

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

N. 129/2008 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 345/2007 Reg. Ric.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Depositato il

Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano

08.04.2008

costituito dai magistrati:

Marina ROSSI DORDI	- Presidente
Hans ZELGER	- Consigliere
Terenzio DEL GAUDIO	- Consigliere relatore
Margit FALK EBNER	- Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso iscritto al n. **345** del registro ricorsi **2007**

presentato da

CONSORZIO SERVIZI ALTO ADIGE CS2A società cooperativa a **responsabilità limitata per azioni**, in persona del legale rappresentante pro tempore Stefano Pizzo, rappresentato e difeso dagli avv.ti Christoph Baur e Ivan Bott con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Bolzano, Corso Italia n. 32, giusta mandato speciale a margine del ricorso,

- ricorrente -

c o n t r o

COMUNE DI BOLZANO, in persona del Sindaco pro tempore, che sta in giudizio in forza della deliberazione della Giunta Municipale n. 1026 dd. 11.12.2007 rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco Cappello, Bianca Giudiceandrea e Alexandra Merini, con elezione di domicilio presso

l'Ufficio Legale del Comune, Vicolo Gumer 7, giusta delega in calce al ricorso notificato, **- resistente -**

per l'annullamento

della comunicazione del Comune di Bolzano di Bolzano dd. 31.10.2007 non protocollata, tramite la quale l'odierna ricorrente è stata informata che il Comune di Bolzano "deve avviare una procedura di affidamento di gestione piscina coperta lido, il cui contratto scadrà in data 31.12.2007" e di ogni e qualsiasi provvedimento rilevante quale presupposto, richiamato o implicito, oppure di fase procedimentale connessa, nonché di natura esecutiva e comunque successivo, sempre e comunque se sfavorevole agli interessi della ricorrente;

e per l'accertamento

dell'avvenuto rinnovo del contratto-concessione di cui è causa

e per la condanna

del Comune di Bolzano alla rifusione dei danni conseguenti all'illegittimo e tardivo diniego di rinnovo del contratto concessione.

Visto il ricorso notificato il 07.12.2007 e depositato in segreteria il 07.12.2007 con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bolzano dd. 17.12.2007;

Vista la memoria prodotta;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 27.02.2008 il consigliere Terenzio Del Gaudio ed ivi sentito l'avv. C. Baur per il ricorrente e l'avv. M. Cappello per il Comune di Bolzano;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con il ricorso notificato in data 07.12.2007 il ricorrente Consorzio Servizi Alto Adige CS2A S.r.l. impugna il provvedimento in epigrafe per i motivi di cui in seguito.

Si premette che a seguito di gara pubblica, espletata con procedura aperta europea ai sensi dell'art. 6 del D.lgs. 17.03.1995, n. 157 e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Comune di Bolzano stipulava, in data 29.03.2004, con il presidente del Consiglio di amministrazione del Consorzio CS2A -nella sua qualità di società capogruppo mandataria in A.T.I con la mandante Centro relax Rosengarten- il contratto d'appalto per l'affidamento della gestione ed espletamento di diversi servizi presso il Lido di Bolzano e la Piscina coperta "*Klaus Dibiasi*" di Bolzano.

Specificamente, venivano affidati in gestione al Consorzio CS2A: il servizio cassa; il servizio assistenza bagnanti; il servizio pulizia; la gestione totale della sauna; la gestione totale del bar interno della piscina coperta; la gestione totale del bar sito sotto la terrazza del Lido; la gestione totale della pubblicità all'interno del Lido.

L'importo d'appalto biennale per i suddetti servizi veniva fissato in Euro 815.600,00, come da offerta dell'A.T.I. appaltatrice e la durata dell'appalto veniva stabilita in anni due a decorrere dall'1.1.2004 (quindi, fino al 31.12.2005) con l'espressa previsione di cui al punto 8) del contratto di appalto che "*esso può essere rinnovato di anno in anno sino e non oltre al 31.12.2010, qualora sussistano le condizioni di cui all'art. 44, comma 2,*

della legge 23.12.1994, n. 724” e che “la A.T.I. appaltatrice è tenuta a continuare la gestione del servizio alle medesime condizioni del presente atto, qualora l’Amministrazione comunale alla scadenza del contratto non fosse ancora riuscita a completare la procedura per un nuovo affidamento”.

