



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1374 del 2014, proposto da:
Masia & C. s.r.l., in proprio e quale mandataria in A.T.I. con la società La Portuale
s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Bruzzone, con domicilio eletto presso il
suo studio in Genova, via Nicolo' Bacigalupo 4/21;

contro

Stazioni Marittime s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Damonte, con
domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Corsica 10/4;

nei confronti di

I.V.R.I. - Istituti di Vigilanza Riuniti di Italia s.p.a., rappresentato e difeso dagli avv.
Enzo Robaldo e Piergiorgio Alberti, con domicilio eletto presso lo studio del
secondo in Genova, via Corsica 2/11;

per l'annullamento

del provvedimento n. 836/2014, di aggiudicazione della gara di appalto per servizi
di vigilanza (anni 2015/2017).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Stazioni Marittime s.p.a. e di I.V.R.I. - Istituti di Vigilanza Riuniti di Italia s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da I.V.R.I. - Istituti di Vigilanza Riuniti di Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2015 il dott. Angelo Vitali 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 notificato in data 10.12.2014 la società Masia & C. s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con la società La Portuale s.r.l., ha impugnato la nota 6.11.2014, con la quale la società Stazioni Marittime s.p.a., che gestisce su concessione dell'Autorità portuale di Genova le operazioni di sbarco e di imbarco da e sulle navi da crociera e i traghetti, ha comunicato di avere affidato alla A.T.I. controinteressata I.V.R.I. s.p.a. (Istituti di vigilanza riuniti d'Italia s.p.a., mandataria di Coopservice s.c.r.l., Securitalia s.p.a. e Colombo s.r.l., d'ora innanzi I.V.R.I. senz'altro), a seguito di procedura informale, la gara per i servizi di vigilanza, costituenti anche "servizi di sicurezza sussidiaria" come disciplinati dall'art. 18 del D.L. 27.7.2005, n. 144 (convertito in legge 31.7.2005, n. 155) e dal D.M. Interno 15.9.2009, n. 154, da svolgersi nell'ambito degli edifici e delle aree del porto di Genova in concessione a Stazioni Marittime s.p.a., per il triennio 2015-2017, indetta con lettera di invito del 3.7.2014.

Premette: - che Stazioni marittime s.p.a. è una società privata partecipata dal Comune di Genova (al 5%) e dall'Autorità portuale di Genova (al 10,22%), che

svolge in regime di monopolio - in virtù della ricordata concessione - un servizio pubblico, essendo parte del sistema di sicurezza antiterrorismo previsto dal regolamento C.E. n. 725/2004; - di essere la precedente affidataria del servizio in questione, che ha gestito da lunghissimo tempo sulla scorta di una serie di contratti di appalto, e di aver finito negli anni per dedicarsi esclusivamente al servizio per Stazioni marittime s.p.a..

A sostegno del gravame deduce sei motivi di ricorso, rubricati come segue.

1. Stazioni marittime è organismo di diritto pubblico ovvero un ente aggiudicatore – Violazione di legge – Violazione dell’art. 213 cod. app. – Violazione della sezione III del cod. app. nullità/annullamento della gara – Violazione degli artt. 79, 81, 83 cod. app. – Violazione dell’art. 2 cod. app..

2. Violazione di legge – Violazione della lex specialis – Mancata effettuazione del sopralluogo prevista a pena di esclusione.

3. Violazione di legge – Violazione della lex specialis – Violazione dell’art. 38 cod. app. – Mancanza dei requisiti di onorabilità – Grave errore professionale che preclude l’aggiudicazione all’A.T.I. aggiudicataria – Violazione di legge – Violazione dell’art. 3 L. n. 241/1990 per difetto e/o assenza di motivazione.

4. Violazione di legge – Violazione dell’art. 86 cod. app. – Violazione della lex specialis – Violazione sul costo del lavoro e sul T.U. sicurezza – Violazione del D.M. Mininterno n. 154 del 15.9.2009.

5. Violazione di legge – Violazione dell’art. 86 commi 3 e 3-bis cod. app. – Mancata valutazione delle offerte anormalmente basse.

6. Violazione di legge – Eccesso di potere e violazione della lex specialis – Difetto di istruttoria – Falsità dei presupposti.

