



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1522 del 2011, proposto da:
Spalluto Michela, rappresentata e difesa dall'avvocato Adriano Tolomeo, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Abbamonte in Roma, via
degli Avignonesi, 5;

contro

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Schiano e Luciano
Ancora, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Rosario Schiano in
Roma, via del Babuino, 107;

nei confronti di

Francesco Caniglia, non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE I
n. 2658/2010, resa tra le parti, concernente affitto di locali interni alla stazione
ferroviaria per l'apertura di un punto di ristoro.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2013 il Cons. Silvia La Guardia e uditi per le parti gli avvocati Tolomeo e Ancora;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con il ricorso di primo grado, la signora Michela Spalluto, premesso di aver inoltrato a Ferrovie del Sud Est (di seguito FSE) in data 25 febbraio 2009 un'istanza volta ad ottenere la gestione in uso dei locali ubicati all'interno della stazione ferroviaria di Campi Salentina, per l'apertura di un punto di ristoro con annessa tabaccheria e, in mancanza di riscontro, successiva diffida del 22 marzo 2010, ha impugnato la nota del 30 marzo 2010 con cui FSE le ha comunicato di non aver potuto accedere alla richiesta, per aver "già espresso parere favorevole ad altra analoga istanza precedentemente pervenuta", nonché gli atti presupposti ed, in particolare, l'atto di affidamento e il contratto eventualmente stipulato, deducendo la violazione delle regole sull'evidenza pubblica, l'omessa applicazione dell'art. 27 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la carenza di istruttoria e di motivazione, la violazione del giusto procedimento e l'erronea presupposizione in fatto.

2.- L'adito Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, premesso in punto di fatto che "*a seguito della costituzione in giudizio della resistente, emergeva come, in data 4 novembre 2009, la stessa avesse stipulato un contratto annuale di gestione del bene in oggetto con il Sig. Francesco Caniglia, sulla base della richiesta presentata in data 24 febbraio 2009 e sulla base di un parere puramente verbale degli organi preposti*", ha respinto il ricorso ritenendo che pur non potendo, in via generale, "*sussistere dubbi in ordine alla necessità di riportare*

la Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. alla categoria di “organismo di diritto pubblico” prevista dall’art. 3, 26° comma del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”, la concreta fattispecie negoziale dovesse “essere inquadrata all’interno dell’ordinaria tipologia contrattuale della locazione e non nella tipologia pubblicistica della concessione di servizio pubblico” e fosse “sostanzialmente assente un qualche elemento che possa portare a concludere per lo svolgimento da parte del controinteressato di una qualche forma di servizio pubblico, nell’interesse della migliore organizzazione del servizio”, dandosi il caso di una normale attività commerciale in mera connessione logistica col servizio pubblico, avendo “sede in un luogo destinato al servizio pubblico”, ma senza contribuire al servizio stesso.

3.- Con il presente appello, la signora Spalluto ripropone le censure disattese e denuncia l’erroneità e contraddittorietà della sentenza, sostenendo, in sintesi:

- che la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di contratti sottoscritti da organismi di diritto pubblico può sussistere solo ove si riconosca che si verte in ipotesi soggette alle regole di evidenza pubblica e che la contraddizione è superabile avendo riguardo al reale contenuto del contratto e degli oneri che esso comporta per le parti;

- che dalle previsioni contrattuali emerge che FSE si è determinata alla conclusione del contratto per garantire un’attività funzionale e integrativa del servizio pubblico di trasporto, dichiaratamente mirata a soddisfare le esigenze degli utenti del servizio ferroviario e rivolti, in parte, al personale dipendente, attraverso il sistema degli sconti, ed il contratto, comprensivo di differenti prestazioni in capo al privato, che singolarmente prese, ovvero nel loro coagire, sono del tutto estranee alla schema della locazione, comporta l’affidamento di beni e/o servizi, nonché di lavori (per la parte relativa alla ristrutturazione dei locali e alle migliorie da apportare agli stessi) ed ha, quindi, natura mista;

