

Pubblicato il 21/04/2021

N. 03212/2021 REG.PROV.COLL.

N. 05922/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5922 del 2020, proposto da

Liberty Lines S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte e Carlo Morace, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

Blufferries S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli e David Astorre, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, n. 32;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione III, n. 2363 del 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Blufferries S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visto il dispositivo di ordinanza n. 2305 del 17 marzo 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dal d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, il Cons. Elena Quadri e preso atto delle note difensive depositate ai sensi delle disposizioni precedentemente citate dagli avvocati Abbamonte, Morace, Lo Pinto, Cintioli e Astorre;

I – I fatti di causa.

I.1. All'esito della procedura ad evidenza pubblica indetta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (d'ora in avanti anche solo MIT) con bando del 31 gennaio 2015 Liberty Lines S.p.A. (operante fino al 30 novembre 2016 sotto la denominazione di Ustica Lines S.p.A.) si rendeva aggiudicataria del servizio triennale di collegamento marittimo veloce di passeggeri nello Stretto di Messina tra il porto di Messina e quello di Reggio Calabria.

I.2. Il 24 giugno 2015 veniva stipulato il relativo contratto che, tra l'altro, prevedeva l'effettuazione di 16 corse giornaliere di andata e ritorno nei giorni feriali (dal lunedì al venerdì) e di 6 corse giornaliere di andata e ritorno nei giorni di sabato, domenica e festivi e fissava la decorrenza triennale dal primo giorno di effettuazione del servizio, avvenuta il 1° ottobre 2015, con conseguente scadenza del contratto al 30 settembre 2018.

Il contratto prevedeva anche la facoltà del MIT di prorogare per ulteriori 12 mesi il contratto a condizione della sussistenza della necessaria disponibilità finanziaria e della permanenza dell'interesse dell'amministrazione alla prosecuzione del servizio.

I.3. In data 14 settembre 2018 Liberty Lines S.p.a. segnalava al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti la prossima scadenza del contratto e precisava che, in mancanza di proroga, a partire dall'1 ottobre 2018 non avrebbe più effettuato il servizio: tale nota rimaneva priva di riscontro.

I.4. Dal 1° ottobre 2018 il servizio di collegamento marittimo veloce di passeggeri tra i porti di Messina e Reggio Calabria veniva svolto da Blufferries s.r.l., società interamente partecipata da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (in prosieguo anche solo RFI), già affidataria del medesimo servizio sulla linea Messina/Villa San Giovanni.

II – Il giudizio di primo grado.

II.1. Essendo rimasta priva di riscontro la propria istanza al MIT in data 10 ottobre 2018 di accesso agli atti tutti con cui era stato affidato a Blufferries s.r.l. il servizio di collegamento marittimo veloce di passeggeri tra i porti di Messina e Reggio Calabria, Liberty Lines S.p.A. chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento del provvedimento, non conosciuto, di affidamento di quel servizio a Blufferries s.r.l., in uno con tutti gli atti presupposti, connessi e collegati,

nonché l'accertamento del diritto ad ottenere l'accesso agli atti e documenti di affidamento, deducendo: "I Violazione e falsa applicazione dell'art. 67 del decreto legislativo n. 50/2016 in tema di procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara – Eccesso di potere, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, violazione dei principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento tra operatori economici"; "II. Istanza di accesso ex art. 116 co. 2 cpa e contestuale istanza istruttoria ex art. 65 c.p.a.".

In sintesi la ricorrente sosteneva l'illegittimità dell'affidamento diretto e senza gara del servizio non sussistendo le ragioni dell'urgenza, quest'ultima essendo stata creata dalla stessa amministrazione che aveva omesso di esperire per tempo una gara comunitaria.

II.2. L'8 novembre 2018 il MIT riscontrava l'istanza di accesso, precisando che esso riguardava: a) la nota MIT n. 31344 del 26 settembre 2018, indirizzata alla soc. R.F.I.; b) la nota di quest'ultima n. 1540 dell'8 ottobre 2018.

