



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1260 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ghestio S.r.l. + 2 Altre, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Ingicco, Silvio Quaglia, Lorenzo Bolognini, Vittorio Barosio, con domicilio eletto presso Raffaele Ingicco in Torino, via del Carmine, 2;

***contro***

Comune di Castello di Annone, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Venturino, con domicilio eletto presso Pietro Rossanigo in Torino, via Stampatori, 9;

***per l'annullamento***

- della delibera della Giunta Comunale n. 27 del 29.7.2009, avente ad oggetto: "approvazione progetto definitivo revisionato dell'impianto

sportivo polivalente", nella parte in cui ha disposto, che "il rilascio delle garanzie fideiussarie da prestarsi da parte del Comune saranno limitate alla parte residua rispetto al contributo regionale di euro 891.000,00 + IVA del progetto definitivo posto a base di gara di euro 1.835.000,00 + IVA";

di ogni altro atto presupposto, preparatorio e/o consequenziale, nonché

- per la risoluzione, per inadempimento del Comune di Castello di Annone od, in subordine, per impossibilità sopravvenuta, della convenzione di concessione rep. n. 150 del 3.12.2008 e/o, sempre in subordine, per la declaratoria della legittimità del recesso, ai sensi dell'art. 143, comma 8, del D.Lgs. n. 163/06, di Ghestio S.r.l. da tale convenzione;

- in ogni caso, per la condanna della civica Amministrazione al pagamento delle somme indicate dall'art. 158 D.Lgs. n. 163/06 e/o al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dalle società ricorrenti, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi sulle somme già rivalutate; nonché dei motivi aggiunti depositati in data 16.3.2012

per l'annullamento

della delibera della Giunta Comunale n. 2 del 4.2.2012, avente ad oggetto: "Risoluzione convenzione con società Ghestio";

di ogni altro atto presupposto, preparatorio e/o consequenziale

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Castello di

Annone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2012 il dott. Giovanni Pescatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1) La vicenda oggetto di causa origina dalla procedura di gara indetta dal Comune di Castello d'Annone per la costruzione e la successiva gestione economica di un centro sportivo polivalente.

A seguito dell'aggiudicazione definitiva e della successiva sottoscrizione della Convenzione, le posizioni del Comune e della concessionaria si sono divaricate in ordine all'interpretazione delle condizioni contrattuali, e in particolare della portata della garanzia fideiussoria - prevista dall'art. 15 della convenzione di concessione - che l'ente pubblico avrebbe dovuto contrarre a copertura del mutuo inerente le spese di esecuzione dei lavori.

È necessario precisare che nel disciplinare di gara e nella connessa bozza di Piano economico-finanziario l'importo presunto dei lavori veniva indicato in euro 1.835.000,00, ed il prezzo a carico dell'amministrazione in euro 900.000,00 (al netto del relativo ribasso), venendo la differenza integrata dai proventi della gestione del centro.

Al contempo, il disciplinare di gara prevedeva la facoltà per il concorrente di proporre varianti e modifiche al progetto definitivo allegato agli atti di gara e in effetti la concorrente (poi aggiudicataria) ha proposto modifiche di rilevante entità sì da far lievitare il costo complessivo dell'opera sino a euro 4.720.356,06.

In relazione agli impegni di spesa posti a carico del concessionario la clausola della convenzione contenuta all'art. 15 disponeva che "il concedente si impegna, ai sensi dell'art. 207 D.lgs. 267/2000 a rilasciare garanzia fideiussoria relativa al mutuo da contrarsi da parte del concessionario con l'Istituto per il Credito Sportivo per la realizzazione delle opere di cui al progetto esecutivo per il centro sportivo polivalente".

L'interpretazione di tale clausola costituisce il thema decidendum del ricorso introduttivo.

Al momento della formalizzazione dell'impegno fideiussorio del Comune nei confronti dell'Istituto per il Credito Sportivo, le parti hanno sostenuto sul punto interpretazioni divergenti: il Comune, da un lato, ha ritenuto di doversi impegnare a titolo di garanzia fideiussoria nei limiti dell'importo di euro 944.000,00 oltre Iva, corrispondente alla parte dei costi non coperta dal prezzo, e, più esattamente, alla differenza tra il costo complessivo dei lavori (euro 1.835.000,00) e il prezzo posto a carico dell'amministrazione (euro 891.000). Dall'altro lato, l'aggiudicataria - concessionaria ha preteso di essere garantita per l'intero ammontare del mutuo che essa

riteneva necessitarle (pari a euro 3.309.368,00), calcolato sul valore dell'opera come incrementato, rispetto all'originaria previsione, dalle opere migliorative proposte dalle ricorrenti.

