

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e Tribunali Amministrativi regionali – Giurisdizione esclusiva – Concessioni – Valutazione dei beni – Servizio pubblico.

C.g.A., Sez. giurisd., 29 giugno 2022, n. 774

- in *Il Foro amm.*, 6, 2022, pag. 825

“[...] quella in esame, pertanto è controversia concernente non l’adempimento di indennità, canoni ed altri corrispettivi, nell’ambito di un rapporto di debito-credito, quanto la definizione dei diritti e degli obblighi dell’amministrazione e del concessionario nascenti dalla concessione, correlati ad un intervento valutativo affidato al concedente per la individuazione dei beni funzionali al servizio pubblico, ed è dunque da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

In definitiva, nel caso di specie, secondo le coordinate ermeneutiche in precedenza descritte, che tengono conto sia della ratio che della lettera delle norme, sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva, in quanto, la controversia, pur afferendo all’esecuzione del contratto e, quindi, involgendo situazioni di diritto soggettivo, non ha contenuto meramente patrimoniale

Ne consegue che, in parziale accoglimento dell’appello, la sentenza impugnata va annullata in tale parte e, per l’effetto, ai sensi dell’art. 105, comma 1, c.p.a., la causa è rimessa in parte qua al giudice di primo grado [...].”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale e della Mare Pulito S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 4 maggio 2022, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L’Autorità di Sistema Portuale dello Stretto (di seguito anche Autorità), con il decreto n. 88 del 12 giugno 2019, ha indetto una procedura di gara pubblica europea per l’affidamento in concessione del servizio quadriennale di gestione dei rifiuti e dei residui del carico prodotti a bordo delle navi che fanno scalo entro la propria circoscrizione territoriale.

Le uniche due offerte sono state presentate dal RTI Pizzo Pippo (capogruppo) – Onofaro Ambiente (mandante), graduata in prima posizione, e dal RTI Autotrasporti F.lli Saccà (capogruppo) – Mare Pulito s.r.l. (mandante).

Il Presidente dell’Autorità, con il decreto n. 58 del 14 aprile 2020, ha aggiudicato la concessione del servizio al RTI Pizzo Pippo (mandataria) – Onofaro Ambiente (mandante), essendo stato allo stesso attribuito il punteggio massimo di 100/100, e le parti hanno stipulato il relativo contratto.

Successivamente, con il decreto n. 118 del 9 giugno 2021, il Presidente dell’Autorità ha disposto la risoluzione in danno, ex art. 108 d.lgs. n. 50 del 2016, del contratto di concessione stipulato in data 4 agosto 2020 e la contestuale revoca del decreto di aggiudicazione n. 58 del 14 aprile 2020.

Le odierne appellanti hanno impugnato dinanzi al Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, il decreto n. 118 del 9 giugno 2021 di risoluzione in danno e contestuale revoca dell’aggiudicazione, nonché, con i motivi aggiunti gli atti di scorrimento della graduatoria in favore del RTI Autotrasporti F.lli Saccà s.r.l. e Mare Pulito s.r.l.

Il Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Prima, con la sentenza n. 3510 del 25 novembre 2021, ha dichiarato il ricorso, per la prima parte, inammissibile per difetto di giurisdizione e, per la restante parte, inammissibile per carenza di interesse.

Di talché, la Ditta Pizzo Pippo, in proprio e quale mandataria dell’ATI con Onofaro Ambiente s.r.l., e la società di scopo Gesteco, costituita per la realizzazione dei servizi in concessione in maniera unitaria, hanno interposto il presente appello, articolando i seguenti motivi:

Erroneità del primo capo della motivazione della sentenza impugnata con il quale il Tar Catania ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore dell’AGO.

La sentenza avrebbe violato il tenore dell’art. 133 c.p.a. e l’orientamento circa la sussistenza, nei casi della specie, della giurisdizione amministrativa sarebbe stato confermato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con l’ordinanza 5 novembre 2021, n. 31964.

Erroneità del secondo capo della sentenza impugnata.