- che il Tar ha ommesso di considerare il denunciato vizio istruttorio e motivazionale, trascurando che alla stipula del contratto FSE è giunta senza aver posto in essere alcuna attività istruttoria e senza motivare le ragioni che hanno giustificato la scelta del contraente; non potrebbe rilevare il parere che l'odierna appellata ha dichiarato di aver reso in senso favorevole all'accoglimento dell'istanza del controinteressato, prima che giungesse, dopo pochi giorni, quella della signora Spalluto, vuoi perché di tale parere non v'è traccia, vuoi perché la sopravvenienza della seconda istanza ben nove mesi prima della stipula del contratto avrebbe dovuto indurre FSE a riconsiderare il parere, laddove effettivamente intervenuto, in modo da assicurare il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza;
- l'onere di applicare i principi in materia di concorrenza e parità di trattamento non potrebbe essere escluso in ragione del valore attribuito al canone annuo, atteso, per un verso, che esso non tiene conto del costo dei lavori di cui il concessionario è onerato e che il contratto, pur avendo durata annuale è rinnovabile, con conseguente moltiplicazione del valore medesimo e, per altro verso, che costituisce pacifico orientamento giurisprudenziale quello secondo cui la forza cogente dei principi di derivazione comunitaria in materia di concorrenza ne impone l'applicazione anche alle procedure c.d. sotto soglia.

In via subordinata, ove il contratto fosse da considerarsi di locazione, l'appellante chiede la riforma della sentenza in punto di giurisdizione, con conseguente riconoscimento della conoscibilità della controversia da parte del giudice ordinario e rimessione al medesimo della causa ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm..

Resiste l'appellata, che eccepisce il difetto di giurisdizione e sostiene l'infondatezza dell'appello in considerazione dell'inapplicabilità, nella specie, del codice degli appalti, in primo luogo per la qualità soggettiva di FSE ed in secondo luogo per gli importi della locazione; soggiunge che, in ogni caso, non potrebbe trovare applicazione l'art. 27 d.lgs. n. 163 del 2006 in quanto prevede che l'affidamento sia

preceduto da un invito ad almeno cinque concorrenti e nella specie non vi erano cinque soggetti da poter invitare e la società non avrebbe saputo a chi rivolgersi, comunicando la disponibilità a cedere in locazione l'immobile da adibire a bar; la fattispecie contrattuale sarebbe riconducibile alla locazione e doverosamente FSE non avrebbe esaminato la proposta della odierna appellante avendo già accettato la proposta del signor Caniglia ed essendo, così, uscito dalla sua disponibilità il bene oggetto della richiesta; né vi sarebbe stata disparità di trattamento, avendo FSE, con la nota impugnata, offerto alla signora Spalluto la disponibilità di locali commerciali in altre stazioni ferroviarie.

L'appellata ha dimesso memoria e l'appellante atto di replica, indi la causa è stata posta in decisione all'udienza del 19 febbraio 2013.

4.- La controversia riguarda un contratto stipulato da FES in ordine al quale l'odierna appellante, prioritariamente ripropone le censure di violazione delle regole dell'evidenza pubblica e, in particolare, dell'art. 27 d.lgs. n. 163 del 2006.

La sentenza di primo grado ha affermato che FSE rientra nella categoria degli organismi di diritto pubblico e in tale parte essa non è stata impugnata. Posto, dunque, che si rientra nell'ambito di applicazione soggettiva del codice e del diritto comunitario, occorre esaminare i contenuti del contratto per valutare se la fattispecie sia soggetta ai principi in materia di evidenza pubblica nonché alla disposizione in particolare segnalata.

La natura non strettamente privatistica di mera locazione si desume chiaramente dal tenore del contratto stipulato in data 4 novembre 2009 tra FSE e la ditta Caniglia Francesco (cfr. doc. 1 della produzione di primo grado, depositata il 22 giugno 2010, di FSE), il cui art. 1, intitolato "oggetto del contratto" indica che "FSE mette a disposizione della ditta il complesso dei locali ... per la produzione del servizio di ristorazione per l'esigenza dei viaggiatori, nonché della rivendita di generi di privativa e pubblicazioni editoriali nella stazione di Campi Salentina. La

