

**SILENZIO Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione quarta, sentenza 18 dicembre 2023, n. 3068** in Urbanistica e appalti, n. 3/2024, pag. 413: *“Il silenzio-inadempimento in materia di rinegoziazione delle concessioni di pubblici servizi e riparto di giurisdizione”* di G. Agati

**1. - Atti amministrativi - Silenzio della Pubblica Amministrazione – Istanza di rinegoziazione di convenzione / contratto- Obbligo della PA di provvedere – Sussiste**

**2 - Giurisdizione - Riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo - Controversia avente ad oggetto il silenzio dell'Amministrazione sull'istanza di revisione delle condizioni contrattuali – Spetta al giudice amministrativo ex art. 133, 1° comma, lett. c), c.p.a.**

1. Sussiste in capo all'Amministrazione l'obbligo di provvedere in ordine all'istanza avanzata dalla società concessionaria del servizio bar, minimarket e rivendita di giornali nell'area di un Ospedale, volta ad ottenere la rinegoziazione della convenzione/contratto e, in particolare, la revisione in diminuzione del canone concessorio, ove a fondamento dell'istanza la medesima società abbia evidenziato che l'attività svolta ha subito una significativa riduzione dei flussi di clientela a causa delle misure di contenimento per contrastare la diffusione del virus Covid-19. In presenza di una formale domanda di parte l'Amministrazione è tenuta a concludere il procedimento, anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile.

2. Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, 1° comma, lett. c), c.p.a., in quanto afferente alla materia dei pubblici servizi e relativa a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, la controversia avente ad oggetto il silenzio dell'Amministrazione sull'istanza di revisione delle condizioni contrattuali formulata dal concessionario a causa della riduzione di fatturato conseguente alle misure restrittive imposte per fronteggiare il Covid-19.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2023 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Chef Express è attuale aggiudicataria della procedura ad evidenza pubblica bandita dall'Azienda Socio Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi (di seguito solo "ASST Sette Laghi" o "Azienda") per l'affidamento in concessione del servizio bar, minimarket e rivendita di giornali nell'area dell'Ospedale di Circolo di Varese, per il periodo dal 01.03.2016 al 28.02.2025, dietro pagamento di un canone annuo pari a euro 301.000,00 oltre IVA.

2. Espone, in fatto, che dal marzo 2020 tale attività avrebbe subito una significativa riduzione dei flussi di clientela a causa delle limitazioni all'accesso alla struttura ospedaliera dovute alle misure di

contenimento per contrastare la diffusione del virus Covid 19, con conseguente ingente riduzione del fatturato di commessa.

3. La ricorrente, quindi, ha avviato una complessa interlocuzione con l'amministrazione volta a verificare la possibilità di una revisione del canone concessorio, a partire dal mese di marzo 2020, in considerazione della sopravvenienza dell'emergenza pandemica e delle conseguenze economiche ad essa correlate.

4. Dopo un primo diniego risalente all'agosto del 2020, motivato in ragione della mancanza di una previsione convenzionale che consentisse la riduzione del canone nel caso di contrazione del fatturato, in data 2.03.2021 Chef Express ha presentato nuovamente istanza per la rimodulazione delle condizioni contrattuali e, segnatamente, per la riduzione del canone dovuto alla ASST Sette Laghi nella misura del 55%, stante il perdurare dell'emergenza sanitaria.

5. Con nota del 17.03.2021, l'Amministrazione concedente ha riscontrato la predetta istanza chiedendo la trasmissione del Piano Economico Finanziario (PEF) dell'anno 2020 e un raffronto comparativo con quello del 2019, con l'indicazione del fatturato mensile delle due annualità considerate.

6. Ricevuta la suddetta documentazione, con comunicazione del 24.05.2021, l'ASST Sette Laghi ha rappresentato alla ricorrente la volontà di avviare una *“rinegoziazione per la revisione del canone, in analogia con quanto indicato dal D.L. 34/2020”* in relazione al servizio di ristoro tramite distributori automatici.

