

**GIURISDIZIONE: Amministrazione pubblica - Contratti pubblici - Concessione - Risoluzione del contratto per gravi inadempimenti - Impugnazione - Giurisdizione del giudice amministrativo.**

**Tar Campania - Salerno, Sez. I, 1° giugno 2020, n. 621**

- in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, pag. 406, con commento di Marco Ceruti, *Risoluzione del contratto di concessione e giurisdizione del giudice amministrativo*.

*“[...] La controversia in esame, relativa alla valutazione dell’inadempimento degli obblighi del concessionario, e comportante decisioni sulla durata o efficacia del rapporto concessorio, rientra nella giurisdizione del Giudice Amministrativo [...]”.*

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso regolarmente notificato e depositato, -OMISSIS- e -OMISSIS- hanno domandato l’annullamento, previa sospensione, della determinazione dirigenziale -OMISSIS-, di risoluzione del contratto stipulato il 19/11/2018, relativo alla “concessione del servizio di progettazione, realizzazione e gestione dell’intervento di adeguamento dell’impianto di pubblica illuminazione”, nonché della nota prot. n. -OMISSIS-, recante comunicazione di avvio del procedimento di risoluzione del contratto per gravi inadempimenti del Concessionario, nonché della nota prot. n. -OMISSIS-, con cui il responsabile unico del procedimento ha rigettato le controdeduzioni del Concessionario, formulate con nota prot. n. -OMISSIS-. Parte ricorrente ha lamentato che la risoluzione sia avvenuta per errata applicazione della normativa in ordine alla corretta composizione del capitale sociale di -OMISSIS- nella sua originaria composizione, nonché che il Comune non abbia rispettato le clausole del contratto per adottare il provvedimento di risoluzione, a causa della mancata costituzione del tavolo tecnico, nonché che il comune abbia illegittimamente richiesto un importo superiore a quello spettante a titolo di incentivi per le funzioni tecniche.

Si è costituito il Comune resistente, che ha eccepito il difetto di giurisdizione del G.A., in quanto la controversia avrebbe dovuto essere radicata dinanzi al G.O., e nel merito ha chiesto il rigetto del ricorso.

2. Il Collegio ritiene utile in via preliminare ricostruire il fatto così come emerso dagli atti di causa. Nel mese di settembre 2017 venne approvato il bando e il disciplinare di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione, realizzazione e gestione di un intervento per l'adeguamento dell'impianto di pubblica illuminazione, e la gara venne svolta con procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L’esito della gara fu approvato con le determinazioni dirigenziali n. -OMISSIS-, con aggiudicazione a -OMISSIS- per la durata di 22 anni e un importo totale di euro

13.222.440,00. Successivamente, il -OMISSIS- -OMISSIS- ai sensi dell'art. 184 del Codice dei Contratti pubblici, si avvalse della facoltà di costituire apposita società di gestione, denominata -OMISSIS-partecipata al 99% dalla -OMISSIS-. Con atto del 9.3.2018 il R.U.P. prese atto del subingresso della società-OMISSIS-nel rapporto con il Comune di Angri.

In data 19/9/2018 -OMISSIS-comunicò che la società -OMISSIS-aveva volturato l'intestazione dei misuratori -OMISSIS-srl.

Intanto, il Comune in data 25/10/2018 pose un quesito all'ANAC, per avere maggiore chiarezza sul rapporto interno nella -OMISSIS-, e per valutare eventuali conseguenze sul rapporto concessorio, dato che la --OMISSIS-. aveva quale socio al 99% la -OMISSIS-., la quale non aveva concorso a integrare i requisiti dell'aggiudicatario -OMISSIS-. e non aveva partecipato alla gara.

All'esito, in data 26/10/2018 il Comune comunicò che -OMISSIS-socia al 99% di -OMISSIS- non era socia del -OMISSIS-scarl partecipante alla gara, e che -OMISSIS-srl non poteva partecipare la società di progetto -OMISSIS-S.c.a.rl, in quanto -OMISSIS-S.r.L. aveva compiuto gravi negligenze nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico tanto da provocare il recesso anticipato (ritenuto legittimo con pronuncia del TAR Campania Napoli n. -OMISSIS-, secondo quanto allegato dall'amministrazione resistente); quindi il Comune chiese a -OMISSIS- di effettuare direttamente la sottoscrizione del contratto di concessione, oppure di farlo sottoscrivere ad altra società di progetto priva della partecipazione di -OMISSIS-S.r.L. Di conseguenza, in data 19/11/2018 venne stipulato il contratto di concessione tra Comune di Angri e -OMISSIS-- cioè il concorrente e aggiudicatario originario.

