

APPALTO E CONCESSIONE - DIFFERENZE - REMUNERAZIONE DEL SERVIZIO RESO DAL PRIVA, DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE, MEDIANTE VERSAMENTO DI UN CORRISPETTIVO

In tema di affidamento di servizi e opere pubbliche, prima la direttiva 95/50/CE e poi la nuova direttiva unificata 2004/18/CE hanno fornito una precisa definizione di appalto e di concessione. L'art. 1 della direttiva n. 2004/18/CE chiarisce che gli appalti pubblici sono quei "contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici ed una o più amministrazioni aggiudicatrici, aventi ad oggetto l'esecuzione dei lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva". Mentre la concessione di servizi viene, invece, definita come quel contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Ai fini dell'ordinamento comunitario la linea di demarcazione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi (per il resto accomunati sia dall'identica qualificazione in termini di "contratti" che dall'omologia dell'oggetto materiale dell'affidamento) è netta, poiché l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione di servizi, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario" (Cass. S.U., ord. n. 12252/2009). Laddove pertanto non sia previsto che l'amministrazione remunererà il servizio reso dal privato versando un corrispettivo, deve escludersi che si sia in presenza di un contratto di appalto.

OSSERVA

Con ricorso ritualmente depositato le società M s.r.l. e la società B S.p.A., promesso che alla prima era stata affidata in concessione la gestione di un centro sportivo all'interno di un più ampio programma di intervento concordato con il comune convenuto che prevedeva anche la realizzazione di opere edili, agivano in giudizio ai sensi dell'art. 700 c.p.c. per ottenere in via d'urgenza tutela avverso l'ordine di rilascio emesso dal Comune di ... in relazione alla predetta struttura sportiva. A fondamento della domanda proposta rappresentavano che esaurita la fase di affidamento delle opere e dei servizi non residuavano in capo all'ente territoriale potestà pubbliche che consentissero a questi di assumere atti dall'evidente natura autoritativa, quali erano di certo l'ordine di rilascio e il provvedimento di decadenza, in quanto la gestione dei servizi relativi all'impianto era esclusivamente disciplinata dalle regole e dai principi del diritto privato.

Alla luce di tali considerazioni chiedevano pertanto che il Tribunale adito accertasse e dichiarasse che l'ordine di rilascio era stato emesso in carenza di potere e per l'effetto inibisse al Comune di .. di dare esecuzione all'ordine stesso, ingiungendo a quest'ultimo di astenersi da qualunque comportamento ed attività intesi ad ottenere la consegna del centro sportivo summenzionato.

Si costituiva nel giudizio il Comune che preliminarmente rilevava l'inammissibilità del ricorso per omessa formulazione della domanda di merito, eccepiva la possibile carenza di giurisdizione del G.O. in relazione alle domande così come proposte, deduceva che i limiti interni alla giurisdizione del G.O. non consentivano a questi di incidere sull'atto amministrativo emesso né di adottare strumenti coercitivi che obbligassero l'amministrazione pubblica ad assumere decisioni a lei solo deferite. Nel merito puntualizzava che l'oggetto della controversia nulla aveva a che vedere con il rilascio delle licenze pubbliche relative alla somministrazione di bevande e alimenti, che non riguardavano l'ente territoriale in qualità di di committente-concedente.

Il giudice designato per il primo grado, riconosciuta la propria giurisdizione, si pronunciava per l'inammissibilità del ricorso, ritenendo che l'ambiguità dello stesso non consentisse di verificare quale azione il ricorrente intendesse promuovere nel merito.

m e b reclamavano pertanto il provvedimento cautelare emesso in primo grado, chiedendone la sua riforma a fronte dei motivi tutti già espressi con ricorso.

Si costituiva anche in questa sede il Comune di b, che ribadendo le ragioni già ampiamente espresse in primo grado, chiedeva il rigetto del reclamo riaffermando l'inammissibilità e infondatezza delle ragioni promosse da controparte.

*** * ***

Com'è risaputo, il provvedimento disciplinato dall'art. 700 c.p.c. configura un rimedio d'urgenza di natura residuale a cui è consentito ricorrere solo nelle ipotesi in cui l'ordinamento non preveda - in relazione a determinati *pericula*- uno specifico strumento cautelare.

Il provvedimento atipico svolge pertanto nel nostro sistema giuridico una funzione sussidiaria e assicura l'autosufficienza dell'ordinamento garantendo al diritto soggettivo un'adeguata tutela per il periodo di tempo che intercorre fra la proposizione della domanda e l'esito del giudizio a cognizione piena. In quanto rimedio di natura cautelare, mantiene la struttura di provvedimento provvisorio e soprattutto il suo carattere di spiccata strumentalità, sebbene tale attributo sia oggi mitigato per effetto delle novità introdotte dalla recente riforma all'art. 669 *octies* c.p.c.

