



Sulla sussistenza della giurisdizione del g.o. sul ricorso contro la risoluzione del contratto avente ad oggetto la progettazione, la realizzazione e la gestione in regime di concessione dell'intervento di ampliamento del cimitero comunale.

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sul ricorso contro la risoluzione del contratto avente ad oggetto la progettazione, la realizzazione e la gestione in regime di concessione dell'intervento di ampliamento del cimitero comunale, da realizzarsi in project financing, in quanto le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto con la p.a., successive a quella ad evidenza pubblica per la selezione del contraente privato, sono devolute alla giurisdizione del g.o.. Il rapporto tra la società appellante e il comune è inquadrabile, infatti, nello schema della "concessione di lavori" di cui all'art. 3, c. 1, lett. uu), del codice dei contratti pubblici, definito come quel contratto in virtù del quale a titolo di corrispettivo per l'esecuzione di lavori, eventualmente comprensiva della relativa progettazione esecutiva, le stazioni appaltanti riconoscono "unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere". Nella concessione di lavori è spesso insito l'investimento di ingenti capitali, reso necessario dai costi di realizzazione delle opere, ragione per la quale si pone l'esigenza di reperire le relative fonti di finanziamento. A questo scopo il codice dei contratti pubblici prevede la finanza di progetto (o project financing), ex artt. 182 e 183, contraddistinto dall'"utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti" (art. 183, c. 1, d.lgs. n. 50 del 2016), come nel caso di specie, dal momento che per le opere di ampliamento del proprio cimitero il comune ha fatto ricorso allo strumento della finanza di progetto. La qualificazione del rapporto tra le parti come concessione di lavori pubblici comporta sul piano processuale il corollario della giurisdizione ordinaria nella presente controversia, relativa all'atto di risoluzione impugnato.

Materia: concessioni / giurisdizione e competenza

N. 02280/2021REG.PROV.COLL.

N. 02826/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale
2826 del 2020, proposto da
SDP Ferentino s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo
Malinconico e Alessandro Mannocchi, con domicilio digitale p.e.c.
tratto da registri di giustizia;

contro

Comune di Ferentino, in persona del sindaco in carica,
rappresentato e difeso dall'avvocato Pierluigi Piselli, con
domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Mercalli 13;

per l'annullamento

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per
il Lazio - Sezione staccata di Latina (sezione prima) n. 26/2020,

resa tra le parti, con cui è stata declinata la giurisdizione amministrativa sul ricorso contro la risoluzione del contratto avente ad oggetto la progettazione, la realizzazione e la gestione in regime di concessione dell'intervento di ampliamento del cimitero comunale di Ferentino, da realizzarsi in *project financing*;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ferentino;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 105, comma 2 e 87, comma 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati collegatisi da remoto, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La SDP Ferentino s.r.l., società di progetto concessionaria in *project financing* della progettazione, realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale di Ferentino, propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Sezione staccata di Latina in epigrafe, che sul suo ricorso contro la risoluzione del contratto di concessione disposta dall'amministrazione (con determinazione del 18 ottobre 2019, n. 647), ha declinato la propria giurisdizione. Ciò in applicazione del criterio di riparto invalso

presso la giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto con la pubblica amministrazione, successive a quella ad evidenza pubblica per la selezione del contraente privato, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

2. Si è costituito in resistenza all'appello il Comune di Ferentino.

3. Con un primo ordine di censure la SDP Ferentino sostiene che la presente controversia sarebbe devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni di beni e di servizi pubblici, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b), e c), del cod. proc. amm., avuto riguardo al fatto che *«il cimitero è certamente "bene pubblico", in quanto facente parte del demanio comunale ex art. 824 Cod. Civ.»*, e che nella relativa gestione il concessionario *«deve svolgere (anche) il pubblico servizio di concessione a terzi dei loculi (...), in nome e per conto del Comune»*, rientrando nelle servizi pubblici cimiteriali, come tali qualificati dalla più risalente legislazione in materia di ordinamento degli enti pubblici locali (legge 29 marzo 1903, n. 103, e regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578), fino a quella più recente relativa ai servizi pubblici locali (arti. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133). La società appellante aggiunge che secondo la giurisprudenza amministrativa le controversie concernenti la risoluzione della concessione non rientrano nell'ambito residuale di giurisdizione ordinaria, circoscritto ai sensi del sopra citato art. 133, comma 1, lett. b), e c), cod. proc. amm. a quelle a carattere meramente patrimoniali concernenti

«indennità, canoni o altri corrispettivi» che insorgono nella fase di esecuzione del rapporto concessorio. In contrario sottolinea che la risoluzione della concessione è espressione di un potere autoritativo dell'autorità concedente, quand'anche esercitato mediante strumenti di carattere consensuale.