Intanto in data 30/11/2018 il Comune annullò in autotutela l'atto con cui prese atto del subentro della società di progetto -OMISSIS- in ragione della partecipazione di -OMISSIS-S.r.L. nella misura del 99%; il Tar Campania respinse il ricorso proposto avverso tale atto di autotutela, ritenendolo legittimo con sentenza 2234/2019 (secondo quanto allegato dall'amministrazione resistente).

Successivamente in data 28/3/2019 l'ANAC rispose al quesito, ricostruendo il quadro normativo e in particolare la disciplina dell'art. 176, comma 1, lettera c), D. Lgs. n. 50/2016, ed evidenziando che la partecipazione pressoché integrale nella società di progetto (costituita dall'aggiudicataria) da parte di una società terza rispetto allo svolgimento della gara "*non appare in linea con le norme richiamate poichè non garantirebbe l'esecuzione, da parte del predetto socio, di una quota minima di lavori e configurerebbe una partecipazione "formale" e "simbolica" alla società di progetto che, in quanto tale, non sarebbe conforme alla disciplina di riferimento sopra richiamata*" (cfr. parere Anac prodotto dalla amministrazione resistente).

Alla luce di tali vicende, il RUP in data 8/5/2019 chiese al Responsabile UOC una relazione sui fatti accaduti, e questo, con nota del 11.6.2019, illustrò lo sviluppo fattuale, indicando peraltro che al Comune furono inviate bollette per la fornitura elettrica intestate alla società -OMISSIS-, nonchè che la -OMISSIS-S.r.L. nelle more era stata estromessa dalla società di progetto -OMISSIS- e che la -OMISSIS-aveva la stessa sede legale della -OMISSIS-e lo stesso amministratore unico.

Sulla base di tale relazione, il Comune di Angri avviò in data 19/6/2019 il procedimento per la risoluzione contrattuale per grave inadempimento della -OMISSIS-. Alla luce di tali risultanze, il Dirigente del Comune, con determina n. 595/2019 del 5.9.2019, rilevò più inadempimenti contrattuali. In particolare, in primo luogo vi sarebbe stata la violazione dell'art. 176, comma 1 lett. c) del D.lgs n. 50/2016, in quanto la modifica contrattuale, con il subentro di -OMISSIS-partecipata da -OMISSIS-avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione, causando in mancanza la risoluzione del rapporto concessorio; in particolare, la modifica contrattuale sarebbe consistita nella composizione della società di progetto contraente del rapporto concessorio, dato che, come regola generale in tema di gare, i soci qualificanti (quelli cioè che concorrono a integrare i requisiti dell'operatore economico ai fini della gara) fino al momento del collaudo non potrebbero cedere la propria quota (tanto più, come nel caso in esame, nella misura per cui è causa, pari al 99%). In secondo luogo, la società di progetto sarebbe stata costituita in violazione dell'art. 80, comma 5 lett. c) del D.lgs n. 50/2016, dato che -OMISSIS-Srl, avente la partecipazione al 99% nella società di progetto, sarebbe stata esclusa da precedenti gare per gravi inadempienze -come accertato anche dal TAR Campania con sentenza -OMISSIS-, secondo quanto allegato dall'amministrazione resistente- (*sic* nella determina dirigenziale in esame: *“il contratto di concessione è stato ceduto dal soggetto stipulante ad un terzo soggetto completamente estraneo al rapporto concessorio e, soprattutto, privo dei requisiti di cui all'ex art. 80, comma 5, lett. c), del Dlgs. n. 50/2016”*). In terzo luogo, vi sarebbe stata la violazione dell'art. 5 c. 11 del contratto di concessione secondo cui sono a carico del concessionario tutte le spese per incentivazioni di cui all'art. 113 del D.lgs n. 50/2016, nonché le spese per il supporto al RUP quantificate in Euro 15.000 oltre Iva e oneri previdenziali. In quarto luogo, sarebbe stato violato l'art. 105, comma 1 del D.lgs n. 50/2016, con riferimento al divieto di cessione di contratto, o comunque dell'art. 174, commi 2 e 3 del D.Lgs n. 50/2016 relativo agli aspetti degli affidamenti in subappalto, dato che la fornitura di energia elettrica era intestata -OMISSIS-s.r.l. -peraltro priva dei requisiti *ex art. 80* del Codice dei Contratti pubblici- (*sic* nella determina dirigenziale in esame: *“la -OMISSIS- “-OMISSIS-S.c.a.r.l.”, in data 11/09/2018, ha comunicato che la Società -OMISSIS-aveva provveduto alla volturazione alla Società -OMISSIS-S.r.L. di -OMISSIS-di n. 42 misuratori su 45 richieste di voltura; Che con numerose missive, il RUP, escludendo espressamente la possibilità di volturare i POD in favore di soggetti diversi dalla*

