima in ordine alla sussistenza di condanna, piuttosto recente oltretutto, per reati di rilievo ambientale, appare evidente come l'amministrazione avrebbe dovuto svolgere i necessari approfondimenti in ordine alla gravità ed alla incidenza sulla moralità professionale. Invero, a quest'ultimo

riguardo, l'epoca e soprattutto la natura e la pluralità dichiarata di violazioni in una materia palesemente coinvolta dall'attività portuale (operandosi in termini imprenditoriali in ambito marino e quindi in ambiente soggetto a specifica e puntuale tutela sotto i profili in questione), avrebbero imposto una specifica considerazione e valutazione in ordine alla sussistenza di ragioni tali da escludere la rilevanza ex art. 38 comma 1 lett c), risultando prima facie insufficienti le mere generiche affermazioni contenute nell'autodichiarazione, prive di qualsiasi considerazione o anche solo elemento di sostegno.

6.5 A diverse conclusioni deve giungersi relativamente: alla censura concernente la carenza di dichiarazione sulla situazione di controllo, in quanto relativa a soggetti diversi dai partecipanti; alla censura concernente la compatibilità col piano portuale, in specie alla luce delle condivisibili valutazioni svolte dall'autorità e dalla commissione in sede di gara; alla censura relativa alle presunte carenze dell'offerta (elencate nel verbale n. 9 da pag 13) le quali hanno correttamente comportato l'attribuzione di un punteggio inferiore.

6.6 Infine, appare fondata la rimanente censura incidentale, dedotta in termini di carenza del requisito del fatturato, richiesto dal bando a pena di esclusione.

In proposito, a fronte del bando che richiedeva, quale requisito di capacità economico finanziaria e tecnica (punto 4.2 I.a), "un fatturato in attività terminalistica ex artt. 16 e 18 l. 84 cit. e\o

logistico/intermodali/trasporto marittimo, complessivamente realizzato negli ultimi due esercizi non inferiore ad euro 50.000.000,00, la cui componente terminalistica non potrà, a pena di esclusione, essere inferiore ad euro 15.000.000,00”, solo Grendi svolge attività pacificamente terminalistica (ma con importo insufficiente : 12.328.182,53), mentre le restanti due (Derna dichiarante 8.361.207,29, e Pastorino, dichiarante 1.136.320,00) svolgono attività inerenti al porto ma non terminalistiche. A conferma di ciò la stessa commissione (cfr. verbale n. 5 a pag 7) dà per acquisito che solo Grendi sia operatore terminalista facente parte dell’ati.

La censura appare fondata alla luce della chiara dizione del bando, dettata espressamente ed in neretto a pena di esclusione, specie laddove distingue tra le attività portuali in generale, individuate chiaramente con il richiamo agli artt. 16 e 18 l. 84 cit. per le quali richiede un fatturato non inferiore a 50 milioni, e quella strettamente terminalistica, svolta unicamente da un’impresa e per un importo inferiore ai 15 milioni richiesti. Ad ulteriore sostegno della censura, rispetto a quanto già evidenziato dalla stessa Commissione e sopra richiamato, emerge la natura dell’attività svolta da Derna in termini di centro smistamento merci e quindi, pur rilevante ai fini del limite dei 50 milioni, non qualificabile in termini di attività terminalistica in senso stretto così come chiaramente specificati dal bando

7. Alla luce delle considerazioni che precedono, la fondatezza del

ricorso incidentale sotto i richiamati profili, comporta l'inammissibilità dei ricorsi proposti da Derna e Grendi avverso l'aggiudicazione definitiva.

Sussistono giusti motivi, a fronte della complessità delle questioni affrontate, per disporre la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando: disposta la riunione dei ricorsi di cui in epigrafe, li dichiara in parte inammissibili ed in parte li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2011

IL SEGRETARIO

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