



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 792 del 2012, proposto da:

Mercatore Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Mastrangelo, Massimo De Luca, con domicilio eletto presso Giacomo Carbone in Catanzaro, via Milano, 15 Bis;

contro

Comune Di Tropea, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Spataro, con domicilio presso cancelleria TAR Catanzaro;

nei confronti di

Porto Di Tropea Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Matteo Baldi, Domenico Colaci, con domicilio presso cancelleria TAR Catanzaro;

per l'annullamento

1) delibera della giunta comunale di Tropea n° 119 del 2.7.2012 avente ad oggetto: "comune di Tropea/società porto di Tropea spa - affidamento concessione provvisoria; proposta al consiglio comunale di revoca delibera di consiglio comunale n° 42/2010";

2) atto a firma del funzionario responsabile dell'area n° 5 (urbanistica) del comune di Tropea, di cessazione del servizio affidato alla ricorrente, ai sensi della determina n° 154 del 29.11.2011;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune Di Tropea e di Porto Di Tropea Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2013 il dott. Emiliano Raganella e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la Mercatore s.r.l. esponeva che, in data 29 novembre 2011, si aggiudicava la gara per lo svolgimento del servizio della nautica da diporto c/o il porto turistico di Tropea e il

porto di Cetraro.

Il capitolato di gara, nonché la determina di aggiudicazione definitiva, limitavano la durata del servizio ad un periodo di cinque mesi, dal 1 dicembre 2011 al 30 aprile 2012.

L'art. 5 comma 4 del capitolato prevedeva che, alla scadenza del contratto, l'impresa aggiudicataria era vincolata alla continuità del servizio per un periodo massimo di mesi sei, qualora la nuova procedura concorsuale, per la scelta del contraente, non si fosse conclusa nei tempi stabiliti dalla stazione appaltante.

Dopo la scadenza naturale del contratto, avvenuta in data 30 aprile 2012, la ricorrente continuava l'affidamento del servizio in regime di prorogatio.

Con la delibera n. 119 del 12 luglio 2012 la Giunta del Comune di Tropea dava mandato al Responsabile Area Urbanistica di rilasciare in favore della Società Porto di Tropea una concessione demaniale provvisoria. Con nota n. 10994 del 12/07/2012 il responsabile dell'area urbanistica del Comune di Tropea comunicava alla ricorrente che, a far data dal 14 luglio 2012, cessava dal servizio affidatogli con la determina del 29/11/2011.

Avverso la delibera di G.M. e la nota n. 10994 insorgeva la ricorrente chiedendone l'annullamento, previa sospensiva.

Si costituivano in giudizio il Comune di Tropea e il Porto di Tropea s.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 23 agosto 2012 la causa veniva rinviata al merito.

All'udienza pubblica del 5 luglio 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

Il Collegio, in via preliminare, ritiene di soffermarsi sull'eccezione di giurisdizione sollevata dal Comune di Tropea.

Il Comune di Tropea richiama l'art. 133 co.1 lett. e) c.p.a. che, riproducendo sostanzialmente quanto previsto dall'art. 33 comma 2 lett.d) d.lgs. 80/1998, limita la giurisdizione esclusiva alle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, con esclusione, dunque, delle controversie attinenti alla fase dell'esecuzione di natura tipicamente privatistica.

L'eccezione è infondata.

In primo luogo l'art. 133 co. 1 lett. e) richiamato dalla ricorrente, trova applicazione per l'affidamento di un appalto di pubblico servizio mentre, nel caso di specie, viene in rilievo l'affidamento di un pubblico servizio e, specificamente, la gestione del porto turistico e dei servizi connessi. Sulla natura di pubblico servizio della gestione del porto turistico si è pronunciato, nel caso in esame, il Consiglio di Stato, sez. VI, che, con sentenza n.6448/2012, condivisa da questo Collegio, in riforma della sentenza TAR n.1422/2011, ha qualificato il servizio da nautica di porto quale servizio pubblico locale di rilevanza economica.

