Pubblicato il 23/08/2019

**N. 05821/2019REG.PROV.COLL.**

**N. 09207/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9207 del 2018, proposto da
Fusione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Di Matteo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Como, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marina Ceresa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

***nei confronti***

Gusto S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario e Francesca Minella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Maiemi S.r.l,. non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV n. 2447/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Como e di Gusto S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Elia Di Matteo, su delega dell'avvocato Elisabetta Di Matteo, e Andrea Manzi, su delega dell'avvocato Marina Ceresa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Comune di Como avviava un pubblico incanto per la locazione dell’unità immobiliare, di sua proprietà, con destinazione a bar/ristorante, sita in via Cesare Cantù n. 53/55.

Con rituale ricorso dinanzi al TAR per la Lombardia – sede di Milano, la società Fusione s.r.l., già titolare di contratto di locazione ad uso commerciale per l’unità di cui è causa, impugnava l’avviso d’asta e gli atti di gara (ivi compresa la propria esclusione dalla procedura), lamentandone l’illegittimità sotto vari profili ed invocandone la caducazione.

2.- Nella resistenza della intimata Amministrazione e della controinteressata Gusto s.r.l., aggiudicataria della gara, con la sentenza epigrafata il primo giudice dichiarava inammissibile il ricorso per ritenuto difetto di giurisdizione, condannando altresì la ricorrente (in pedissequa applicazione dell’ordinario canone della soccombenza e a dispetto della obiettiva opinabilità della questione pregiudiziale di rito) alla refusione delle spese e delle competenze di lite.

3.- Con atto proposto nei tempi e nelle forme di rito, l’appellante si duole della erroneità e dell’ingiustizia della ridetta statuizione, di cui invoca l’integrale riforma, con conseguente accoglimento delle assorbite ragioni di doglianza, reiterativamente dovolute in seconde cure, ovvero, in via subordinata, con rimessione della causa al primo giudice.

4.- Si costituivano in giudizio, per resistere al gravame, il Comune di Como e la società Gusto s.r.l.

Alla camera di consiglio del 14 marzo 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L’appello è fondato e, nei sensi e con gli effetti di cui alle considerazioni che seguono, merita di essere accolto.

2.- Osserva in premessa il Collegio che l’impugnata sentenza ha argomentato l’insussistenza della giurisdizione amministrativa, in relazione alla controversia in esame, sul plurimo e concorrente assunto per cui:

*a*) la procedura evidenziale avviata dal Comune era finalizzata alla stipulazione di un contratto di locazione ad uso commerciale, soggetto esclusivamente al regime del diritto privato ed in particolare alla legge n. 392/1978;

*b*) l’unità immobiliare interessata dal programmato assetto negoziale apparteneva al patrimonio disponibile del Comune (trattandosi, con ciò, di beni pubblici in senso esclusivamente soggettivo, preordinati ad atti dispositivi a regime privatistico, finalizzati alla mera percezione di reddito);

*c*) la procedura concorsuale volta ad individuare il conduttore del bene non costituiva manifestazione di potere autoritativo (a fronte della quale il partecipante alla gara potesse vantare un interesse legittimo), bensì di attività paritetica nei confronti degli operatori commerciali, eventualmente titolari di situazioni di diritto soggettivo “pieno”;

*d*) la circostanza che la scelta del contraente avvenisse con una procedura di carattere concorrenziale (nel rispetto della normativa contabilistica di cui al RD n. 827 del 1924) era funzionale a garantire il rispetto dei generali principi di buon andamento e di imparzialità dell’azione amministrativa, ma era idonea ad immutare (la natura dell’attività ed il pedissequo) regime della giurisdizione;

*e*) del resto – con più specifico riguardo alla *causa petendi*relativa alla vicenda concretamente all’esame – la società ricorrente aveva essenzialmente lamentato la violazione del proprio valorizzato diritto di prelazione e il pregiudizio del diritto all’indennità per la perdita dell’avviamento, previsti rispettivamente dall’art. 40 e dell’art. 34 della legge n. 392/1978, cioè a dire, di nuovo, di situazioni di diritto soggettivo pieno, come tali rimesse, per comune intendimento, alla giurisdizione del giudice ordinario.

3.- Si tratta di argomenti non persuasivi. Vale, inverso, osservare che:

*a*) i contratti di locazione attivi (nei quali la pubblica amministrazione concede in godimento a soggetti privati, assumendo le vesti di locatore, un bene immobile nella sua libera disponibilità patrimoniale, al fine di conseguire un reddito dal versamento dei relativi canoni) rientrano tra quelli “*esclusi*” dal regime di cui al d. lgs. n. 50/2016 (*Codice dei contratti pubblici*): cfr. art. 17, comma 1 lett. *a*);

*b*) peraltro, la *ratio*di tale esclusione – che vale segnatamente a sottrarli alla puntuale disciplina pubblicistica dei codificati meccanismi evidenziali – rimonta alla sostanziale estraneità delle relative vicende negoziali (in quanto inerenti beni indissolubilmente legati all’ambito territorio di riferimento) agli interessi eurocomuni, incentrati sulla garanzia dell’accesso concorrenziale e non disparitario alla risorse pubbliche;