La prima, a firma del Ministro, dopo aver ricordato che dal 1° ottobre, essendo scaduto il contratto con la Liberty Lines s.p.a., occorreva assicurare la continuità del collegamento marittimo veloce passeggeri sulla tratta Messina - Reggio Calabria, evitando qualsiasi soluzione di continuità nel mantenimento del servizio stesso, rilevava che *"Attese le previsioni di cui all'art. 47, comma 11 bis, del D.L. n. 50 del 24 aprile 2017, convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017 n. 96, si ritiene che la flessibilità dei collegamenti ferroviari dei passeggeri fra la Sicilia e la penisola, posta come presupposto fondamentale della norma, possa essere assicurata attraverso l'inclusione nel contratto di programma parte servizi fra lo Stato e la Società Rete Ferroviaria Italiana SpA del collegamento in parola"* e invitava pertanto RFI ad *"assicurare, a partire dall' 1 ottobre p.v., in linea con le previsioni sopraindicate i servizi in essere di collegamento marittimo veloce passeggeri fra le città di Messina e di Reggio Calabria"*.

Con la seconda R.F.I., nell'assicurare lo svolgimento del servizio dal 1° ottobre 2018 a mezzo di Blufferies s.r.l., aggiungeva che *"al fine di dare continuità al collegamento sulla tratta Reggio Calabria Messina a far data dal 01/01/2019, si richiede a codesto Ministero di convocare al più presto un'apposita riunione per discutere delle criticità derivanti da un affidamento continuativo del servizio in questione ... oltre che delle modalità di copertura economica delle prestazioni che saranno fino ad allora erogate mediante aggiornamento del Contratto di programma"*.

II.3. Liberty Lines impugnava le suddette note con motivi aggiunti, deducendone: I - violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 6 legge 241/1990 in connessione con l'art. 31 comma 3 del decreto legislativo n. 50/2016 – Carenza di potere in concreto – Incompetenza assoluta – Sviamento; II - Violazione e falsa applicazione dell'art. 47 comma 11 bis del d.l. 50/2017 - Eccesso di potere, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, violazione dei principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento tra operatori economici; III – Violazione e falsa applicazione dell'art. 59 e d.lgs. 50/2016 – Violazione degli artt. 3, 41, 42 e 43 della Costituzione – Violazione degli artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 e 222 del Trattato UE – Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in tema di concorrenza e libero mercato - Violazione dei principi nazionali e comunitari dell'evidenza pubblica – Eccesso di potere per carenza del presupposto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione – Sviamento; IV – Violazione e falsa applicazione dell'art. 59 d.lgs. 50/2016 – Violazione degli artt. 3, 41, 42 e 43 della Costituzione – Violazione degli artt. 7, 37, 85, 86,90, 92, 179 e 222 del Trattato Ue – Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in tema di concorrenza e libero mercato – Violazione e falsa applicazione dell'art. 47 comma 11 bis del d.l. 50/2017 - Violazione dei principi nazionali e comunitari dell'evidenza pubblica – Violazione dell'art. 3, 4, 5 e 6 della legge 241/1990 - Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Sviamento; V – Violazione e falsa applicazione dell'art. 59 d.lgs. 50/2016 – Violazione degli artt. 3, 41, 42 e 43 della

Costituzione – Violazione degli artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 e 222 del Trattato UE – Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in tema di concorrenza e libero mercato – Violazione e falsa applicazione dell’art. 47 comma 11 *bis* del d.l. 50/2017 - Violazione dei principi nazionali e comunitari dell’evidenza pubblica – Eccesso di potere per carenza di motivazione e contraddittorietà – Sviamento; VI – Violazione e falsa applicazione dell’art. 59 d.lgs. 50/2016 – Violazione degli artt. 3, 41, 42 e 43 della Costituzione – Violazione degli artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 e 222 del Trattato UE – Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in tema di concorrenza e libero mercato – Violazione e falsa applicazione dell’art. 47 comma 11 *bis* del d.l. 50/2017 - Violazione dei principi nazionali e comunitari dell’evidenza pubblica – Eccesso di potere per carenza del presupposto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione – Sviamento; VII - Richiesta di rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di conformità ai principi comunitari di evidenza pubblica, *par condicio*, libera concorrenza, trasparenza e pubblicità dell’art. 47 comma 11 *bis* d.l. 50/2017.