La Pizzo Pippo ha impugnato il provvedimento di interpello unitamente al provvedimento di ammissione alla gara e di utile graduazione dell’ATI F.lli Saccà Autotrasporti s.r.l./Mare Pulito s.r.l., atteso che la stazione appaltante ha rinunciato ad indire ed aggiudicare una nuova gara nelle more della definizione del procedimento di interpello.

Il motivo è subordinato rispetto a quello con cui l’interessata ha aggredito il provvedimento di risoluzione contrattuale e di annullamento dell’aggiudicazione.

In altri termini, gli atti impugnati sarebbero stati adottati illegittimamente in alternativa all’indizione di una pubblica gara all’aggiudicazione della quale aspirano le appellanti, sicché, sussistendo l’interesse dell’ATI Pizzo Pippo, il capo della motivazione sarebbe erroneo e dovrebbe essere riformato.

In definitiva, dovrebbero essere deliberati ed accolti i motivi del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti e le domande spiegate dall'ATI Pizzo Pippo, che la parte ha provveduto a riproporre in appello mediante integrale trascrizione.

L'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale e la Mare Pulito s.r.l. hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte, concludendo per il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno delle rispettive difese.

All'udienza pubblica del 4 maggio 2022, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è fondato, per quanto attiene alla declaratoria di inammissibilità della prima parte del ricorso per difetto di giurisdizione, ed infondato, per quanto attiene per la restante parte del ricorso alla declaratoria di inammissibilità.

2.1. L'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto, con il decreto del 10 giugno 2021 – visto il contratto del 4 agosto 2020 stipulato con il RTI aggiudicatario Pizzo Pippo/Onofaro Ambiente giusta decreto di affidamento n. 58 del 14 aprile 2020, avente ad oggetto la concessione del servizio quadriennale di gestione dei rifiuti e dei residui del carico prodotto a bordo delle navi che fanno scalo entro la circoscrizione territoriale dell'autorità portuale – ha disposto la risoluzione in danno ex art. 108 d.lgs, n. 50 del 2016 del contratto del 4 agosto 2020 e la contestuale revoca del decreto di aggiudicazione n. 58 del 14 aprile 2020.

Il provvedimento è stato adottato, essenzialmente, per le seguenti ragioni:

- visto l'art. 8 del disciplinare tecnico di gara ove sono ricomprese diverse ipotesi cui riconnettere la decadenza e/o revoca dell'aggiudicazione e la risoluzione del rapporto contrattuale in conseguenza dell'inadempimento imputabile in capo alla ditta esecutrice del servizio, con particolare riguardo all'ipotesi di sopravvenienza (e, a fortiori, originaria) inidoneità dei mezzi necessari allo svolgimento del servizio e/o infruttuoso decorso dei termini fissati dall'ASDP per l'eliminazione della causa impeditiva a fornire il servizio ex art. 4 del medesimo disciplinare tecnico;
- visto l'art. 12 del disciplinare tecnico di gara il cui capoverso n. 7 testualmente prevede la revoca dell'aggiudicazione e la risoluzione del contratto in conseguenza del ritardo nell'attivazione del servizio di che trattasi per fatti imputabili in capo alla Ditta esecutrice;
- rilevato che, all'esito degli atti prodromici alla formale consegna del servizio, è emerso che la ditta GESTECO scarl non fosse nella disponibilità dei mezzi navali indicati ai fini dell'esecuzione del servizio stesso;
- considerato che ciò ha determinato, peraltro, l'impossibilità di svolgere correttamente il servizio richiesto presso lo scalo portuale di Milazzo, così implicando inadempimento imputabile delle obbligazioni contrattualmente assunte da parte del RTI aggiudicatario Pizzo Pippo/Onofaro

Ambiente srl e della ditta GESTECO scarl, esecutrice del servizio, tale da inficiare la corretta esecuzione delle prestazioni dovute dal concessionario del servizio in oggetto;

- considerato che, all'interno del porto di Milazzo, allo stato attuale, risultano essere presenti e disponibili n. 4 mezzi navali, non in piena conformità rispetto alle obbligazioni assunte all'interno del contratto sottoscritto dalla ditta GESTECO e che, quindi, il servizio è ad oggi svolto dall'aggiudicataria non in presenza del numero completo dei natanti previsti;

- considerato come risulti evidente che la dotazione strumentale attuale del concessionario, ancorché in assenza di pur verificatisi picchi di domanda insufficiente a garantire il servizio, è palesemente inadeguata in caso di fisiologico incremento della domanda giornaliera del servizio, onde rischia di creare gravi disguidi, come peraltro in diverse occasioni già accaduto e sanzionato con l'applicazione delle penali previste dal contratto.