Cosicché, se per un verso il rimedio previsto dall'art. 700 c.p.c. non produce effetti irrimediabili e definitivi, che potrebbero compromettere l'esito del giudizio di merito, d'altro canto il provvedimento mantiene un carattere meramente anticipatorio e dunque non è pensato per introdurre nell'ordinamento forme di tutela nuove e diverse rispetto a quelle perseguibili con il giudizio a cognizione piena.

*** * ***

Quando invece ai caratteri dell'azione prospettata, questo Giudice ritiene di aderire a quell'indizio che riconosce la possibilità di emettere un provvedimento di urgenza in relazione alle azioni di accertamento nei soli limiti dei corollari obbligatori che ne scaturiscono, non potendo di certo il giudice, con cognizione sommaria, esprimersi, se non incidentalmente, sul rapporto giuridico azionato.

Se nulla, invero, esclude che il pregiudizio *irreparabile* - che costituisce presupposto necessario per l'emissione del provvedimento ex art. 700 c.p.c. - si possa concretizzare anche con riferimento ad una domanda di mero accertamento, ciò non legittima il giudice - in conformità ai principi dell'ordinamento e alla natura e finalità del procedimento cautelare- ad anticipare il giudizio di merito formulando un dispositivo dal contenuto dichiarativo, provvedimento che non offrirebbe alcuna tutela interinale al soggetto interessato.

Per questo, è logico ritenere che, all'esito di un procedimento ex art. 700 c.p.c., il giudice sia tenuto ad assicurare la soddisfazione temporanea ed immediata degli obblighi consequenziali all'accertamento e a riservare al successivo provvedimento definitivo, suscettibile di divenire *res iudicata*, la pronuncia dichiarativa originariamente pretesa.

Alla luce di quanto illustrato, il ricorso al rimedio cautelare atipico appare, dunque, ammissibile nei limiti sopra illustrati.

*** * ***

Precisati i caratteri tipici del provvedimento cautelare richiesto, occorre a questo punto soffermare la nostra attenzione sui presupposti della giurisdizione del G.O. in materia di appalti e concessioni di servizi pubblici.

Per evitare di cadere in inutili fraintendimenti, è opportuno procedere innanzitutto alla corretta qualificazione giuridica del rapporto instaurato tra le parti.

Com'è noto la definizione di appalto di opere e pubblici servizi rientra, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, fra le competenze attribuite all'ordinamento comunitario. Per tale ragione si impone in materia un'interpretazione dell'ordinamento interno che si conformi ai dettati e ai principi del diritto comunitario, in ossequio alle note regole che prevedono il ricorso all'interpretazione adeguatrice a garanzia del primato riconosciuto all'ordinamento europeo.

In tema di affidamento di servizi e opere pubbliche, prima la direttiva 95/50/CE e poi la nuova direttiva unificata 2004/18/CE hanno fornito una precisa definizione di appalto e di concessione. L'art. 1 della direttiva n. 2004/18/CE chiarisce che gli appalti pubblici sono quei "contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici ed una o più amministrazioni

aggiudicatrici, aventi ad oggetto l'esecuzione dei lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva". Mentre la concessione di servizi viene, invece, definita come quel contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Sebbene il rapporto oggetto di controversia sia sorto prima dell'entrata in vigore della direttiva 2004/18/CE, il ricorso al criterio distintivo in essa riportato non appare incongruo non avendo la norma introdotto modifiche al sistema precedente applicato. Come emerge chiaramente dall'analisi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto, si era già da tempo affermata in seno al giudice comunitario l'idea che le concessioni fossero caratterizzate da due costanti: l'erogazione diretta di servizi al pubblico e la traslazione in capo al concessionario di ogni rischio d'impresa.

La Corte di Lussemburgo aveva, inoltre, costantemente sostenuto che nel contratto di appalto le prestazioni non dovevano essere erogate direttamente all'utenza, ma al committente, su cui incombeva di converso l'obbligo di remunerare l'attività svolta dall'appaltatore.

In altri termini, secondo l'interpretazione costante del giudice comunitario e la successiva definizione legislativa di cui sopra si è dato conto, nella concessione l'alea connessa alla gestione di un'attività economica viene traslata sul privato, poiché in tale contesto il concessionario si assume i costi per la realizzazione dell'opera o del servizio con il proposito di percepire -in futuro- dall'utenza un prezzo per il godimento o per la fruizione di un bene della vita.

