

GIURISDIZIONE: Riparto di giurisdizione - Concessioni - Controversie successive all'aggiudicazione - Giurisdizione dell'Autorità giurisdizionale ordinaria - Fattispecie.

Cass. civ., Sez. Unite, 11 marzo 2020, n. 7005

- in *Rivista trimestrale degli appalti*, 4, 2020, pag. 2007, con commento di Stefano Vinti, *La giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle controversie riguardanti la fase esecutiva delle procedure ad evidenza pubblica. I limiti esterni della giurisdizione amministrativa.*

“[...] Va quindi data continuità al principio, più volte enunciato da queste Sezioni Unite sia in tema di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica (sent. n. 21200/17), sia in tema di concessioni di servizi (sent. n. 32728/18), che le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, successiva all'aggiudicazione, sia se implicanti la costruzione (e gestione) dell'opera pubblica, sia se non collegate all'esecuzione di un'opera, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario [...]”.

Svolgimento del processo

1. La società di progetto Asolo Hospital Service s.p.a. (di seguito, brevemente, Asolo) è titolare - per essere subentrata, nel 2004, al raggruppamento temporaneo di imprese che si era reso aggiudicatario della relativa gara di Project Financing - della concessione rilasciata dalla Azienda ULSS n. (OMISSIS), della durata originaria di ventisette anni, per la costruzione delle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e Montebelluna e per la gestione di numerosi servizi relativi a tali infrastrutture.
2. Taluni di detti servizi (tra cui, per esempio, la fornitura di calore, la manutenzione delle apparecchiature sanitarie, la raccolta e smaltimento dei rifiuti) erano stati affidati dalla Asolo alla società Guerrato s.p.a., socia di minoranza della stessa Asolo e già componente del raggruppamento temporaneo di imprese originariamente aggiudicatario della concessione.
3. A seguito della risoluzione del contratto con la Guerrato s.p.a., per grave inadempimento di quest'ultima, la Asolo affidò a terzi, senza applicare le regole dell'evidenza pubblica, i servizi già gestiti da tale società. In particolare, per quanto qui specificamente interessa, il servizio relativo alla manutenzione delle apparecchiature elettromedicali venne affidato alla società Tecnologie Sanitarie s.p.a., mediante contratto temporaneo della durata di sei mesi, rinnovabile per ulteriori sei mesi, concluso all'esito di una informale procedura comparativa.
4. Le delibere del c.d.a. della Asolo relative al nuovo affidamento dei servizi rimasti scoperti a causa della risoluzione del contratto con la società Guerrato, e le conseguenti lettere di invito,

vennero impugnate dalla Società Coopservice soc. coop. p.a., anch'essa socia di minoranza della Asolo, innanzi al TAR Veneto 5. Secondo la Coopservice, i servizi già affidati alla società Guerrato potevano formare oggetto di ri-affidamento diretto soltanto ai soci della società di progetto (originari componenti del RTI), mentre l'affidamento a terzi poteva essere realizzato solo mediante una procedura di evidenza pubblica.

6. Il TAR Veneto declinò la giurisdizione, qualificando la situazione soggettiva dedotta in giudizio dalla Coopservice come diritto soggettivo del socio di minoranza di una società di capitali ed escludendo la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sull'assunto che Asolo Hospital Service s.p.a. non potesse qualificarsi "amministrazione aggiudicatrice" (come tale tenuta all'applicazione di procedura di evidenza pubblica), ai fini dell'individuazione dei contraenti da coinvolgere nella gestione funzionale delle strutture ospedaliere.

7. La sentenza del TAR Veneto venne appellata dalla Coopservice, a cui avviso la giurisdizione sulla controversia andava riconosciuta al giudice amministrativo.

8. L'appello dalla Coopservice è stato accolto dal Consiglio di Stato, il quale, dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, ha rimesso le parti davanti al giudice amministrativo di primo grado.

9. Il Consiglio di Stato ha ritenuto, da un lato, che la situazione soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente non fosse un diritto ma un "interesse e una legittimazione del socio di minoranza alla tutela di suoi interessi legittimi, al buon andamento finanziario e gestionale della società"(sent. impugnata pag. 8); d'altro lato, che, nella specie, dovesse riconoscersi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi all'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. a-bis) e lett. b), lett. c) e lett. e), n. 1.