Al termine del primo biennio, le parti in causa hanno concordemente rinnovato il rapporto contrattuale in essere fino al 31.12.2007.

Con lettera dd. 31.10.2007 a firma del direttore dell’Ufficio Sport, il Comune di Bolzano comunicava alla ricorrente *“che la scrivente amministrazione deve avviare una procedura di affidamento di gestione piscina coperta e lido, il cui contratto con codesta cooperativa scadrà in data 31.12.2007. Lo scrivente ufficio confida che nelle more dell’espletamento e dell’aggiudicazione della gara, codesta cooperativa garantisca comunque le attività di funzionamento della struttura anche per il periodo successivo al 31.12.2007, ai sensi di quanto previsto dall’art. 8 del contratto n. 44372 del 29.3.2004”.*

La suddetta lettera è oggetto di impugnazione con il presente ricorso.

A sostegno del ricorso vengono dedotti i seguenti motivi di impugnazione:

1. Violazione e falsa applicazione dell’art. 8 del contratto concessione n. 44372 rep. Com. del 29.3.2004; eccesso di potere per difetto di istruttoria in ordine alla sussistenza dell’interesse pubblico al rinnovo del contratto e difetto assoluto di motivazione in ordine all’interesse pubblico medesimo;
2. Violazione delle norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo;
3. Incompetenza.

Il ricorrente Consorzio, nell'impugnare il provvedimento di cui in epigrafe, chiede di *“accertare l'avvenuto rinnovo del contratto-concessione di cui è causa”* e *“di condannare in ogni caso il Comune di Bolzano alla rifusione alla ricorrente dei danni conseguenti all'illegittimo e tardivo diniego di rinnovo del contratto-concessione ...”*.

Con comparsa e memoria difensiva dd. dd. 17.12.2007 si è costituito in giudizio il Comune di Bolzano eccependo, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione del giudice adito e la natura non provvedimento dell'impugnata comunicazione portata e comunque chiedendo il rigetto del ricorso, previa reiezione dell'istanza cautelare di sospensiva, siccome infondato.

Alla camera di consiglio del 18.12.2008 la trattazione dell'istanza di sospensione cautelare dell'esecuzione dell'impugnato provvedimento è stata rinviata, su richiesta delle parti, all'udienza di merito del 27.02.2008 ove il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Vanno anzitutto esaminate le eccezioni pregiudiziali sollevate dall'amministrazione resistente.

E' infondata, e pertanto va respinta, l'eccezione di inammissibilità riferita all'impugnazione della lettera dd. 31.10.2007 con la quale il direttore dell'Ufficio Sport del Comune di Bolzano -giungendo a scadenza il contratto stipulato tra le parti in seguito ad aggiudicazione avvenuta previo espletamento di gara aperta- ha informato il ricorrente Consorzio CS2A di dover avviare una procedura di affidamento di gestione della piscina coperta e del Lido di Bolzano per il periodo successivo al 31.12.2007.

Rileva infatti il Collegio che, allorquando una esternazione di volontà proveniente dall'amministrazione venga ad incidere in modo diretto, immediato e concreto sulla posizione giuridica di un soggetto, comprimendo o disconoscendo diritti o altre utilità di cui questi è titolare, deve ritenersi che lo stesso sia dotato di capacità lesiva.

E' invece fondata, e pertanto va accolta, l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito.

Va evidenziato che con il presente ricorso viene impugnata esclusivamente la citata comunicazione dd. 31.10.2007, sicché non vengono in giudizio procedure di aggiudicazione e/o affidamento, nel caso di specie di servizi.

L'oggetto del contendere, in sostanza, riguarda specificamente una previsione contrattuale, ed esattamente, la previsione di cui al punto 8) del contratto d'appalto, stipulato tra le parti in data 29.03.2004, che prevede che *“la durata dell'appalto è stabilita in anni 2 (due) a decorrere dal 1.1.2004 e sino quindi al 31.12.2005. Esso può essere rinnovato di anno in anno sino e non oltre al 31.12.2010, qualora sussistano le condizioni di cui all'art. 44, comma 2, della legge 23.12.1994, n. 724”*.