Sull'argomento di recente la stessa Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare: "Come è stato chiarito dalla Commissione Europea (in "Comunicazioni interpretative sulle concessioni nel diritto comunitario" del 12.4.2000, in GUCE del 29.4.2000), dalla giurisprudenza della CGCE (sentenza 13.10.2005, Parking Brixen GmbH, C -458-03), da una parte della giurisprudenza amministrativa italiana (Cons. Stato, sez. 5^a, 30.4.2002, n. 2294; sez. 6^a, 15.5.2002, n. 2634), e da una parte della dottrina, ai fini dell'ordinamento comunitario la linea di demarcazione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi (per il resto accomunati sia dall'identica qualificazione in termini di "contratti" che dall'omologia dell'oggetto materiale dell'affidamento) è netta, poiché l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione di servizi, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario" (Cass. S.U., ord. n. 12252/2009).

Laddove pertanto non sia previsto che l'amministrazione remunerari il servizio reso dal privato versando un corrispettivo, deve escludersi che si sia in presenza di un contratto di appalto.

Nella vicenda in esame l'amministrazione ha affidato ad una associazione temporanea di imprese la realizzazione di alcune opere edili relative alla costruzione di un centro sportivo conferendo quale controprestazione la gestione e lo sfruttamento economico degli impianti edificati (vd. documentazione versata in atti). Nel "contratto di appalto per concessione di lavori pubblici" stipulato -questo è l'alquanto contraddittorio *nomen iuris* attribuito dalle parti all'atto- si specifica che l'affidatario è inoltre tenuto a corrispondere un canone periodico per il solo fatto di avere ottenuto la gestione dei servizi connessi all'edificando centro sportivo. Non può allora revocarsi in dubbio che alla luce dei criteri distintivi illustrati il rapporto oggetto di controversia debba essere più correttamente ricondotto -e ciò indipendentemente dal *nomen iuris* attribuitogli- nell'alveo delle concessioni di opere e servizi, mediante cui l'ente pubblico persegue lo scopo di realizzare un intervento di interesse sociale trasferendo sul privato i rischi connessi alla costruzione e gestione di un'infrastruttura complessa. Il concessionario si assume in tal modo l'azzardo connesso all'operazione economica, accollandosi i costi della sua realizzazione ed ottenendo in cambio la possibilità di riversare tali oneri sugli utenti alle condizioni statuite dall'ente pubblico.

Il rapporto così ricostruito appartiene, pertanto, al *genus* delle concessioni, ma tale conclusione non comporta ancora che si possa dare soluzione alla questione relativa al corretto riparto di giurisdizione da applicare nel caso di specie. Occorre, infatti, al riguardo osservare che solo la concessione di servizi pubblici è soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a

fronte di quanto statuito dall'art. 33 d.lgs. 80/98, così come emendato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 204/2004.

Appurata la natura concessoria del rapporto, deve allora accertarsi se la gestione dell'impianto affidata all'associazione temporanea di imprese possa essere inquadrata nella nozione di servizio pubblico.

Da sempre dottrina e giurisprudenza si sono trovate concordi nell'identificare il concetto di servizio pubblico con la sussistenza di alcuni elementi distintivi, quali a) l'imputabilità e la titolarità del servizio in capo alla p.a. per prescrizione legale; b) la destinazione del servizio alla soddisfazione di esigenze della collettività; c) la predisposizione da parte della p.a. di un programma di gestione d) il mantenimento in capo alla p.a. di poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento (vd. in argomento: Cass. S.U., ord. n. 12252/2009).

Quanto alla previsione legale del servizio soccorre la prescrizione dell'art. 112 della legge 267/2000 (testo unico sulle autonomie locali), ove si specifica che "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo delle comunità locali". Circa le funzioni attribuite ai Comuni precisa l'art. 13 della legge 267/2000 che spettano a tali enti tutte le funzioni amministrative che "riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici e nei servizi alla persona e alla comunità [...]".

Nella prospettiva della legge assumono dunque dignità di servizio pubblico tutte quelle attività che realizzano le esigenze delle comunità locali.

Il servizio fornito in concessione nella vicenda in esame integra, invero, tutti i presupposti previsti dalla norma, poiché la promozione delle attività sportive configura di certo un intervento attinente al settore dei servizi alla persona e la gestione dell'impianto risponde pienamente alle finalità di rilevante carattere sociale che sono individuate dall'art. 112 quale elemento distintivo del servizio pubblico.