2.1.1. L'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni e 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, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore ...”*.

Il giudice di primo grado ha concluso per la sussistenza della giurisdizione ordinaria in ragione di una pluralità di argomentazioni, tra le quali la seguente che, in sostanza, le sintetizza:

“A giudizio del Collegio la controversia - in parte qua - rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario.

Ed invero, la risoluzione anticipata del contratto di appalto disposta autoritativamente è di competenza del G.O. se incide su un rapporto di natura privatistica in cui le parti sono in condizione di parità, come nel caso dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore; allo stesso modo nel caso in cui l'Amministrazione ottenga la risoluzione del contratto invocando la clausola risolutiva espressa, ex art. 1456 cod. civ., la controversia tra le parti contraenti appartiene alla giurisdizione ordinaria per essere l'atto risolutivo esercizio di diritto potestativo governato dal diritto comune e non di poteri autoritativi di matrice pubblicistica dell'amministrazione pubblica nei confronti del privato. Viceversa la giurisdizione appartiene al G.A. allorché venga esercitato un potere autoritativo di risoluzione contrattuale che implichi o valutazioni di carattere discrezionale circa la convenienza per l'Amministrazione di proseguire nel rapporto già in essere, o la rilevazione in autotutela dell'esistenza di una causa di nullità

dell'aggiudicazione, anche successivamente alla stipula del contratto (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 2 aprile 2021, n. 1089).

E' stato condivisibilmente affermato, invero, che le controversie che hanno ad oggetto il provvedimento di risoluzione anticipata del contratto adottato per grave inadempimento (grave irregolarità e grave ritardo) ex art. 163 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - ora art. 108, comma 3, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 - sono devolute alla cognizione del giudice ordinario perché attinenti alla fase esecutiva e per la ragione che l'atto risolutivo va qualificato come una forma di autotutela contrattuale riconosciuta alla pubblica amministrazione che incide sul diritto soggettivo del contraente privato; allo stesso modo, qualora l'amministrazione pubblica ottenga la risoluzione del contratto invocando la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 cod. civ., ivi contenuta, la controversia tra le parti contraenti appartiene alla giurisdizione ordinaria per essere l'atto risolutivo esercizio di diritto potestativo governato dal diritto comune e non di poteri autoritativi di matrice pubblicistica dell'amministrazione pubblica nei confronti del privato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543; cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1084 e T.A.R. Basilicata, sez. I, 23 marzo 2021, n. 255).

E' stato ulteriormente precisato che le controversie aventi ad oggetto la fase di esecuzione del contratto spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto riguardanti un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla posizione di parità delle parti, titolari di situazioni giuridiche qualificabili come diritti ed obblighi; tra queste controversie vanno annoverate anche quelle aventi ad oggetto la risoluzione anticipata del contratto autoritativamente disposta dall'Amministrazione committente a causa dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dello appaltatore: anch'esse, infatti, attengono alla fase esecutiva, implicando la valutazione di un atto avente come effetto tipico lo scioglimento del contratto, e quindi incidente sul diritto soggettivo dell'appaltatore alla prosecuzione del rapporto (cfr. T.A.R. Sardegna, sez. II, 15 gennaio 2021, n. 15 ed ivi precedenti giurisprudenziali).”

2.1.2. Tali conclusioni non possono essere condivise.

La questione della giurisdizione in ordine alle controversie che si collocano nella fase esecutiva del rapporto concessorio dei pubblici servizi di cui all'art. 133, comma 1, lett. c (considerazioni analoghe possono svolgersi per quanto riguarda le concessioni di beni pubblici di cui alla precedente lett. b), c.p.a. è stata ed è tuttora oggetto di ampio dibattito.

