

**APPALTI: Affidamenti di servizi da parte della P.A. ad imprese private - Appalti pubblici di servizi - Concessioni di servizi - Distinzione.**

**Cass. civ., Sez. Unite, 28 maggio 2020, n. 10080**

- in *Studium iuris*, 1, 2021, pag. 63

*“[...] 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. In relazione a quest'ultimo punto va osservato che se l'amministrazione non paga alcun prezzo, deve escludersi che possa configurarsi un appalto di servizi ai sensi del diritto comunitario" [...]*”.

***Svolgimento del processo***

1. Il Comune di Milano ha impugnato per cassazione la sentenza con cui la Corte di appello di Milano, riformando l'ordinanza ex art. 702 ter c.p.c., del Tribunale della stessa città, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia introdotta dalla società PBV Solutions s.p.a. contro il Comune e la Città Metropolitana di Milano, avente a oggetto la risoluzione del contratto normativo (riconducibile al paradigma degli "accordi quadro" di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 59, razione temporis applicabile nella specie) dalla stessa PBV Solutions stipulato con la (allora) Provincia di Milano, quale mandataria con rappresentanza del Comune di Milano.

1.2. Il suddetto contratto aveva ad oggetto la concessione "del servizio di efficientamento energetico comprensivo di riqualificazione e conduzione", come recita il bando di gara nello stralcio trascritto a pag. 13 dell'impugnata sentenza, dove si precisa altresì che le prestazioni richieste all'affidatario del servizio consistevano nell'"eseguire i lavori di efficientamento ed effettuare l'erogazione dei servizi e la conduzione degli impianti elettrici, termici e di condizionamento" di trentotto edifici di proprietà comunale (ultimo capoverso).

2. Questi i fatti che hanno dato origine alla controversia, come riportati nella sentenza della Corte di appello di Milano qui impugnata.

2.1. Il 12 ottobre 2012 il Comune e la Provincia (oggi Città Metropolitana) di Milano sottoscrissero una convenzione con la quale il primo attribuiva alla seconda la funzione di stazione appaltante per

la selezione di una E.S.Co. (vale a dire, ai sensi del D.Lgs. 30 maggio 2008, n. 115, art. 2, una "persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario") cui affidare servizi di miglioramento dell'efficienza energetica dei menzionati edifici di proprietà comunale, prevalentemente appartenenti all'edilizia scolastica.

2.2. Secondo la suddetta convenzione, la gara sarebbe stata bandita dalla Provincia in nome e per conto del Comune di Milano e avrebbe avuto ad oggetto la stipula di un contratto-quadro di prestazione che la E.S.Co aggiudicataria avrebbe sottoscritto con la Provincia, quale mandataria con rappresentanza del Comune; a detto contratto-quadro di prestazione avrebbe poi fatto seguito un contratto attuativo di prestazione, che la medesima aggiudicataria avrebbe sottoscritto direttamente con il Comune, a carico del quale sarebbe rimasto il pagamento del canone da corrispondersi alla E.S.Co...

2.3. La Provincia di Milano espletò la gara, aggiudicò la concessione dei suddetti servizi alla società PBV Solutions s.p.a. e con quest'ultima, il 10 ottobre 2014, sottoscrisse il contratto-quadro, ridefinito "contratto normativo"; con tale contratto, si legge nella sentenza impugnata, la Provincia di Milano, in nome per conto del Comune di Milano, concedeva alla PBV Solutions "la concessione mista di beni servizi per la riqualificazione energetica e la gestione di edifici di proprietà del Comune di Milano" e impegnava la concessionaria a stipulare con il Comune il contratto operativo, entro i successivi sessanta giorni, "alle condizioni precisate nel bando di gara, nella lettera di invito del 20 dicembre 2013..., negli schemi di contratto operativo e di capitolato di gestione, nell'offerta tecnica e nell'offerta economica del 28 marzo 2014 e nel rispetto degli obblighi sanciti in tali documenti nonchè nel rispetto delle soluzioni e dei parametri tecnici di cui al progetto preliminare presentati con l'offerta tecnica e degli obblighi sorgenti dall'altra documentazione di gara, documenti tutti che le parti dichiarano di ben conoscere e di approvare".

