

N. 00149/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00013/2012 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 il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 13 del 2012, proposto da:

L'Approdo di Busatto Gabriele & C. S.n.c., rappresentato e difeso dall'avv. Augusto Gandini, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, San Marco, 2922/A;

contro

Actv S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Zambardi, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, S. Croce, 205;

nei confronti di

Ferry Boat S.r.l. e Nordio Roberto, rappresentati e difesi dall'avv. Guido Barzazi, con domicilio eletto presso il suo studio in Mestre - Venezia, Corso del Popolo, 89;

per l'annullamento

- dell'esito, sancito nel verbale del 17.10.2011, della procedura indetta per la "locazione di spazi a bordo delle unità navali traghetto ACTV da destinare a servizio di bar/caffetteria";
- del provvedimento definitivo di aggiudicazione;
- del contratto stipulato tra ACTV ed il sig. Roberto Nordio per la locazione dei locali all'interno delle unità navali ACTV;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Actv S.p.A. e di Ferry Boat S.r.l. e di Nordio Roberto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2012 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società ricorrente ha partecipato alla procedura indetta da Actv Spa per la locazione di spazi a bordo delle unità navali traghetto da destinare a servizio di bar caffetteria, ed impugna l'aggiudicazione al controinteressato Sig. Roberto Nordio.

Propone le seguenti censure:

I) violazione e falsa applicazione del n. 3, lett. a) del bando,

travisamento, difetto dei presupposti e difetto di motivazione perché il controinteressato è privo delle licenze necessarie per l'esercizio dell'attività di bar caffetteria;

II) violazione e falsa applicazione degli artt. 19 e 20 del Dlgs. 12 aprile 2006, n. 163, perché, trattandosi di una concessione di servizi o di beni pubblici, difettano i presupposti per ricondurre ad un contratto di locazione il rapporto instaurato;

III) omessa considerazione che l'attività di bar caffetteria è un servizio pubblico svolto nell'ambito del servizio pubblico svolto da Actv, qualificabile come soggetto tenuto ad applicare le procedure ad evidenza pubblica.

Si sono costituiti in giudizio l'Actv e il controinteressato eccependo l'inammissibilità per difetto di giurisdizione del ricorso, perché il contratto di locazione non comporta l'obbligo di esperire una gara per la scelta del contraente, la tardività del medesimo, e chiedendone comunque la reiezione nel merito perché infondato.

L'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla convenuta non può essere condivisa.

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm., l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento di contratti relativi a lavori, servizi, e forniture, è individuato in base a nozioni di carattere soggettivo e oggettivo, tratte dal diritto sostanziale dei pubblici appalti.

Occorre infatti che vi sia una procedura di affidamento di pubblici

lavori, servizi, forniture, svolta da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

A tal fine va chiarita in primo luogo la natura giuridica di Actv Spa.

Actv Spa non è un ente pubblico e, contrariamente a quanto dedotto, non sembra poter essere qualificata come organismo di diritto pubblico, in quanto svolge attività di carattere commerciale.

Poiché Actv svolge la proprie attività nei settori speciali, in condizione di controllo da parte di enti pubblici, appare corretta la qualificazione come impresa pubblica che opera nel settore dei trasporti (cfr. l'art. 3, comma 28, e l'allegato VI E del Dlgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Dal punto di vista oggettivo il rapporto controverso non è qualificabile come un mero contratto di locazione.

Il servizio di bar – caffetteria a bordo dei mezzi navali, che ha carattere preminente dal punto di vista economico rispetto alla locazione, è l'oggetto principale del rapporto e appare strettamente connesso (Actv Spa e il controinteressato concordano nel definire tale servizio come accessorio a quello di trasporto di cui incrementa l'offerta qualitativa) alla gestione del servizio pubblico (cfr. artt. 210 e 217 del Dlgs. 12 aprile 2006, n. 163); per tale motivo il Collegio ritiene che non operi nel caso all'esame l'esclusione prevista per lo svolgimento, da parte di imprese pubbliche, di attività estranee ai

settori speciali che costituiscono il loro core business (cfr. a contrariis Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 1 agosto 2011, n. 16).