10. Avverso la pronuncia del Consiglio di Stato la società Asolo ha proposto ricorso per cassazione per ragioni di giurisdizione, sulla scorta di due motivi, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c..

11. Con il primo motivo si censura l'affermazione che si legge a pag. 7 dell'impugnata sentenza secondo cui, dovendosi escludere che "possa rinvenirsi una qualche disposizione che integri un diritto di preferenza dei soci di una società di progetto concessionaria di pubblici servizi all'affidamento diretto dei servizi", verrebbe meno l'argomento secondo cui la controversia in esame concernerebbe "diritti soggettivi privati". Nel mezzo di impugnazione la società Asolo sottolinea che "le controversie volte a presidiare affermati diritti dei soci di una società di capitali, asseritamente lesi da azioni poste in essere dalla società, appartengono alla cognizione del giudice ordinario".

12. Con il secondo motivo la ricorrente principale contesta analiticamente la pertinenza dei riferimenti alle disposizioni di cui all'art. 133 c.p.a., comma 1 sulla cui base l'impugnata sentenza ha affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, vale a dire le lettere a-bis) e b), la lettera c) e la lettera e), n. 1), anche in combinato disposto con il D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 175.

13. La società Tecnologie Sanitarie S.p.a. ha presentato controricorso, proponendo altresì ricorso incidentale, sempre per ragioni di giurisdizione, articolato in sei motivi.

14. Con il primo motivo si censura la violazione dell'art. 105 c.p.a. in cui il Consiglio di Stato sarebbe incorso pronunciandosi sul merito della controversia e sulla fondatezza delle pretese di parte ricorrente, invece che limitarsi a valutare il profilo della giurisdizione del giudice adito.

15. Con il secondo motivo si argomenta che il Consiglio di Stato avrebbe errato nel qualificare la posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla Coopservice quale interesse legittimo, invece che come diritto soggettivo derivante dalla qualità di socio, al buon andamento finanziario e gestionale della società.

16. Con il terzo motivo si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. a-bis) e b), c.p.a., con riferimento al principio di tassatività delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo desumibile dall'art. 103 Cost., comma 1. Nel mezzo di impugnazione si sottolinea la non pertinenza del richiamo contenuto nella sentenza gravata alla lettera a-bis) ed alla lettera b) dell'art. 133 c.p.a., comma 1 che riguardano, rispettivamente, le controversie in tema di silenzio assenso L. n. 241 del 1990, ex art. 20 e quelle in tema di concessione di beni pubblici.

17. Con il quarto motivo si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a., sempre con riferimento al principio di tassatività delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo desumibile dall'art. 103 Cost., comma 1. Nel mezzo di impugnazione si sottolinea la non pertinenza del richiamo contenuto nella sentenza gravata alla lettera c) dell'art. 133 c.p.a., comma 1 argomentando che la concessione di cui la società Asolo è titolare andrebbe qualificata non come concessione di pubblici servizi, bensì come concessione di costruzione e gestione di opera pubblica.

18. Con il quinto motivo si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., ancora con riferimento al principio di tassatività delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo desumibile dall'art. 103 Cost., comma 1. Nel mezzo di impugnazione si sostiene che la presente controversia non rientrerebbe tra quelle "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica", di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a.. Ciò per due ordini di ragioni. In

primo luogo, perchè la controversia proposta dalla Coopservice non concerne la fase concorsuale di affidamento della concessione, ma riguarda la gestione dell'opera già realizzata e, quindi, la fase dell'esecuzione del contratto; in secondo luogo perchè la società di progetto Asolo non potrebbe, secondo la ricorrente incidentale, essere considerata "amministrazione aggiudicatrice" L. n. 109 del 1994, ex art. 2, comma 7, lett. c), come tale tenuta, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica.

19. Con il sesto motivo si deduce la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 50 del 2016, artt. 174, 175, 177 e 184 in cui il Consiglio di Stato sarebbe incorso fondando anche su tali disposizioni la ratio decidendi dell'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La ricorrente incidentale preliminarmente contesta la stessa applicabilità di tali disposizioni nella presente fattispecie, sottolineando come esse, per un verso, non abbiano ad oggetto il riparto della giurisdizione e, per altro verso, si applichino alle procedure ed ai contratti derivati da bandi o avvisi successivi all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016. Sotto altro aspetto, comunque, la ricorrente incidentale contesta che dalle disposizioni in esame sia possibile trarre argomenti di supporto all'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella presente controversia.