4. Con un secondo ordine di censure la SDP Ferentino censura la declinatoria di giurisdizione per falsa applicazione del criterio generale di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo stabilito dall'art. 7 cod. proc. amm., nell'ambito del quale reputa essere devolute al secondo le controversie relative agli atti dell'amministrazione di esercizio della propria potestà autoritativa incidenti sull'aggiudicazione della gara, ancorché intervenuti dopo la stipula del contratto. Secondo l'appellante sarebbe questo il caso oggetto della presente controversia, dal momento che il provvedimento di risoluzione impugnato è stato emesso per ragioni relative all'aggiudicazione della concessione e consistenti: nella perdita dell'attestazione SOA dichiarata in sede di gara; nella mancata corrispondenza tra soggetto partecipante alla gara e soggetto esecutore; nella perdita dei requisiti di partecipazione alla gara ex art. 80 del codice dei contratti pubblici, oltre che in inadempimenti occorsi nella progettazione delle opere di ampliamento del cimitero.

5. Le censure così sintetizzate non sono fondate.

6. Il loro esame richiede innanzitutto di qualificare il rapporto giuridico tra la società appellante e l'amministrazione comunale di Ferentino, costituito con il contratto «per la progettazione,

la realizzazione e la gestione, in regime di concessione, dell'intervento di ampliamento del cimitero comunale di Ferentino, da realizzarsi in project financing» in data 14 febbraio 2018 (rep. n. 2), stipulato all'esito della procedura di gara indetta nel 2017 (con determinazione n. 529 del 22 agosto 2017), sulla base della proposta di finanza di progetto, dichiarata di pubblico interesse nel 2015 della Scamo s.r.l., poi risultata aggiudicataria della gara, e di cui l'odierna appellante è società di progetto costituita per l'esecuzione della concessione, ai sensi dell'art. 184 del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

Con il contratto è stato attribuito a quest'ultima *«il diritto di costruire le strutture funerarie cimiteriali e mantenere le aree»* secondo il progetto esecutivo delle opere, verso il corrispettivo dato dal valore delle *«subconcessioni dei nuovi Loculi, Cappelle ed Edicole realizzati, alle tariffe determinate e fissate a seguito di gara»*, che il concessionario affiderà ai terzi (artt. 3 e 4). Dopo la precisazione che le *«opere e gli impianti realizzati si intendono acquisiti al Comune»* in virtù di acquisto per accessione ai sensi dell'art. 934 cod. civ. (art. 10), il contratto specifica che il corrispettivo riconosciuto al concessionario è quello *«di gestire funzionalmente ed economicamente l'intera Opera per tutta la durata della concessione, facendo propri i proventi della gestione stessa»*, secondo le tariffe proposte in sede di gara per la *«gestione e concessione dei servizi cimiteriali»* (artt. 20 e 21). In ragione di ciò alla società concessionaria è trasferita *«per tutta la durata*

della concessione, l'esecuzione e/o la gestione di ogni operazione cimiteriale connessa all'oggetto della Concessione, e quindi escluse quelle relative alle tumulazioni, inumazioni, gestione lampade votive, guardiania, e compresa la facoltà di realizzare e cedere in uso sepolture private secondo tariffe stabilite dal Comune» (art. 25).

7. Dall'esame dei patti contrattuali richiamati si evince che il rapporto tra la società odierna appellante e il Comune di Ferentino è inquadrabile nello schema della «concessione di lavori» di cui all'art. 3, comma 1, lett. uu), del codice dei contratti pubblici, definito come quel contratto in virtù del quale a titolo di corrispettivo per l'esecuzione di lavori, eventualmente comprensiva della relativa progettazione esecutiva, le stazioni appaltanti riconoscono «unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere».

Nella successiva lett. vv) è invece definito «concessione di servizi», il contratto in virtù del quale viene affidata «la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll)», ovvero di «appalti pubblici di lavori», verso il corrispettivo costituito «unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi».