Si sono costituite in giudizio Stazioni Marittime s.p.a. e l’A.T.I. controinteressata I.V.R.I., preliminarmente eccependo l’inammissibilità del ricorso per difetto di

giurisdizione del giudice amministrativo, nel merito controdeducendo sulle singole censure ed instando per il rigetto del ricorso.

Con atto notificato in data 16.1.2015 la controinteressata I.V.R.I. ha spiegato ricorso incidentale, affidato a cinque motivi di gravame, rubricati come segue.

1. Violazione di legge (art. 55, commi 5 e 6, e 206 D. Lgs. n. 163/2006) – Violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici – Violazione della par condicio – Violazione della *lex specialis*.

2. Violazione della *lex specialis* – Violazione della par condicio.

3. Violazione della *lex specialis* – Violazione della par condicio – Eccesso di potere per omessa istruttoria – Violazione di legge (art. 38, comma 1 lett i, e comma 3 del D. Lgs. n. 163/2006) – Violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici.

4. In via subordinata, violazione di legge (art. 38, comma 1 lett f del D. Lgs. n. 163/2006).

5. In subordine, violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici – Erronea applicazione del CCNL di categoria – Violazione del principio di libera iniziativa economica.

Con ordinanza 5.2.2015, n. 47 la sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Con ordinanza istruttoria 7.7.2015, n. 624, la Sezione ha disposto l'acquisizione, da parte di Stazioni Marittime s.p.a., di copia integrale della concessione demaniale marittima in forza della quale gestisce il porto passeggeri di Genova, nonché di tutta la documentazione di gara, comprensiva – in particolare - delle offerte presentate dall'A.T.I. Masia & C. s.r.l. e dall'A.T.I. I.V.R.I. s.p.a., complete di tutta la documentazione presentata a corredo, dell'eventuale provvedimento di nomina della commissione di gara e/o del responsabile della procedura selettiva, nonché di tutti i verbali delle operazioni di gara.

La documentazione richiesta è stata depositata in giudizio in data 31.7.2015 e, previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, alla pubblica udienza del 15 ottobre 2015 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Occorre preliminarmente affrontare l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalle difese delle società resistenti.

L'eccezione è fondata.

La ricorrente sostiene che la giurisdizione amministrativa si fonda sull'art. 133 comma 1 lettera e) del c.p.a., trattandosi di controversia relativa ad una procedura di affidamento di servizi svolta da un soggetto comunque tenuto, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

In particolare, Stazioni Marittime s.p.a. sarebbe tenuta al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica vuoi in quanto organismo di diritto pubblico, vuoi – quantomeno – in quanto ente aggiudicatore ex artt. 207 comma 2 e 213 D. Lgs. n. 163/2006.

Difatti, Stazioni Marittime s.p.a. è affidataria dei servizi di assistenza ai traffici passeggeri operati dalle navi crociera e dalle navi traghetto nell'ambito portuale compreso tra il Ponte dei Mille ed il Ponte Caracciolo (e, dunque, di attività relativa allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della messa a disposizione di un porto ai vettori marittimi, ex art. 213 D. Lgs. 163/2006), in virtù di un diritto esclusivo riservatogli dall'autorità Portuale di Genova mediante l'atto di concessione demaniale marittima 22.1.1992.

Orbene, deve senz'altro escludersi che Stazioni Marittime s.p.a. sia un organismo di diritto pubblico ex art. 3 comma 26 del D. Lgs. n. 163/2006, difettando il necessario requisito del controllo pubblico.

Dalla visura depositata in giudizio dalla ricorrente (doc. 3 delle produzioni 29.12.2014) non si evince affatto che la sua attività sia finanziata in modo

maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, né che la sua gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, o che l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Può invece convenirsi con la ricorrente laddove ritiene che Stazioni Marittime s.p.a. debba essere considerato un ente aggiudicatore, trattandosi di un soggetto, per quanto privato, che opera nel campo di attività di cui all'art. 213 del codice dei contratti pubblici, sulla base di un diritto speciale od esclusivo concessogli dall'autorità competente (art. 207 comma 1 lett. b e comma 2 D. Lgs. n. 163/2006): ciò che comporterebbe il suo assoggettamento all'applicazione della parte terza del codice dei contratti pubblici, avente ad oggetto i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei così detti settori speciali (artt. 206 e ss. del D. Lgs. n. 163/2006).