7. Seguivano incontri tra le parti e scambi di corrispondenza, fino alla trasmissione, in data 23.03.2023, del Piano Economico Finanziario della ricorrente dell'anno 2022, onde consentire all'amministrazione un raffronto con quello delle due annualità precedenti.

8. L'ASST Sette Laghi, tuttavia, è rimasta inerte. Pertanto, dovendosi ritenere spirato il termine per la conclusione del procedimento, il quest'ultimo risulterebbe ancora pendente e senza definizione per il tramite di un doveroso provvedimento espresso.

9. Con il presente ricorso, pertanto, Chef Express agisce ex art. 117 c.p.a. per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio inadempimento serbato dall'ASST Sette Laghi sull'istanza presentata in data 2.03.2021, da ultimo integrata il 23.03.2023, con le quali è stata richiesta la rinegoziazione della convenzione/contratto relativa alla concessione di beni e servizi in corso con la predetta azienda.

10. A sostegno del gravame, la ricorrente premette la giurisdizione del giudice adito ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c), vertendo la controversia in materia di concessioni di beni e servizi, e rileva preliminarmente la tempestività del ricorso in considerazione della durata complessiva del procedimento unitariamente considerato, da ultimo integrato con la nota del 23.03.2023. Nel merito,

lamenta la violazione dell'art. 2 della L. n. 241/1990 e dell'art. 97 della Costituzione, nonché del giusto procedimento, illogicità e irragionevolezza manifesta per contrasto rispetto alle precedenti comunicazioni l'ASST Sette Laghi.

11. Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata per resistere alle domande di Chef Express, preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice adito, in quanto la vertenza sarebbe attinente a diritti soggettivi di natura prettamente patrimoniale, e chiedendo nel merito il rigetto del gravame, ritenendo di aver già compiutamente riscontrato con nota del 24.05.2023 l'istanza di revisione del PEF formulata dalla ricorrente.

12. Le parti hanno depositato ulteriori memorie e repliche in vista della camera di consiglio del 9.11.2023, nel corso della quale la causa è stata trattenuta in decisione.

13. Preliminarmente, ritiene il Collegio che l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'amministrazione sia infondata, dovendosi ravvisare, nella fattispecie, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., trattandosi di controversia *“in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi”*. Nel caso *sub iudice*, infatti, la ricorrente agisce in qualità di affidataria della gestione del servizio bar, minimarket e rivendita di giornali nell'area dell'Ospedale di Circolo di Varese, ovvero di un'attività che, secondo pacifica giurisprudenza sia amministrativa che della Corte di Cassazione, deve essere qualificata come servizio pubblico in concessione. In questo caso, *“il rapporto tra privato e amministrazione pubblica ha come oggetto un'attività da svolgersi all'interno della struttura ospedaliera (come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830 cod. proc. civ.), potendo trovare titolo unicamente in un atto concessorio”* (cfr. Cass. Civ., SS.UU., 10.03.2014 n. 5487; Cass. Civ., SS.UU., 1.07.2009, n. 15381; Cons. di Stato, Sez. V, 5.03.2014, n. 1065; TAR Toscana, Sez. II, 25.07.2018, n. 1073). Inoltre, l'attività economica è funzionale all'erogazione di prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale, costituendo, pertanto, un pubblico servizio (cfr. TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 20.01.2020, n. 45; TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 10.01.2018, n. 18).

14. Poste queste premesse, è possibile richiamare i consolidati approdi giurisprudenziali secondo cui le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. sono quelle concernenti pretese di carattere meramente patrimoniale, che derivano dall'attuazione del rapporto instauratosi tra il privato e la pubblica amministrazione in cui non assume rilievo il potere d'intervento dell'amministrazione a tutela di interessi generali.