In origine, l'art. 5 della legge n. 1034 del 1971 (legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali) ricomprese tra le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

tutte le controversie in materia di concessioni di beni o di servizi pubblici, che non riguardassero esclusivamente canoni e altri corrispettivi.

In relazione all'entrata in vigore del d.lgs. n. 80 del 1998, la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 ha sancito l'incompatibilità costituzionale di un riparto di giurisdizione basato principalmente sui "blocchi di materie", vale a dire di una giurisdizione esclusiva basata sulla pura e semplice presenza, in un determinato settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse.

La Corte, in particolare, ha posto in rilievo che l'art. 103, comma 1, Cost., nel momento in cui dispone che *"Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi"*, non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, bensì gli ha riconosciuto il potere di indicare "particolari" materie, rispetto a quelle già devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nelle quali la tutela contro la pubblica amministrazione investe "anche" diritti soggettivi.

Il giudice delle leggi ha evidenziato che l'attribuzione di una materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non può prescindere del tutto dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, radicandosi inammissibilmente la giurisdizione in questione sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento del pubblico interesse in un dato settore.

Successivamente alla sentenza della Corte Costituzionale, il codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010, entrato in vigore il 16 settembre 2010), come in precedenza esposto, ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie 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 ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

La giurisprudenza "tradizionale" ha ritenuto che la cognizione del giudice amministrativo si estenda tendenzialmente anche a tutta la fase esecutiva, ad eccezione delle sole questioni meramente patrimoniali che non coinvolgano alcun aspetto del contenuto del rapporto concessorio (cfr. Cass. Civ. SS.UU. 9 agosto 2018, n. 20682, che riconduce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie circa la durata del rapporto di concessione o la stessa esistenza di tale rapporto la rinnovazione della concessione, con estensione a tutte le posizioni soggettive il cui contenuto postuli l'identificazione del contenuto del rapporto concessorio e con esclusione,

viceversa, delle questioni vertenti sul compenso del concessionario, che non abbiano dirette implicazioni sul contenuto della concessione).

Pertanto, si è concluso che le controversie attinenti alla decadenza o alla risoluzione della concessione sono attribuite alla giurisdizione amministrativa esclusiva dal momento che in tali casi è posto in discussione il rapporto concessorio nel suo aspetto genetico e funzionale e ciò anche in assenza di un provvedimento autoritativo e indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche dedotte in giudizio.

Di contro, è emersa una diversa posizione, alla quale si riferisce il primo giudice, in ragione della quale le controversie relative alla fase esecutiva di una concessione di pubblici servizi sarebbero da devolvere alla cognizione del giudice ordinario, in quanto a quest'ultimo spetta di giudicare sull'esatto adempimento di diritti ed obblighi reciproci delle parti, e sui relativi effetti, per cui resterebbe ferma la giurisdizione del giudice amministrativo nella fase esecutiva nei soli casi in cui l'Amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti sulla procedura di selezione del concessionario, ad esempio disponendone l'annullamento d'ufficio o comunque esercitando poteri autoritativi tipizzati dalla legge (cfr. sul punto Cass. Civ. SS.UU., 8 luglio 2019, n. 18267, secondo cui la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concessioni si estende, oltre alle questioni riguardanti indennità, canoni e altri corrispettivi, anche alle vertenze che sorgono nella fase esecutiva del rapporto concessorio con riferimento ai profili di corretto adempimento dei reciproci obblighi ed alle relative conseguenze risarcitorie, situandosi tali controversie in un rapporto paritetico tra le parti, salvo solo l'esercizio, anche nella fase esecutiva, di poteri autoritativi tipizzati dalla legge).

Quest'ultimo orientamento trarrebbe origine da quanto statuito con la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale ed, in particolare, dall'affermato principio per cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo postula l'esercizio in concreto di un potere autoritativo, il quale, secondo la prospettazione ora in esame, difetterebbe, perlomeno in linea di principio, una volta esaurita la fase pubblicistica relativa alla scelta del concessionario e sia sorto, tra le parti, il vincolo contrattuale.