2.4. Con nota del 3/11/2014, proseguì l'impugnata sentenza, la Provincia di Milano inviò al Comune di Milano copia del contratto normativo, nonchè l'originale della fideiussione rilasciata per conto dell'aggiudicataria. A tale nota il Comune di Milano rispose con missiva del 9/12/2014, con cui comunicava di non intendere procedere alla stipulazione del contratto operativo, perchè, non essendo l'aggiudicazione pervenuta nei tempi previsti, esso aveva affidato i servizi di cui si tratta ad altri soggetti, a condizioni migliori di quelle a cui la Provincia li aveva aggiudicati alla PBV Solutions.

3. All'esito di inutili diffide ad adempiere all'obbligazione di concludere il contratto operativo, PBV Solutions convenne davanti al Tribunale di Milano tanto il Comune quanto la Provincia per sentire

risolvere il contratto normativo, ai sensi dell'art. 1453 c.c., per grave inadempimento del Comune di Milano, consistente nella mancata stipula del contratto operativo e nella mancata consegna degli edifici, e per sentir condannare gli enti convenuti al risarcimento dei danni subiti a causa di detto inadempimento.

4. Con ordinanza del 6 aprile 2016 il Tribunale di Milano ha declinato la giurisdizione, affermando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a..

5. La Corte d'appello di Milano, investita dall'appello della società PBV Solutions, ha ribaltato la decisione del Tribunale, affermando la giurisdizione del giudice ordinario e rimettendo le parti in primo grado ai sensi dell'art. 353 c.p.c..

5.1. La Corte ambrosiana ha in primo luogo disatteso l'eccezione di inammissibilità o improcedibilità della domanda della PBV Solutions, sollevata dal Comune di Milano sul rilievo che l'attrice aveva introdotto tale domanda in pendenza di procedura di ammissione al concordato preventivo senza essere stata previamente autorizzata dal giudice delegato ai sensi della L. Fall., art. 167; nell'impugnata sentenza si argomenta che la presentazione di una istanza di ammissione al concordato preventivo non priverebbe l'imprenditore della capacità di stare in giudizio e che, d'altra parte, l'esercizio di un'azione a tutela dei crediti dell'impresa non potrebbe annoverarsi tra gli atti di straordinaria amministrazione.

5.2. Quanto alla questione di giurisdizione, la Corte d'appello ha argomentato che il contratto di cui la società PBV Solutions ha chiesto la risoluzione per inadempimento del Comune di Milano, con conseguente condanna di quest'ultima al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, è il contratto normativo stipulato il 10 ottobre 2014 tra la medesima PBV Solutions e la Provincia di Milano, in nome per conto del Comune di Milano.

5.2.1. Con tale contratto normativo, si legge nell'impugnata sentenza, il Comune di Milano (tramite la Provincia di Milano, propria rappresentante) già si era obbligato a concedere all'aggiudicataria la gestione del servizio di miglioramento dell'efficienza energetica di propri immobili per un periodo di 15 anni e in tale contratto già risultavano individuate, sulla scorta degli allegati alla lettera di invito, tutte le obbligazioni principali dell'appalto, ivi compresa la definizione del prezzo e le prestazioni gravanti sull'aggiudicataria, cosicché allo stipulando contratto attuativo residuava soltanto una "funzione integrativa e/o accessoria" (pag. 12, primo capoverso).

5.2.2. In ogni caso, sottolinea la Corte territoriale, "sia che si voglia qualificare il contratto del 10/10/2014 come negozio definitivo di assegnazione dei servizi, sia a volerlo qualificare come preliminare, ciò che rileva è il fatto che fra le parti era stato stipulato un contratto in forza del quale il Comune aveva quanto meno assunto l'obbligazione di affidare il servizio di "efficientamento"

tecnico e di gestione di 38 edifici di sua proprietà a PBV Solutions s.p.a." (pag. 12, secondo capoverso).