Sempre dal punto di vista oggettivo il rapporto controverso non è neppure qualificabile come un contratto di appalto, perché non è prevista la corresponsione di un corrispettivo per il conseguimento di un'utilità, ma va qualificato come concessione di servizi ai sensi dell'art. 30 del Dlgs. 12 aprile 2006, n. 163, che ha ad oggetto le stesse prestazioni dell'appalto di servizi, ma nella quale il corrispettivo consiste unicamente nella facoltà di sfruttare economicamente il servizio (in ragione del pagamento da parte dell'utenza, fermo restando che il rischio legato alla gestione del servizio ricade sul concessionario), e per la quale trova applicazione (cfr. 30, comma 3, cit.) l'obbligo di procedere alla scelta del concessionario nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Pertanto il valore di tale concessione non può essere determinato dalla previsione del canone indicato nella lex specialis della procedura, ma con riguardo alle utilità ed ai benefici economici che il concessionario può conseguire dalla gestione del servizio per tutta la durata del rapporto contrattuale (che la parte ricorrente, senza essere smentita sul punto, stima in oltre 800.000 euro; tale stima è indirettamente confermata dagli importi del canone annuo indicati

nelle offerte moltiplicata per gli anni di durata massima del rapporto).

Ne consegue che vi era l'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 30 del Dlgs. 12 aprile 2006, n. 163, e ciò comporta l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm..

Ciò detto in punto di giurisdizione, il ricorso deve essere dichiarato irricevibile per tardività.

Infatti anche se non può essere considerata come idonea a far decorrere i termini di impugnazione la laconica comunicazione dell'aggiudicazione (cfr. doc. 13 allegato al ricorso), perché priva di tutti gli elementi richiesti dall'art. 79 del Dlgs. 12 aprile 2006, n. 163, al Collegio pare debba considerarsi acquisita la prova della piena conoscenza della lesività degli atti impugnati dalla data del 15 novembre 2011.

In tale data infatti la parte ricorrente ha presentato un motivato preavviso di ricorso previsto dall'art. 243 bis del Dlgs. 12 aprile 2006, n. 163, dal quale emerge la sua piena consapevolezza del contenuto essenziale dell'atto impugnato e dell'eventuale sua illegittimità. In tale contesto la conoscenza integrale di tutti gli atti del procedimento, avvenuta successivamente a seguito della presentazione di una domanda di accesso, avrebbe potuto rilevare solo ai fini della proposizione dei motivi aggiunti.

Pertanto il ricorso, notificato il 22 dicembre 2011, deve considerarsi proposto tardivamente rispetto al termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 5, cod. proc. amm.

Per completezza vi è da soggiungere che il ricorso appare infondato anche nel merito, in quanto la *lex specialis* della procedura, laddove richiede “copia delle licenze necessarie per l'esercizio dell'attività”, si riferisce ai titoli abilitanti allo svolgimento dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, e non al possesso di una ulteriore ed autonoma licenza per un'attività di somministrazione di alimenti e bevande già avviata.

Infatti un tale requisito risulterebbe superfluo, tenuto conto che l'art. 9, comma 1, lett. h), della legge regionale 21 settembre 2007, n. 29, assoggetta l'attività all'interno dei mezzi di trasporto pubblico ad una mera dichiarazione l'inizio di attività, cosicché risulterebbe del tutto privo di utilità il requisito ulteriore della titolarità di una precedente attività già avviata, e la procedura attivata non si discosta da quella prevista dall'art. 30 del Dlgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In definitiva pertanto il ricorso deve essere dichiarato irricevibile per tardività.

Le spese di giudizio, tenuto conto delle peculiarità della controversia, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Stefano Mielli, Primo Referendario, Estensore

Marco Morgantini, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2012

IL SEGRETARIO

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