2.1.3. Il Collegio ritiene che, sebbene afferisca alla fase esecutiva del rapporto concessorio, la controversia in esame rientri nella giurisdizione amministrativa esclusiva.

In primo luogo, occorre fornire una corretta esegesi a quanto statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, che, evidentemente, assume un ruolo fondamentale nell'individuazione dei criteri di riparto dettati dalle norme ordinarie.

Il giudice delle leggi, come detto, ha statuito che *“il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che,*

in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice “della” pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo”.

I principi enunciati non possano essere intesi nel senso che la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo possa essere legittimamente attribuita ed operare solo quando l'Amministrazione agisce con poteri autoritativi, atteso che, in tal caso, si è in presenza di interessi legittimi, vale a dire della posizione giuridica soggettiva che ontologicamente “dialoga” con la pubblica amministrazione nell'esercizio autoritativo del potere, per cui non vi sarebbe alcuna ragione di attribuire materie al giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva, in quanto sulle relative controversie il giudice amministrativo eserciterebbe comunque la giurisdizione generale di legittimità, quale giudice “naturale” dell'esercizio della funzione pubblica.

In altri termini, ove la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 fosse intesa nel senso di escludere la giurisdizione amministrativa esclusiva ogni volta che l'Amministrazione non eserciti poteri autoritativi, si verrebbe alla paradossale e non accettabile conclusione, in quanto contraria alle previsioni di cui all'art. 103 Cost., secondo cui ove sussista un diritto soggettivo non può sussistere la giurisdizione amministrativa perché l'Amministrazione non esercita poteri autoritativi. Diversamente, la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale ha mirato ad evidenziare che non può legittimamente essere attribuito al giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva una materia in cui l'esercizio autoritativo del potere pubblico non è neanche astrattamente configurabile, mentre, ove tale potere possa essere esercitato e, quindi, ove la materia possa comprendere sia diritti soggettivi che interessi legittimi, può essere prevista la giurisdizione amministrativa esclusiva, sicché il giudice amministrativo ha giurisdizione anche su controversie, relative a quelle materie, in cui siano dedotte in giudizio posizioni di diritto soggettivo in quanto l'Amministrazione ha agito su un piano paritetico e non autoritativo.

In sostanza, la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo può essere attribuita laddove l'attività amministrativa miri alla realizzazione di interessi generali che possono essere astrattamente perseguiti sia mediante moduli autoritativi, con conseguente posizione di interesse legittimo del destinatario, sia con moduli paritetici, con conseguente posizione di diritto soggettivo della controparte.

La fattispecie in esame rientra proprio in tali confini, in cui, pur non avendo l'Amministrazione agito con strumenti autoritativi, e, quindi, pur controvertendosi su posizioni di diritto soggettivo, la giurisdizione spetta in via esclusiva al giudice amministrativo, poiché la materia concessoria di pubblici servizi, in cui possono essere presenti "anche" posizioni di diritto soggettivo, oltre che di interesse legittimo, è attribuita dall'art. 133, comma 1, lett. a), alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Pertanto, la riserva al giudice ordinario delle sole questioni concernenti canoni, indennità e altri corrispettivi ha una sua *ratio* ben precisa, venendo in rilievo un'attività amministrativa indirizzata a regolare esclusivamente rapporti patrimoniale e non a perseguire l'interesse pubblico che attiene alla regolare gestione del servizio pubblico in concessione, sebbene tale riserva abbia reso incerti i confini della giurisdizione, anche per la difficoltà di isolare, in un qualunque contenzioso, la questione sul corrispettivo da contestazioni riguardanti in qualche modo il rapporto.

Peraltro, occorre considerare che è ben diversa la norma attributiva di giurisdizione esclusiva sugli appalti lett. e) rispetto a quella per concessione di pubblici servizi (lett. c), in quanto la prima è espressamente limitata alla procedura di affidamento ed alla eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto, mentre la seconda ha un ambito applicativo evidentemente più vasto, che ne determina l'applicazione anche alla fase esecutiva del rapporto, con la sola eccezione delle controversie meramente patrimoniali.