III.- La sentenza di primo grado

III.1. L’adito Tribunale, nella resistenza del MIT e di Blufferries s.r.l., con la sentenza impugnata ha respinto ricorso e i motivi aggiunti.

III.2. In particolare:

a) quanto al ricorso principale ha ritenuto infondato l’unico motivo di censura (così prescindendo dalle eccezioni di inammissibilità *ex adverso* sollevate) perché: a1) trattandosi di contratto di trasporto ferroviario, non era applicabile l’art 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, ciò essendo inibito dagli artt. 118 e 122 dello stesso decreto; a2) non era neppure invocabile la disposizione del comma 5 del predetto art. 63 giacché, una volta scaduto il contratto, la ricorrente non poteva vantare alcuna posizione differenziata né per ottenere la proroga del contratto, né per contestare la scelta dell’amministrazione di non bandire una gara per il nuovo affidamento del servizio; a3) ciò anche in considerazione sia della scelta di cui alla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge finanziaria 2018) di non prevedere lo stanziamento di nuove risorse per il servizio di collegamento *de quo*, sia per la specialità (pertanto derogatoria dell’art. 125 del d. lgs. n. 50 del 2016, quand’anche fosse stato applicabile) della previsione dell’art. 47, comma 11 *bis* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni nella l. 21 giugno 2017, n. 96, che costituiva la fonte del rapporto tra MIT e Blufferries s.r.l. (che a sua volta si iscriveva nel contratto di programma tra lo Stato e RFI);

b) quanto ai motivi aggiunti, ne ha rilevato l’infondatezza giacché: b1) le previsioni della l. 27 dicembre 2017, n. 205 e dell’art. 47, comma 11 *bis* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni nella l. 21 giugno 2017, n. 96, erano compatibili con la *ratio* della direttiva 2014/25/UE (settimo considerando) e con il regolamento n. 1370 del 23 ottobre 2007 (relativo ai servizi pubblici di trasporti passeggeri su strada e per ferrovia), che consentono di procedere all’affidamento diretto, senza gara, di un contratto di servizio pubblico di trasporti ferroviari; con conseguente irrilevanza e infondatezza anche della richiesta di sollevare questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia; b2) proprio in ragione della norma di cui all’art. 47, comma 11 *bis* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni nella l. 21 giugno 2017, n. 96, la nota MIT 31344 del 26 settembre 2018 era priva di valore provvedimento, con conseguente infondatezza delle censure di incompetenza, difetto di istruttoria e contraddittorietà; b3) non trovava alcun fondamento, né giuridico, né in punto di fatto, la prospettazione della ricorrente secondo cui il servizio di collegamento non avrebbe potuto essere svolto con navi veloci.

IV – Il giudizio di appello.

IV.1. Liberty Lines S.p.a. ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua dei seguenti motivi:

I) “*Error in iudicando* sul primo motivo del ricorso introduttivo: violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. in connessione con l'art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. - Falsa applicazione dell'art. 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016 in tema di procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara - Motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia”.

Avrebbe errato il tribunale a ritenere infondato il ricorso introduttivo del giudizio: l'impugnazione del provvedimento di affidamento del servizio di collegamento a Blufferries s.r.l. era avvenuta senza conoscerne né l'esistenza, né il contenuto, tant'è che una volta avutane contezza erano stati formulati motivi aggiunti. Di conseguenza il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

II) “*Error in iudicando* sul primo motivo del ricorso per motivi aggiunti: violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 6 legge n. 241 del 1990 in connessione con l'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 - Motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia”.

