



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 numero di registro generale 113 del 2011, proposto da:
CISVI società cooperativa a responsabilità limitata in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Scuderi, con domicilio
eletto presso il suo studio in Roma, via Stoppani n. 1;

contro

Comune di San Vitaliano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avv. Enzo Napolano, con domicilio eletto presso l'avv. Gian Marco Grez in
Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli,
Sezione I, n. 16862/2010, resa tra le parti, concernente approvazione nuovo piano
economico-finanziario relativo ai servizi di pulizia, manutenzione, lampade votive
e commerciali ed ai lavori di ampliamento del cimitero – risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Vitaliano;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2012 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Scuderi e Napolano;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, rubricato al n. 561/2010, CISVI, società cooperativa a responsabilità limitata, impugnava la deliberazione della Giunta comunale di San Vitaliano in data 17 novembre 2009, numero 188, avente ad oggetto l'annullamento della deliberazione della stessa Giunta comunale n. 154/2007 con la quale era stato approvato il nuovo piano economico - finanziario relativo ai servizi di pulizia, manutenzione, lampade votive e commerciali ed ai lavori di ampliamento del Cimitero di San Vitaliano da realizzare con *project financing*, (giuste convenzioni stipulate dal Comune di San Vitaliano e la concessionaria CISVI del 1 agosto 2002 e del 13 settembre 2007), nonché, ove occorra e nei limiti di interesse, ogni atto o provvedimento, verbale e/o parere, antecedente o successivo e comunque presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi espressamente compresi nei limiti dell'interesse, e tutti gli atti del procedimento di autotutela, le note del 22 giugno 2009 e del 23 settembre 2009, le delibere di Giunta Comunale del 4 giugno 2009 n. 110 non conosciuta e del 22 settembre 2009 n. 152, chiedeva in conseguenza il riconoscimento dell'illegittimità dell'annullamento sia della delibera di Giunta Municipale numero 154 del 2007 che della convenzione aggiuntiva del 13 settembre 2007, con la conseguente dichiarazione del proprio diritto all'esercizio

della concessione e gestione oggetto della suddetta convenzione aggiuntiva nei termini dalla stessa previsti nonché, in caso di inosservanza ed inadempienza da parte dell'Amministrazione Comunale, con la condanna della medesima al risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

La ricorrente riferiva che all'esito di una procedura di finanza di progetto, ai sensi degli artt. 37 ss. della legge 11 febbraio 1994, n. 109, il Comune di San Vitaliano aggiudicava all'A.T.I. tra le imprese Cons. Coop s.c.r.l. e A & P - Associati & Partners s.r.l. la concessione di progettazione, costruzione e gestione dell'ampliamento del locale cimitero e stipulava in data 1° agosto 2002 la relativa convenzione, di durata quinquennale.

Nell'imminenza della scadenza della convenzione, con deliberazione di Giunta comunale n. 154 del 27 luglio 2007, l'amministrazione di San Vitaliano, a seguito di incontri con la concessionaria (divenuta, nelle more, CISVI s.c.r.l.) concernenti i mancati ricavi derivanti dal fatto che non erano stati realizzati e venduti n. 576 loculi previsti nel progetto approvato e quindi nel piano economico finanziario e nella convenzione, prolungava la durata della concessione di ulteriori cinque anni ed approvava un nuovo piano economico finanziario e nuove tariffe di concessione dal 1° gennaio 2008, affidando altresì alla concessionaria il servizio di pulizia dell'area cimiteriale e delle lampade votive, al fine di consentire alla stessa di raggiungere l'equilibrio economico finanziario.

Il 13 settembre 2007 le parti stipulavano la nuova convenzione; in premessa veniva espressamente dato atto che «non essendosi verificate tutte le condizioni previste nella proposta di concessione rep. a. 32/02 (vendita di tutti i manufatti previsti) la concessione aveva portato una forte perdita economica al concessionario; da ciò la richiesta di riequilibrio con una proroga del termine di scadenza della concessione ai sensi dell'art. 143, comma 8, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Con deliberazione n. 222 del 26 ottobre 2007, la Giunta comunale rettificava la precedente deliberazione n. 154 del 2007 limitatamente all'area in cui la concessionaria avrebbe dovuto espletare il servizio delle lampade votive.