La mancata sottoscrizione da parte dell'amministrazione dell'impegno fideiussorio per il superiore importo sopra indicato, configurerebbe grave inadempienza contrattuale dalla quale la parte ricorrente fa discendere le doglianze formulate in atti.

2) La parte resistente ha sollevato l'eccezione preliminare di carenza di giurisdizione del giudice amministrativo su tutti i profili oggetto di controversia, in quanto inerenti, a suo dire, la fase esecutiva della convenzione di concessione, assimilabile ad un contratto di appalto e comunque sottratta alla giurisdizione esclusiva del g.a. sulle concessioni di beni pubblici e servizi.

L'eccezione - con riguardo alle domande contenute nel ricorso introduttivo - è fondata e va accolta, in applicazione dei principi di recente affermati dal Consiglio di Stato (Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 5919) e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (27 dicembre 2011, n. 28804) su casi analoghi a quello in esame.

Va precisato che le domande formulate con il ricorso introduttivo riguardano: a) l'annullamento della delibera della Giunta Comunale n. 27 del 29.07.2009 avente ad oggetto "l'approvazione del progetto definitivo revisionato dell'impianto sportivo polivalente", nella parte in cui ha disposto che "il rilascio delle garanzie fideiussorie da prestarsi da parte del Comune saranno limitate alla parte residua

rispetto al contributo regionale di euro 891.000,00 più Iva del progetto definitivo posto a base di gara di euro 1.835.000,00 più Iva”; b) la risoluzione per inadempimento o impossibilità sopravvenuta della convenzione di concessione, ovvero la declaratoria della legittimità del recesso di Ghestio s.r.l. da tale convenzione, ai sensi dell’art. 143, comma 8, d.lgs. 163/06; c) la condanna dell’amministrazione al risarcimento dei danni derivanti dall’inadempimento contrattuale ovvero la condanna al pagamento delle somme indicate dall’art. 158 d.lgs. 163/06.

La fondatezza dell’eccezione consegue alle seguenti considerazioni.

Innanzitutto, le domande formulate con riferimento alla convenzione e ai danni conseguenti alla sua risoluzione attengono all’esercizio di potestà contrattuali - di natura privatistica - sottoposte alla cognizione del g.o. secondo le regole proprie della tutela dei diritti soggettivi, in quanto attinenti alla fase esecutiva del rapporto, quindi ad un contesto caratterizzato da posizioni paritarie tra i contraenti.

Vai esclusa, d’altra parte, la pertinenza del richiamo alla giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di concessioni di beni pubblici (art. 133, comma 1 lett. b).

In tale senso viene in rilievo quanto affermato dal Consiglio di Stato nella pronuncia n. 591/2011, per cui le controversie relative alla fase esecutiva delle concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche (quale quella oggetto di causa) non rientrano nella

giurisdizione esclusiva del g.a. in quanto equiparabili agli appalti (dai quali si differenziano per il solo fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo) più che alle concessioni di beni pubblici (art. 133, comma 1 lett. b). L'inquadramento della fattispecie va infatti operato con riguardo al profilo prevalente rappresentato dalla finalizzazione della fattispecie alla realizzazione di un'opera pubblica – remunerata (anche o solo) dalla relativa gestione – e non come concessione di un bene pubblico contro il pagamento di un corrispettivo variamente determinato.

In sentenza si osserva come, in coerenza con tale assimilazione di tipo sostanziale, l'art. 142 del codice estenda alle concessioni anche le norme del codice relative ai contratti di appalto in materia di contenzioso e che, per effetto di tale rinvio: la giurisdizione relativa alle controversie concernenti l'affidamento – nozione comprensiva dell'appalto e della concessione – di lavori pubblici, riguarda solo la procedura di scelta del contraente; resta invece affidato al criterio ordinario di riparto imperniato sulla consistenza della posizione sostanziale azionata la definizione dei confini tra le giurisdizioni per quel che afferisce alle controversie relative alla fase esecutiva del rapporto.