struttura e le destinazione dei locali, i tipi di servizi da fornire alla clientela, le attrezzature e gli arredi dovranno essere predisposti e organizzati sotto la direttiva di FSE allo scopo del miglior soddisfacimento delle esigenze dei viaggiatori”; il contratto prevede inoltre che “la ditta è obbligata a mantenere in condizioni di pulizia il pavimento dell’intero atrio biglietteria, sala d’attesa e quant’altro adibito a luogo di accesso al pubblico interno ed esterno della stazione” (art.4), l’obbligo della ditta ad attenersi, nella conduzione dell’esercizio, alle “prescrizioni che al riguardo FSE potesse impartire”, la necessità di autorizzazione di FSE per consentire alla ditta di “essere coadiuvata nella conduzione dell’esercizio da persona di Sua fiducia in possesso dei requisiti richiesti”, il controllo di FSE sugli introiti di esercizio e sulla gestione contabile (art. 5), il diritto di FSE “di controllare i prezzi di vendita al pubblico e di richiedere tutte quelle modificazioni che, a proprio discrezionale giudizio, ritenesse giusto” (art. 7), gli orari di apertura e chiusura in funzione degli orari dei treni (apertura almeno mezz’ora prima del primo treno e fino a mezz’ora dopo l’ultimo), con facoltà di FSE di “modificare insindacabilmente tale orario in funzione delle esigenze del servizio” (art. 11), l’interferenza di FSE in ordine ai generi di consumo in funzione delle “necessità dell’utenza” (art. 13), riduzioni di prezzo per il personale FSE ed altri specificati (art. 16), la non ammissione del passaggio del pubblico non munito di biglietto dall’esterno della stazione alla parte dei locali del bar comunicanti con il piazzale interno e viceversa (art. 24), il mantenimento nei locali del quadro orari dei treni (art. 25), la riserva a FSE della pubblicità per conto terzi sulle pareti dei locali del bar (art. 26).

I contenuti specifici del contratto, che vanno ben oltre la cessione della mera detenzione dell’immobile e prevedono un’ingerenza delle FSE non giustificata dal un mero rapporto di locazione, evidenziano che il contratto stipulato è caratterizzato dalla volontà di garantire un servizio attinente ai viaggiatori.

La stessa appellata, del resto, puntualizza che era *“interessata esclusivamente ad offrire celermente un servizio, in parte indispensabile, volto alla commercializzazione dei biglietti di trasporto dell’azienda, in parte utile e più volte richiesto dall’utenza”*.

Non vi è, quindi, una mera connessione logistica dovuta alla collocazione in locali destinati al servizio pubblico ma una chiara connessione funzionale, ponendosi il servizio di ristorazione come integrativo del servizio ai viaggiatori

Il servizio di ristorazione è incluso nell’Allegato II –B (cat. 17) cui si riferisce il primo comma dell’art. 20 d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163 (inserito nel Titolo II *“Contratti esclusi in tutto o in parte”*), comma secondo cui si applicano solo le specificate norme del codice (artt. 65, 68 e 225); il successivo art. 27 (*“Principi relativi ai contratti esclusi”*) stabilisce che *“l’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture esclusi, in tutto o in parte dall’applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto”*; ai principi di matrice comunitaria si riferisce anche il terzo comma dell’art. 30 (*“Concessione di servizi”*) secondo cui *“La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tal numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione e con predeterminazione dei criteri selettivi”*.

Ne deriva, in una lettura coordinata, che ai servizi di cui all’Allegato II –B, si applicano ex art. 20, comma 1, solo gli artt. 65,68 e 225 del codice ma sono comunque applicabili *ex ante* i principi del trattato (sia che si tratti di rapporto di appalto sia che si tratti di concessione).

La giurisprudenza (cfr., in particolare, Cons. Stato Ad. plen. 1 agosto 2001, n. 16), sulla premessa che tanto gli appalti *“sotto soglia”*, che fruiscono di una

temporanea esenzione, che gli appalti e le concessioni di servizi “esclusi”, che fruiscono di un regime di parziale esenzione, rientrano negli scopi del diritto comunitario, è orientata nel senso di ritenere che l’art. 27 d.lgs. citato estende l’applicazione dei principi del Trattato anche ai contratti esclusi, per ragioni di soglia o di oggetto, intendendo porre un principio di rispetto delle regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, da parte dei soggetti tenuti al rispetto del codice degli appalti.

Nella specie, dunque, non si poteva addivenire alla stipula del contratto in questione in spregio ai principi di trasparenza ed imparzialità, omettendo una comparazione tra le offerte presentate.

Da quanto esposto discendono l’ascrivibilità della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo e la fondatezza dell’appello, che va accolto, con riforma della sentenza gravata nel senso dell’accoglimento del ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull’appello n. 1522 del 2011, lo accoglie e, in riforma della gravata sentenza n. 2658 del 2010, accoglie il ricorso di primo grado n. 815 del 2010.

Condanna Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., in persona del legale rappresentante, a rifondere all’appellante le spese del doppio grado di giudizio che liquida in complessivi e 7.000,00 (settemila) oltre i.v.a. e c.p.a. come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2013 con l’intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere
Silvia La Guardia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/10/2013

IL SEGRETARIO

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