Infatti, l'art. 133, comma 1, lett. e), devolve 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative*", mentre la lett. c) dello stesso articolo, come detto, prevede la giurisdizione amministrativa esclusiva per "*le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi*".

Di talché, in ragione dello stesso reticolo normativo, risulta evidente che la giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di pubblici servizi si estende anche alle controversie in materia di esecuzione, ad esclusione delle controversie meramente patrimoniali, laddove la giurisdizione esclusiva in materia di appalti non si estende affatto alla fase esecutiva, ad eccezioni di marginali fattispecie di cui alla seconda parte della lett. e) del primo comma dell'art. 133 c.p.a., quali le

clausole di revisione del prezzo e adeguamenti dei prezzi (sul tema, Cgars 19 aprile 2021, n. 328; Cgars 16 ottobre 2020, n. 935).

Ne consegue che, nel momento in cui il contratto è individuato quale spartiacque tra fase pubblicistica e privatistica, nonché tra giurisdizione amministrativa ed ordinaria, si finisce per offuscare la diversità di struttura tra appalto e concessione.

Infatti, la struttura tra le due figure continua ad essere differente, atteso che la concessione è lo strumento attraverso il quale vengono svolte da un privato direttamente nei confronti dei cittadini funzioni di interesse pubblico, così da permeare il rapporto tra Amministrazione concedente, privato concessionario e utenti, in una dimensione triangolare, di forti caratteri pubblicistici, i quali non si esauriscono, come avviene nel caso dell'appalto, nella fase di selezione del contraente, ma permangono anche con riferimento al periodo di esecuzione.

La concessione di pubblico servizio, insomma, è un istituto in cui è immanente l'interesse dell'amministrazione ad una corretta gestione del servizio nei confronti dei cittadini, affidato al concessionario.

La circostanza che, su sollecitazione del diritto europeo, la differenza tra appalto e concessione si sia andata riducendo, costituendo entrambi un "contratto a titolo oneroso" non legittima una completa assimilazione tra i due istituti, e ciò in quanto tale avvicinamento riguarda sostanzialmente il procedimento di selezione del contraente, o del concessionario, superando una precedente impostazione per cui quest'ultimo, almeno per quanto riguarda la concessione di servizi, poteva essere individuato secondo un meccanismo rispettoso dei principi generali in tema di evidenza pubblica, ma non necessariamente attraverso un vero e proprio procedimento ad evidenza pubblica dettato con riferimento agli appalti.

Ciò non impedisce, però, che nella successiva fase esecutiva, pur se il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i. detta una disciplina simile in ordine a modifica e risoluzione del contratto di concessione e del contratto d'appalto, il ruolo della pubblica amministrazione si atteggi diversamente: quale appaltatore, alla stregua delle regole privatistiche, in un caso, quale soggetto concedente una pubblica funzione rivolta direttamente ai cittadini, nell'altro caso, con la conseguenza di non potere ragionevolmente assimilare completamente le due fattispecie.

In tale ottica, il legislatore ha diversificato l'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva in materia di appalti e concessioni, limitandola, negli appalti, oltre che alla procedura di affidamento in cui vivono interessi legittimi a fronte dell'esercizio autoritativo del pubblico potere, alla sola dichiarazione di inefficacia del contratto ed alla revisione prezzi, ed estendendola nelle concessioni

alla fase esecutiva del rapporto, ad eccezione delle controversie inerenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, aventi una dimensione meramente patrimoniale.

La giurisprudenza più recente del giudice civile (SSUU Cass. Civ. ordinanza 31964 del 5 novembre 2021 e ordinanza 612 del 15 gennaio 2021), coerentemente con tale impostazione, ha operato un distinguo nell'ambito dell'art. 133, lett. c), c.p.a. tra le controversie meramente patrimoniali, su cui vi è giurisdizione ordinaria, e controversie che, pur afferendo all'esecuzione del contratto non hanno contenuto meramente patrimoniale, sulle quali sussiste la giurisdizione amministrativa.