L'elemento distintivo tra le due fattispecie è quindi costituito dalla prestazione svolta dal privato concessionario, che in un caso consiste in lavori e nell'altro nella fornitura di servizi, a fronte dell'elemento comune dato dalla gestione funzionale delle opere o dei servizi, con assunzione del relativo rischio operativo. Nella concessione di lavori è spesso insito l'investimento di ingenti capitali, reso necessario dai costi di realizzazione delle opere, ragione per la quale si pone l'esigenza di reperire le relative fonti di finanziamento. A questo scopo il codice dei contratti pubblici prevede la finanza di progetto (o *project financing*), ai sensi degli artt. 182 e 183, contraddistinto dall'«utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti» (art. 183, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016).

8. Tutto ciò precisato, è questo pacificamente il caso oggetto del presente giudizio, dal momento che per le opere di ampliamento del proprio cimitero il Comune di Ferentino ha fatto ricorso allo strumento della finanza di progetto. Contrariamente a quanto deduce la società appellante, l'utilizzo dello schema ora descritto è quindi decisivo per inquadrare il rapporto tra le parti in causa nello schema della concessione di lavori pubblici, anziché di bene o servizio pubblico. In contrario non rileva che il corrispettivo delle opere di ampliamento del cimitero comunale consista nell'attribuzione del diritto di svolgere alcuni servizi cimiteriali, rientranti tra i servizi pubblici comunali. Come infatti risulta dal contratto, l'attività dalla quale è attesa la remunerazione della società

concessionaria per i lavori di ampliamento eseguiti è svolta in regime di sub-concessione, rispetto ad opere ed impianti acquistati in via originaria dal Comune per effetto di accessione al cimitero (che ai sensi dell'art. 824, comma 2, cod. civ. appartiene al demanio comunale).

9. La qualificazione del rapporto tra le parti come concessione di lavori pubblici comporta sul piano processuale il corollario della giurisdizione ordinaria nella presente controversia, relativa all'atto di risoluzione impugnato nel presente giudizio.

Infatti, diversamente da quanto deduce la società appellante, non opera innanzitutto il criterio di riparto di giurisdizione stabilito dall'art. 133, comma 1, lett. b), e c), del codice dei contratti pubblici, per le concessioni di beni e di servizi, poiché si verte in un caso di concessione di lavori pubblici, per il quale non è prevista un'analogia norma di riparto. Inoltre, in linea con quanto statuito dalla sentenza di primo grado si applica invece il criterio di riparto valevole in generale per ogni contratto pubblico, che devolve al giudice amministrativo la cognizione sulle 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»*, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), del codice del processo amministrativo.

10. In questo senso si è recentemente espressa questa Sezione, con la sentenza 19 febbraio 2021, n. 1502, la quale ha ricordato

che il processo di unificazione dei diversi tipi di concessione di lavori elaborate dalla prassi interna (concessione di sola costruzione e concessione di costruzione e gestione) in un unico istituto giuridico, assimilabile all'appalto pubblico di lavori ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, secondo la sopra riportata definizione del codice dei contratti pubblici (nello stesso senso, in precedenza: Cons. Stato, V, 16 gennaio 2013 n. 236).

10. Deve aggiungersi che ai fini della questione di giurisdizione il dato determinante è costituito, oltre che dalla qualificazione del rapporto dedotto in giudizio come concessione di lavori pubblici, dal fatto che l'atto di risoluzione impugnato è intervenuto nella fase di esecuzione del contratto, successiva a quella ad evidenza pubblica per la selezione del concessionario, in cui secondo il tradizionale inquadramento dogmatico le parti sono titolari di posizioni giuridiche di diritto soggettivo nell'ambito della relazione paritetica instauratasi in seguito alla stipula del contratto, fatti salvi i poteri di autotutela pubblicistica sulla precedente fase ad evidenza pubblica che l'amministrazione conserva. Allo stesso scopo si prescinde invece dalle ragioni e dai presupposti della risoluzione, il cui accertamento è oggetto del merito della controversia e che invece sono irrilevanti rispetto alla questione di giurisdizione.

11. L'appello va quindi respinto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

Le spese possono nondimeno essere compensate per la natura

della questione di giurisdizione controversa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado;

compensa le spese di causa.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021, tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 1, comma 17, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)