

**GIURISDIZIONE: Contratti della P.A. – Polizza fideiussoria e/o cauzione prestata a mezzo di essa – Escussione – Controversie in materia – Giurisdizione del G.O.**

**Tar Toscana - Firenze, Sez. I, 15 luglio 2022, n. 923**

*“[...] anche in tema di concessioni di servizi pubblici, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, 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 inadempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell’amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione delle somme dovute [...].*

*Alla giurisdizione del giudice ordinario, infatti, sono riservate le controversie riguardanti “indennità, canoni ed altri corrispettivi”, alle quali appartengono quelle relative alla fase esecutiva (anche) dei rapporti di concessione di pubblico servizio, ivi comprese le questioni inerenti agli adempimenti e alle relative conseguenze indennitarie, vertendosi nell’ambito di un rapporto paritetico tra le parti che si colloca a valle dell’esercizio del potere di cui è espressione la fase costitutiva del rapporto di impronta pubblicistica, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la P.A. eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge e impugnati dal privato [...]. Ipotesi quest’ultima non configurabile rispetto alle domande di risoluzione per inadempimento o [...] per eccessiva onerosità sopravvenuta di un rapporto convenzionale che è accessorio ma pur sempre autonomo rispetto alla concessione [...]”.*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Comune di Lucca;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2022 il dott. Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il ricorso, la società ricorrente impugna gli atti con i quali l’Amministrazione comunale di Lucca ha proceduto, a seguito del mancato pagamento del canone di concessione relativo al 1° semestre 2022, all’escussione della polizza fideiussoria posta a garanzia dell’esecuzione degli

obblighi relativi alla “concessione del servizio di installazione e gestione di distributori automatici di alimenti, bevande calde e fredde ed altri generi di conforto – CIG 7251116238 D.D. n. 881 del 05/05/2022”; propone altresì domanda di accertamento del proprio diritto alla “giusta determinazione del canone di occupazione del suolo pubblico, in misura corrispondente al reale valore della concessione e/o comunque ridotto in misura proporzionale ai decrementi di incassi rapportati al periodo pre pandemico”, con eventuale annullamento di tutti gli atti che abbiano negato tale revisione.

Alla camera di consiglio del 13 luglio 2022, la Sezione sollecitava il contraddittorio delle parti, *ex art. 73, 3° comma c.p.a.*, in ordine ad un possibile difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo nei confronti dell’A.G.O.

Sulla fattispecie dedotta in giudizio deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo nei confronti dell’A.G.O.

La più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. civ. sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267; 18 dicembre 2019, n. 33691), del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 13 ottobre 2020, n. 6181) e di diversi T.A.R. (T.A.R. Basilicata 1° febbraio 2021, n. 77; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 3 dicembre 2020, n. 5765; T.A.R. Sardegna, sez. I, 25 maggio 2020, n. 292) ha, infatti, affermato la necessità di leggere la riserva all’A.G.O. delle controversie “concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi” presente nel testo della previsione di cui all’art. 133, 1° comma lett. c) del c.p.a. (che, per il resto, riconduce la fattispecie alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo) nei termini più ampi e comprensivi riferiti all’interesse delle controversie relative alla fase esecutiva della convenzione, “venendo in discussione il profilo paritario e meramente patrimoniale del rapporto concessorio e non già l’esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione” (Cass. civ. sez. un., 18 dicembre 2019, n. 33691).

Appare pertanto del tutto sufficiente il richiamo del percorso argomentativo seguito dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sopra richiamata: “nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite è ormai acquisito il principio secondo cui, anche in tema di concessioni di servizi pubblici, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, 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 inadempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell’amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione delle somme dovute (Cass., sez. un., n. 32728 del 2018).

Alla giurisdizione del giudice ordinario, infatti, sono riservate le controversie riguardanti “indennità, canoni ed altri corrispettivi”, alle quali appartengono quelle relative alla fase esecutiva (anche) dei rapporti di concessione di pubblico servizio, ivi comprese le questioni inerenti agli adempimenti e alle relative conseguenze indennitarie, vertendosi nell’ambito di un rapporto paritetico tra le parti che si colloca a valle dell’esercizio del potere di cui è espressione la fase costitutiva del rapporto di impronta pubblicistica, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la P.A. eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge e impugnati dal privato (Cass., sez. un., n. 18267 del 2019). Ipotesi quest’ultima non configurabile rispetto alle domande di risoluzione per inadempimento o, come nella specie, per eccessiva onerosità sopravvenuta di un rapporto convenzionale che è accessorio ma pur sempre autonomo rispetto alla concessione.

Si è quindi superato l’orientamento, elaborato in un diverso contesto normativo, secondo cui la giurisdizione del giudice ordinario in tema di “indennità, canoni ed altri corrispettivi” fosse semipiena e del tutto residuale, ovvero limitata, in sostanza, ai casi in cui la pretesa patrimoniale fosse certa nell’*an* e predeterminata nel *quantum*.

La scelta del legislatore, risalente alla L. n. 1034 del 1971, art. 5, comma 2, e confermata nel codice del processo amministrativo, di riservare detta tipologia di controversie al giudice ordinario, si è rivelata costituzionalmente obbligata (vd. Corte costituzionale n. 204 del 2004) ed anche coerente con la progressiva attrazione delle concessioni nell’orbita dei contratti su impulso del diritto Europeo (cfr. Cass. n. 32728 del 2018 citata) e con l’evoluzione del sistema di riparto della giurisdizione, che ha visto valorizzare l’esercizio del potere amministrativo come condizione sufficiente ma anche necessaria e ineludibile per radicare la giurisdizione amministrativa (anche esclusiva), potere evidentemente non configurabile quando a venire in discussione sia il profilo paritario e meramente patrimoniale del rapporto concessorio, in presenza di una contrapposizione di situazioni giuridiche soggettive di “obbligo/pretesa” (Cass., sez. un., n. 31029 del 2019; cfr. sez. un., n. 22769 e 26200 del 2019).

