



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 344 del 2013, proposto da:

- Ferrovienord S.p.a. e F.N.M. S.p.a., in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro-tempore, rappresentate e difese dall'Avv. Guido Salvadori Del Prato, ed elettivamente domiciliate presso lo studio dello stesso in Milano, Via L. Manara n. 15;

contro

- l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, e domiciliata presso la sede della stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

per l'annullamento

- della deliberazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture n. 101 del 5 dicembre 2012, comunicata il 3 gennaio 2013 e di tutti gli atti presupposti, conseguenti o comunque connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto n. 260/2013 con cui è stata accolta, inaudita altera parte, la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

Vista l'ordinanza n. 323/2013 con cui è stata accolta, limitatamente, la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 2 luglio 2013, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 1 febbraio 2013 e depositato il 13 febbraio successivo, le società ricorrenti hanno

impugnato la deliberazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture n. 101 del 5 dicembre 2012, comunicata il 3 gennaio 2013, con cui è stata esclusa la natura strumentale dell'appalto riguardante il servizio sostitutivo della ristorazione aziendale mediante erogazione di buoni pasto rispetto all'attività del settore speciale nel quale opera Ferrovienord S.p.a., qualificata come organismo di diritto pubblico, ed è stata ritenuta illegittima la clausola del disciplinare che ha imposto alle partecipanti di fornire l'elenco di almeno un punto vendita già convenzionato in ciascuno dei Comuni delle linee di Ferrovienord, in ossequio al disposto di cui all'art. 285 del D.P.R. n. 207 del 2010.

A sostegno del ricorso sono state dedotte le censure di violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 26, del D. Lgs. n. 163 del 2006, di eccesso di potere per travisamento dei fatti e presupposti, difetto di istruttoria e motivazione. È stato altresì chiesto il risarcimento dei danni.

Con decreto n. 260/2013 è stata accolta, inaudita altera parte, la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare.

Si è costituita in giudizio l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, che ha chiesto il rigetto del ricorso. Con successiva memoria è stata eccepita l'inammissibilità del ricorso in quanto l'atto impugnato non avrebbe natura provvedimentoale.

Con ordinanza n. 323/2013 è stata accolta, limitatamente all'oscuramento della deliberazione impugnata dal sito internet dell'Autorità, la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti ricorrenti hanno depositato una memoria con cui hanno replicato all'eccezione di inammissibilità del ricorso e ribadito le richieste contenute nel ricorso.

Alla pubblica udienza del 2 luglio 2013, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, va esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'avvocatura erariale e fondata sull'assunto che l'atto impugnato non abbia natura provvedimentoale.

2. L'eccezione è meritevole di accoglimento.

Le prerogative esercitate dall'Autorità resistente con la deliberazione impugnata traggono la loro fonte dalle disposizioni contenute, in particolare, nei commi 7 e 9 dell'art. 6 del D. Lgs. n. 163 del 2006, espressione di un principio secondo cui in capo alla predetta Autorità è intestato "un potere di vigilanza sull'intero sistema dei lavori pubblici, dovendo la stessa assicurare l'osservanza dei principi di efficienza, efficacia, tempestività, trasparenza e correttezza nella materia dei lavori pubblici" (Consiglio di Stato, VI, 3 maggio 2010, n. 2503).

Tuttavia tale potere di vigilanza concretamente esplicito nei confronti della ricorrente Ferrovienord S.p.a. non ha assolutamente prodotto conseguenze lesive della sfera giuridica delle stesse, avendo l'Autorità espresso sostanzialmente un proprio "avviso" sulla vicenda, inidoneo, in quanto tale, a produrre direttamente ed immediatamente un pregiudizio, non avendo l'atto impugnato natura provvedimentoale, attesa l'esclusiva funzione di "contributo utile all'orientamento dei comportamenti degli operatori del settore dei lavori pubblici" (Consiglio di Stato, VI, 3 maggio 2010, n. 2503).

Tale conclusione appare condivisa da una consolidata giurisprudenza secondo cui siffatta tipologia di deliberazioni, al cui novero appartiene anche quella impugnata, "non ha carattere imperativo poiché (...) l'Autorità non è stata dotata del potere di modificare autoritativamente le situazioni da esse repute contra legem (...). In definitiva, la delibera impugnata, costituisce soltanto, una, per quanto autorevole, opinione dell'Autorità, inidonea,

come tale, ad arrecare un concreto pregiudizio nella sfera giuridica dell[e] ricorrent[i]” (T.A.R. Lazio, Roma, I, 21 febbraio 2012, n. 1730; altresì, II quater, 18 giugno 2013, n. 6094).

2.1. Le conclusioni raggiunte in precedenza non appaiono smentite nemmeno dalla circostanza, peraltro soltanto allegata dalle ricorrenti, ma non provata, che la qualificazione di Ferrovienord S.p.a. come organismo di diritto pubblico sarebbe suscettibile di creare un danno economico alle medesime società ricorrenti – legati anche alla quotazione in Borsa di F.N.M. S.p.a. – e agli azionisti delle stesse, atteso che non risulta precluso alle predette società di discostarsi dal parere dell’Autorità di Vigilanza, senza alcuna conseguenza diretta in ordine alla validità ed efficacia degli atti compiuti in tal senso.

3. In ragione delle suesposte considerazioni, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile stante la natura non provvedimentale dell’atto impugnato.

4. In ragione delle peculiarità della controversia, tenuto anche conto dell’esito della fase cautelare, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 2 luglio 2013 con l’intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/09/2013

IL SEGRETARIO

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