15. Al contrario, quando la controversia coinvolga la verifica dell'azione autoritativa dell'amministrazione sull'intera economia del rapporto concessorio, la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo (cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, 30.07.2020, n. 16459). Il che avviene, in particolare, quando essa attenga all'esercizio di poteri discrezionali previsti da una norma giuridica e inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità, delle tariffe dei servizi pubblici o di altro corrispettivo, oppure investa l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione di dette voci, senza limitarsi all'accertamento tecnico circa la sussistenza dei presupposti fattuali delle stesse o, ancora, implichi la verifica dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione. In sostanza, *“la giurisdizione esclusiva del g.a. viene in rilievo ove il riconoscimento del diritto di credito passi attraverso l'adozione di un provvedimento amministrativo, sussistendo discrezionalità in ordine al riconoscimento del credito vantato dal concessionario (Consiglio di Stato sez. V, 9 settembre 2013, n. 4469)”* (cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 28.11.2020, n. 787)

16. Nella vicenda in esame, la pretesa della ricorrente non attiene ad un mero diritto di riduzione del corrispettivo patrimoniale dovuto all'amministrazione a titolo di canone concessorio, ma alla revisione di tale corrispettivo in relazione alla doverosità dell'esercizio di poteri discrezionali di valutazione dell'equilibrio economico-finanziario della concessione stipulata con l'ente (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 11.11.2026, n. 2090). La questione dedotta, pertanto, non attiene alla mera quantificazione monetaria del canone, ma all'individuazione *ex novo* dei parametri di commisurazione di quest'ultimo. Si tratta di profili che attengono al contenuto del rapporto concessorio nel suo complesso – potendone, tra l'altro, implicare l'allungamento temporale in funzione di riequilibrio – rispetto ai quali la pubblica amministrazione è titolare di una posizione di potere autoritativo discrezionale, cui si correla un interesse legittimo pretensivo della ricorrente. La giurisdizione appartiene, pertanto, al giudice correttamente adito.

17. Nel merito il ricorso è fondato.

18. Sostiene l'ASST Sette Laghi, a fronte del contraddittorio avviato tra le parti in relazione alla proposta di Chef Express di revisione del canone concessorio, di essersi espressamente pronunciata con nota prot. n. 36927 del 24.5.2021, fornendo *“un riscontro negativo, espresso e motivato, all'istanza presentata il 2 marzo 2021”* (cfr. memoria del 23.10.2023 della resistente), per cui non sarebbe ravvisabile, nella fattispecie, l'inerzia lamentata dalla ricorrente.

18.1 La prospettazione di parte resistente non è condivisibile. La lettura della predetta nota, infatti, consente di apprezzare agevolmente il suo contenuto meramente endoprocedimentale, ponendosi essa come atto interlocutorio e non conclusivo del procedimento. In detta sede, l'Azienda ha innanzitutto premesso di aver dato avvio alla rinegoziazione del canone in analogia a quanto

previsto dall'art. 28 bis del D.L. n. 34/2020, convertito con Legge n. 77/2020, in tema di concessioni per il servizio di ristoro tramite distributori automatici. Così qualificato il procedimento in corso, l'ASST Sette Laghi si è limitata a esprimere alcune considerazioni in ordine a una prima valutazione di massima della documentazione presentata dalla ricorrente, evidenziando che i dati esaminati indicherebbero la possibilità per l'azienda di sostenere il rischio concessorio senza necessità di procedere alla riduzione del canone, ma senza pervenire a un provvedimento definitivo di rigetto dell'istanza di rinegoziazione.

Nello specifico, l'Azienda ha segnalato che *“per quanto riguarda il Piano Economico, esso deve essere esaminato nel suo complesso, senza fermarsi alla valutazione del fatturato. Visti i piani economici presentati relativi all'anno 2019 e 2020, si deduce solo una riduzione del fatturato ma naturalmente anche una differenza delle voci di costo: costo del materiale, costo della manodopera ecc. Si rileva inoltre che il risultato di gestione è rimasto positivo, a differenza peraltro di altri casi analizzati dalla stazione appaltante nell'ambito dei contratti in concessione. Alla luce dei BEF si deduce che la Vostra Azienda è in grado di accollarsi integralmente il rischio senza necessità di apportare variazione al canone. Questo è il motivo per cui, in prima battuta, sono stati chiesti approfondimenti con Nota Protocollo n. 32720 del 6.05.2021, non risultando chiaro il motivo della richiesta”*.