La prospettata assimilazione all'appalto e le conseguenti deduzioni in tema di giurisdizione sono pienamente condivise dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo le quali “nel quadro normativo

derivante dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sussiste l'unica categoria della "concessione di lavori pubblici", onde non è più consentita la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunte) - ove prevale il profilo autoritativo della traslazione delle pubbliche funzioni inerenti l'attività organizzativa e direttiva dell'opera pubblica, con le conseguenti implicazioni in tema di riparto di giurisdizione - in quanto, ormai, la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario, come risulta dall'art. 143 del codice, con la conseguenza che le controversie relative alla fase di esecuzione appartengono alla giurisdizione ordinaria” (Cass. Civ. Sez. Un, n. 28804/2011).

3) Alle osservazioni che precedono va poi aggiunto che l'affermazione della giurisdizione del g.o. non può essere messa in forse, nel caso de quo, dal petitum formale della domanda contenuta in ricorso, volta all'annullamento della delibera della Giunta Comunale n. 27 del 29.07.2009 avente ad oggetto “l'approvazione del progetto definitivo revisionato dell'impianto sportivo polivalente”.

La delibera viene infatti impugnata unicamente nella parte in cui la stessa ha “disposto che il rilascio delle garanzie fideiussorie da prestarsi da parte del Comune saranno limitate alla parte residua

rispetto al contributo regionale di euro 891.000,00 più Iva del progetto definitivo posto a base di gara di euro 1.835.000,00 più Iva”.

Invero, il contenuto della delibera - nel suo tenore testuale - consiste nell'approvazione del progetto definitivo di variante così come revisionato dalla società Ghestio “con la specificazione che l'approvazione stessa non costituisce impegno alcuno per l'amministrazione comunale con riguardo alla prestazione di garanzie eccedenti l'importo di euro 944.000,00 più Iva nonché a corrispondere a qualsiasi titolo alcuna ulteriore somma rispetto all'importo di euro 891.000,00 più Iva come indicato in gara”.

Nella delibera si dispone, inoltre, “di inviare copia del presente atto alla Ghestio s.r.l. al fine di condividere con la stessa i contenuti prima di procedere alla richiesta di approvazione della Regione Piemonte”.

Appare chiaro dalla citazione testuale, che il contenuto dispositivo della delibera attiene unicamente all'approvazione del progetto (che non è oggetto di impugnazione), mentre l'ulteriore “precisazione” relativa all'importo della garanzia dovuta, lungi dal costituire esplicitazione di potestà autoritative, alle quali non si fa cenno alcuno, integra una dichiarazione di portata interpretativa – ricognitiva del contenuto della convenzione (e in particolare dell'art. 15), sulla cui natura non incide la forma apparente dell'atto amministrativo.

Non a caso nella delibera, a margine della “precisazione”, si evidenzia la necessità di una “condivisione” dei contenuti della

convenzione con la società Ghestio, in un'ottica di confronto delle opzioni interpretative maturate dalle parti.

Si verte, quindi, in un contesto di matrice negoziale, rientrante appieno nella fase esecutiva del rapporto, del tutto estraneo all'esplicazione di potestà autoritative.

Resta confermata, quindi, la carenza di giurisdizione del g.a. sulle domande formulate con il ricorso introduttivo.

4) A conclusione diverse, in punto giurisdizione, si perviene con riguardo all'impugnazione - avanzata con i motivi aggiunti - della delibera della Giunta Comunale n. 2 del 04/02/2012, avente ad oggetto "risoluzione convenzione con società Ghestio".

Con tale atto la Giunta Comunale ha deliberato di "ritenere la convenzione 3/12/2008 rep. n. 150 risolta per inadempimento della concessionaria, ovvero di annullare, per quanto chiarito in parte motiva, l'aggiudicazione di cui alla determinazione n. 10 del 22.03.2008 del responsabile dell'Ufficio Tecnico".

La delibera - nella parte in cui fa riferimento alla risoluzione per inadempimento della convenzione - attiene a rimedi contrattuali di matrice privatistica, incidenti sul rapporto negoziale contenuto nella convenzione. Sotto questo primo riguardo si profilerebbe quindi una questione attinente all'esercizio di facoltà relative alla sorte del rapporto negoziale, quindi soggette alla cognizione del g.o. secondo le regole proprie della tutela dei diritti soggettivi.

L'esercizio del potere di annullamento dell'aggiudicazione, cui si fa

riferimento nel successivo passaggio del dispositivo della delibera, implica, invece, pacificamente la giurisdizione del g.a..