La nota prot. 31344 del 26 settembre 2018, con cui risultava affidato a RTI e, per essa a Blufferries s.r.l., il servizio di collegamento di cui si discute, era viziata da incompetenza, in quanto, quale atto di gestione, era stata sottoscritta direttamente dal Ministro, in palese violazione dei principi di separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni gestorie; del resto la predetta nota prot. n. 31344 del 26 settembre 2018 non aveva natura meramente ricognitiva, dal momento che la previsione dell'art. 47, comma 11 *bis* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni nella l. 21 giugno 2017, n. 96, non era una norma – provvedimento e abbisognava di un provvedimento amministrativo di attuazione.

III) “*Error in iudicando* sul secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti: violazione e falsa applicazione dell'art. 47, comma 11 *bis*, del d.l. n. 50 del 2017 - Violazione dei principi comunitari di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento tra operatori economici - Motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia”.

Secondo l'appellante il Tribunale avrebbe malamente apprezzato ed ingiustamente respinto, con motivazione non pertinente, la censura con cui era stata dedotta la carenza dei presupposti di applicazione dell'art. 47, comma 11 *bis*, del d.lgs. 50 del 2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96 del 2017: infatti le navi utilizzate da Blufferries s.r.l. erano aliscafi, di per sé impossibilitati a trasportare i vagoni ferroviari, dal che conseguiva che esse non avrebbero potuto essere considerate strettamente correlate al servizio ferroviario. Di tanto peraltro anche in punto di fatto era stata data dimostrazione con apposita perizia, depositata in prime cure in data 16 ottobre 2019, di cui non vi era traccia di valutazione nella sentenza impugnata.

IV) “*Error in iudicando* sul terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti: violazione e falsa applicazione dell'art. 59 d.lgs. n. 50 del 2016 - Violazione degli artt. 3, 41, 42 e 43 della Costituzione - Violazione degli artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 e 222 del Trattato UE - Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in tema di concorrenza e libero mercato - Violazione dei principi nazionali e comunitari dell'evidenza pubblica - Motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia”.

Ad avviso dell'appellante l'affidamento diretto e senza gara del servizio *de quo* a RFI e, per essa a Blufferries s.r.l., non sarebbe stato neppure giustificato dall'urgenza di provvedere, atteso che era stato

lo stesso MIT a causare l'urgenza omettendo di esperire per tempo una gara comunitaria; avrebbe errato il Tribunale a richiamare il settimo considerando della Direttiva 2014/25/UE, sia perché esso sarebbe stato privo di valore giuridico vincolante, sia perché esso si riferirebbe alla diversa ipotesi in cui lo Stato membro decida di svolgere in proprio il servizio ferroviario, laddove nel caso di specie si tratta del servizio di collegamento marittimo a mezzo di aliscafi.

V) “Ancora *error in iudicando* sul terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti”.

L'appellante sostiene che il Tribunale avrebbe erroneamente richiamato a fondamento del proprio convincimento la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sezione X, 24 ottobre 2019, C-515/18, che però riguardava un affidamento diretto di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia, mentre la fattispecie in esame concerneva un trasporto veloce navale, a mezzo di aliscafi, di passeggeri, che come tale, non essendo trasporto ferroviario, non avrebbe potuto essere sottratto alle regole dell'evidenza pubblica.

VI) “*Error in iudicando* sul quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti: violazione e falsa applicazione dell'art. 59 d.lgs. n. 50 del 2016 - Violazione degli artt. 3, 41, 42 e 43 della Costituzione; violazione degli artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 e 222 del Trattato UE - Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in tema di concorrenza e libero mercato - Violazione e falsa applicazione dell'art. 47, comma 11 bis, del d.l. n. 50 del 2017 - Violazione dei principi nazionali e comunitari dell'evidenza pubblica - Violazione degli artt. 3, 4, 5 e 6 della legge n. 241 del 1990 - Motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia”.