A eguale conclusione si perviene anche esaminando l'assetto concreto conferito dall'ente territoriale alla concessione, poiché pure la struttura di tale atto risulta conforme alla natura di servizio pubblico dell'attività in esso disciplinata, cosicché nello schema adottato si riconoscono previsioni dall'evidente fine pubblicistico che assicurano l'esecuzione di peculiari attività di rilievo sociale e che conferiscono in capo all'ente residue facoltà di intervento tramite il ricorso ai tradizionali poteri autoritativi. E così all'art. 9 il concessionario si impegna a promuovere sul territorio le attività sportive afferenti all'oggetto della concessione, patrocinando corsi educativi e sponsorizzando tornei, anche in collegamento con le realtà scolastiche, mentre all'art. 15 si prevede che in caso di sospensione del servizio, il concessionario debba notificarne al concedente i motivi almeno 48 ore prima dell'interruzione. All'art. 16 si statuisce inoltre che la decadenza dalla concessione possa essere pronunciata: 1) in caso di cessione a terzi della concessione senza rispetto di quanto previsto all'art. 17; 2) in caso di assoluta e totale inefficienza del servizio per colpa e fatto della concessionaria per una durata superiore a 30 giorni consecutivi; 3) in caso di gravi e reiterate infrazioni alle norme di legge e alla presente convenzione" (*rectius* concessione).

Ne consegue pertanto che il rapporto giuridico instaurato tra l'ATI e il comune di .. costituisce una tipica concessione di costruzione e gestione di servizi pubblici, ove all'edificazione delle opere si accompagna in forma di remunerazione la gestione delle stesse.

Tanto considerato in termini di qualificazione del rapporto, deve allora ritenersi che alla luce dell'intervento della Corte costituzionale di cui sopra si è già fatto menzione la materia sia deferita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Con la sentenza 204/2004 il Giudice delle leggi ha ribadito, infatti, con convinzione che deve riconoscersi la giurisdizione del tribunali amministrativi con riferimento alle controversie concernenti la materia di servizi pubblici ogni qual volta la pubblica amministrazione agisca in forza dei suoi poteri. Circostanza che nel caso di specie non può revocarsi in dubbio avendo l'ente territoriale operato avvalendosi di strumenti autoritativi quali sono la dichiarazione di decadenza del concessionario e il conseguente ordine di rilascio del bene, che costituiscono espressione di predicati tipici dell'autotutela amministrativa.

Poiché, tra l'altro, il Comune non è intervenuto in un rapporto regolamentato dal diritto civile su basi di parità e simmetria, non possono ravvisarsi nella vicenda in esame gli estremi della carenza di potere, che presuppone, invece, l'inesistenza del potere in capo all'ente per difetto della norma attributiva ovvero per assenza in concreto dei presupposti richiesti dalla norma.

Non trova, poi, neppure applicazione nel caso di specie l'art. 31 bis comma 4 della legge 109/1994, che equipara ai fini della tutela giurisdizionale le concessioni di opere pubbliche agli appalti. Chiarisce al riguardo la giurisprudenza costante della Cassazione che tale norma, applicabile al caso *de quo ratione temporis*, deve essere interpretata nel senso che la cognizione delle controversie relative alle suddette concessioni è demandata al giudice ordinario solo per quei rapporti che concernono unicamente la realizzazione di opere e lavori (Cass., S.U., 3518/2008; Cass., S.U., 15608/2001). Siccome nella vicenda in esame la costruzione è strumentale alla gestione, che costituisce invero lo scopo principale dell'intervento predisposto dal concedente, deve escludersi ogni rilevanza concreta alla disposizione.

Ciò detto, e contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, l'odierna controversia, pur in esito ad una valutazione meramente sommaria, deve ritenersi deferita alla cognizione del giudice amministrativo. Il provvedimento di primo grado dovrà, pertanto, essere riformato in tal senso.

Attesa la soccombenza in entrambi i gradi del cautelare, parte reclamante deve essere condannata al pagamento in favore di parte reclamata delle spese di lite, che si liquidano in via equitativa in assenza di note spese.

IN CASO.it
P. Q. M.
Il Tribunale di Varese, in riforma del provvedimento cautelare di I grado/reclamato:
- dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo;
- condanna i reclamanti a rifondere al reclamato le spese processuali dei due gradi di giudizio, che liquida complessivamente in Euro 1.500,00 per diritti, Euro 2.500,00 per onorari di avvocato, oltre spese generali ex art. 14 LP, C.P.A. ed IVA;
Varese, nella camera di consiglio del 19-7-2010
il Giudice est. dott. Stefano Sala
il Presidente dott. Francesco Paganini