In particolare, l'ordinanza n. 31964 del 5 novembre 2021 ha precisato che *“quella in esame, pertanto è controversia concernente non l'adempimento di indennità, canoni ed altri corrispettivi, nell'ambito di un rapporto di debito-credito, quanto la definizione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario nascenti dalla concessione, correlati ad un intervento valutativo affidato al concedente per la individuazione dei beni funzionali al servizio pubblico, ed è dunque da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*.

In definitiva, nel caso di specie, secondo le coordinate ermeneutiche in precedenza descritte, che tengono conto sia della *ratio* che della lettera delle norme, sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva, in quanto, la controversia, pur afferendo all'esecuzione del contratto e, quindi, involgendo situazioni di diritto soggettivo, non ha contenuto meramente patrimoniale

Ne consegue che, in parziale accoglimento dell'appello, la sentenza impugnata va annullata in tale parte e, per l'effetto, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., la causa è rimessa *in parte qua* al giudice di primo grado.

2.2 La sentenza di primo grado, invece, deve essere confermata nella parte in cui ha dichiarato inammissibili per originario difetto di interesse l'impugnazione degli atti con cui è stato disposto lo scorrimento della graduatoria ed è stato chiesto alla seconda graduata di manifestare la volontà di confermare la validità della propria offerta, con la correlata a conseguente disponibilità a svolgere il servizio *de quo*.

In particolare, va condivisa l'argomentazione secondo cui la circostanza che il sub-procedimento di interpello si inserisce sempre nell'originario procedimento di evidenza pubblica porta a concludere che alla risposta positiva dell'operatore interpellato deve comunque far seguito un formale (e nuovo) provvedimento di aggiudicazione, che vada a sostituire quello venuto meno (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4619).

Pertanto, la lesione del bene della vita costituito dalla possibilità di partecipare ad una gara rinnovata per avere una nuova *chance* di aggiudicazione, allo stato è solo potenziale, laddove la lesione potrà assumere i caratteri della concretezza ed attualità a seguito dell'eventuale adozione del

formale provvedimento di aggiudicazione in favore della parte controinteressata, tale da precludere l'attivazione di una nuova procedura di gara.

In sostanza, la lesività degli atti impugnati è meramente potenziale e potrebbe attualizzarsi solo con l'eventuale aggiudicazione al soggetto "interpellato".

D'altra parte, occorre anche considerare che la seconda serie di motivi proposta in primo grado, attinenti allo scorrimento della graduatoria, cui è sotteso l'interesse strumentale alla partecipazione ad una gara rinnovata, è stata dichiaratamente subordinata al mancato accoglimento del ricorso per l'annullamento della risoluzione in danno ex art. 108 d.lgs. n. 50 del 2016, cui è sotteso l'interesse finale alla conservazione della concessione.

3. In conclusione, l'appello deve essere accolto nella parte in cui, con riferimento alla risoluzione in danno del contratto di concessione ed alla revoca dell'aggiudicazione, è stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, con conseguente rimessione della causa al giudice di primo grado ex art. 105 cpa, e deve essere respinto nella parte in cui, con riferimento all'interpello per lo scorrimento della graduatoria, l'azione di annullamento è stata dichiarata inammissibile per difetto di interesse (il che, esaurisce, per ovvie ragioni, il compito del Collegio, non essendo scrutinabili- come fatto già presente ex art. 73 cpa a verbale nel corso dell'udienza pubblica- i riproposti motivi di merito di cui alle pagg. 15 e segg. dell'atto di appello) .

4. Le spese del giudizio, in ragione del complessivo esito della controversia e della peculiarità della fattispecie, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, così provvede sull'appello in epigrafe (R.G. n. 1265 del 2021):

- accoglie l'appello nella parte in cui, con riferimento alla risoluzione in danno del contratto di concessione ed alla revoca dell'aggiudicazione, la sentenza impugnata ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, rimette *in parte qua* la causa al giudice di primo grado;
- respinge l'appello nella parte in cui, con riferimento all'interpello per lo scorrimento della graduatoria, la sentenza impugnata ha dichiarato inammissibile per difetto di interesse la relativa azione di annullamento.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE

Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE

Fabio Taormina

IL SEGRETARIO