Il ricorrente Consorzio, nel richiamare la suddetta previsione contrattuale, deduce che il contratto di cui è causa è stato concordemente rinnovato annualmente dalle parti a partire dalla prima scadenza del 31.12.2005 e lamenta che l'impugnato provvedimento *“sembra doversi interpretare come decisione implicita della volontà di non voler rinnovare il contratto: decisione che è illegittima ...”*.

Il Comune di Bolzano, da parte sua, richiamando l'art. 23 della L. 18.04.2005, n. 62 *“Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti*

dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004", deduce di essersi attenuto alla suddetta novella legislativa con la quale il legislatore statale avrebbe introdotto il divieto di rinnovo (anche espresso) dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi.

A tal proposito, il Consorzio CS2A contesta l'interpretazione data dal Comune all'art. 23 della L. n. 62/2005, deducendo che il divieto introdotto dal citato art. 23 riguarderebbe soltanto di rinnovo tacito dei contratti, nulla dicendo la legge riguardo al rinnovo espresso degli stessi.

Il ricorrente deduce inoltre, in ciò contestato dal Comune, che, nel caso di specie, si verterebbe nell'ambito di una concessione di servizi, ricompresa, come tale, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e richiama, in tal senso, l'art. 5 della L. 06.12.1971, n. 1034.

Invero, va osservato che il richiamato art. 5, comma 1, della L. n. 1034/1971, come modificato dall'art. 33, comma 3, del D.lgs. n. 80/1998 che ha soppresso le parole "*o di servizi*", recita che "*sono devoluti alla competenza dei Tribunali amministrativi regionali i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni*".

Pertanto, per quanto attiene ai pubblici servizi, va più propriamente fatto riferimento all'art. 33 del D.lgs. 31.03.1998, n. 80, come risultante in seguito alla sentenza n. 204/2004, con la quale la Corte Costituzionale ha, peraltro, affermato che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo, così assumendo, quale criterio di verifica della giurisdizione amministrativa

esclusiva in questa materia, il fatto che il giudizio verta sull'esercizio da parte dell'amministrazione del potere di cui è attributaria e, dunque, sullo svolgimento della pubblica funzione (Cons. Stato, sez. V, 17.05.2005, n. 2461).

Nel caso di specie, va osservato che nel contratto d'appalto dd. 29.03.2004 avente ad oggetto *“affidamento della gestione ed espletamento di diversi servizi presso il Lido di Bolzano e la Piscina coperta comunale “Klaus Dibiasi” siti viale Trieste – periodo 1.1.2004/31.12.2005”* sono previsti dall'art. 1 (pag. 8) ben sette diversi servizi: servizio cassa; servizio assistenza bagnanti; servizio pulizia; gestione totale della sauna; gestione totale del bar interno della piscina coperta; gestione totale del bar sito sotto la terrazza del Lido; gestione totale della pubblicità all'interno del Lido.

Sempre in base al contratto di appalto (pag. 9) *“l'importo d'appalto biennale per la gestione dei servizi di cui al precedente art. 1), viene fissato in Euro 815.600,00 (ottocentoquindicimilaseicento virgola zero centesimi) – I.V.A. esclusa – per il periodo di anni 2 (due), ossia dal 1.1.2004 al 31.12.2005, come da offerta della A.T.I. appaltatrice. Inoltre, nell'eventualità di esecuzione di servizi da effettuare extra capitolato, la A.T.I. appaltatrice ha offerto le seguenti tariffe orarie, intendendo ciascun importo al netto di I.V.A.: a) Servizio Cassa..... b) Servizio Assistenza bagnanti..... c) Servizio pulizia.....”*.

Per distinguere la figura dell'appalto di servizi da quella della concessione di servizi occorre fare riferimento alla formulazione dell'art. 1 par. 4. della direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31.03.2004 - fatta propria dal legislatore statale con l'art. 3, comma 12, del

D.lgs. 12.04.2006, n. 163 - che chiarisce che la concessione di servizi “è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”.

Pertanto, come anche affermato dalla giurisprudenza, l'appalto di servizi si distingue dalla concessione di servizi per il fatto che nel primo le prestazioni (di servizio, di fornitura o di lavori) sono rese in favore dell'amministrazione mentre la seconda è caratterizzata dalla costituzione di un rapporto trilaterale tra la P.A., concessionario ed utenti, atteso che nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti e, invece, nel corrispondente appalto, l'obbligazione di compensare l'attività svolta dal privato grava sull'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 01.08.2007, n. 4270; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 04.08.2004, n. 3242).