5.2.3. Sulla scorta di tali premesse, quindi, la Corte territoriale ha ritenuto che con la sottoscrizione del contratto normativo si fosse esaurita la fase procedimentale che radicava la giurisdizione del giudice amministrativo, "spettando invece al giudice ordinario la cognizione su ogni questione afferente l'esecuzione del rapporto ed in particolare l'accertamento circa la natura (definitivo o preliminare) del contratto, il contenuto delle reciproche obbligazioni ed il loro eventuale inadempimento da parte dei contraenti " (pag. 12, terzo capoverso).

6. Il ricorso proposto dal Comune di Milano per la cassazione di tale sentenza si articola in quattro motivi.

7. La società PBV Solutions (ora Edison Facility Solutions) ha depositato controricorso, mentre la Provincia di Milano (ora Città metropolitana di Milano) non ha spiegato difese in questa sede.

8. La causa è stata discussa nella pubblica udienza del 14.1.20, per la quale solo il Comune di Milano ha depositato una memoria e nella quale il Procuratore Generale ha concluso come in epigrafe.

#### ***Motivi della decisione***

9. Con il primo motivo di ricorso, riferito al vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 3, con riguardo alla violazione dell'art. 75 c.p.c. e R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 161, comma 7 e art. 167, comma 2, il Comune di Milano censura l'impugnata sentenza per aver disatteso l'eccezione di inammissibilità della domanda giudiziale della PBV Solutions, in quanto da quest'ultima presentata, in pendenza di procedura di ammissione al concordato preventivo, in difetto di previa autorizzazione del tribunale L. Fall., ex art. 161, comma 7.

9.1. Il motivo va disatteso. L'imprenditore che abbia presentato istanza di ammissione al concordato non perde la capacità di stare in giudizio, come non la perde l'imprenditore che sia stato ammesso al concordato; pertanto, la mancata autorizzazione del tribunale alla proposizione di una domanda giudiziale da parte di un imprenditore che abbia chiesto di essere ammesso al concordato preventivo non incide sull'ammissibilità della domanda stessa.

9.2. L'affermazione contenuta nel paragrafo che precede, è opportuno precisare, prescinde da qualunque considerazione, irrilevante ai fini della pronuncia sul motivo di ricorso, in ordine alla possibilità di ricondurre la proposizione di una domanda giudiziale nell'ambito degli atti di straordinaria amministrazione che, ai sensi della L. Fall., art. 161, comma 7, l'imprenditore che abbia chiesto di essere ammesso al concordato preventivo può compiere, se urgenti, solo previa autorizzazione del tribunale.

9.3. Va infatti evidenziato che la mancanza della previa autorizzazione del tribunale al compimento di un atto per cui tale autorizzazione sarebbe stata necessaria ai sensi della L. Fall., art. 161, comma 7, spiega effetti sul piano dei rapporti sostanziali, a partire dalla non prededucibilità dei crediti di terzi che da tale atto derivino (come si evince, a contrariis, dalla disposizione del suddetto comma alla cui stregua "i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111"); ma la suddetta mancanza - pur quando tale autorizzazione possa ritenersi in concreto necessaria per la proposizione di una determinata domanda giudiziale, in ragione degli oneri e dei rischi connessi all'introduzione di una specifica lite - non spiega alcun effetto sul piano processuale.

10. Il secondo, terzo e quarto motivo, tutti riferiti dell'art. 360 c.p.c., n. 1, riguardano la questione di giurisdizione.

11. Con il secondo motivo, si denuncia la violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., artt. 7 e 30 c.p.a. e D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario.

11.1. Nel motivo si assume, sotto un primo profilo, che il contratto normativo non sarebbe "stato affatto stipulato dalla Provincia in nome e per conto del Comune di Milano; il Comune infatti avrebbe provveduto, sussistendo i presupposti, alla sottoscrizione di un successivo contratto operativo... con l'operatore economico individuato all'esito della gara esperita dalla Provincia" (pag. 15 del ricorso, primo capoverso).

11.2. Sotto un secondo profilo nel motivo si deduce che il contratto normativo avrebbe "semplicemente natura di atto preliminare al successivo contratto operativo" e conterrebbe l'obbligo di stipula solo per il concessionario (ibidem).