5) Va tuttavia osservato che la prima parte del dispositivo della delibera va ampiamente ridimensionata ai fini dell'interpretazione della portata dell'atto. In applicazione del canone interpretativo ispirato alla conservazione degli effetti giuridici (ex art. 1367 c.c.), non può non rilevarsi come il passaggio in cui la Giunta Comunale "delibera di ritenere la convenzione risolta per inadempimento della concessionaria" è privo di rilevanza giuridica, traducendosi in una mera petizione di principio inidonea ad incidere sulla sorte del contratto. Fatti salvi i casi di risoluzione stragiudiziale del contratto (del tutto estranei al caso in esame), la risoluzione del contratto non rientra, infatti, nella disponibilità della parte, ma discende necessariamente da una pronuncia costitutiva del giudice, per cui è del tutto privo di effetti giuridici il pronunciamento della parte circa la risoluzione del contratto e le relative cause.

La delibera in esame va intesa, quindi, come atto di esercizio del potere di autotutela sull'aggiudicazione definitiva, dovendosi interpretare il riferimento alla risoluzione, per le ragioni sopra esposte, come mera argomentazione di supporto all'apparato motivazionale del provvedimento.

Il senso della delibera è quello di porre rimedio alla situazione di stallo determinatisi in conseguenza del dissidio interpretativo sul contenuto della convenzione, riavviando una nuova procedura di

affidamento della concessione, anche al fine non far scadere il termine utile per l'assegnazione del contributo regionale. Le valutazioni in ordine alla sorte del contratto rimarcano l'interpretazione sostenuta dal Comune, e quindi l'attribuzione di responsabilità per inadempimento contrattuale in capo alla concessionaria, e in tal senso deve intendersi la valutazione espressa in ordine alla risoluzione della convenzione, non profilandosi lettura alternativa che possa attribuirle effetti di rilevanza giuridica.

6) Venendo quindi al merito delle censure rivolte alla delibera n. 2/2012, occorre riqualificare il provvedimento di autotutela come esercizio del potere di revoca piuttosto che di annullamento d'ufficio, come erroneamente indicato dal Comune.

È principio pacifico che la qualificazione formale del provvedimento impugnato da parte dell'Amministrazione non è vincolante per il Giudice, il quale deve valutare la legittimità dell'atto in relazione alla sua natura giuridica e non secondo il modello corrispondente al nome arbitrariamente attribuito dalla P.A., se questo nome non corrisponde alla natura giuridica dell'atto (in questo senso T.A.R. Catanzaro Calabria, Sez. II, 22 novembre 2011, n. 1399; T.A.R. Palermo Sicilia, Sez. II, 19 ottobre 2007, n. 2237; Cons. St., Sez. V, 18 settembre 2002, n. 4751).

Ciò in quanto, al di là del nomen iuris contenuto nel testo del provvedimento, la sua qualificazione giuridica spetta al giudice, secondo il principio *iura novit curia* (Consiglio di Stato, Adunanza

Plenaria, decisione n. 3 del 2003).

Nel caso in esame, il distinguo tra l'annullamento d'ufficio e la revoca consegue al fatto che il primo ha ad oggetto un provvedimento asseritamente illegittimo, laddove la revoca è volta alla rimozione di un atto legittimo, ma inopportuno.

La lettura della motivazione della delibera n. 2/2012 mostra che il Comune ha ritenuto di intervenire in autotutela – sul presupposto del ritenuto inadempimento della controparte e del suo rifiuto a rendere la prestazione – al fine di poter procedere altrimenti alla realizzazione dell'opera, con una nuova procedura di affidamento della concessione, e nell'urgenza di non far scadere il termine utile per l'assegnazione del contributo regionale.

Nessun vizio di illegittimità viene menzionato con riguardo all'atto di aggiudicazione definitiva e all'iter procedimentale ad esso antecedente.

È da ritenersi, dunque, che la decisione adottata in autotutela, almeno secondo la prospettazione desumibile dal provvedimento stesso, non costituisca un annullamento d'ufficio di una procedura selettiva valutata illegittima - la cui illegittimità sia derivata da una cattiva gestione della procedura - ma un atto di revoca.

7) Ciò posto, appare fondata - sulla base di considerazioni che comunque non muterebbero di segno anche a voler qualificare l'atto come annullamento d'ufficio - la censura di illegittimità per difetto di competenza della Giunta Comunale.