20. La società Coopservice ha presentato controricorso al ricorso principale ed un ulteriore controricorso per resistere al ricorso incidentale della Tecnologie Sanitarie s.p.a.

21. In entrambi detti controricorsi la società Coopservice ha sostenuto la correttezza dell'impugnata decisione del Consiglio di Stato in punto di giurisdizione, deducendo che la presente controversia verterebbe, nella sostanza, non sull'accertamento del diritto soggettivo della stessa Coopservice a vedersi affidati i servizi già gestiti dalla società Guerrato, quanto piuttosto sulla identificazione delle regole a cui si deve attenere una società di progetto costituita a valle di una procedura di evidenza pubblica titolare (per subentro al raggruppamento temporaneo di imprese originariamente aggiudicatario) di una concessione di costruzione di infrastrutture ospedaliere e di gestione dei relativi servizi - quando debba procedere alla sostituzione, nella gestione di alcuni di tali servizi, dell'originario affidatario dei medesimi, socio della stessa società di progetto e componente del raggruppamento temporaneo di imprese originariamente aggiudicatario della concessione.

22. A conclusione di entrambi i controricorsi la società Coopservice chiede che questa Corte - qualora interpreti le norme regolatrici della fattispecie nel senso che una società di progetto, quale concessionaria per legge, possa, una volta costituita, affidare liberamente a terzi i servizi oggetto di concessione - disponga il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE per sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione Europea il seguente quesito: "Ostano alla normativa comunitaria dettata in materia di

affidamenti e appalti pubblici le disposizioni nazionali che legittimano l'affidamento a terzi senza gara di servizi aggiudicati a un concessionario all'esito di una procedura di finanza di progetto alla quale aveva partecipato un operatore in RTI qualificatosi attraverso i suoi membri anche per la gestione di quegli stessi servizi che successivamente la società di progetto intende affidare a terzi senza gara?".

23. Anche l'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. (OMISSIS) "(OMISSIS)" della Regione Veneto ha presentato controricorso.

24. Tutte le parti hanno presentato memoria.

25. La causa è stata discussa nella pubblica udienza del 2 luglio 2019, in cui il Procuratore Generale ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Motivi della decisione

26. Preliminarmente vanno disattese le eccezioni di inammissibilità del ricorso principale sollevate dalla Coopservice. I due motivi di ricorso, infatti, criticano in termini sufficientemente puntuali le argomentazioni dell'impugnata sentenza. Nè può condividersi la considerazione della Coopservice secondo cui il ricorso della Asolo sarebbe inammissibile per non avere specificamente "disinnescato il richiamo fatto dal Consiglio di Stato in sentenza al D.Lgs. n. 50 del 2016, artt. 3, 174, 175, 177 e 184 e al D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. e)"; le argomentazioni svolte nella sentenza impugnata con riferimento a tali disposizioni sono state infatti attinte dalle censure sviluppate nell'ultimo capoverso di pag. 12 e poi a pag. 13 del ricorso della Asolo. In ogni caso, tali argomentazioni sono state censurate nei motivi quinto e sesto del ricorso incidentale della società Tecnologie Sanitarie.

27. Ancora preliminarmente va disattesa la richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. Premesso che queste Sezioni Unite hanno già avuto modo di precisare, nell'ordinanza n. 20701/13, che il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE "non costituisce un rimedio giuridico esperibile automaticamente a sola richiesta delle parti, spettando solo al giudice stabilirne la necessità nel caso invece esclusa (Corte giust. 21 luglio 2011, Kelly, in C104/10; 22 giugno 2010, Melki in C188 e 189/10)", va qui osservato che la questione che la difesa Coopservice chiede di rimettere alla Corte di giustizia è formulata in termini inammissibilmente generici, giacchè non indica alcuna specifica disposizione interna la cui portata dispositiva si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione Europea, nè indica quale disposizione dei trattati o del diritto derivato dell'Unione Europea osterebbe ad un esito interpretativo che neghi che la società di progetto titolare di una concessione di costruzione di un'opera pubblica e di gestione dei relativi servizi rientri nel novero dei soggetti "comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa

comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica" (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1). L'istanza della difesa Coopservice, in sostanza, opera un generico richiamo alla "normativa comunitaria dettata in materia di affidamenti e appalti pubblici", senza tuttavia formulare alcun quesito interpretativo che possa formare oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e che, quindi, possa radicare il relativo dovere in capo a questo giudice di ultima istanza. Va qui confermato, infatti, il principio, già espresso da questa Corte con l'ordinanza n. 6862/14, che non sussistono i presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, ove la parte si limiti a censurare direttamente l'incompatibilità con il diritto dell'Unione delle conseguenze "di fatto" derivanti dall'interpretazione del diritto interno, senza sollecitare un'interpretazione generale ed astratta di una normativa interna.

Sotto altro aspetto va altresì aggiunto che in questo giudizio la Corte di cassazione è chiamata a pronunciarsi non sul merito della controversia ma, esclusivamente, sulla individuazione del giudice munito di giurisdizione, mediante una decisione la cui efficacia nel giudizio di merito è perimetrata nei termini indicati dall'art. 386 c.p.c.. L'oggetto del presente giudizio di legittimità si risolve, in definitiva, nella verifica del rispetto, da parte del Consiglio di Stato, dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che è tema estraneo all'ambito del diritto dell'Unione Europea (SSUU 14042/16).

28. Tanto premesso, il Collegio ritiene che tutti i motivi dei due ricorsi - principale e incidentale - siano da trattare congiuntamente, per la loro evidente connessione, e che entrambi detti ricorsi vadano riconosciuti fondati.

29. Il Consiglio di Stato, prima di affrontare specificamente la questione di giurisdizione al medesimo devoluta con l'appello della Coopservice, ha operato un'approfondita ricognizione del merito della controversia, prendendo le mosse dal testo della L. n. 109 del 1994, art. 37-quinquies, comma 1-bis, come modificato dalla L. n. 144 del 1999, art. 6, ora riprodotto nel D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 184, comma 3, (che recita "I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi"). Nell'impugnata sentenza si afferma che, alla luce di tale disposto normativo, se i servizi oggetto della concessione possono essere liberamente affidati ai soci rientranti nell'ambito del "recinto" originario dei soci della società di progetto, la disposizione alla

cui stregua "restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi" va letta, per ragioni sistematiche, nel senso che essa impone sempre l'evidenza pubblica nelle procedure di affidamento dei suddetti servizi a terzi estranei alla compagine sociale della società di progetto.

30. Sulla scorta di tali presupposti il Consiglio di Stato, come sopra accennato nel p. 9 - ha, per un verso, escluso l'esistenza di "un diritto soggettivo al subentro di un socio nel contratto dell'impresa precedente affidataria" e, per altro verso, affermato esistente un "interesse ed una legittimazione del socio di minoranza alla tutela dei suoi interessi legittimi, al buon andamento finanziario e gestionale della società".

31. L'impugnata sentenza ha quindi identificato il tema del presente giudizio nella "contestata legittimità della decisione della società concessionaria di attribuire direttamente, e previa gara informale, taluni servizi oggetto di concessione a soggetti diversi dai soci, senza l'osservanza delle regole nazionali ed Europee in materia di evidenza pubblica".

32. Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto che la presente controversia rientri nella giurisdizione amministrativa esclusiva sotto un triplice aspetto:

a) in primo luogo, con riferimento all'art. 133, comma 1, lett. a-bis) e b), c.p.a., sul rilievo che le controversie ivi contemplate "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fin dalla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, comma 2", fatte salve quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi;

b) in secondo luogo, con riferimento all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., sul rilievo che "l'assunzione da parte di imprese estranee al novero dei soci della società di progetto di servizi e di quote sociali è questione concernente profili estranei al mero rapporto patrimoniale tra la società medesima ed i suoi soci, in quanto attiene strettamente e funzionalmente alla qualità ed alle garanzie di un servizio pubblico essenziale di interesse generale rilevante ai fini della giurisdizione";

c) in terzo luogo, con riferimento all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., da leggere nell'ottica al D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 175 secondo cui "con il riferimento al socio restano attratte nella giurisdizione esclusiva anche le procedure "svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale".