L’orientamento che in passato talora riteneva privo di giurisdizione il giudice ordinario nelle controversie riguardanti indennità, canoni o altri corrispettivi, se coinvolgenti la verifica della “intera economia del rapporto concessorio” (ad es. Cass., sez. un., n. 14428 del 2017, n. 411 del 2007, n. 7861 del 2001), non può essere condivis(o) se intes(o) a precludere al giudice ordinario di esercitare gli usuali poteri cognitori, tra i quali quello di interpretare le clausole convenzionali e gli atti amministrativi rilevanti nella fattispecie e di sindacarne la legittimità ai fini della disapplicazione (Cass., sez. un., n. 11961 del 2011), nell’ambito di una delibazione incidentale circa

il contenuto e la disciplina del rapporto di concessione (cfr. Cass., sez. un., n. 5303 del 2017, n. 24785 e 29536 del 2008), che è condizione imprescindibile per l'accertamento della fondatezza della domanda di pagamento, cioè per l'esercizio di una giurisdizione che non può essere "esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti" (art. 113 Cost., comma 2). Quella tesi, facendo dipendere la giurisdizione dall'ambito dei poteri (neppure decisori ma cognitori) del giudice, si rivelava tra l'altro eterodossa rispetto al principio generale secondo cui il giudice competente conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale, anche nelle materie in cui non ha giurisdizione (cfr., con riferimento al giudice amministrativo, l'art. 8 c.p.a.)" (Cass. civ. sez. un., 18 dicembre 2019, n. 33691).

Non condivisibile appare poi la costruzione proposta da altra giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100) che, al contrario, ha ritenuto di poter concludere per la giurisdizione del Giudice amministrativo in proposito, sulla base di due argomentazioni relative alla necessità di restringere l'operatività del principio enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dell'altra decisione del Consiglio di Stato che ha affrontato la problematica (Cons. Stato, sez. III, 13 ottobre 2020, n. 6181) alle sole concessioni di lavori pubblici e di valorizzare al massimo le diversità di formulazione tra le previsioni di cui alle lettere b) e c) dell'art. 133, 1° comma del c.p.a.; come sostanzialmente già rilevato, le argomentazioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sopra richiamate risultano però fondate su una "rilettura" complessiva dell'istituto della concessione che risulta molto ampia e non espressamente limitata al solo ambito di operatività della concessione di lavori pubblici, mentre, al di là delle indubbie differenze di formulazione, le due previsioni di cui alle lettere b) e c) dell'art. 133, 1° comma del c.p.a. appaiono essere caratterizzate da una sostanziale uniformità di fondo dei criteri discretivi della giurisdizione che rende non condivisibile il generico rilievo operato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (oltre a rendere irrilevante l'ulteriore esame della contrastatissima problematica relativa alla necessità di riportare la concessione in discorso all'una o all'altra previsione attributiva di giurisdizione).

Il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo nei confronti dell'A.G.O. sopra rilevato sulla base della riconduzione della materia contenziosa all'aspetto esecutivo della concessione risulta poi ancora più evidente ove si guardi alla contestazione degli aspetti che attengono più direttamente all'escussione della polizza fideiussoria posta a garanzia dell'adempimento degli obblighi incombenti sul concessionario; a questo proposito deve, infatti, trovare applicazione anche l'ulteriore insegnamento giurisprudenziale che ha rilevato come "la controversia avente ad oggetto

l'escussione ... di una polizza fideiussoria rilasciata a garanzia dell'adempimento di obblighi ed oneri assunti dal partecipante ad una gara di appalto di opere pubbliche, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la domanda di accertamento dell'inesistenza della debenza dell'importo preteso dall'ente e di manleva in relazione a quanto eventualmente da pagarsi a quest'ultimo riguardano comunque il rapporto privatistico inerente la garanzia" (Cassazione civile , sez. un., 8.09.2015, n. 17741; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 05.03.2018, n. 1395; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, 10.08.2018, n. 181)" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 5 luglio 2019, n. 3766).

Manifestamente irrilevanti ai fini della decisione della questione di giurisdizione appaiono poi T.A.R. Lazio, Roma, sez. II 3 dicembre 2020, n. 12966 e Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8340 citate dalla ricorrente, che attengono alla ben diversa fattispecie dell'impugnazione di bandi di gara; effettivamente improntata a criteri diversi risulta la sentenza in forma abbreviata T.A.R. Calabria, Catanzaro sez. II, 21 marzo 2022, n. 483 che però non considera, nella maniera più assoluta, i precedenti specifici delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato sopra richiamati, che, come già rilevato, la Sezione condivide e decide di fare propri.

In definitiva, deve pertanto essere dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo nei confronti dell'A.G.O.; in virtù dell'art. 11, 2° comma del c.p.a. restano salvi gli effetti sostanziali e processuali del ricorso in epigrafe, qualora il processo venga riproposto innanzi al giudice ordinario entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza; sussistono ragioni per procedere alla compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo nei confronti dell'A.G.O., come da motivazione.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Giovanni Ricchiuto, Consigliere

IL SEGRETARIO