In applicazione del principio del *contrarius actus*, infatti, la competenza all'adozione degli atti di secondo grado, in funzione di autotutela, spetta all'organo che ha emanato l'atto successivamente ritirato (Cons. St., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2261).

Nel caso di specie, posto che l'aggiudicazione definitiva era stata disposta con determina del responsabile del servizio tecnico n. 10/08, a quest'ultimo competeva l'esercizio del potere di autotutela.

Più in generale, ai sensi dell'art. 107, d.lg. 18 agosto 2000 n. 267, è del dirigente la responsabilità delle procedure d'appalto e la competenza a stipulare i contratti.

Al dirigente competono tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti.

L'individuazione di tale ambito di competenza segue - all'interno del sistema di cui al d.lgs. n. 267/2000 (T.U. enti locali) - il criterio della netta separazione di ruoli tra organi di governo locale e relativa dirigenza, dove ai primi spettano i compiti di indirizzo (la fissazione delle linee generali cui attenersi e degli scopi da perseguire) e alla seconda quelli di gestione.

Alla Giunta competono, quindi, tutti gli atti rientranti nelle funzioni "di indirizzo e controllo politico-amministrativo" che non siano

assegnati agli altri organi di governo (artt. 48-107 T.U. cit.), e per converso ai dirigenti (e, nei Comuni privi di personale con qualifica dirigenziale, ai Responsabili degli Uffici e dei servizi) è attribuita tutta la gestione, amministrativa, finanziaria e tecnica, comprensiva dell'adozione di tutti i provvedimenti, anche discrezionali, che impegnano il Comune verso l'esterno (non riservati espressamente dalla legge o dallo statuto agli organi di governo dell'ente) e sugli stessi dirigenti incombe la diretta ed esclusiva responsabilità della correttezza amministrativa della medesima gestione (Cons. Stato Sez. V, 07-04-2011, n. 2154; 11-12-2007, n. 6408; T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, Sent., 28-04-2011, n. 216; T.a.r. Campania - Napoli, sez. I, n. 1351/2010).

In conformità ai menzionati criteri, il Comune di Castello d'Annone - con la delibera n. 50/2006, recante l'approvazione del progetto definitivo - ha correttamente incaricato il responsabile del servizio tecnico "di fare tutto quanto necessario per attivare la procedura per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione".

L'ulteriore conseguenza delle premesse logiche sin qui esposte è che la revoca dell'aggiudicazione definitiva non rientrava nella sfera di attribuzioni della Giunta Comunale, trattandosi di atto di natura gestionale, come tale appartenente alla sfera di competenze del dirigente dell'ufficio (cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. I, 29 settembre 2008, n. 1794).

8) Resta da rilevare, infine, che il suddetto vizio di illegittimità non

pare superabile in virtù dell'art. 21 octies, 2° comma, della l. n. 241/1990, in quanto tale disposizione - la cui estensione alle norme sulla competenza non è pacifica (cfr. in senso contrario T.A.R. Milano Lombardia, Sez. IV, 17 giugno 2010, n. 1915; T.A.R. Liguria, Sez. II, 15 dicembre 2010, n. 10857) - può trovare applicazione, anche nei casi di dedotta incompetenza, nei soli casi di provvedimenti a carattere vincolato (Cons. St., Sez. VI, 6 novembre 2006, n. 6521; idem, 15 novembre 2005; T.A.R. Toscana, Sez. III, 30 gennaio 2012, n. 197).

Il caso di specie esorbita da tale limite applicativo, in quanto l'atto di autotutela è massimamente atto discrezionale.

9) L'accertato vizio di incompetenza rende irrilevante l'esame delle ulteriori censure dedotte, in applicazione del principio, tradizionalmente espresso dalla giurisprudenza, secondo cui l'esame del vizio di incompetenza assume necessariamente carattere pregiudiziale rispetto alle altre censure e, una volta accertato, preclude la valutazione degli altri motivi di ricorso (Cons. St., Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6408).

Stante l'esito della lite e tenuto conto della reciproca soccombenza, nonché dei recenti indirizzi interpretativi maturati in punto giurisdizione, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione

Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riguardo alle domande formulate con ricorso.

Annulla la delibera della Giunta Comunale n. 2 del 04/02/2012 ai sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Giovanni Pescatore, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)