33. Il principio conclusivamente enunciato dell'impugnata sentenza è che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "si estende anche alle controversie di carattere non meramente

patrimoniale sorte nell'ambito della fase di esecuzione del rapporto concessorio concernente l'individuazione del soggetto esecutore di parte del servizio, in sostituzione di un socio esecutore".

34. Tale conclusione non appare persuasiva.

35. Prima di esaminare specificamente la questione della sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è peraltro opportuno, per dissipare i dubbi che potrebbero essere generati da taluni passaggi argomentativi dell'impugnata sentenza, chiarire come la presente controversia non possa in alcun modo essere ricondotta nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

36. In primo luogo il Collegio rileva che l'argomento enunciato nella pag. 8 dell'impugnata sentenza, secondo cui "si deve del tutto escludere che... possa rinvenirsi una qualche disposizione che integri il diritto di preferenza dei soci", è argomento che concerne la fondatezza della pretesa dalla Coopservice e non la qualificazione della situazione giuridica della stessa dedotta in giudizio.

37. In secondo luogo va sottolineato che il riferimento che si legge nella pag. 7 dell'impugnata sentenza agli "interessi legittimi, al buon andamento finanziario e gestionale della società" di cui sarebbe titolare del socio di minoranza di una società per azioni non può essere condiviso. Per un verso, in linea generale, va sottolineato che l'interesse del socio di minoranza di una società per azioni al buon andamento finanziario e gestionale della società è tutelato dall'ordinamento attraverso i diritti soggettivi attribuiti ai soci in materia di partecipazione alla formazione della volontà assembleare e di controllo dell'operato degli organi amministrativi. Per altro verso, per quanto specificamente riguarda il caso in esame, va sottolineato che la presente controversia non coinvolge l'amministrazione concedente ma si pone a valle dell'aggiudicazione ed ha ad oggetto il rapporto tra il concessionario ed un terzo. Non vi è quindi questione di interessi legittimi, giacché si tratta di una controversia intercorrente tra privati ed avente ad oggetto atti che la società di progetto ha adottato al di fuori dall'esercizio di potestà pubblicistiche.

38. Escluso, quindi, che la presente controversia rientri nella giurisdizione generale di legittimità, è necessario esaminare partitamente i riferimenti normativi ai quali l'impugnata sentenza ha ancorato la propria affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

39. L'art. 133, comma 1, lett. a) bis, c.p.a. non appare richiamato utilmente. Tale disposizione riguarda "le controversie relative all'applicazione della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 20", vale a dire le controversie in materia di disciplina del "silenzio - assenso".

40. Nemmeno l'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a. appare richiamato utilmente, trattandosi di disposizione che concerne le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi ai rapporti

di concessione di beni pubblici; all'evidenza la concessione 01 di cui la società Asolo è titolare non è una concessione di beni pubblici, ma di lavori e servizi.

41. Il richiamo all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. va anch'esso giudicato non pertinente. Nella sentenza del Consiglio di Stato si fa riferimento alla "concessione di servizi pubblici" (pag. 11) e si sottolinea che "i servizi sanitari garantiscono a tutti i cittadini, in condizioni di uguaglianza, l'accesso universale all'erogazione equa delle prestazioni sanitarie, in attuazione dell'art. 32 Cost." (pag. 11). Che l'erogazione del servizio pubblico sanitario costituisca attuazione dell'art. 32 Cost. è sicuramente vero. Ma - va sottolineato - l'oggetto della concessione rilasciata dall'Azienda ULSS n. (OMISSIS) al raggruppamento temporaneo di imprese a cui è poi subentrata la società di progetto Asolo non è il servizio sanitario. I servizi di cui la società di progetto Asolo è concessionaria, quali riportati a pag. 3 della sentenza gravata (tra i vari, la fornitura di calore, la manutenzione delle apparecchiature sanitarie, la manutenzione di opere edili da fabbro e da falegname, la manutenzione di arredi, la raccolta e smaltimento dei rifiuti, la manutenzione di ascensori e montacarichi, la manutenzione di computer e stampanti, ecc.), sono, infatti, servizi lato sensu manutentivi dei beni mobili ed immobili utilizzati dall'Azienda ULSS concedente per lo svolgimento dell'attività di erogazione del servizio sanitario. Il servizio sanitario erogato alla generalità degli utenti dall'Azienda ULSS è certamente un servizio pubblico, ma i servizi manutentivi erogati all'Azienda ULSS dalla società Asolo non sono servizi pubblici, perchè non sono erogati a favore della generalità degli utenti, bensì a favore della pubblica amministrazione concedente.