18.2 I contenuti della comunicazione ne attestano la natura meramente interlocutoria, collocandosi essa nell'ambito di un contraddittorio ancora in corso, come dimostrano, tra l'altro, gli sviluppi successivi del procedimento e gli ulteriori incontri tra le parti che hanno fatto seguito alla nota dell'ASST Sette Laghi del 24.05.2021, nella prospettiva di una comparazione allargata dei risultati di gestione anche ai Piani Economico Finanziari degli anni 2021 e 2022 e, dunque, di un provvedimento finale ancora da assumere.

18.3 Ne consegue che, ad oggi, il procedimento – sviluppatosi attraverso una complessa istruttoria, cui l'Azienda ha proceduto per la valutazione dell'istanza della ricorrente – non ha trovato una conclusione definitiva, rimanendo ancora inespressa la posizione della stessa a seguito della trasmissione del PEF del 2022 da parte di Chef Express e, dunque, proprio quando l'ASST Sette Laghi ha avuto a disposizione tutta la documentazione richiesta per la valutazione comparativa dei risultati di commessa, a partire dall'annualità precedente alla pandemia (2019) fino al 2022 in cui si è assistito al superamento della disciplina per il contenimento dell'emergenza pandemica.

Del resto, come evidenziato da condivisibile giurisprudenza, la determinazione che vale ad interrompere l'inerzia facendo venire meno l'interesse del ricorrente avverso il silenzio della pubblica amministrazione può essere soltanto quella che conclude il procedimento, con effetti definitivi e decisorii, tali da superare lo stallo procedimentale e da porre con l'atto conclusivo la

decisione amministrativa per il definitivo assetto degli interessi coinvolti (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 17.07.2019, n. 5022).

19. In presenza di una formale domanda di parte, pertanto, l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento, anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo rimanere inerte. Tale obbligo di provvedere deve corrispondere a una situazione soggettiva protetta, rinvenibile anche al di là di un'espressa disposizione normativa che preveda la facoltà del privato di presentare un'istanza e, dunque, *“in tutte le fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento ovvero le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorge per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione (cfr. ex multis T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 23 febbraio 2017, n. 328)”* (cfr. TAR Lombardia, Milano, 11.04.2023, n. 878).

Il legislatore, infatti, ha imposto al soggetto pubblico di rispondere alle istanze private, sancendo l'esistenza di un dovere che rileva *ex se* quale diretta attuazione dei principi di correttezza, buon andamento e trasparenza, consentendo altresì alle parti, attraverso l'emanazione di un provvedimento espresso, di tutelare in giudizio i propri interessi a fronte di provvedimenti ritenuti illegittimi (cfr. Cons. Stato. Sez. III, 19.04.2018, n. 2370; Cons. Stato, Sez. III, 18.05.2020, n. 3118).

19. Di conseguenza, come chiarito in analogia fattispecie da questo Tribunale, la ricorrente, proprio perché parte di specifici rapporti concessori con un'amministrazione, è portatrice di un interesse alla modificazione del contenuto di essi, ma ciò implica l'esercizio del potere amministrativo, nel rispetto sia delle prerogative discrezionali dell'ente, sia dei canoni generali che governano la relazione tra il privato e l'amministrazione parti di una concessione (cfr. TAR Lombardia, Milano, 11.04.2023, n. 878).

20. In conclusione, sussiste una legittima aspettativa di Chef Express a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni – quali che siano – dell'ASST Sette Laghi, che è obbligata a provvedere sullo specifico contenuto delle istanze proposte.

21. Il ricorso va quindi accolto e, per l'effetto, va dichiarato l'obbligo della predetta azienda di adottare la determinazione conclusiva del procedimento avviato con l'istanza di Chef Express del 2.03.2021, come integrata in data 23.03.2023, entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza o dalla notifica, se anteriore.

22. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara l'obbligo dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi di adottare la determinazione conclusiva del procedimento avviato su istanza presentata da Chef express S.p.A. in data 2.03.2021, da ultimo integrata il 23.03.2023, entro il termine di 60 giorni decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza o dalla notificazione, se anteriore.

Condanna l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, che liquida in euro 1.000,00 (mille/00) oltre Iva e accessori di legge e con rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Valentina Caccamo, Referendario, Estensore