*-OMISSIS-, ha chiesto la voltura dell'intestazione dei contatori dalla Società -OMISSIS-S.r.L. di -OMISSIS-alla Società "-OMISSIS-S.c.a.r.l.", e, a tutt'oggi, puntualmente sono state disattese dette indifferibili richieste ... La -OMISSIS- "-OMISSIS-S.c.a.r.l." ha trasmesso, in data 16/04/2019 a mezzo posta elettronica, copia delle bollette per la fornitura elettrica intestate tutte alla Società -OMISSIS-S.r.L. di -OMISSIS-, socio espulso dalla -OMISSIS- per mancanza dei requisiti dell'ex art. 80, comma 5, lett. c), del Dlgs. n. 50/2016").*

3. Svolta questa premessa sullo svolgimento dei fatti, occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dall'amministrazione resistente, secondo cui la giurisdizione nella fattispecie in esame spetterebbe al G.O.

L'eccezione è infondata. La giurisprudenza ha evidenziato che *"Sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie, nell'ambito di quelle relative a concessioni di pubblici servizi, concernenti "indennità, canoni o altri corrispettivi" nelle quali venga in rilievo non l'esistenza od il contenuto della concessione o l'esercizio di poteri autoritativi della p.a. sul rapporto concessionario o sulla determinazione delle suddette controprestazioni (nel qual caso la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo), ma solo l'effettiva debenza dei corrispettivi stessi in favore del concessionario, secondo un rapporto paritario di contenuto meramente patrimoniale, nella contrapposizione delle situazioni giuridiche soggettive obbligo/pretesa"* (Consiglio di Stato sez. III, 20/03/2019, n.1839); quindi ai sensi dell' art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., devono intendersi devolute espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ovvero relative a provvedimenti adottati dalla Pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio; da ciò consegue che le controversie relative alle vicende del rapporto concessorio, nelle ipotesi di concessione di servizio pubblico, rimangono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nella fase successiva alla stipula del contratto (Consiglio di Stato, sez. V, 18/12/2017, n. 5938). La controversia in esame, relativa alla valutazione dell'inadempimento degli obblighi del concessionario, e comportante decisioni sulla durata o efficacia del rapporto concessorio, rientra nella giurisdizione del Giudice Amministrativo.

4. Con il ricorso introduttivo parte ricorrente ha sostenuto che la risoluzione sarebbe avvenuta sulla base di un'erronea applicazione della disciplina sulla composizione del capitale sociale di -OMISSIS-nella sua originaria composizione; secondo parte ricorrente non sussisterebbero i presupposti della risoluzione, non sussistendo alcun inadempimento, anche perchè la -OMISSIS-S.r.L. nelle more sarebbe stata estromessa dalla compagine della società di progetto. Secondo parte

ricorrente, non sarebbe intervenuta alcuna modifica contrattuale tale da imporre una nuova procedura di aggiudicazione; anche il motivo di risoluzione basato sulla voltura dei punti di consegna sarebbe infondato, in quanto parte ricorrente ha sostenuto che l'intestazione a -OMISSIS- (peraltro circostanza poi eliminata) sarebbe dovuta solo al rifiuto opposto da -OMISSIS- di volturare i contratti ad una società appena costituita che non poteva provare la propria solidità patrimoniale. Tale motivo di ricorso è tuttavia infondato, in quanto è imputabile a parte ricorrente un inadempimento grave rispetto all'interesse dell'amministrazione resistente, e tale da menomare la fiducia sull'affidabilità e sull'esattezza dei futuri adempimenti.