42. In ogni caso è dirimente, per escludere la configurabilità della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., il rilievo che il ri-affidamento a terzi della gestione di taluni servizi (non pubblici, per quanto illustrato nel paragrafo precedente) dati in concessione ad Asolo e da questa precedentemente affidati alla società Guerrato si colloca a valle del rapporto tra la concessionaria Asolo e la concedente Azienda ULSS n. (OMISSIS) e ha ad oggetto il rapporto tra la concessionaria e terzi, nel quale la concessionaria non esercita potestà pubbliche. Va quindi data continuità al principio, più volte enunciato da queste Sezioni Unite sia in tema di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica (sent. n. 21200/17), sia in tema di concessioni di servizi (sent. n. 32728/18), che le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, successiva all'aggiudicazione, sia se implicanti la costruzione (e gestione) dell'opera pubblica, sia se non collegate all'esecuzione di un'opera, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

43. Per quanto, infine, concerne il richiamo dell'impugnata sentenza all'art. 133, comma 1, lett. 3), n. 1, c.p.a. - effettuato dal Consiglio di Stato "nell'ottica del D.Lgs. n. 50, art. 175", il cui comma 7

considera "sostanziale" la modifica di una concessione consistente nella sostituzione di un nuovo concessionario all'aggiudicatario iniziale - va in primo luogo disattesa la censura, proposta dalla società Tecnologie Sanitarie nel sesto motivo del ricorso incidentale, secondo cui il D.Lgs. n. 50 del 2016 non sarebbe applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta in giudizio. Tale censura viene argomentata dalla ricorrente incidentale sulla base del disposto del D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 216, comma 1, ("Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonchè, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte") e sulla considerazione che la concessione di cui è titolare la Asolo era stata rilasciata in epoca ampiamente anteriore al 19 aprile 2016 (data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016). La doglianza, tuttavia, non coglie che il presente giudizio ha ad oggetto non la concessione rilasciata dalla Azienda ULSS n. (OMISSIS), di cui è titolare la società Asolo, bensì l'affidamento di servizi a terzi realizzato dalla società Asolo, il quale ultimo è fondato su atti - di cui il primo è la lettera di invito del 28 marzo 2017 - tutti posteriori al 19 aprile 2016.

44. Chiarita, quindi, l'applicabilità, alla fattispecie in esame, delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016, il richiamo svolto nell'impugnata sentenza all'art. 175 di tale D.Lgs. va, tuttavia, giudicato privo di pertinenza, giacchè nel presente giudizio non si discute di sostituzione del concessionario; è pacifico, infatti, che la titolare della concessione rilasciata dalla Azienda ULSS n. (OMISSIS) è sempre la società di progetto Asolo. Può peraltro aggiungersi che dalla sentenza impugnata e dalle prospettazioni svolte dalle parti in questa sede non emerge nemmeno che la compagine sociale della società Asolo abbia subito modifiche e, in particolare, che la società Guerrato abbia dismesso la propria partecipazione al capitale sociale della Asolo. La vicenda dedotta in giudizio, in definitiva, non riguarda l'ipotesi della modifica del concessionario e nemmeno quella della variazione della compagine sociale della società concessionaria; tale vicenda, quindi, non implica alcuna modifica della concessione e, pertanto, non rientra nel campo applicativo del D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 175.

45. Esaminando poi più da presso il disposto dell'art. 133, comma 1, lett. 3), n. 1, che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, si tratta, in definitiva,

di verificare se la concessionaria Asolo possa considerarsi soggetto comunque tenuto, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica.

46. Per rispondere al suddetto quesito si deve verificare quale sia la qualificazione giuridica della società Asolo secondo il D.Lgs. n. 50 del 2016. In proposito, queste Sezioni Unite non possono che ribadire quanto già affermato (con riferimento alle analoghe disposizioni del D.Lgs. n. 163 del 2006), con l'ordinanza n. 19019/19, emessa in sede di regolamento di preventivo di giurisdizione in controversia quasi perfettamente sovrapponibile alla presente.

47. Deve allora evidenziarsi che la società Asolo non rientra nell'elenco delle "amministrazioni aggiudicatrici" contenuto nel D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 3, comma 1, lett. a), nè rientra nel novero degli "enti aggiudicatori" di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 3, comma 1, lett. e); Asolo rientra piuttosto nella categoria dei "concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici" (D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 1, comma 2, lett. c), avendo in tale veste ri-affidato a terzi i servizi già gestiti dalla società Guerrato. La verifica se in tale ri-affidamento essa fosse tenuta per legge a seguire le regole dell'evidenza pubblica conduce ad un esito negativo: infatti l'osservanza di tali regole è prevista, a carico dei concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per l'affidamento di lavori (art. 164, comma 5), non per l'affidamento di servizi.

48. Nè il Collegio condivide le conclusioni che l'impugnata sentenza trae dal disposto del D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 184, comma 2, alla cui stregua "I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi". Tale disposizione, integralmente riprodotiva della L. n. 144 del 1999, art. 37 quinquies, comma 1 bis (c.d. legge Merloni) e del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 56, comma 2, -, viene letta dal Consiglio di Stato nel senso che il secondo dei due periodi che ne compongono il testo ("Restano ferme... ") comporterebbe che "debbano restare ferme le norme che impongono sempre l'evidenza pubblica per affidamento a terzi dei servizi oggetto della concessione" (pag. 6 della sentenza). In proposito si deve richiamare quanto queste Sezioni Unite hanno già affermato nella menzionato ordinanza n. 19019/19, ossia che la formulazione della disposizione in esame in termini ipotetici ("che prevedano obblighi") non consente di interpretare la stessa come impositiva,

ai concessionari, di obblighi diversi da quelli già previsti da altre "disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali". Queste ultime restano, appunto, "ferme", se ed in quanto preesistesti.

49. Piuttosto è proprio dall'art. 184, comma 3 in esame che si trae argomento contrario alla ricostruzione della disciplina proposta nell'impugnata sentenza. Tale comma, infatti, prevede che "il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera". Detta disposizione, quindi, assoggetta la cessione delle quote della società di progetto (possibile, dopo il collaudo dell'opera, anche per i soci che abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione) non alle modalità dell'evidenza pubblica ma alle regole fissate nella concessione. Va allora osservato che, se i servizi oggetto della concessione possono essere affidati ai soci liberamente, come si riconosce anche nella sentenza impugnata, non vi è ragione di ritenere che l'affidamento dei servizi dalla società di progetto a terzi soggiaccia a regole di evidenza pubblica non previste per la cessione delle quote della stessa società di progetto.

50. Un ulteriore argomento, di carattere sistematico, a conferma dell'assunto che la società Asolo non può considerarsi, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., soggetto tenuto, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale può trarsi dall'espressa esclusione dei titolari di concessioni affidate con la formula della finanza di progetto dal novero dei concessionari che, ai sensi dal D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 177, comma 1, sono tenuti ad affidare una quota (pari all'ottanta per cento) dei contratti di lavori, servizi e forniture mediante procedure di evidenza pubblica.

51. In definitiva, nessuna delle disposizioni dell'art. 133 c.p.a. richiamate nell'impugnata sentenza risulta idonea ad attrarre la presente controversia nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. I ricorsi principale e incidentale vanno quindi accolti, nei termini sopra illustrati, e sulla presente controversia va dichiarata la giurisdizione dell'a.g.o.

52. La sentenza gravata va cassata e le parti vanno rimesse davanti al tribunale ordinario competente, che liquiderà anche le spese dello intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie i ricorsi principale e incidentale nei termini di cui in motivazione, dichiara la giurisdizione dell'a.g.o., cassa la sentenza gravata e rimette le parti davanti al tribunale ordinario competente, che liquiderà anche le spese dello intero giudizio.

Conclusione

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 2 luglio 2019.

Depositato in Cancelleria il 11 marzo 2020