

Pubblicato il 02/02/2021

N. 00965/2021REG.PROV.COLL.

N. 09791/2019 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 9791 del 2019, proposto da Pompei Tour Organizer S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luciano Improta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Eav-Ente Autonomo Volturno S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

I Longobardi s.a.s. di Avagliano Marianeve & C., in persona del legale rappresentate *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giancarlo Addezio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanna Corrias Lucente in Roma, v.le Sistina n. 121;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania – Sede di Napoli, Sezione Terza, 15 luglio 2019, n. 3912, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente Autonomo Volturmo s.r.l. e di I Longobardi s.a.s. di Avagliano Marianeve & C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2020 il Cons. Giorgio Manca, nessuno comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. - La *Pompei Tour Organizer s.r.l.* riferisce di aver stipulato, in data 14 settembre 2011, un contratto di locazione della durata di 6 anni, con la *Circumvesuviana S.r.l.* (attualmente trasformata in Ente Autonomo del Volturmo – *E.A.V. s.r.l.*), avente ad oggetto *«l'ex alloggio della stazione di Pompei Scavi [...] con l'impegno di assumere a proprio carico l'onere della gestione dei bagni pubblici ubicati al piano interrato del citato impianto ferroviario»*, al fine di svolgere l'attività commerciale di *«centro di accoglienza e servizi, presentazione e vendita di prodotti tipici locali e artigianali e spazio deposito»*. Veniva pattuito il canone annuo di euro 20.760,00. Il 9 maggio 2012, la locatrice *Circumvesuviana S.r.l.* e la *Pompei Tour Organizer* stipulavano un ulteriore atto (denominato concessione), avente il medesimo oggetto, salva la previsione di una maggiorazione del canone mensile.

2. - Con avviso di gara pubblicato il 12 ottobre 2018, l'Ente Autonomo del Volturmo (*E.A.V.*) s.r.l. indiceva la procedura per l'affidamento della *«concessione del servizio di custodia, gestione e pulizia dei bagni pubblici e deposito bagagli nella Stazione di Pompei Scavi (Villa dei Misteri) dell'E.A.V. S.r.l.»*.

Con provvedimento del 28 gennaio 2019, la gara veniva aggiudicata alla società *I Longobardi s.a.s.*

3. - L'avviso di gara e l'aggiudicazione sono stati impugnati dalla *Pompei Tour Organizer s.r.l.* con due separati ricorsi innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania. Con sentenza del 15 luglio 2019, n. 3912, il Tribunale (previa reiezione della eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, in quanto l'interesse andava individuato nel contestare in radice l'indizione della gara) ha ritenuto infondate tutte le censure.

In particolare, il primo giudice ha osservato:

- che il passaggio dal contratto di locazione alla concessione era giustificato dalla decisione di offrire il servizio a terzi (l'utenza) e di porre a carico del pubblico il prezzo del servizio; per cui non si potrebbe affermare che l'atto di concessione stipulato nel maggio 2012 sia ripetitivo del contenuto del contratto di locazione del 14 settembre 2011 (sopra citato);
- che la concessione da ultimo richiamata fissava la sua durata dal 2 maggio 2012 al 14 settembre 2017, con scadenza coincidente con la scadenza del contratto di locazione dell'immobile del 14 settembre 2011;
- i beni oggetto della concessione, e del successivo avviso di gara impugnato, appartengono al patrimonio indisponibile dell'Ente, il che impone l'utilizzo dello strumento concessorio e della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento a terzi;
- l'impugnazione dell'aggiudicazione per la illegittimità di una clausola dell'avviso è comunque inammissibile per difetto di interesse, posto che la *Pompei Tour* non ha partecipato alla procedura di gara.

4. - La società *Pompei Tour* ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza impugnata.

5. - Resistono in giudizio l'Ente Autonomo del Volturno e la società I Longobardi s.a.s., i quali concludono per la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza.

6. - All'udienza del 22 ottobre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Con il primo motivo, l'appellante assume l'erroneità della sentenza per non aver tenuto conto che fra le parti era in corso un rapporto locatizio commerciale (di cui al contratto sottoscritto il 14 settembre del 2011), nell'ambito del quale erano già compresi i locali destinati ai servizi igienici (bagni pubblici) e al deposito bagagli; per cui il successivo atto denominato concessione altro non era che una appendice o una mera integrazione al contratto di locazione, il quale soggiaceva alla disciplina di cui alla legge n. 392 del 1978 e al rinnovo tacito ivi previsto per le locazioni commerciali; il che si tradurrebbe in un vizio di legittimità del bando e dell'intera procedura di gara avviata dall'E.A.V. per l'affidamento della «*concessione del servizio di custodia, gestione e pulizia dei bagni pubblici e deposito bagagli*», che non avrebbe potuto essere indetta per la indisponibilità dei locali.

8. - Con il secondo motivo, l'appellante deduce l'*error in iudicando* in cui sarebbe incorso il primo giudice nel qualificare i locali come beni del patrimonio indisponibile dell'ente, mancando un provvedimento che disponga la destinazione a pubblico servizio dei locali e comunque mancando l'attuale destinazione a tale finalità.

9. - I due motivi, data la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Le censure sono infondate.

9.1. - Il punto centrale della controversia, ben individuato anche dal primo giudice, è costituito dalla qualificazione giuridica dei beni oggetto dei due atti stipulati tra l'appellante e la Circumvesuviana S.r.l. (attualmente trasformata in Ente Autonomo del Volturno – E.A.V. s.r.l.).

Tenuto conto che l'immobile oggetto dell'accordo tra le parti non rientra nell'ambito dei beni del demanio comunale (come definito alla stregua della disciplina dettata dagli articoli 822 e 824 del codice civile), occorre stabilire se detti beni immobili rientrino, o non, nel patrimonio indisponibile dell'Ente (posto che in tal caso – secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza della Cassazione: v. SS.UU. 20 aprile 2015, ord. n. 7959 – lo strumento giuridico utilizzabile per la cessione in godimento del bene a privati è rappresentato dalla concessione amministrativa; mentre solo se il bene appartiene al patrimonio disponibile la cessione in godimento è riconducibile allo schema della locazione privatistica).

9.2. - Secondo l'art. 826, comma 3, del codice civile, i beni appartenenti al patrimonio indisponibile si connotano per l'attuale destinazione a un pubblico servizio, come impressa da una specifica scelta dell'amministrazione (in giurisprudenza si veda, per tutte, Cass. SS.UU. civili, 25 marzo 2016, n. 6019, secondo cui, affinché un bene possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili, deve sussistere il doppio requisito della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico e dell'effettiva e attuale destinazione del bene al pubblico servizio).

9.3. - Nel caso in esame, il bene appartiene all'E.A.V. s.r.l., che – quale società *in house* interamente controllata dalla Regione Campania - esercita il servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario ed automobilistico e cura la realizzazione delle opere di manutenzione, ammodernamento e potenziamento della rete ferroviaria regionale (né l'appartenenza alla società *in house* osta all'inquadramento nel patrimonio indisponibile poiché sull'elemento soggettivo prevale quello oggettivo della destinazione concreta del bene al pubblico servizio: si veda Cass., sez. III, 22 giugno 2004, n. 11608, con riferimento all'ente pubblico economico).

9.4. - Inoltre, nel caso in esame, i beni (oggetto dapprima del cosiddetto “contratto di locazione” e poi dell'atto di concessione) sono destinati o comunque

funzionalmente e strumentalmente collegati all'esercizio del pubblico servizio delle ferrovie regionali, e quindi alle finalità istituzionali dell'ente.

9.5. – L'impiego dello strumento concessorio si impone anche sotto altro profilo: va, infatti, sottolineato che i servizi erogati mediante l'uso di tali beni, in quanto funzionalmente collegati al pubblico servizio ferroviario e destinati (non all'amministrazione titolare del servizio ma) ai soggetti che utilizzano le linee ferroviarie pubbliche, integrano la fattispecie tipica del pubblico servizio e giustificano, quindi, la qualificazione in termini di concessione di servizi dell'atto con cui si dispone l'affidamento a terzi (in conformità a quanto da tempo affermato dalla Corte di Giustizia dell'U.E., secondo cui si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assume il rischio legato alla gestione dei servizi in questione: sentenza 18 luglio 2007, C-382/05, punto 34, e giurisprudenza ivi citata)

9.6. - Nè rileva il fatto che le parti abbiano qualificato l'atto stipulato il 14 settembre 2011 come contratto. E' noto, infatti, che la qualificazione dell'atto (anche dell'atto amministrativo) o del contratto prescinde dal *nomen juris* che le parti hanno attribuito all'atto o al rapporto, dovendosi procedere alla verifica sostanziale e oggettiva dell'operazione giuridica posta in essere dalle parti, al fine di ricondurla a una determinata fattispecie (contrattuale o non).

9.7. – Non si può nemmeno sostenere che all'epoca della indizione della procedura di gara per l'affidamento in concessione dei beni e dei servizi in questione l'E.A.V. non avesse la disponibilità dei locali.

Anzitutto, la qualificazione dell'atto in termini di concessione amministrativa di beni del patrimonio indisponibile comporta non solo l'inapplicabilità delle norme in materia di contratto di locazione per uso commerciale di cui alla legge n. 392 del 1978, ma anche degli istituti della proroga o rinnovo automatici delle concessioni,

incompatibili con i principi del diritto europeo (si veda quanto affermato con riferimento alla proroga automatica delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, dalla Corte di Giustizia dell'U.E. (Quinta Sezione), 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15).

In secondo luogo, dalla documentazione agli atti della causa, risulta che con nota raccomandata del 16 giugno 2016, n. 9595 (avente a oggetto: «*concessione immobile ambito impianto di Pompei Scavi, uso bagni pubblici e deposito bagagli - ferrovia Circumvesuviana*»), l'E.A.V. ha comunicato alla *Pompei Tour Organizer s.r.l.* la formale disdetta del contratto e della concessione, con conseguente cessazione del rapporto alla data di scadenza prevista del 14 settembre 2017.

9.8. - Dalle considerazioni sopra svolte, ne deriva che alla fattispecie non è applicabile la disciplina (di diritto privato) delle locazioni per usi commerciali e che del tutto legittimamente l'amministrazione ha operato la scelta di procedere con gara all'affidamento della concessione.

10. - Con il terzo motivo (che reitera integralmente il terzo motivo del ricorso introduttivo), l'appellante contesta la legittimità del bando di gara e dell'art. 4 del capitolato speciale d'appalto, che - includendo fra le prestazioni oggetto del servizio anche la "*riqualificazione e rifunzionalizzazione dei servizi pubblici igienici*" - muoverebbe da un falso presupposto, atteso che la *Pompei Tour* ha provveduto a sue spese alla integrale ristrutturazione dei bagni interrati e del locale deposito bagagli e ha svolto regolarmente l'attività di conduttrice dei suddetti locali, in forza dei pregressi contratti di locazione.

10.1. - Il motivo è inammissibile per difetto di legittimazione ad agire dell'appellante.

10.2. - La società *Pompei Tour Organizer* non ha partecipato alla procedura di gara e non è pertanto legittimata a impugnare le clausole della *lex specialis* che disciplinano la procedura di gara o il contenuto del contratto da aggiudicare, se non nei casi (cristallizzati dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria: da ultimo nella sentenza

26 aprile 2018, n. 4) in cui contesti le clausole del bando che con assoluta certezza gli precludano l'utile partecipazione, ovvero l'interesse fatto valere si sostanzia nella richiesta di precludere in radice l'indizione della procedura di gara. Al di fuori di dette ipotesi, che nel caso di specie non ricorrono, *«l'operatore del settore che non ha partecipato alla gara al più potrebbe essere portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione»* (Ad. Plen. n. 4/2018 cit.).

11. - L'appello, in conclusione, è in parte infondato e nel resto inammissibile.

12. - La disciplina delle spese giudiziali segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta e in parte lo dichiara inammissibile e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Terza, 15 luglio 2019, n. 3912.

Condanna l'appellante Pompei Tour Organizer s.r.l. al pagamento delle spese giudiziali in favore dell'Ente Autonomo Volturno s.r.l. e di I Longobardi s.a.s., che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) per ciascuna parte appellata, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giorgio Manca**

**IL PRESIDENTE**  
**Fabio Franconiero**

**IL SEGRETARIO**