E' significativo che -OMISSIS- appena aggiudicatasi la gara, abbia costituito la società di progetto -OMISSIS- di cui però era socio al 99% (quindi in posizione assolutamente dominante) la società -OMISSIS- tuttavia priva dei requisiti ex art. 80 Codice Appalti, per aver commesso gravi inadempimenti in un precedente contratto pubblico tanto da subire un recesso anticipato per grave inadempimento. E' rilevante che tale partecipazione di -OMISSIS-S.r.L. sia intervenuta poco dopo la aggiudicazione di Fenix -OMISSIS- (con la costituzione della società di progetto da parte dell'aggiudicatario) e con una quota pressoché totalitaria (nella misura del 99%), ed è rilevante anche che la volturazione sia stata effettuata a nome di -OMISSIS-S.r.L. e non di -OMISSIS-; nella sostanza si è verificata una elusione della disciplina inderogabile, nell'interesse pubblico e della stazione appaltante, in base a cui non possono partecipare alle gare soggetti privi dei requisiti dell'art. 80 del Codice Appalti, dato che poco dopo l'aggiudicazione la -OMISSIS-S.r.L. è divenuta il soggetto assolutamente dominante nella compagine del concessionario, divenendo il sostanziale concessionario del servizio per cui è causa (sotto tale profilo, non è secondario il rilievo dell'amministrazione resistente, che ha evidenziato che -OMISSIS-S.r.L. ha lo stesso amministratore e la stessa sede di -OMISSIS-).

E' significativo che sulla specifica vicenda per cui è causa, sia pur da un angolo visuale differente, secondo quanto allegato da parte resistente e non specificamente contestato da parte ricorrente, si è già pronunciato questo Tribunale, con riguardo alla impugnazione, da parte della odierna parte ricorrente, della determinazione del 30/11/2018, con cui il RUP in via d'autotutela aveva annullato la determinazione di presa d'atto della costituzione della società di progetto -OMISSIS-. L'amministrazione resistente, negli scritti difensivi, ha allegato il contenuto di tale pronuncia (TAR Campania, Salerno, Sez. I, 20.12.2019 n. 2234), con cui il Tar, rigettando il ricorso avverso l'atto di annullamento d'ufficio della presa d'atto del subentro della società di progetto, ha evidenziato il dovere del Comune di verificare il possesso in capo ai soci della società di progettazione dei requisiti di partecipazione alla gara sanciti dall'art. 80 del codice degli appalti.

Non è dirimente che dopo i rilievi del Comune di Angri la -OMISSIS-S.r.L. sia uscita dalla compagine societaria di -OMISSIS-. Infatti tale è la gravità del fatto appena descritto (da comportare un'elusione e compromissione dell'interesse pubblico che governa le gare pubbliche e dell'interesse della stazione appaltante all'affidabilità di chi gestisce il servizio), che è venuta meno l'affidabilità sul contraente e sui futuri adempimenti (assumendo rilievo anche la circostanza allegata dall'amministrazione resistente secondo cui -OMISSIS-S.r.L. ha lo stesso amministratore e la stessa sede di -OMISSIS-). Inoltre, *ad abundantiam*, non può non incidere sull'affidabilità del contraente e sulla corretta gestione del servizio la circostanza allegata dalla stessa parte ricorrente, secondo cui -OMISSIS- non avrebbe voluto effettuare la volturazione in favore di -OMISSIS- ritenendola non affidabile dal punto di vista patrimoniale

5. *Ad abundantiam*, l'inadempimento grave di parte ricorrente emerge anche sotto altro profilo. In particolare, è circostanza allegata dall'amministrazione resistente, e non contestata da parte ricorrente, che il documento contrattuale denominato "*Specifiche delle caratteristiche del servizio della gestione*", allegato al contratto di concessione, nel Capitolo 2 - esercizio e conduzione - stabilisce che il concessionario si obbliga a volturare i Punti di consegna della fornitura di energia elettrica (POD) a proprio nome ed entro un mese dall'avvio della gestione.