Con nota prot. n. 6589 del 22 giugno 2009, il responsabile del servizio AA.GG. del Comune di San Vitaliano comunicava alla CISVI l'avvio di un procedimento di annullamento in autotutela della deliberazione n. 154 del 2007, della quale disponeva in via cautelativa la sospensione degli effetti (poi prorogata con delibera G.C. n. 152 del 22 settembre 2009).

Con deliberazione n. 188 del 17 novembre 2009 la Giunta comunale di San Vitaliano determinava, infine, «di annullare in via di autotutela in funzione della tutela complessiva degli interessi dell'Ente la deliberazione G.C. n. 154/2007 nonché, per l'effetto, la convenzione Rep. n. 99 del 13/09/2007 2007».

La ricorrente deduceva tre motivi d'impugnazione chiedendo quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati e formulando le ulteriori conclusioni, sopra riassunte.

Con la sentenza in epigrafe, n. 16862 in data 20 luglio 2010 il Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, Sezione I, respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza CISVI società cooperativa a responsabilità limitata propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 113/11, contestando le sue argomentazioni e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di San Vitaliano chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti si sono scambiate memorie.

La causa è stata assunta in decisione all'udienza del 15 maggio 2012.

3. L'appello è infondato.

L'appellante, a suo tempo ha ottenuto in concessione il cimitero del Comune appellato in base a procedimento di finanza di progetto; il programma economico e finanziario prevedeva la realizzazione di 576 nuovi loculi, dalla cui cessione il concessionario doveva ricavare il proprio guadagno.

I nuovi loculi non sono stati realizzati per assenza di domanda; il fatto ha inciso sull'equilibrio finanziario dell'operazione, che si è conclusa in perdita per il concessionario.

Le parti hanno quindi convenuto la proroga del rapporto concessorio modificando i suoi termini, onde ripristinare il suddetto equilibrio.

La relativa deliberazione è stata annullata in autotutela con il provvedimento principale oggetto del ricorso di primo grado.

3a. L'appellante sostiene che tale deliberazione è stata annullata in difetto dei necessari presupposti, essendo la proroga del rapporto consentita dall'art. 143 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, quando è necessario per ripristinare il necessario equilibrio fra le prestazioni richieste al concessionario ed i ricavi conseguibili.

La tesi non può essere condivisa.

Le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad esse strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica (art. 143 primo comma) e la controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati.

Da ciò consegue che l'onere di valutare la convenienza economica dell'operazione ricade in primo luogo sul concessionario, al quale spetta accertare se i costi siano adeguatamente coperti dai ricavi ragionevolmente prevedibili.

In altri termini, il rapporto di concessione di lavori pubblici coinvolge una stazione appaltante ed un imprenditore il quale, in quanto tale, sopporta il rischio economico dell'operazione in vista del conseguimento, necessariamente non garantito, di un utile patrimoniale adeguato, mentre la stazione appaltante agisce in vista del conseguimento di un utile non patrimoniale, consistente nell'incremento dei servizi a favore della collettività.

Come in tutte le procedure di evidenza pubblica anche nella concessione di lavori pubblici i termini economici del rapporto devono essere conoscibili da chiunque abbia interesse all'aggiudicazione, e di regola non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, verrebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente.

E' vero che l'art. 143 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevede alcune misure volte a ripristinare l'equilibrio economico – finanziario del rapporto quando questo non si sia realizzato in concreto (in particolare il quarto comma, il quale prevede che la controprestazione a favore del concessionario possa essere costituita anche da un prezzo, e l'ottavo comma, il quale prevede che la concessione possa avere una durata superiore a quella massima di trenta anni), ma si tratta di disposizioni di cui la stazione appaltante può avvalersi solo nell'impostare la gara, in modo da avviare il confronto concorrenziale anche sulla loro base.

Le stesse norme non consentono invece di restringere il numero dei candidati prevedendo clausole tali da ridurre la convenienza dell'imprenditore, per poi ripristinare il giusto equilibrio contrattando esclusivamente con l'aggiudicatario.

L'appellante richiama, a sostegno della propria tesi, l'ultima parte dell'ottavo comma dell'art. 143, la quale prevede che “i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti

presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente. Al fine di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio economico-finanziario del Piano Economico Finanziario, per le nuove concessioni di importo superiore ad un miliardo di euro, la durata può essere stabilita fino a cinquanta anni.”