In sostanza, poiché la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento delle responsabilità di gestione, si viene a configurare una concessione di servizi allorquando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio rifacendosi sull'utente (cfr. Corte di giustizia CE, 10.11.1998, C-360/96).

La modalità di remunerazione dell'operatore, pertanto, costituisce uno degli elementi che permettono di stabilire l'assunzione del rischio di gestione.

Da un tanto consegue che il rapporto contrattuale, che è stato a suo tempo posto in essere tra il ricorrente Consorzio ed il Comune di Bolzano, appare investire, contestualmente, entrambe le distinte figure giuridiche (dell'appalto pubblico di servizi e della concessione di pubblici servizi) in

virtù di un'unica gara e del conseguente (unico) contratto stipulato dalle parti e formalmente denominato “*contratto di appalto – affidamento della gestione ed espletamento di diversi servizi presso il Lido di Bolzano e la Piscina Coperta comunale “Klaus Dibiasi” siti Viale Trieste – periodo 1.1.2004/31.12.2005*””.

Infatti, mentre per l'affidamento di alcuni servizi (servizio cassa; servizio assistenza bagnanti; servizio pulizia) si viene a configurare la tipica figura dell'appalto di servizi, atteso che gli stessi devono essere svolti dall'affidatario in favore del Comune (e, quindi nell'ambito di un rapporto bilaterale) verso un corrispettivo predeterminato che è quello di aggiudicazione, per l'affidamento di altri (gestione totale della sauna; gestione totale del bar interno della piscina coperta; gestione totale del bar sito sotto la terrazza del Lido; gestione totale della pubblicità all'interno del Lido) si viene a configurare una concessione a cui accede un contratto, atteso che il rischio di gestione per l'espletamento degli stessi fa capo all'affidatario (nell'ambito di un rapporto trilaterale di cui sono parte il Comune, il concessionario e gli utenti).

L'amministrazione resistente deduce la prevalenza economica dei servizi configuranti l'appalto pubblico di servizi -il cui importo ammonta, come risultante dall'aggiudicazione e dal conseguente contratto, pari ad Euro 815.600,00- rispetto ai servizi la cui gestione totale è affidata al Consorzio CS2A e per i quali il citato Consorzio non fornisce alcun principio di prova in ordine all'ammontare degli stessi.

In tal modo il Comune deduce, in sostanza, la sussistenza di un principio di “*assorbenza*”, in base all’aspetto economico, dell’appalto di servizi sulla concessione di servizi.

Un tanto esposto, va comunque osservato che, nella presente causa, la situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio (*causa petendi*) ha natura privatistica, atteso che, in sostanza, il ricorrente Consorzio CS2A chiede al giudice amministrativo, di “*accertare l’avvenuto rinnovo del contratto-concessione di cui è causa*” e “*di condannare in ogni caso il Comune di Bolzano alla rifusione alla ricorrente dei danni conseguenti all’illegittimo e tardivo diniego di rinnovo del contratto-concessione ...*”.

Il reale oggetto del giudizio, dunque, non è l’esercizio di un potere pubblicistico da parte dell’amministrazione bensì il rapporto contrattuale intercorrente tra le parti e le relative e reciproche posizioni di diritto e di obbligo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15.03.2006, n. 1380).

Si tratta, pertanto, di una controversia relativa alla fase di esecuzione di un contratto di natura privatistica intercorrente tra il ricorrente Consorzio CS2A ed il Comune di Bolzano che, come tale, esula dalla giurisdizione di questo giudice.

Per quanto sopra, il ricorso va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito.

Sussistono giustificati motivi per disporre l’integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

Il contributo unificato rimane a carico del ricorrente Consorzio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma di

Bolzano - disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, dichiara il ricorso **inammissibile** per difetto di giurisdizione.

Spese compensate.

Il contributo unificato rimane a carico del ricorrente Consorzio.

Ordina che la presente sentenza venga eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bolzano, nella camera di consiglio del 27.02.2008.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Marina ROSSI DORDI

Terenzio DEL GAUDIO

/ic/