Sul presupposto della natura provvedimentale della nota MIT prot. n. 31344/2018, recante l'affidamento diretto a Blufferies s.r.l. del servizio di cui si discute, l'appellante ripropone la censura di difetto di istruttoria, sbrigativamente ed erroneamente respinta dal Tribunale, in quanto quell'affidamento sarebbe avvenuto, da un lato, senza alcuna verifica della correlazione del servizio *de quo* con quello di trasporto ferroviario, della effettiva disponibilità di risorse finanziarie ai fini della gestione del servizio nel contratto di programma tra lo Stato e RFI e della capacità di quest'ultima di gestire anche tale servizio e, dall'altro lato, senza alcuna verifica circa l'impossibilità di affidare il servizio previa gara pubblica o di prorogare il contratto in essere al 30 settembre 2018.

VII) “*Error in iudicando* sul quinto motivo del ricorso per motivi aggiunti: violazione e falsa applicazione dell'art. 59 d.lgs. n. 50 del 2016 - Violazione degli artt. 3, 41, 42 e 43 della Costituzione - Violazione degli artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 e 222 del Trattato UE - Violazione delle direttive 2004/17/CE 2004/18/CE in tema di concorrenza e libero mercato - Violazione e falsa applicazione dell'art. 47, comma 11 bis, del d.l. n. 50 del 2017 - Violazione dei principi nazionali e comunitari dell'evidenza pubblica - Motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia”.

L'appellante insiste sull'illegittimità della nota MIT 31344/2018 per la contraddittorietà delle motivazioni addotte a giustificazione dell'affidamento contestato, sottolineando l'erroneità della tesi del Tribunale circa l'inapplicabilità al caso di specie dei principi nazionali e eurounitari in tema di concorrenza, trasparenza e *par condicio*, richiamando quanto già dedotto sub IV, e non mancando di rilevare nuovamente che sarebbe stata la stessa amministrazione a creare la situazione di urgenza, il che sotto altro concorrente profilo avrebbe reso contraddittoria l'indicata giustificazione di dover provvedere per assicurare la continuità del servizio.

VIII) “*Error in iudicando* sul sesto motivo del ricorso per motivi aggiunti: violazione e falsa applicazione dell'art. 59 d.lgs. n. 50 del 2016 - Violazione degli artt. 3, 41, 42 e 43 della Costituzione - Violazione degli artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 179 e 222 del Trattato UE - Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in tema di concorrenza e libero mercato - Violazione e falsa applicazione

dell'art. 47, comma 11 bis, del d.l. n. 50 del 2017 - Violazione dell'art. 7 legge n. 241 del 1990; motivazione erronea su un punto decisivo della controversia”.

Ad avviso dell'appellante le conclusioni della sentenza circa il rigetto del quarto (difetto di istruttoria) e sesto motivo aggiunto (contraddittorietà circa l'impossibilità di reperire risorse finanziarie per la proroga del contratto in scadenza al 30 settembre 2018) sarebbero manifestamente errate, giacché la stessa nota di RFI dell'8 ottobre 2018 smentiva la circostanza che Bluefferies s.r.l. avrebbe svolto il servizio senza alcun aggravio dei costi per il MIT, mentre non vi sarebbe stato alcun elemento a supporto della pretesa impossibilità di prorogare l'originario contratto per mancanza di fondi.

IX) “Sulla richiesta di rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di conformità ai principi comunitari di evidenza pubblica, *par condicio*, libera concorrenza, trasparenza e pubblicità dell'art. 47, comma 11 *bis*, d.l. n. 50 del 2017”: l'appellante, se e nella parte in cui dovessero ritenersi infondate le censure articolate con l'appello, insiste sulla richiesta di rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di conformità ai principi comunitari di evidenza pubblica, *par condicio*, libera concorrenza, trasparenza, pubblicità e proporzionalità dell'art. 47, comma 11 *bis*, d.l. n. 50 del 2017, atteso che risulterebbe palese l'assoggettabilità del servizio in questione ai principi comunitari dell'evidenza pubblica.