In tale senso depone, infatti, l'articolo unico del D.M. 31 dicembre 1983 che, al n. 14, elenca tra i servizi pubblici locali i "*servizi turistici diversi: stabilimenti balneari, approdi turistici e simili*", così confermando che la gestione del porto turistico ben può essere considerato un servizio pubblico locale. La natura di servizio pubblico, peraltro, non è esclusa dal fatto che il porto turistico non è utilizzato da una collettività indifferenziata, ma da una fascia ristretta di utenti, atteso che si tratta comunque di un servizio rivolto ad un numero indeterminato di soggetti, verso corrispettivo.

Nel caso in esame, la giurisdizione del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., si radica per il fatto che l'amministrazione resistente con il provvedimento impugnato ha esercitato un potere unilaterale di chiaro stampo autoritativo in quanto non previsto in alcuna fonte negoziale intercorsa tra le parti.

L'eccezione pertanto deve essere respinta.

Sempre in via preliminare l'amministrazione resistente eccepisce la carenza di interesse al ricorso sotto diversi profili.

Sotto un primo profilo, sul presupposto che il periodo di durata dell'affidamento ed anche il periodo di proroga sono, allo stato, abbondantemente trascorsi, l'amministrazione resistente deduce che il ricorrente non trarrebbe alcuna utilità dall'annullamento degli atti impugnati.

L'eccezione deve essere disattesa in quanto con l'odierno ricorso la ricorrente, oltre a chiedere l'annullamento del provvedimento impugnato, chiede il risarcimento dei danni per il periodo in cui la società non ha potuto operare.

Sotto un secondo profilo, assume l'amministrazione, la ricorrente non avrebbe interesse in quanto la determina di aggiudicazione definitiva e il successivo contratto risultano illegittimi per violazione dell'esecutività della sentenza del Tar n.1422/2011 che avrebbe annullato gli atti presupposti alla determina.

La censura è strumentale e infondata in quanto, a tacere del fatto che la sentenza del Tar invocata dalla resistente è stata riformata dal Consiglio di Stato con la pronuncia n.6448/2012, l'amministrazione, a seguito della sentenza di primo grado, avrebbe potuto annullare in autotutela la delibera di aggiudicazione affetta da invalidità derivata che, invece, è ancora valida ed efficace.

Sotto un ulteriore profilo, la ricorrente sarebbe carente di interesse in quanto i provvedimenti impugnati riguarderebbero la concessione demaniale, strumentale alla gestione del porto turistico, mentre l'oggetto dell'appalto affidato alla ricorrente sarebbe un appalto di servizi in quanto le prestazioni sono rivolte all'amministrazione.

L'eccezione è infondata.

Come già precisato in precedenza, il servizio affidato alla ricorrente è il servizio della nautica da diporto che è, a tutti gli effetti, un servizio pubblico. E' la stessa amministrazione, peraltro, che nella nota n.10994 del 12/07/2012, comunicava alla ricorrente la cessazione dell'affidamento della gestione del servizio di nautica da diporto e, contestualmente, che nell'espletamento del servizio, sarebbe subentrata la società Porto Tropea, con ciò sottintendendo una successione senza soluzione di continuità nella gestione del medesimo servizio.

Con l'ultimo profilo l'amministrazione deduce la carenza di interesse della ricorrente in quanto la delibera della G.M. n.119 del 2 luglio 2012 non sarebbe lesiva trattandosi di mero atto di proposta nei confronti del Consiglio Comunale.

Anche tale censura è strumentale e infondata in quanto la ricorrente impugna anche la nota del 12 luglio 2012, certamente lesiva, in quanto con essa il responsabile dell'area urbanistica del Comune di Tropea le comunicava che, a far data dal 14 luglio 2012, cessava dal servizio affidatogli con la determina del 29/11/2011.

Nel merito il ricorso è fondato.

Il capitolato di gara, all'art. 5 comma 4, prevedeva un termine di durata del servizio di cinque mesi con vincolo per l'impresa aggiudicataria alla continuità del servizio per un ulteriore periodo massimo di sei mesi qualora la nuova procedura concorsuale per la scelta del contraente non si fosse conclusa nei termini stabiliti dalla stazione appaltante.

