N. 04682/2012REG.PROV.COLL.

N. 04536/2010 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4536 del 2010, proposto dall'Università degli studi di Roma Tre, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Bernardi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Monte Zebio, 28;

contro

IAS - International Airport Sistem s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Orlando, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, piazza della Liberta', 20;

nei confronti di

IVS Italia s.p.a. quale società incorporante la GSA - Gestione Distributori Automatici s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del Lazio – Roma, sezione III, n. 4736 del 2010

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della società IAS - International Airport Sistem s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Bernardi e l'avvocato Orlando;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Università degli studi di Roma Tre riferisce che con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Lazio e recante il n. 9195/2006, la società IAS – International Airport System s.r.l. impugnava gli atti con cui l'Ateneo aveva approvato l'esito della trattativa privata per l'aggiudicazione di un'attività di somministrazione di bevande e di altri prodotti a mezzo di distributori automatici nei locali dell'Università, nonché gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compreso il provvedimento in data 4 maggio 2006 con cui il Direttore amministrativo aveva indetto la trattativa privata e il relativo capitolato d'oneri.

Con la sentenza oggetto del presente appello il Tribunale adito accoglieva il ricorso e per l'effetto annullava gli atti impugnati.

Secondo il Tribunale, in particolare, l'affidamento per cui è causa sarebbe configurabile come appalto di servizi e si porrebbe al di sopra delle soglie di rilevanza comunitaria, il che renderebbe non giustificabile la scelta dell'Ateneo di procedere a una procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara, ostandovi la previsione di cui all'articolo 57 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Con la medesima sentenza il Tribunale ha condannato l'Amministrazione a formulare in favore della ricorrente in primo grado una proposta di pagamento di

somma pecuniaria a fini risarcitori ai sensi dell'articolo 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

La sentenza in questione è stata appellata dall'Università degli Studi di Roma Tre la quale ne ha chiesto la riforma articolando un unico motivo di ricorso.

Secondo l'appellante, in particolare, il Tribunale avrebbe erroneamente omesso di considerare che la gara per cui è causa avesse ad oggetto una concessione - e non un appalto - di servizi, con la conseguenza di rendere inapplicabili le previsioni di cui agli articoli 56 e 57 del 'codice dei contratti' n. 163 del 2006 (ossia, le disposizioni su cui risulta fondata la decisione di accoglimento adottata in primo grado).

Trattandosi di concessione di servizi, la questione avrebbe dovuto essere valutata alla luce dell'articolo 30 del medesimo 'codice' e il Tribunale avrebbe dovuto concludere nel senso che le pertinenti disposizioni di legge erano state puntualmente rispettate.

Si costituiva in giudizio la società IAS – International Airport System, la quale concludeva nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza n. 3097 del 2010 (resa all'esito della camera di consiglio del 6 luglio 2010) questa Sezione accoglieva l'istanza di sospensione cautelare della sentenza in epigrafe, formulata in via incidentale dall'Università degli Studi di Roma Tre.

Alla pubblica udienza del 5 giugno 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dall'Università degli Studi di Roma Tre avverso la sentenza del T.A.R. del Lazio con cui è stato accolto il ricorso proposto da una società attiva nel settore della ristorazione e, per l'effetto, sono stati annullati gli atti della gara avente ad oggetto l'installazione e la gestione presso i locali dell'Università di alcuni distributori automatici di alimenti e bevande.

2. L'appello è fondato.

2.1. Emerge con evidenza che assume un rilievo determinante ai fini del decidere la corretta qualificazione giuridica dell'affidamento per cui è causa (affidamento che il Tribunale ha ritenuto di ascrivere al *genus* dell'appalto di servizi ai sensi del comma 10 dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006).

Ad avviso del Collegio, l'appello in epigrafe è meritevole di accoglimento laddove afferma, al contrario, che l'affidamento in questione è qualificabile come concessione di servizi la quale – come è noto – viene definita come "*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, in conformità all'articolo 30*" (art. 3, comma 12, d.lgs. n. 163 del 2006).

Ai fini della qualificazione in parola risultano dirimenti da un lato la circostanza per cui il rischio della gestione del servizio all'origine dei fatti di causa resta interamente in capo al soggetto affidatario, il quale – oltretutto – è anche tenuto a corrispondere un importo pecuniario piuttosto cospicuo in favore dell'Amministrazione, e dall'altro lato la circostanza che il servizio viene erogato non in favore della Università, ma della collettività di utenti universitari (studenti, docenti, personale).

Nel caso di specie deve, quindi, trovare puntuale applicazione il consolidato orientamento giurisprudenziale (conforme peraltro al paradigma comunitario di riferimento) secondo cui si ha concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'Amministrazione (in tal senso –*ex plurimis* -: Cons. St., sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068).

Si è precisato, al riguardo, che quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui può affermarsi che è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione (Cons. St., sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377).

Conseguentemente, l'appello in questione è meritevole di accoglimento laddove afferma che l'affidamento all'origine dei fatti di causa è configurabile come concessione di servizi, sì da rendere applicabili le previsioni di cui all'articolo 30 del 'codice dei contratti' e, correlativamente, da rendere inapplicabili le previsioni di cui agli articoli 56 e 57 del medesimo 'codice', alle quali non può essere riconosciuta valenza di principio in relazione all'applicazione dei canoni di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Al contrario, dagli atti di causa emerge che l'Amministrazione ha correttamente applicato le previsioni di cui al comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006 (la quale impone l'esperimento di una gara informale cui devono essere invitati almeno cinque concorrenti – se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione -, con predeterminazione dei criteri selettivi).

Ed infatti l'Ateneo romano ha esperito una procedura comparativa cui ha invitato otto operatori del settore e ne ha regolato lo svolgimento esplicitandolo nella lettera di invito (atto in data 8 maggio 2006), la quale faceva rinvio a un analitico capitolato d'oneri.

2.2. Né può essere condiviso l'argomento sollevato dalla società appellata la quale lamenta l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione, la quale avrebbe illegittimamente deciso di non convocarla alla procedura per cui è causa, in tal modo omettendo di considerare la sua qualifica di gestore uscente.

Al riguardo si osserva che non appare irragionevole la determinazione dell'Amministrazione la quale, pur curandosi di operare nell'ambito di applicazione del comma 3 dell'art. 30 del richiamato d.lgs. n. 163 del 2006, aveva deciso di non invitare alla gara un soggetto (l'odierna appellata) nei cui confronti era insorto un rilevante contenzioso in sede giudiziaria, conclusosi con una sentenza di condanna al risarcimento dei danni subito dall'Ateneo in seguito all'occupazione *sine titulo* dei propri locali.

3. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso in appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza oggetto di impugnativa, deve essere disposta la reiezione del ricorso proposto in primo grado.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente FF

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/09/2012

IL SEGRETARIO

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