*c*) nondimeno, trattandosi di contratti bensì “*esclusi*” ma non “*estranei*”, in quanto nominativamente individuati dal Codice sia pure per sottrarli alla puntuale e dettagliata disciplina codificata (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16), il loro “*affidamento*” deve comunque avvenire “*nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità*” (oltreché dei canoni di “*tutela dell’ambiente ed efficienza energetica*”), che declinano, specificano e conformano – con segnato riguardo alla materia negoziale – il generale statuto dell’azione amministrativa, in quanto preordinata alla salvaguardia e valorizzazione di interessi pubblici (art. 1 l. n. 241/1990): cfr. art. 4 d. lgs. n. 50/2016;

*d*) in tale prospettiva, l’art. 5 del d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (recante il correttivo al *Codice*), ha provveduto ad inserirli comprensivamente (ed esplicitamente) nel corpo dell’art. 4, che quei principi individua e rende operativi;

*e*) di conserva, essi sono necessariamente assoggettati ad un regime (minimale, ma necessario) di regole evidenziali, a tutela dell’accesso paritario e concorrenziale degli interessati: che, in difetto di disciplina di specie, è desumibile dalla residuale normativa contabilistica (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440), che a sua volta informa tutta la contrattualità degli enti pubblici (per gli enti locali, cfr. art. 192 d. lgs. n. 267/2000) e rende eccezionale, anche per i contratti da cui derivino entrate, il ricorso alla trattativa privata;

*f*) ai fini in questione, il regime di appartenenza dominicale che ne autorizza la libera “messa a reddito” nelle forme privatistiche dei contratti di godimento (*arg. a contrario ex*artt. 826 e 828 c.c., per i beni del patrimonio c.d. disponibile, che ne qualifica il profilo pubblicistico nell’esclusivo senso soggettivo della titolarità, in assenza di destinazione “*a un pubblico servizio*”), non vale a sottrarli, avuto segnatamente riguardo alle modalità di alienazione o di concessione, alle ridette regole evidenziali proponcorrenziali ed ai meccanismi di contabilizzazione;

*g*) per tal via, la “fase pubblicistica” preordinata alla selezione concorsuale del contraente privato vale a strutturare la relativa azione amministrativa in termini di attività propriamente *autoritativa*(*arg. ex*art.1 l. n. 241/1990), a fronte della quale i concorrenti vantano situazioni soggettive di *interesse legittimo*(non potendo vantare pretese incondizionate alla stipula del contratto), idonee ad attivare la giurisdizione del giudice amministrativo (*arg. etiam ex*art. 133, comma 1, lett. *e*), che peraltro prefigura una ipotesi di giurisdizione esclusiva, non estensibile fuori dei casi espressamente codificati, in relazione alla situazione dei concorrenti comechessia assoggettati alle procedure evidenziali normativamente imposte);

*i*) a siffatto ordine di principi è, del resto, ispirata la prevalente giurisprudenza amministrativa (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2015, n. 4036), secondo cui “*l'amministrazione - sebbene non sottoposta per i contratti di locazione alla disciplina contenuta nel d.leg. 163/2006* [cfr., oggi, peraltro, il già richiamato art. 4 d. lgs. n. 50/2016, che coonesta e rafforza le conclusioni] *- è comunque sottoposta alle norme di contabilità di stato, che impongono di regola l'adozione di procedimenti pubblicistici per i negozi da cui derivi una spesa, con conseguente radicamento della giurisdizione generale di legittimità del g.a. per la cognizione delle relative controversie; l'art. 192 d.leg. 267/2000 e l'art. 3 r.d. 2440/1923 stabiliscono che anche gli enti locali debbano indire gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a loro giudizio discrezionale; pertanto, in assenza di una diversa regola legislativa, l'amministrazione - qualora non stipuli senz'altro il contratto con un contraente ben individuato - deve utilizzare una procedura di evidenza pubblica; del resto, il rilievo pubblicistico di tali attività emerge da una visione complessiva dell'ordinamento, sia sotto i profili di responsabilità dei funzionari che ispirino le loro scelte a interessi contrapposti a quelli pubblici, sia sotto il profilo del rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (con la connessa applicazione della normativa sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi, in favore di chi vi abbia interesse)*” (il principio, affermato per una fattispecie di locazione passiva, è estensibile alle locazioni attive: cfr., infatti, per analoga conclusione, Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6400, che valorizza, nella condivisa prospettiva pubblicistica, il “*potere di gestione de propri beni d parte della P.A.*”; non osta alle riassunte conclusioni Cass. SS.UU, 25 marzo 2016, n. 6019, che afferma la giurisdizione ordinaria *sul rapporto locatizio*, per distinguerlo dal regime della *concessione*propria dei beni demaniali, senza occuparsi della fase evidenziale).

4.- Il complesso delle esposte ragioni milita nel senso della affermazione della spettanza della lite alla giurisdizione amministrativa.

La sentenza va, perciò, riformata e la controversia – in applicazione dell’art. 105 c.p.a. – rimessa al giudice di primo grado per il prosieguo di cognizione.

La complessità della vicenda e le ambiguità del riparto di giurisdizione *in subiecta materia* giustificano, anche in revisione della statuizione di prime cure sul punto, l’integrale compensazione di spese e competenze del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, dichiara la sussistenza della giurisdizione amministrativa e rimette la causa al giudice di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Giovanni Grasso** |  | **Francesco Caringella** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

IL SEGRETARIO