Osserva il Collegio che la norma non è applicabile nella presente controversia in quanto volta a disciplinare eventi che si verificano nel corso del rapporto concessorio ammettendo la modifica del suo contenuto, mentre nel caso di specie la proroga è stata decisa a rapporto esaurito, quando sarebbe stato necessario indire una nuova gara, ed ha avuto il contenuto di un nuovo e distinto contratto, affidato in difetto di ogni confronto concorrenziale.

Inoltre, i casi nei quali la norma consente la modifica dei termini del rapporto, essendo palesemente eccezionali, non consentono applicazioni estensive, e sono accomunati dal fatto di avere alla base circostanze di particolare rilevanza che sopravvenendo alla stipula del contratto ne modificano nella sostanza l'attuazione.

Nel caso di specie, invece, presupposto della proroga è solo la constatazione, “*a posteriori*”, di un risultato economico meno favorevole, per l'imprenditore, di quello originariamente previsto, per cui non ricade nell'ambito di applicazione della disposizione invocata.

3b. L'appellante sostiene che il Comune si è, in concreto, accollato il rischio derivante dal difetto di domanda dei loculi con l'art. 12 della convenzione sottoscritta.

La tesi non può essere condivisa.

L'art. 12 appena richiamato consente infatti all'Amministrazione di intervenire a favore del concessionario che, avendo realizzato le opere inizialmente previste, ed avendo quindi soddisfatto le necessità della stessa Amministrazione, non riesca a cederle ed a ricavarne introiti.

La norma non sostiene quindi la deliberazione annullata in autotutela la quale prevede non tanto la proroga del rapporto concessorio esaurito, quanto l'instaurazione di rapporto nuovo e di diverso contenuto, nel quale è stato modificata la prestazione richiesta al concessionario (in sostanza, cappelle funerarie in luogo di loculi).

3c. L'appellante chiede di sottoporre la controversia al giudizio della Corte di Giustizia della Comunità europea, proponendo i seguenti quesiti:

“1) se è conforme all'art. 1 della direttiva comunitaria 18/2004 ed ai principi in materia di partenariato pubblico privato un rapporto di concessione mediante *project financing* nel quale ferma restando l'assunzione da parte del concessionario del rischio di costruzione e del rischio di disponibilità, il rischio di domanda sia assunto dal soggetto pubblico;

2) se è conforme al principio dell'equilibrio economico e finanziario caratterizzante l'istituto concessorio e più in generale quello del partenariato pubblico privato una previsione nazionale che precluda la revisione del piano economico finanziario ai fini del ripristino delle condizioni di equilibrio, nel caso in cui le variazioni alle condizioni ed ai presupposti di base della concessione dipendano da una riduzione della domanda rispetto all'offerta prevista nel progetto originario, allorché il soggetto pubblico abbia assunto su di sé il rischio di domanda”.

Osserva il Collegio che la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato hanno precisato i termini entro i quali il giudice nazionale di ultima istanza ha l'obbligo di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 del trattato.

In particolare, Cass. civile, I, 22 ottobre 2007, n. 22103, ha stabilito che: “il giudice nazionale di ultima istanza non è soggetto all'obbligo di rimettere alla Corte di giustizia delle Comunità europee la questione di interpretazione di una norma comunitaria quando non la ritenga rilevante ai fini della decisione o quando ritenga di essere in presenza di un *acte claire* che, in ragione dell'esistenza di precedenti pronunce della Corte ovvero dell'evidenza dell'interpretazione, rende inutile (o non obbligato) il rinvio pregiudiziale (cfr. Corte di Giustizia Cee 6 ottobre 1982, C-283/81, Cilfit)”.

C. di S. VI, 20 luglio 2011, n. 4388, ha stabilito che: “deve escludersi che la fissazione del particolare regime normativo di cui ai commi 16 e 17 dell'art. 81 d.l. n. 112 del 2008 abbia istituito un regime configurabile come aiuto di Stato ai sensi degli art. 107 e 108, t.f.u.e., con la conseguenza che non sussistono i presupposti per sollevare una questione per rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia in relazione alla compatibilità con il trattato istitutivo di tali misure, non venendo nella specie in rilievo una questione relativa all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario primario e derivato”.