Come già evidenziato, -OMISSIS-s.c.a.r.l. ha consegnato al Comune le bollette per la fornitura elettrica, da cui è emerso che per 42 contatori su 45 la volturazione è stata effettuata a nome di -OMISSIS- e non di -OMISSIS-. Sebbene parte ricorrente ha affermato che poi via via la volturazione è stata mutata eliminando l'intestazione a -OMISSIS-S.r.L. in favore di -OMISSIS- è decorso il termine di un mese dall'inizio del servizio senza che la volturazione fosse interamente completata a favore di -OMISSIS-.

Peraltro, la giustificazione addotta da -OMISSIS- evidenzia ancor di più il profilo di inadempimento. Infatti parte ricorrente ha affermato che la scelta di intestare i POD alla Società -OMISSIS-s.r.l. è stata sostanzialmente imposta dal rifiuto da parte -OMISSIS- di provvedere alla voltura in favore di una Società neo costituita ritenuta priva della necessaria solidità patrimoniale; da ciò tuttavia emerge ulteriormente l'inaffidabilità di parte ricorrente, anche considerando che il bando di gara richiedeva espressamente, a pena di esclusione, requisiti di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

6. Parte ricorrente ha lamentato altresì che il recesso contrattuale, effettuato con la determina dirigenziale impugnata, sarebbe viziato sotto il profilo procedurale, per non essere stato preceduto dalla convocazione del tavolo tecnico previsto nel contratto.

Il rilievo è tuttavia infondato, in quanto il tavolo tecnico è stato previsto dall'art. 23 del contratto per la revisione del Piano economico e finanziario, in caso di circostanze che compromettano

l'equilibrio contrattuale; al contrario non rientrano nei casi di instaurazione del tavolo tecnico gli inadempimenti contrattuali e le violazioni delle regole di gara. L'amministrazione resistente ha infatti osservato che diversamente il tavolo tecnico si trasformerebbe in una sorta di organismo di conciliazione obbligatoria. Peraltro, l'art. 23, che regola il tavolo tecnico, non è richiamato dall'art. 28 del contratto, che regola la risoluzione per inadempimento del concessionario.

Tuttavia, anche qualora volesse ritenersi che l'art. 28 faccia richiamo all'art. 23 che regola il tavolo tecnico, ugualmente il rilievo di parte ricorrente sarebbe infondato. Infatti l'art. 23, dopo avere disciplinato le controversie sulla revisione del piano economico e sul riequilibrio del sinallagma contrattuale, a cui è funzionale il tavolo tecnico, nell'ultimo periodo del secondo comma ha previsto che *“nel caso in cui dovessero sorgere contestazioni nella fase gestionale, le parti dovranno esperire in via prioritaria un tentativo di amichevole componimento eventualmente anche mediante l'intervento del tavolo di coordinamento costituito”*. Ne discende che al limite la norma richiede che le parti svolgano un tentativo di amichevole componimento, ma non impone affatto l'intervento del tavolo tecnico, che infatti è solo una soluzione eventuale, e non imposta (come fatto palese dall'avverbio *“eventualmente”*). Ebbene, nel caso in esame un tentativo di amichevole componimento vi è stato, tanto che le parti si sono incontrate e hanno firmato un documento congiunto datato 7.5.2019 (pur se poi la composizione della controversia in via stragiudiziale non si è conclusa), per cui la citata previsione dell'art. 23 sarebbe stata rispettata; la circostanza poi che l'eventuale tavolo tecnico non sia stato costituito non è dirimente, in quanto esso non è previsto come obbligatorio (*ad abundantiam*, non risulta che parte ricorrente abbia nominato il proprio componente per costituire il tavolo tecnico).

Quindi anche tale motivo di ricorso è infondato.

7. I profili sopra descritti, a base della motivazione del provvedimento di recesso impugnato, sono sufficienti a giustificare la risoluzione per grave inadempimento di parte ricorrente. Non occorre quindi valutare anche il profilo di doglianza relativo alle spese contrattuali per incentivazione, qualificato come altro motivo di inadempimento nel provvedimento impugnato.

8. Per tutti i descritti motivi il ricorso è respinto.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

Respinge il ricorso;

Condanna -OMISSIS- e -OMISSIS- in solido al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente, liquidate nella complessiva somma di euro 4.000,00, oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare persone ed enti.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite "*Microsoft Teams*"):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Fabio Di Lorenzo**

**IL PRESIDENTE**

**Leonardo Pasanisi**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.