

Publicato il 16/07/2018

N. 04709/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01834/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1834 del 2018, proposto da Hydria Scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Agostino Armando Carratù, Vincenzo Agata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune **Vitulazio**, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Fulvio Savastano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) della deliberazione del Commissario Straordinario prot. n. 30 del 23.4.2018, con cui il Comune di **Vitulazio** ha unilateralmente dichiarato risolta la convenzione pubblica rep N.5 dell'11.12.2014, stipulata alla ricorrente, relativa all'affidamento, in project financing, della concessione di progettazione, costruzione e gestione di un centro sportivo natatorio; b) della nota prot. n. 3255 del 30.03.2018 del Comune di **Vitulazio**, con cui si procedeva alla contestazione di inadempimenti ai sensi dell'art. 30 della convenzione; c) dell'ordinanza n. 17/2018 di cui al prot. n. 4077 del 27.4.2018, a firma del responsabile dell'Area V - Lavori Pubblici e Servizi Manutentivi del Comune di **Vitulazio**, con cui è stato ordinato il rilascio dell'immobile in concessione e il ripristino dello stato dei luoghi relativo all'area

esterna; d) di ogni altro atto preordinato, consequenziale, connesso o comunque lesivo degli interessi e dei diritti della ricorrente;

E PER L'ACCERTAMENTO

del diritto della ricorrente al risarcimento dei danni subiti per la violazione delle regole contrattuali e il canone della buona fede esecutiva di cui all'art. 1375 c.c.,

NONCHÉ PER LA CONDANNA

del Comune di **Vitulazio** al pagamento nei confronti della ricorrente dei danni accertati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune **Vitulazio**;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 6 giugno 2018 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione n. 30 del 23 aprile 2018 il Commissario Straordinario del Comune di **Vitulazio** dichiarava risolta per grave inadempimento del concessionario la convenzione per l'affidamento in project financing della progettazione, costruzione e gestione di un centro sportivo natatorio sottoscritta il giorno 11 dicembre 2014 con l'Associazione Sportiva Dilettantistica Caserta Sporting Club in a.t.i. con la L.M.N. Costruzioni s.r.l.

A fondamento del provvedimento di risoluzione, in cui si dava atto che in data 2 febbraio 2015 all'A.T.I. era subentrata la società di progetto Hydria consortile a r.l., si richiamava la nota n. 32 55 del 30 marzo 2018 con cui l'Ufficio Tecnico comunale

rappresentava che le inadempienze del concessionario erano consistite nell'esecuzione di opere non regolarmente assentite, nella grave protratta morosità nel pagamento del canone concessorio e nell'omesso rispetto dei termini contrattuali per la regolare esecuzione delle opere. Con successiva ordinanza n. 17/2018 del 27 aprile 2018 il Comune di **Vitulazio** ordinava il rilascio dell'immobile in concessione e il ripristino dello stato dei luoghi relativo all'area esterna.

Avverso tali provvedimenti ha proposto ricorso a questo Tribunale la Hydria consortile a r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni.

Con il primo motivo è stata lamentata l'incompetenza del commissario straordinario ad adottare il provvedimento di risoluzione, trattandosi di competenza della dirigenza. Con il secondo motivo è stata dedotta la violazione dell'art. 33 della convenzione, alla cui risoluzione l'amministrazione non avrebbe potuto determinarsi se non prima di avere attivato il procedimento di contestazione scritta di cui alla citata disposizione pattizia.

In terzo luogo, si deduce che il Comune di **Vitulazio** non avrebbe potuto procedere ad una autonoma determinazione di risoluzione, in quanto la società ricorrente, al medesimo fine, aveva già attivato un procedimento arbitrale, unico ambito nel quale l'amministrazione avrebbe così potuto proporre eccezione di inadempimento o domanda riconvenzionale di risoluzione, ove avesse inteso contestare pretesi inadempimenti del concessionario. Con il quarto motivo parte ricorrente nega la sussistenza di inadempimenti a sé imputabili, essendo comunque mancata nell'impugnato provvedimento di risoluzione alcuna indicazione utile ad identificare le opere non eseguite; inoltre, se ritardo vi era stato, era unicamente da ascrivere alla condotta dell'ente concedente, situazione che aveva indotto la concessionaria a sospendere i pagamenti in termini di eccezione di inadempimento. Con il quinto motivo, si contesta che la situazione di mancata esecuzione era riconducibile

unicamente al comportamento negligente assunto dal Comune di **Vitulazio**. Avuto riguardo all'ordinanza di rilascio dell'immobile e di ripristino dello stato dei luoghi dell'area esterna entro 30 giorni, parte ricorrente lamenta la mancata comunicazione di avvio del procedimento, nonché la violazione dell'art. 7 della convenzione che in caso di scadenza naturale o anticipata della concessione imponeva che la riconsegna al Comune degli impianti natatori, dovesse essere preceduta da una ricognizione e verifica in contraddittorio della consistenza e dello stato di usura di tutti i beni concessi. Infine, l'ordinanza di rilascio risentiva dei vizi propri dell'atto di risoluzione.