C. di S., VI, 15 giugno 2011, n. 3655, ha precisato che: “non sussistono i presupposti per procedere al richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ce ai sensi dell'art. 267, t.f.u.e. (sulla mancata dichiarazione del possesso dei requisiti per la gara che comporta l'inammissibilità del ricorso, sull'interesse all'aggiudicazione dell'appalto che esclude quello alla sua rinnovazione; sulla sufficienza della dimostrata lesione della libera concorrenza per integrare la legittimazione al ricorso), perché si tratta di un caso in cui la corretta applicazione

del diritto comunitario si impone con chiarezza, univocità ed evidenza tali da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione processuale sollevata.

C. di VI, 15 giugno 2011, n. 3642, ha ulteriormente precisato che: “non è possibile la rimessione alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234, Trattato Ce, della questione relativa all'interpretazione del d.lg. n. 157 del 1995, nella parte in cui introduce misure limitative dell'accesso alle procedure d'appalto, laddove non sussistano dubbi interpretativi sull'applicazione del Trattato e i principi, univoci nella loro portata vincolante per gli Stati membri, risultino rispettati”.

Osserva il Collegio come l'appellante ometta totalmente di discutere gli aspetti della sua proposta interpretativa nella parte in cui questa appare in manifesto contrasto con il principio della libera partecipazione concorrenziale agli appalti pubblici.

La questione, sotto tale profilo, appare di così agevole risoluzione da rendere superflua la rimessione alla Corte di Giustizia.

Inoltre, i quesiti proposti appaiono manifestamente irrilevanti in ordine alla risoluzione della presente controversia.

Gli stessi, infatti, eludono la questione principale sottesa alla presenta controversia, se cioè sia possibile omettere le procedure concorrenziali per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici per consentire al precedente concessionario di recuperare delle perdite, o dei mancati guadagni, accumulati nel corso del rapporto, quesito di agevole ed univoca definizione in senso contrario alla tesi dell'appellante.

Anche sotto tale profilo, quindi, non sussistono i presupposti per la sospensione del processo.

3d. L'appellante sostiene che l'Amministrazione non ha rispettato i principi che regolano l'adozione degli atti di ritiro in quanto il provvedimento impugnato non è adeguatamente motivato e l'affidamento del concessionario deve essere considerato con riferimento alla data di inizio del rapporto e non dalla proroga, come ritenuto anche dal primo giudice.

La doglianza non è fondata.

La delibera di annullamento enuncia con chiarezza le proprie valutazioni relative alla migliore gestione dell'interesse pubblico, attinenti al mancato introito delle somme relative a parte del servizio lampade votive, alla rinuncia al corrispettivo per i loculi concessi, all'aumento del prezzo unitario per loculo, all'attribuzione della fornitura esclusiva di bronzi senza canone a favore dell'Amministrazione, alla mancata attivazione delle sanzioni connesse alla precedente concessione, delle quali non viene affatto dimostrato la manifesta illogicità.

Quanto all'affidamento ingenerato nell'appellante, deve essere condivisa la tesi del primo giudice, il quale giustamente, per le considerazioni già espresse, ha giudicato come nuovo rapporto quello instaurato a seguito della deliberazione di proroga, valutando l'affidamento sulla base del limitato periodo trascorso dall'adozione dell'atto fino al suo ritiro.

Il Comune appellato sottolinea inoltre come l'appellante alla data dell'atto di ritiro non avesse ancora attuato gli interventi cui si era obbligato, in tal modo ulteriormente affievolendo la rilevanza del proprio affidamento.

3e. L'appellante contesta la sentenza di primo grado nella parte in cui si pronuncia anche sull'annullamento del contratto stipulato in esecuzione della deliberazione poi oggetto di autotutela, affermando che l'Amministrazione non ha il potere di intervenire sull'atto paritetico.

La tesi non può essere condivisa.

Il contratto di cui si tratta non ha una funzione autonoma, essendo meramente accessorio alla deliberazione con la quale il Comune ha manifestato la volontà di affidare la concessione di cui si tratta.

Di conseguenza il contratto è divenuto nullo per venire meno della causa, e di ciò l'Amministrazione ha preso atto, sostanzialmente rifiutando di adempiere alle prescrizioni di un contratto nullo.

Deve essere condivisa anche l'impostazione del primo giudice, che ha conosciuto della sorte del contratto in materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, primo comma lett. b), del codice del processo amministrativo.

3f. L'infondatezza delle pretese a contenuto impugnatorio comporta l'infondatezza della domanda risarcitoria

4. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

In considerazione della complessità della controversia le spese del grado devono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 113/11, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente spese ed onorari del presente grado del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2012

IL SEGRETARIO

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