11.3. Nel mezzo di impugnazione si sostiene altresì che il Comune avrebbe conservato il potere di verificare, prima di sottoscrivere il contratto operativo, l'eventuale sussistenza di cause preclusive alla stipulazione e che in concreto la stipula del contratto operativo sarebbe stata preclusa dal disposto del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, alla cui stregua i soggetti nei cui riguardi sia in corso un procedimento di ammissione al concordato preventivo, come nel caso della PBV Solutions, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni degli appalti di lavori e fornitura di servizi.

11.4. Il ricorrente quindi argomenta che la giurisdizione del giudice amministrativo discenderebbe dalla considerazione che, non essendo stato stipulato il contratto operativo, il contenzioso riguarderebbe la fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto e, per di più,

concernerebbe un'ipotesi in cui l'amministrazione committente ha esercitato poteri autoritativi attraverso provvedimenti espressione di discrezionalità valutativa.

12. Il secondo motivo non può trovare accoglimento.

12.1. Con le doglianze riportate nei precedenti p.p. 11.1 e 11.2, il ricorrente deduce, rispettivamente, che il contratto normativo del 10 ottobre 2014 sarebbe stato stipulato dalla Provincia in nome e per conto proprio e non in rappresentanza del Comune di Milano e, d'altra parte, che tale contratto costituirebbe un atto endoprocedimentale, compreso tra la fase dell'aggiudicazione e la stipula del contratto vero e proprio (da identificarsi in quello operativo); cosicchè, secondo la progettazione svolta nel mezzo di ricorso, solo la stipula del contratto operativo determinerebbe il passaggio dalla fase procedimentale soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo a quella dell'esecuzione contrattuale soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

12.2. Entrambe tali doglianze attingono l'interpretazione del contratto normativo del 10 ottobre 2014 operata dalla Corte milanese. Poichè il mezzo di ricorso investe la questione di giurisdizione, questa Corte è chiamata a scrutinarne la fondatezza procedendo all'esame diretto di tale contratto. La giurisprudenza di legittimità ha infatti costantemente affermato (da ultimo in Cass. SSUU n. 28332/19) che, in ordine alle questioni di giurisdizione, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono anche giudice del fatto, sicchè possono e devono esaminare l'atto negoziale la cui valutazione incida sulla determinazione della giurisdizione, tenendo conto, peraltro, che le risultanze fattuali vanno apprezzate, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., per come emergenti dalla domanda giudiziale e dalla sua eventuale precisazione, avuto riguardo alla causa petendi e al petitum sostanziale della stessa, e che nessuna rilevanza può assumere la successiva attività istruttoria diretta a verificare il fondamento degli elementi dedotti ed allegati.

12.3. Premesso quanto sopra, entrambe dette doglianze vanno disattese. Dall'analisi del testo del contratto del 10 ottobre 2014 emerge infatti, con piena evidenza, sia che la Provincia di Milano agì in nome e per conto del Comune di Milano (si veda lo stralcio di tale contratto riportato nell'impugnata sentenza nelle pagine 6, ultimo rigo, e 7, primo rigo), sia che tale contratto, come correttamente rilevato dalla Corte territoriale, era già un contratto compiutamente produttivo di diritti ed obblighi in capo alle parti contraenti, vale a dire il Comune di Milano (rappresentato dalla Provincia di Milano) e l'aggiudicataria PBV Solutions s.p.a. Il Comune infatti, con tale atto, già conferiva all'aggiudicataria la concessione mista di beni e servizi per la riqualificazione energetica e la gestione di 38 edifici scolastici di proprietà comunale per un periodo di 15 anni decorrente dalla sottoscrizione del verbale di consegna dei lavori; l'aggiudicataria, per contro, già si impegnavo a

costituire cauzione definitiva e a stipulare nei successivi 60 giorni un contratto operativo "a pena di risoluzione del contratto normativo ai sensi dell'art. 1453 c.c.". Correttamente, quindi, la Corte territoriale ha escluso la natura meramente facoltativa ed eventuale della successiva stipulazione del contratto attuativo ed ha attribuito a quest'ultimo una funzione prettamente integrativa e/o accessoria; non mancando peraltro di sottolineare, sempre correttamente, come, ai fini della giurisdizione, risulti irrilevante se il contratto normativo debba essere qualificato come "negozio definitivo di assegnazione del servizio" o come contratto preliminare, trattandosi, in ogni caso, di "un contratto in forza del quale il Comune aveva quanto meno assunto l'obbligazione di affidare i servizi di "efficientamento" tecnico e di gestione di 38 edifici di sua proprietà a PBV Solutions s.p.a." (pag. 12 della sentenza).