Si è costituito in giudizio il Comune di **Vitulazio** concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, eccependone anche l'inammissibilità per difetto di giurisdizione amministrativa.

Con decreto presidenziale n. 680 del 10 maggio 2018 è stata accolta la domanda cautelare in sede monocratica.

Alla camera di consiglio del 6 giugno 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare in sede collegiale, il Tribunale, avvisate le parti, ritenuta la sussistenza dei presupposti per una sentenza in forma semplificata, ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione amministrativa.

Osserva il Collegio che la risoluzione della convenzione tra la società ricorrente ed il Comune di Vitulano è stata pronunciata con la deliberazione commissariale qui gravata per asserito inadempimento della concessionaria, perché non avrebbe eseguito pagamenti a cui era obbligata, nonché per aver realizzato alcune opere in ritardo ed altre non difformità a quanto convenuto. Si è pertanto in presenza di vicende interamente ed esclusivamente ricadenti nella fase di esecuzione del rapporto, senza intercettare poteri o facoltà della parte concedente trascendenti tale

ambito. Ebbene, in proposito il giudice regolatore della giurisdizione ha ritenuto che «la controversia relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la ristrutturazione di un complesso immobiliare destinato ad area termale, nonché l'affidamento in gestione al concessionario dell'offerta al pubblico degli impianti e servizi relativi, previa corresponsione al comune aggiudicatore di un canone annuo, appartiene alla giurisdizione ordinaria, non avendo ormai rilievo, nel vigente quadro normativo, la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunte), e sussistendo, piuttosto, l'unica categoria della “concessione di lavori pubblici”, nella quale 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 (Cassazione Sezioni Unite 9 novembre 2012 n. 19391 e Cassazione Sezioni Unite 27 dicembre 2011 n. 28804).

Va aggiunto che la giurisdizione amministrativa va declinata in favore di quella del giudice ordinario anche volendo tener conto del più recente indirizzo giurisprudenziale (Cassazione Sezioni Unite 6 luglio 2015 n. 13864), secondo cui «appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa ad una convenzione avente ad oggetto l'integrale ristrutturazione ed ampliamento di un impianto sportivo comunale, nonché la sua successiva gestione pluriennale, ove, nella comparazione tra le prestazioni a carico del concessionario, risulti preminente - e tale da identificare il vero oggetto del contratto in relazione all'interesse concretamente perseguito dalle parti e da qualificare la concessione come di costruzione e gestione - la realizzazione delle opere (il cui importo risulti superiore a due milioni di euro) rispetto alla gestione degli impianti, che, per il canone richiesto (pari a trentaseimila euro l'anno, per un importo complessivo, rapportato ai diciotto anni di concessione, non superiore a settecentomila euro), assume rilievo solo quale

mezzo per conseguire, dal lato dell'impresa, la remunerazione necessaria, restando al contempo soddisfatto l'interesse dell'amministrazione al funzionamento dei servizi sportivi. (cfr in questo senso T.A.R. Lazio Roma Sezione II 3 aprile 2018 n. 3676). Difatti, nel caso di specie, dall'esame dell'atto di convenzione n. 5 dell'11 dicembre 2014, risulta che il valore economico delle prestazioni poste a carico del concessionario, segnatamente la progettazione e costruzione dell'opera, oltre all'obbligo di provvedere alla dotazione di tutte le strutture ed apparecchiature necessarie al relativo funzionamento, appare di gran lunga maggiore rispetto ai corrispettivi percepibili dal concessionario per la successiva gestione dell'impianto, tenuto altresì conto dell'obbligo per quest'ultima di pagamento di un canone annuo pari ad €24.300,00. Ne discende che la rilevanza economica dell'attività di gestione dell'impianto deve qualificarsi per la maggior parte come mero corrispettivo per la realizzazione delle opere, per la remunerazione del capitale investivo, nonché per la copertura dei costi di manutenzione dell'impianto per la durata del rapporto convenzionale.

Il ricorso è inammissibile anche con riferimento all'ordinanza di rilascio del bene pubblico detenuto dalla ricorrente. Invero, tale atto costituisce diretta conseguenza della disposta risoluzione della convenzione e ricade interamente e funzionalmente nella fase di esecuzione del rapporto, prospettandosi una questione di lesione del titolo di detenzione della società ricorrente, sorto per effetto della convenzione da cui traggono origine posizioni soggettiva di natura paritaria.

In considerazione della particolarità delle questioni trattate sussistono giusti motivi per compensare tra le parte le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione amministrativa in favore di quella del

giudice ordinario innanzi al quale la causa dovrà essere riassunta entro tre mesi dal passaggio in decisione della presente sentenza ai sensi e per gli effetti di cui all'art.11 c.p.a. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Paolo Corciulo

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO