



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8300 del 2009, proposto da:

Luigina Corte Corinello, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Racco e Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso Mario Racco in Roma, via Ugo De Carolis 101;

***contro***

Stefano Zandegiacomo Rizio' e Davide Zandegiacomo Rizio', rappresentati e difesi dall'avv. Luigi Garofalo, con domicilio eletto presso Luigi Garofalo in Roma, via Tacito, 41;

Comune di Auronzo di Cadore, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Prade e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare 14a/4;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 02430/2009, resa tra le parti, concernente affittanza del corpo principale di malga "Rin Bianco"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Stefano Zandegiacomo Rizio' e di Davide Zandegiacomo Rizio';

Visto l'appello incidentale del Comune di Auronzo di Cadore;

Viste le memorie difensive e gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Racco, Cacciavillani, Garofalo e Fant, per delega dell'avvocato Prade;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con la sentenza appellata il TAR Veneto ha accolto il ricorso proposto in primo grado da Stefano e Davide Rizio' Zandegiacomo per l'annullamento della delibera di Giunta municipale n. 76 del 25 maggio 2009, con la quale il Comune di Auronzo di Cadore ha disposto in favore di Luigina Corte Corinello il rinnovo del contratto di affitto del principale fabbricato della malga "Rin Bianco".

La sentenza è appellata da quest'ultima in via principale ed in via incidentale dalla civica amministrazione, con conformi conclusioni di riforma.

Si sono costituiti in resistenza i ricorrenti in primo grado.

All'udienza del 26 giugno 2012 la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1. Con la delibera impugnata in primo grado dagli odierni appellati il Comune di Auronzo di Cadore ha disposto in favore di Luigina Corte Corinello il rinnovo del contratto di affitto del principale corpo di fabbrica della malga "Rin Bianco", stipulato il 16 aprile 1998 ed avente scadenza al 30 settembre 2009.

Il TAR adito ha ritenuto che l'amministrazione comunale abbia con ciò violato le disposizioni di legge di contabilità di Stato (ed in particolare l'art. 37 del regolamento di contabilità di cui al R.D. n. 827/1924), nonché i principi di trasparenza e non discriminazione, in virtù dei quali la stipula di contratti attivi dello Stato e degli enti pubblici devono essere preceduti da procedure di evidenza pubblica per l'individuazione del contraente privato. Il Giudice di primo grado ha poi negato che il contratto in questione dia luogo ad attività privata dell'ente affittante e che lo stesso potesse ritenersi prorogato ope legis per effetto del disposto dell'art. 28 della legge n. 392/1978.

2. Tanto premesso, va esaminata con priorità l'eccezione con cui il Comune appellante incidentale assume la carenza di legittimazione ad agire in capo ai ricorrenti, sul duplice rilievo che gli stessi non avrebbero dimostrato di essere operatori del settore (della ristorazione) e che non potrebbero partecipare alla procedura ad evidenza pubblica di cui lamentano la mancata indizione, non avendo maturato alcuna esperienza nel settore della gestione di un'attività di somministrazione e vendita al pubblico di prodotti locali.

3. Al riguardo, occorre innanzitutto premettere che vertendosi in tema di condizione dell'azione, la legittimazione può fondarsi su una plausibile prospettazione in ordine alla titolarità dell'azione medesima, mentre la relativa fondatezza attiene al merito della domanda.

3.1 In forza di tali rilievi si rivela non conferente la pretesa mancanza di esperienza degli odierni appellati, giacché essa, anche se effettivamente sussistente, non impedisce in astratto la partecipazione ad una ipotetica procedura aperta avente con cui l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge al mercato per svolgere l'attività in questione.

3.2 Inoltre, Davide Riziò Zandegiacomo ha fornito dimostrazione di essere operatore del settore sulla base del "certificato per l'attività di somministrazione e vendita di prodotti alimentari" in data 22 gennaio 2008 rilasciato dalla Regione Veneto in proprio favore e prodotto in questo giudizio.

Sullo specifico punto, per rispondere alle obiezioni svolte dall'amministrazione appellante incidentale, è il caso di sottolineare che la corrispondenza dei contenuti della certificazione con l'attività oggetto del presente giudizio si ricava dall'inequivoca intitolazione di tale documento, che concerne appunto la somministrazione e vendita di prodotti alimentari.

Si rivelano allora fondate le considerazioni svolte nell'appello, a proposito della liberalizzazione del settore avviata dal d.l. n. 223/2006 ed attuata in detta Regione con l. n. 29/2007, il cui art. 4, comma 6, lett. a), ammette all'esercizio di tale attività i frequentatori di apposito corso di formazione regionale.

Il che peraltro concerne il predetto appellato e non già Stefano Riziò Zandegiacomo, che invece non ha fornito la prova di un titolo di legittimazione a partecipare alla procedura di affidamento della cui mancata indizione si duole e del quale va pertanto dichiarata, in parziale accoglimento dell'appello incidentale, la carenza di legittimazione attiva.

4. Scendendo al merito, va innanzitutto precisato che la sentenza di primo grado è criticata dalle parti appellanti sotto due profili.

Il Comune di Auronzo di Cadore ripropone la linea difensiva del giudizio di primo grado, sostenendo che la mancata indizione della gara è stata nel caso di specie motivata dalla sussistenza delle "speciali ed eccezionali circostanze" previste dall'art. 41, n. 6), r.d. n. 827 del 1924 per fare luogo alla stipula del contratto a trattativa privata.

Inoltre, entrambi in entrambi gli appelli si assume che il TAR abbia errato nel non accertare l'intervenuto rinnovo tacito ex artt. 27-29 l. n. 392/78 del contratto stipulato il 16 aprile 1998, in difetto di tempestiva disdetta da parte dell'ente pubblico affittante.

5. Nessuno dei motivi può essere accolto.

Il primo è palesemente contraddetto dal contenuto della delibera impugnata, nel quale non si fa in alcun modo menzione delle suddette eccezionali circostanze in forza delle quali sarebbe consentita la deroga all'obbligo di affidare il contratto previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica.

Si riferisce infatti dei lavori di ristrutturazione della Corte Corinello e della conseguente attrattiva turistica rappresentata dalla struttura, ma non si connette tale fatto alla deroga alla regola dell'evidenza pubblica contemplata dalla citata disposizione del regolamento generale di contabilità dello Stato.

Nel motivo in esame si afferma che la prosecuzione del rapporto con la predetta appellante consentirebbe *“di consolidare il maggior valore conseguito dall'immobile [...] di aumentare il canone [...] di ottenere l'esecuzione di alcuni lavori”*. Tuttavia, in disparte il fatto che con ciò si perviene ad una inammissibile integrazione postuma della motivazione dell'atto impugnato, è evidente che si tratta di finalità di interesse pubblico prive del carattere dell'eccezionalità, essendo, al contrario, rientranti nel fisiologico svolgimento del rapporto avente ad oggetto la gestione dell'immobile e perfettamente perseguibili mediante gara.

6. Anche il secondo motivo non può essere condiviso, non vertendosi nel caso di specie in una ipotesi di locazione assoggettata alla legge sull'equo canone.

La causa del contratto in questione deve infatti essere ricondotta allo schema dell'affitto ex art. 1615 e ss. c.c., visto l'obbligo dell'affittuario di gestire l'esercizio pubblico di somministrazione e vendita di prodotti locali all'interno del fabbricato. A tale causa possono essere aggiunti elementi propri del contratto di appalto, in ragione degli ulteriori obblighi di ristrutturazione del fabbricato assunti dalla medesima affittuaria: il tutto come si evince da una piana lettura del documento contrattuale, ed in particolare delle premesse e degli artt. 1, 2, 4, 5, 6, 7 e 9, così da dare luogo ad un contratto con causa complessa, con prevalenza degli elementi dell'affitto ai sensi della citata disposizione codicistica.

La riconducibilità dello schema contrattuale posto in essere dalle parti a quello sopra visto si coglie in particolare dall'elemento volontaristico, confluito nella causa negoziale attraverso la previsione di apposita obbligazione in capo alla parte privata, in base alla quale il bene oggetto di contratto avrebbe dovuto essere impiegato a scopi produttivi, conformemente alle sue caratteristiche. Da ciò si ricava dunque la prevalenza della finalità di utilizzo del bene in questione secondo criteri imprenditoriali, in luogo dello scopo, tipico della locazione, di mero godimento dello stesso.

6.1 A conferma di quanto ora osservato possono essere richiamati i rilievi svolti dallo stesso Comune di Auronzo di Cadore a sostegno dell'eccezione di inammissibilità sopra esaminata, e cioè l'asserita mancanza in capo ai ricorrenti in primo grado della qualità di operatori del settore e dei conseguenti requisiti soggettivi per partecipare all'ipotetica gara per l'affidamento dell'attività da esercitare nel fabbricato della malga “Rin Bianco”. Da essi si evince chiaramente che l'elemento che contraddistingue il contratto di cui si discute è proprio l'esercizio di un'attività di impresa, nella specie di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande

6.2 Ad ulteriore conforto della tesi qui sostenuta giova richiamare, sul piano strettamente letterale, la terminologia impiegata dalla stessa amministrazione odierna appellante: nella delibera giuntale impugnata si dà infatti atto della richiesta della Corte Corinello *“di ottenere l'affitto del bene per altri dodici anni”*; richiesta accettata dal Comune, che pertanto si è determinato nel senso di *“concedere alla Ditta Corte Corinello Luigina [...] l'affittanza del fabbricato principale di Malga Rin Bianco alle condizioni contenute nell'allegato schema di contratto...”*.

Risulta dunque richiamato il contratto di affitto e non già il diverso tipo costituito dalla locazione, al quale solo è applicabile l'ipotesi di rinnovo tacito ex lege prevista dall'art. 28 l. equo canone (in senso conf. Cass. Civ., sez. III, 10 gennaio 2008, n. 250, concernente l'ipotesi analoga di affitto di cave), poiché tale disposto è preordinato a preservare l'avviamento commerciale inerente il bene in sé, mentre nel caso dell'affitto è predominante l'elemento soggettivo costituito dall'attività imprenditoriale di organizzazione dei fattori produttivi che consente lo sfruttamento commerciale del bene, per l'affidamento della quale attività l'amministrazione non può prescindere dall'impiego dei moduli propri dell'evidenza pubblica.

7. Consegue dai rilievi sopra svolti che al di là della questione della legittimazione attiva di Stefano Riziò Zandegiacomo, il rigetto per il resto degli appelli e la conferma *in parte qua* della sentenza di primo grado.

In ragione della complessità delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente tra tutte le parti le spese di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge l'appello principale;
- accoglie in parte l'appello incidentale e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, dichiara il difetto di legittimazione attiva di Stefano Riziò Zandegiacomo, confermando per il resto la sentenza.

Compensa integralmente le spese di causa tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2012

IL SEGRETARIO

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