12.4. Dall'accertamento dell'intervenuta conclusione tra il Comune di Milano e la società PBV Solutions del contratto normativo del 10 ottobre 2014 e del contenuto e degli effetti di tale contratto discende la conseguenza, correttamente tratta dalla Corte di appello, che la giurisdizione sulla presente controversia appartiene al giudice ordinario. Come queste Sezioni Unite hanno avuto modo di precisare, infatti, in materia di appalti pubblici, le vertenze afferenti al contratto e alla sua esecuzione, inerendo a diritti e obblighi scaturenti dal contratto stesso, sono devolute al giudice civile (sentt. nn. 4425/07, 14188/15, 10705/17, 13191/18 e 24411/18, la quale ultima, peraltro, precisa che nella fase tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto opera non la giurisdizione esclusiva ma il criterio del *petitum* sostanziale; da ultimo, si veda la sentenza n. 7219/20).

12.5. Nel motivo si pongono, peraltro, due questioni specifiche, non trattate nell'impugnata sentenza:

- a) il contratto normativo obbligherebbe alla stipula del contratto operativo solo PBV Solutions e non il Comune;
- b) ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, PBV Solutions non sarebbe stata nella condizione di poter stipulare il contratto operativo di appalto di servizi perchè, nel tempo in cui si sarebbe dovuto procedere alla stipula, era pendente la procedura della sua ammissione al concordato preventivo.

12.6. Entrambe le suddette questioni sono irrilevanti ai fini della pronuncia sulla giurisdizione, giacchè esse riguardano il merito. Si tratta, infatti, di questioni che attengono al vaglio, che spetta al giudice ordinario, della fondatezza della pretesa risolutoria e risarcitoria di PBV Solutions; vaglio che implica, quanto alla questione sub a), di interpretare il contratto normativo, onde stabilire se dal medesimo discendesse l'obbligo del Comune di stipulare il contratto operativo, e, quanto alla questione sub b), di verificare se fosse lecito il rifiuto del Comune di stipulare il contratto operativo con PBV Solutions per la pendenza della procedura concordataria relativa a quest'ultima; è appena

il caso di ricordare, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., la decisione sulla giurisdizione "è determinata dall'oggetto della domanda" e, va sottolineato, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto.

13. Con il terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost. e artt. 7, 30 e art. 133, comma 1, lett. c) e lett. d), punto 1 c.p.a. in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario e censura specificamente l'affermazione della sentenza impugnata alla cui stregua la giurisdizione amministrativa non poteva ancorarsi al rilievo che il Comune aveva "rifiutato la concessione del servizio assumendo, fra l'altro, di averlo affidato... a condizioni più vantaggiose a società terza" (pag. 12 della sentenza, penultimo capoverso).

13.1. Nel motivo di ricorso si sottolinea come le due ragioni poste dal Comune a fondamento della propria decisione di non sottoscrivere il contratto operativo con la PBV Solutions - ossia l'esistenza del menzionato impedimento D.Lgs. n. 163 del 2006, ex art. 38 e le sopravvenute ragioni di interesse pubblico legate alle migliori condizioni offerte dalla società terza cui era stato affidato il servizio - costituissero oggetto di valutazione nell'esercizio di potestà autoritative, il cui sindacato era devoluto al giudice amministrativo.

13.2. Nel motivo inoltre si sostiene (pag. 28 e segg. del ricorso) che la controversia in esame apparterebbe alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 lettere c) c.p.a., in quanto l'oggetto della procedura di affidamento non si limitava alla gestione del servizio di riscaldamento di immobili comunali, ma aveva ad oggetto un servizio pubblico diretto al perseguimento di fini di promozione sociale rivolto alla generalità degli utenti e consistente nel miglioramento dell'efficienza energetica di 38 edifici, con conseguente riduzione dei consumi energetici e delle emissioni di CO2 nella città, a beneficio della qualità dell'aria respirata dai cittadini.

14. Il motivo non può trovare accoglimento.

14.1. L'argomento sviluppato nella prima parte del mezzo di impugnazione, sintetizzato nelle p. 13.1 che precede, si fonda sull'assunto che il Comune, rifiutandosi di stipulare il contratto operativo, avrebbe adottato un comportamento riconducibile all'esercizio di una potestà amministrativa; il che attrarrebbe la controversia nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella prospettiva delle sentenze C.Cost. 204/04 e 191/06. Ciò in quanto, secondo la prospettazione del ricorrente, perchè il rifiuto dell'Amministrazione municipale di procedere alla stipula del contratto operativo discendeva:

a) per un verso dal dovere di applicare la disposizione del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38;

b) per altro verso da ragioni di pubblico interesse legate alla maggior convenienza del contratto che il Comune aveva stipulato con terzi a seguito del ritardo della procedura di aggiudicazione gestita dalla Provincia.

I suddetti argomenti non si misurano con la considerazione che la causa della domanda spiegata in giudizio dalla PBV Solutions - in relazione alla quale, giova ripetere, va stabilita la giurisdizione, ai sensi dell'art. 386 c.p.c. - consiste nell'inadempimento delle obbligazioni gravanti sul Comune in base al contratto del 10 ottobre 2014. A fronte di un dedotto inadempimento contrattuale, i riferimenti sopra svolti, sub a), all'esistenza di impedimenti giuridici alla stipula del contratto operativo e, sub b), all'esistenza di motivi di pubblico interesse che avrebbero giustificato la mancata stipula di tale contratto risultano sterili, non avendo il Comune dedotto, nel mezzo di ricorso in esame, di aver adottato alcun atto di esercizio della propria potestà amministrativa di annullamento o di revoca dell'aggiudicazione in autotutela.

14.2. L'argomento sviluppato nella seconda parte del mezzo di impugnazione, sintetizzato nelle p. 13.2, anticipa una doglianza più ampiamente sviluppata nel quarto motivo di ricorso; le ragioni della relativa infondatezza emergeranno, quindi, in sede di trattazione di quest'ultimo motivo.

15. Con il quarto motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost. e artt. 7, 30 e art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a., in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario e censura la sentenza impugnata laddove si identifica l'oggetto della procedura in esame nell'affidamento di un appalto invece che nell'affidamento di una concessione.

15.1. In particolare nel motivo, per un verso, si valorizza la terminologia usata negli atti della procedura, evidenziando come il termine "concessione" ricorra sia nel bando e nella lettera di invito (ove si parla di "affidamento in concessione del servizio di efficientamento energetico"), sia nel contratto normativo (ove si parla di "concessione mista di beni e servizi per la riqualificazione energetica e la gestione di edifici pubblici"), sia nel contratto operativo (ove si parla di "natura e scopo della concessione"); per altro verso, si sottolinea l'assunzione del rischio da parte del concessionario, argomentando come quest'ultimo accettasse un margine di rischio finanziario, in quanto la sua remunerazione dipendeva, oltre che dal canone, anche dai proventi ritraibili dalla gestione dei beni e dei servizi a lui affidati e, in particolare, dalla vendita dei titoli di efficienza energetica, dai proventi di incentivi o di tariffe specifiche di vendita ottenuti per l'immissione in rete di energia da fonte fotovoltaica, dagli incentivi previsti dal "conto termico".

15.2. Anche il quarto motivo va disatteso, insieme con la doglianza sviluppata nel terzo motivo e sopra sintetizzate nel p. 13.2., per un duplice ordine di ragioni.

15.3. In primo luogo, il Collegio condivide la qualificazione del rapporto dedotto in giudizio operato dalla Corte territoriale come appalto di servizi, invece che come concessione. La giurisprudenza di legittimità ha infatti chiarito (SSUU n. 12252/09, p. 4.3) che "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, poichè 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. In relazione a quest'ultimo punto va osservato che se l'amministrazione non paga alcun prezzo, deve escludersi che possa configurarsi un appalto di servizi ai sensi del diritto comunitario". Nella specie, per converso, è pacifico che il Comune di Milano avrebbe dovuto versare un canone al gestore dei servizi (cfr. pag. 13, ultimo rigo, della sentenza impugnata), così come è pacifico che tale gestore non avrebbe percepito alcun provento dal pubblico indifferenziato degli utenti, giacchè il servizio non era destinato al pubblico, bensì, appunto, al Comune, proprietario degli immobili; i benefici attesi per la collettività in termini di riduzione dell'inquinamento, va evidenziato, non costituivano il contenuto del servizio richiesto al gestore, bensì l'effetto delle modalità di erogazione di tale servizio.

15.3.1. A fronte di tali emergenze processuali, la qualificazione del rapporto operata dalla Corte milanese in termini di appalto di servizi va giudicata corretta, giacchè la diversa qualificazione in termini di concessione sarebbe stata prospettabile solo se dalle risultanze di causa fosse emersa la circostanza, nemmeno dedotta dal ricorrente, che il canone gravante sull'Amministrazione municipale costituisse una componente economicamente marginale rispetto ai proventi ritraibili dagli incentivi pubblici all'"efficientamento" energetico sopra menzionati nell'ultima parte del paragrafo 15.1. La previsione di un canone che l'Amministrazione concedente avrebbe dovuto versare all'affidatario del servizio esclude, in altri termini, l'assunzione, da parte di quest'ultimo, di un rischio diverso dal normale rischio di impresa, salvo quello - sulla cui concreta incidenza nel sinallagma contrattuale, tuttavia, nulla si deduce in ricorso - relativo ai proventi derivanti dagli incentivi pubblici al risparmio energetico.

15.3.2. Merita dunque condivisione e seguito quella giurisprudenza amministrativa che, in fattispecie molto simile a quella qui in esame (gestione delle centrali termiche di ventisei immobili comunali adibiti a finalità pubbliche, comprendente le attività di fornitura di combustibili per gli impianti, conduzione e manutenzione degli impianti stessi e adeguamento normativo e

riqualificazione energetica, il tutto per un corrispettivo consistente in un canone annuo) ha ritenuto di dover qualificare il rapporto come appalto di servizi "per la decisiva considerazione che le prestazioni cui il fornitore del servizio si obbliga ad eseguire sono destinate a produrre utilità materiali che l'amministrazione appaltante è contrattualmente titolata ad acquisire al proprio patrimonio in via definitiva, e che consistono nell'energia termica necessaria a riscaldare i propri immobili e nella connessa riqualificazione impiantistica, oltre che nella gestione e manutenzione di detti impianti" (Cons. Stato, V, 5079/14, p. 10).

15.4. In secondo luogo va comunque evidenziato che nemmeno la qualificazione del rapporto in termini di concessione, invece che di appalto, di servizi potrebbe condurre all'affermazione della giurisdizione amministrativa. Queste Sezioni Unite hanno infatti chiarito, con la sentenza n. 32728/18, che, in tema di concessioni di servizi, 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, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonchè di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo; resta ferma, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. n. 241 del 1990, oltre che nei casi tassativamente previsti (come quello di cui all'art. 133, comma 1, lett. e, n. 2 c.p.a.); in termini, anche SSUU n. 18267/19.

In definitiva, nessuno dei motivi di ricorso può trovare accoglimento e, conseguentemente, il ricorso va rigettato e va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

Le spese seguono la soccombenza.

Deve darsi atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, del raddoppio del contributo unificato D.P.R. n. 115 del 2002, ex art. 13, comma 1-quater, se dovuto.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario.

Condanna il Comune ricorrente a rifondere alla società controricorrente le spese del giudizio di cassazione, che liquida in Euro 10.000, oltre Euro 200 per esborsi ed oltre accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, se dovuto.

Si dà atto che il presente provvedimento è firmato dal solo presidente del collegio per impedimento dell'estensore, ai sensi del D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. a).

***Conclusione***

Così deciso in Roma, il 14 gennaio 2020.

Depositato in Cancelleria il 28 maggio 2020