IV.2. Hanno resistito al gravame il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Blufferries S.r.l.

Il primo ha dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello, controdeducendo su ogni singolo motivo e concludendo per il suo rigetto.

Blufferries s.r.l., oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello, ha anche riproposto, ai sensi dell'art. 101, c.p.a., le eccezioni di inammissibilità del ricorso (e dei motivi aggiunti), sollevate in primo grado e non esaminate dal Tribunale.

V – L'individuazione della fattispecie controversa.

V.1. Come emerge dalla esposizione fin qui svolta, Liberty Lines s.p.a. contesta la legittimità dell'affidamento, diretto e senza gara, a RFI s.p.a. e per essa a Blufferries s.r.l. a decorrere dal 1° ottobre 2018 del servizio di collegamento marittimo veloce passeggeri nello Stretto di Messina tra i porti di Messina e Reggio Calabria.

Fino al 30 settembre 2018 il servizio era stato svolto da Liberty Lines s.p.a., giusta contratto sottoscritto il 24 giugno 2015 tra il MIT e Ustica Lines s.p.a., poi divenuta Liberty Lines s.p.a.

V.2. Alla scadenza contrattuale il MIT, oltre a non esercitare la facoltà, espressamente prevista, di prorogare il contratto, non ha neppure indetto la procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione del nuovo contratto, affidando direttamente e senza gara, il predetto servizio a RFI e, per esso a Blufferries s.r.l., in virtù della disposizione di cui al comma 11 bis dell'art. 47 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, a tenore del quale “*Al fine di migliorare la flessibilità dei collegamenti ferroviari dei passeggeri tra la Sicilia e la penisola, il servizio di collegamento ferroviario via mare di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e), del decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 138 T del 31 ottobre 2000 può essere effettuato anche attraverso l'impiego di mezzi navali veloci il cui modello di esercizio sia correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia, in particolare nelle tratte di andata e ritorno, Messina-Villa San Giovanni e Messina – Reggio Calabria, da attuare nell'ambito delle risorse previste a legislazione vigente destinate al Contratto di programma – parte servizi tra lo Stato e la società Rete ferroviaria italiana Spa e fermi restando i servizi ivi stabiliti*”.

V.3. Il decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 138 T del 31 ottobre 2000 ha rilasciato (art. 1) a Ferrovie dello Stato – Società Trasporti e Servizi per Azioni la concessione ai fini della gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale (alle condizioni stabilite nel presente atto e nel contratto di programma di cui all'articolo 5 del citato d.P.R. n. 277 del 1998), prevedendo (art. 1, comma 2) che la stessa avrebbe dovuto provvedere alla costituzione di apposita società per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale.

Secondo l'art. 2, lett. e), di tale decreto costituivano oggetto di concessione “il collegamento ferroviario via mare fra la penisola e, rispettivamente, la Sicilia e la Sardegna”.

VI. La normativa applicabile

VI.1. I servizi di trasporto marittimo, oggetto del contratto stipulato il 24 giugno 2015, sono sottoposti al principio di libera prestazione, per effetto del quale ciascun armatore dell'Unione può offrire servizi di cabotaggio tra i porti di qualunque Stato membro, come stabilito dal regolamento CEE 3577/1992; tale principio è derogabile (art. 4), prevedendosi la possibilità per gli Stati di imporre obblighi di servizio pubblico per il trasporto passeggeri e merci, da, tra e verso le isole, previa verifica del c.d. fallimento del mercato.