Alla scadenza naturale del servizio, avvenuta in data 30 aprile 2012, la ricorrente, in forza della previsione di cui all'art. 5 del capitolato, con nota 17 aprile 2012, comunicava all'amministrazione resistente la prosecuzione nell'erogazione del servizio.

Successivamente, la G.M. in data 2 luglio 2012, con un'articolata delibera, riteneva che, nelle more della predisposizione del bando di gara europeo per l'affidamento della concessione demaniale, era opportuno rilasciare una concessione demaniale in via provvisoria alla Porto di Tropea s.p.a .

Con nota n.10994 del 12 luglio 2012, il responsabile dell'area urbanistica del Comune resistente, sul presupposto dell'imminente rilascio in favore della Porto Tropea s.p.a. della concessione demaniale, comunicava alla ricorrente la cessazione del servizio che stava svolgendo in regime di prorogatio.

Il Collegio, in primo luogo ritiene che non ricorresse alcuna ragione di urgenza tale da indurre l'amministrazione a rilasciare alla società Porto di Tropea s.p.a. la concessione demaniale provvisoria atteso che, fino al 31.10.2012, l'erogazione dei servizi portuali era assicurata dalla ricorrente.

In secondo luogo, la decisione unilaterale dell'amministrazione resistente di far cessare il servizio erogato dalla ricorrente è avvenuta al di fuori dei presupposti previsti dall'art. 5 del capitolato. Tale disposizione, infatti, prevedeva un regime di prorogatio di sei mesi qualora la nuova procedura concorsuale per la scelta del contraente non si fosse conclusa. Nel caso di specie, il bando di gara per il rilascio della concessione demaniale marittima non era stato neanche predisposto sicché, non essendosi verificata la condizione legittimante prevista nel capitolato, la ricorrente era legittimata a continuare in regime di prorogatio la gestione del servizio in esame.

A ciò si aggiunga che, con l'inizio del regime di prorogatio, avvenuto in data 30 aprile 2012, a cui l'amministrazione non si opponeva, nella ricorrente si ingenerava il legittimo affidamento alla prosecuzione del servizio fino al 30 ottobre 2012, che l'amministrazione, con il comportamento tenuto, ha illegittimamente violato.

L'accoglimento di tale censura, determinando una radica e sostanziale illegittimità della nota n.10994 del 12/07/2012 impugnata, fa venire meno l'interesse della ricorrente all'esame degli altri motivi che pertanto si dichiarano assorbiti.

La delibera di Giunta Municipale, impugnata con le medesime censure, invece, si limitava a conferire il mandato al Responsabile Rea Urbanistica di rilasciare in favore della società Porto di Tropea s.p.a. di una concessione demaniale provvisoria mentre il Responsabile, con la nota n.10994, andava ben oltre, decidendo la cessazione del servizio esercitato in regime di prorogatio dalla ricorrente. Per questa ragione i motivi avversi la delibera della Giunta Municipale devono essere dichiarati improcedibili, in quanto atto non lesivo dell'interesse della ricorrente alla prosecuzione del servizio.

Con riferimento alla quantificazione dei danni, poiché l'art. 5 del capitolato prevedeva un canone mensile di € 16.000 e restavano ancora quattro mesi alla scadenza naturale della proroga, deve essere riconosciuto alla ricorrente, a titolo di danno emergente, l'importo di € 48.000,00, oltre agli interessi al tasso legale dal dovuto al saldo

La domanda di risarcimento dei danni da lucro cessante deve essere invece rigettata in quanto generica e non provata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato nei termini di cui in motivazione..

Condanna l'amministrazione resistente al risarcimento dei danni nei confronti della ricorrente nei limiti di cui in motivazione.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento in favore della ricorrente delle spese e competenze di giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila/00).

Compensa le spese di lite tra la controinteressata, costituitasi in giudizio, e la ricorrente.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente FF

Alessio Falferi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/09/2013

IL SEGRETARIO

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