Senonché – come giustamente osservato dalle difese delle parti resistenti – l'applicabilità della disciplina dei settori speciali è delimitata in modo rigoroso non soltanto per quanto riguarda l'ambito soggettivo, ma anche per quanto riguarda l'ambito oggettivo.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha già affermato che *“la disciplina dei settori ordinari è quella di portata generale, mentre quella dei settori speciali ha portata eccezionale ed è, pertanto, applicabile soltanto nei casi espressamente previsti, senza possibilità di un'interpretazione estensiva. L'elemento decisivo che differenzia i settori ordinari da quelli speciali non è soltanto quello soggettivo, ossia concernente gli enti che operano nei settori indicati nella parte III del codice, ma detto elemento va integrato con quello oggettivo, ossia con riferimento al tipo di attività svolta da detti soggetti. L'articolo 31 del codice dei contratti, infatti, esclude l'applicazione delle disposizioni di cui alla parte II del codice soltanto ai contratti della parte III che le stazioni appaltanti, le quali esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 208 a 214, ‘aggiudicano per tali attività’. Analogamente gli articoli 207, 208 e 209 prevedono l'applicazione della parte*

III del codice 'alle attività' espressamente indicate'. Ciò è ribadito anche nell'articolo 217 del codice dei contratti, il quale precisa che la parte III 'non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213'. [...] La disciplina speciale della parte III, pertanto, trova applicazione per i soggetti ivi indicati, ma nei settori speciali di attività puntualmente descritta, richiedendosi, pertanto, la contemporanea presenza sia del requisito soggettivo degli enti che operano nei settori speciali, che di quello oggettivo, ossia della riferibilità della concreta attività, oggetto dell'appalto, al settore speciale di attività" (così T.A.R. Emilia Romagna-Parma, 28.5.2007, n. 315; nello stesso senso T.A.R. Lazio, III-ter, 27.2.2008, n. 1793) .

Del resto, chiamata a dirimere la questione pregiudiziale se la direttiva 2004/17/CE debba essere interpretata nel senso che un ente aggiudicatore, che svolga un'attività in uno dei settori speciali (nel caso di specie, trattavasi del settore del gas, dell'energia termica e dell'elettricità), rientri nell'ambito di applicazione della stessa anche in relazione ad un'attività collaterale esercitata in un contesto concorrenziale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (IV, 10.4.2008, n. 393/06) ha dato risposta negativa, affermando che la natura speciale della direttiva 2004/17/CE ne esige un'interpretazione restrittiva, strettamente circoscritta ai settori di attività specificamente definiti, senza alcuno spazio per l'approccio ermeneutico denominato "teoria del contagio" di cui alla sentenza Mannesmann (C.G.C.E., 15.1.1998, n. 44).

I medesimi principi sono stati ripresi dal Consiglio di Stato con riguardo al settore speciale del gas (art. 208 del D. Lgs. n. 163/2006 - cfr. Cons. di St., Ad. Plen., 1.8.2011, n. 16) ed al settore speciale porti e aeroporti di cui all'art. 213 D. Lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. di St., V, 9.3.2015, n. 1192).

In conclusione, si ritiene che l'appalto per la gestione dei servizi complementari e sussidiari di vigilanza e sicurezza da svolgersi nell'ambito degli edifici e delle aree del porto di Genova, essendo aggiudicato per scopi diversi - ancorché strumentali -

dall'esercizio dell'attività relativa allo sfruttamento di un'area geografica ai fini della messa a disposizione del porto ai vettori marittimi (art. 213 D. Lgs. n. 163/2006), esuli dal campo di applicazione della parte III del codice dei contratti pubblici.

Trattandosi di appalto relativo ad un'attività collaterale esercitata in un contesto concorrenziale (cfr. C.G.C.E., IV, 10.4.2008, n. 393/06 cit.), esso sfugge all'applicazione delle regole di evidenza pubblica di cui alla parte terza del codice dei contratti pubblici.

Donde l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, rientrando la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario.

In relazione alla complessità della questione di giurisdizione, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Dichiara il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Indica nel giudice ordinario il giudice dotato di giurisdizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2015

IL SEGRETARIO

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