Il servizio di trasporto marittimo veloce passeggeri è pertanto in linea di principio assoggettato alle regole del Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. 50 del 2016), non rientrando nelle esclusioni specifiche di cui agli artt. 17 e 18 del predetto D. Lgs. n. 50 del 2016.

VI.2. Al contrario i servizi di trasporto ferroviario non sono assoggettati alle regole dell'evidenza pubblica.

VI.3. La disposizione di cui al comma 11 *bis* dell'art. 47 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, in virtù della quale il MIT ha affidato direttamente e senza gara il servizio di collegamento veloce passeggeri tra il porto di Messina e quello di Reggio Calabria, equipara o quanto meno consente di equiparare per legge il trasporto marittimo veloce passeggeri tra il porto di Messina e quello di Reggio Calabria a quello di trasporto ferroviario via mare tra la penisola e la Sicilia, di cui alla lett. e), dell'ar. 2, del decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 138 T del 31 ottobre 2000.

La predetta disposizione:

a) sotto un primo profilo, sottrae, ingiustificatamente e senza alcuna adeguata motivazione, soprattutto in ordine alla verifica del corretto funzionamento del mercato di riferimento ovvero circa una eventuale situazione di fallimento del mercato, al mercato e alle regole dell'evidenza pubblica l'affidamento del servizio di collegamento marittimo veloce passeggeri tra i porti di Messina e Reggio Calabria, in contrasto con le disposizioni degli artt. 17 e 18 del d. lgs. n. 50 del 2016 e del regolamento CEE 3577/1992;

b) sotto altro profilo, crea o appare creare o attribuire di fatto in favore di RFI, la società costituita dalla concessionaria Ferrovie dello Stato – Società Trasporti e Servizi per Azioni, quale società per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, un diritto speciale o esclusivo per la gestione del collegamento marittimo veloce passeggeri tra i porti di Messina e Reggio Calabria;

c) sotto ulteriore profilo è idonea a realizzare sempre in favore di RFI una misura di aiuto di stato, falsando o minacciando la concorrenza, tanto più che la previsione in esame non è temporalmente

limitata al reperimento delle risorse finanziarie necessarie per indire la procedura di evidenza pubblica per la relativa aggiudicazione.

Essa pertanto si pone in contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 101, 102, 106 e 107 TFUE.

VII - La questione pregiudiziale rimessa alla Corte di giustizia.

In considerazione di tutto quanto sopra esposto, stante la rilevanza – ai fini della decisione della controversia - della questione di compatibilità della predetta normativa con le indicate disposizioni eurounitarie, impregiudicata ogni altra decisione in rito e nel merito, si chiede alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi sulla seguente questione pregiudiziale:

“se osta al diritto eurounitario, e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell’ambito degli appalti pubblici di servizi, una norma come l’art. 47, comma 11 - bis, del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017, convertito in legge 21 giugno 2017, n. 96, che:

- equipara o quanto meno consente di equiparare per legge il trasporto marittimo veloce passeggeri tra il porto di Messina e quello di Reggio Calabria a quello di trasporto ferroviario via mare tra la penisola e la Sicilia, di cui alla lett. e), dell’art. 2, del decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 138 T del 31 ottobre 2000;

- crea o appare idonea a creare una riserva in favore di Rete ferroviaria italiana S.p.a. del servizio di collegamento ferroviario via mare anche attraverso l’impiego di mezzi navali veloci tra la Sicilia e la penisola”.

La segreteria della Sezione curerà pertanto la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell’Unione Europea, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo: Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925, Lussemburgo. In aggiunta alla presente ordinanza la Segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche la seguente documentazione: a) l’intero fascicolo di causa del primo e del secondo grado del giudizio; b) il testo integrale dell’art. 47, comma 11 - bis, del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 e della legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96, in vigore al momento dell’insorgenza della controversia.

In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rimette alla Corte di giustizia dell’Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell’Unione Europea.

Ordina che la presente ordinanza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall’art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla

legge 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dal d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO