

Numero 02414/2014 e data 22/07/2014



Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 28 maggio 2014

NUMERO AFFARE 00558/2014

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Direzione generale per i porti.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da Associazione Granturismo della Laguna di Venezia, contro Autorità Portuale di Venezia, e nei confronti di Nethun Spa, Comune di Venezia, avverso il diniego di annullamento in autotutela - affidamento gestione servizi per sbarco, imbarco e eventuale sosta unità di navigazione;

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 2240 in data 03/03/2014 con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti direzione generale per i porti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Eugenio Mele;

Premesso:

Il presente ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è proposto dall'Associazione Granturismo nella Laguna di Venezia e si dirige contro il provvedimento dell'Autorità portuale di Venezia con il quale la stessa Autorità ha deliberato di non procedere all'annullamento in autotutela dell'affidamento diretto di alcuni servizi alla Nethun s.p.a.

La ricorrente, che è ente esponenziale degli interessi dei singoli soci che operano nella laguna

veneziana, a seguito delle doglianze di alcuni soci in ordine alle tariffe applicate per l'approdo e l'ormeggio, ha rilevato che l'Autorità portuale aveva affidato senza gara, in modo diretto, alla controinteressata Nethun s.p.a. la concessione per la gestione delle strutture di approdo e di ormeggio presenti nel porto di Venezia, con contemporaneo potere di fissare le condizioni e le relative tariffe.

Dopo ciò, la ricorrente ha richiesto all'Autorità portuale l'annullamento in autotutela del provvedimento suddetto, individuando una serie di censure, che peraltro sono state ribadite anche dalla Corte di conti, sulla base soprattutto delle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2011 e n. 17 del 2011, per le quali le Pubbliche Amministrazioni non possono costituire società di capitali con scopi di lucro, con finalità che fuoriescano dal perseguimento degli interessi pubblici agli stessi attribuiti dal legislatore.

L'Autorità rispondeva respingendo la richiesta e confermando la legittimità del proprio operato.

Il ricorso è affidato fondamentalmente alla censura che l'affidamento è avvenuto direttamente alla società controinteressata, senza l'esperimento di alcuna procedura comparativa, determinandosi in tal modo una violazione del principio della tutela della concorrenza, con l'affidamento alla società Nethun non solo delle attività pubbliche, ma anche di quelle di natura economica e dando luogo ad una straordinaria commistione fra soggetto controllore (l'Autorità portuale) e il soggetto controllato (la società concessionaria), essendo l'Autorità portuale titolare della totalità delle quote della AVP Investimenti, che a sua volta detiene la totalità delle azioni della Nethun s.p.a.

Viene, altresì censurata la violazione dell'art. 6 della legge n. 84 del 1994, che prevede espressamente l'esperimento di una gara ad evidenza pubblica per la concessione "de qua".

L'Autorità portuale intimata ritiene la inammissibilità del ricorso straordinario ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo e l'infondatezza del ricorso, in quanto l'affidamento diretto è dovuto al fatto che la controinteressata si è assunta l'onere dell'assunzione del personale della società Porto di Venezia, mentre le concessioni demaniali non sarebbero sottoposte alle regole dell'evidenza pubblica.

Considerato:

L'eccezione di inammissibilità del presente ricorso, per essere la controversia azionabile soltanto innanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa, ai sensi dell'art. 120, comma 1, del codice del processo amministrativo, è infondata.

Ed infatti, la norma sopra indicata stabilisce la regola che gli atti di aggiudicazione relativi ad appalti di lavori, forniture e servizi vanno impugnati esclusivamente innanzi al Tribunale amministrativo regionale competente, ma non parla di concessioni, come nella specie, ove si controverte in ordine alla concessione di aree (ed acque) demaniali, le cui controversie ricadono peraltro nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, conseguentemente, è ammissibile il presente ricorso

straordinario.

Nel merito, il ricorso è da accogliere.

Infatti, se pure è vero che le società cosiddette “in house”, come nella specie, essendo il capitale sociale nelle mani esclusivamente di enti pubblici, può essere affidataria, come stabilito dalle sentenze dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato prima indicate, di attività di competenza delle Amministrazioni titolari del pacchetto azionario, è pur vero che tali società non possono avere una valenza di tipo lucrativo, caratterizzandosi in tal caso come un’entità imprenditoriale che deve essere considerata alla stregua di qualsiasi altro imprenditore e concorrere pertanto con essi nella possibilità di aggiudicazione.

Ora, nella specie, la concessione in parola, affidata alla Nethun s.p.a. concerne, oltre che attività di natura pubblicistica, anche attività puramente privatistica, rientrando appieno nella fattispecie di cui alle sentenze dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

In ogni caso, peraltro, l’affidamento diretto alla Nethun s.p.a. contrasta specificamente con l’art. 6 della legge n. 84 del 1994, che prevede che le concessioni della specie debbano essere affidate previo esperimento di gara concorsuale tra più concorrenti, e la norma suddetta, essendo una norma speciale, ha la prevalenza su qualsiasi altra norma.

Anche peraltro, qualora si voglia considerare che il presente caso ricada nella fattispecie di cui all’art. 30 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (concessione di servizi), ugualmente la norma sarebbe vulnerata, non essendo stata salvaguardata la tutela della concorrenza ed essendosi proceduto ad un’aggiudicazione, senza alcuna consultazione con altre imprese.

Il ricorso va, pertanto, accolto, con annullamento del provvedimento impugnato.

P.Q.M.

La Sezione è del parere che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica indicato in epigrafe debba essere accolto, e che, per l’effetto, il provvedimento impugnato va annullato.

L'ESTENSORE
Eugenio Mele

IL PRESIDENTE
Giuseppe Barbagallo

IL SEGRETARIO

Giuseppe Testa

