

ISSN 1127-8579

Publicato dal 01/06/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37090-concessione-servizi-rapporto-trilatero-concessionario-assume-tutti-rischi-gestione-servizio>

Autore: Lazzini Sonia

**concessione servizi rapporto trilatero concessionario
assume tutti rischi gestione servizio**

Gli artt. 3, co. 12, e 30, co. 2, d.lgs. n. 163/06 pongono in luce la peculiarità della concessione di servizi rispetto all'appalto di servizi, (sentenza numero 7049 del 14 maggio 2015 pronunciata dal Tar Lazio, Roma)

Sonia Lazzini

consistente essenzialmente nel “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, co. 12), ai sensi del quale (art. 30, co. 2) “la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”.

La giurisprudenza ha chiarito in proposito che “nell'ordinamento comunitario il tratto distintivo della concessione viene individuato nelle modalità di remunerazione del soggetto affidatario e nella attribuzione o meno in capo al soggetto stesso del rischio economico connesso alla gestione economico-funzionale dell'opera o del servizio”, attenendo la differenza con l'appalto “alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell'amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti” (così Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13; v. anche Cons. Stato, ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7, punto 6.2, e giurispr. ivi richiamata, in una fattispecie riguardante un servizio pubblico locale, che ha individuato gli “indici rivelatori della concessione di servizio pubblico” e sottolineato la natura trilaterale del rapporto concessorio, caratteristica secondo cui la remunerazione

dell'imprenditore deriva dalle risorse che questi è in grado di percepire per effetto della prestazione del servizio nei confronti dell'utenza; su detta natura trilatera v., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5086; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1165, Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, e Cons. Stato, sez. II, parere n. 3951/14 del 10 dicembre 2014, reso nell'adunanza del 22 ottobre 2014, anche con riferimento alle regole del Sistema europeo dei conti, c.d. SEC).

In estrema sintesi, la concessione di servizi si configura allorquando ricorre un rapporto trilatero (tra amministrazione concedente, privato concessionario e utenti), nell'ambito del quale il concessionario assume tutti i rischi connessi alla gestione del servizio (sia dal lato dell'offerta, che dev'essere adeguata rispetto anche rispetto agli standard fissati dal concedente, sia dal lato della domanda dell'utenza).

N. 07049/2015 REG.PROV.COLL.

N. 14384/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. La definizione della controversia richiede alcune preliminari puntualizzazioni sulla *res litigiosa* e sulle domande introdotte da ricorrente .

1.1. A seguito di **gara** per l'affidamento del servizio di cassa e deposito indetta da CCSE con bando del luglio 2012, l'aggiudicataria ricorrente ha stipulato la relativa convenzione, avente durata di tre anni decorrenti dal 21.12.2012 (data della sottoscrizione; cfr. Convenzione, all. 1 ric.) e recante individuazione del "tasso di interesse" attivo da corrispondere all'amministrazione per le giacenze, fissato in un importo "pari a EURIBOR con scadenza a 6 mesi (base 360) maggiorato di 170 *basis points*, aumentato di 211,25 *basis points*" (tasso che "dovrà essere unico a prescindere dalle variazioni della giacenza di conto corrente; cfr. art. 8 Conv.).

Con nota del 15.7.2014 ricorrente – muovendo dalla constatazione che, "a seguito degli imprevedibili e straordinari eventi che hanno caratterizzato e influenzato l'andamento dei mercati finanziari di questi ultimi anni, segnatamente il 2013 e il 2014, si è verificata una fortissima contrazione della remunerazione della raccolta, a fronte di un costo comunque costante, se non addirittura in crescita, dell'approvvigionamento", attestata dai "dati di sistema" (secondo cui il "tasso attivo, da noi riconosciutoVi è oggi più che doppio, rispetto alla remunerazione della raccolta del sistema") – ha chiesto a CCSE "in considerazione [...] di quanto espressamente previsto dall'art. 13.2 della Convenzione [...] un incontro al fine di procedere, di comune intesa, alla revisione delle condizioni contrattuali" (all. 2 ric.).

L'amministrazione ha replicato rappresentando l'insussistenza dei "presupposti perché l'Ente scrivente possa dare l'intesa ad alcuna revisione delle condizioni contrattuali, senza incorrere in responsabilità amministrative" (nota 1.8.14; all. 3 ric.).

Con successiva istanza del 10.10.14 (all. 4 ric.) ricorrente, illustrati ulteriori elementi a suo dire idonei a comprovare il rilevante mutamento delle condizioni economiche del rapporto nelle prime due annualità (con particolare riferimento al decremento interessante il "*credit default swap ricorrente eur sr 5y corp*", CDS, "da intendersi – in estrema sintesi – quale misurazione del rischio di credito"; cfr. nota 5, pag. 3, all. 4 cit.), ha chiesto "l'adeguamento dell'importo del tasso attivo per il servizio [...] ai sensi dell'art. 13, comma 2, della [...] Convenzione e dell'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006, attraverso il ripristino dell'originaria proporzione pari al coefficiente di 0,62 tra il tasso da praticare ai sensi dell'art. 8, comma 1, della Convenzione e il CDS sopra indicato".

CCSE ha respinto anche questa richiesta con nota del 20.11.2014 (all. II mm.aa.), in quanto "basata su elementi inconferenti e viziata da evidenti errori di qualificazione giuridica della Convenzione". In particolare, l'amministrazione:

- muovendo dal rilievo che "i contratti di cassa o tesoreria sono a titolo gratuito", caratterizzandosi "per la mancanza di corrispettivo pecuniario in favore dell'istituto bancario da parte dell'amministrazione" ("nello specifico il rapporto [...] non è riconducibile allo schema ordinario dell'appalto di servizi ma è caratterizzato da elementi di atipicità, connessi all'interesse dell'istituto bancario ad assumere un ruolo centrale nella gestione dei rapporti economici di notevole entità"; "la gratuità è confermata anche in base ai criteri di calcolo definiti dal Codice degli appalti che, nell'ipotesi di servizi bancari o altri servizi finanziari, prevedono che l'importo stimato dell'appalto debba essere determinato tenendo conto di onorari, commissioni, interessi o altri tipi di remunerazione, che nella Convenzione in oggetto sono pari a zero");

- ha ritenuto inapplicabile: i) tanto l'art. 115 d.lgs. n. 163/06, poiché l'istanza di ricorrente sarebbe "basata impropriamente su uno strumento messo a disposizione dall'ordinamento per la risoluzione di criticità legate a tutt'altro tipo di contratto", mentre il "il tasso attivo [...] di cui si vorrebbe la revisione" rappresenterebbe "unicamente l'elemento tecnico su cui è stata costruita l'offerta e su

cui, a suo tempo, la Banca ha assunto un rischio”; tanto più che ricorrente si sarebbe aggiudicata il servizio “proprio sulla previsione del tasso attivo [...], individuato quale unico criterio per la valutazione della migliore offerta” e che una “rivisitazione” dello stesso “comprometterebbe irrimediabilmente la *par condicio* dei partecipanti all’allora procedura di affidamento, i quali, assumendo ciascuno l’alea di rischio ritenuta accettabile nell’arco di un triennio, hanno formulato le proprie offerte (*rectius*: condizioni)”; *ii*) quanto l’art. 13, co. 2, Conv., che non avrebbe “nulla ha a che vedere con il tasso di interesse applicato [...], disciplinando unicamente i casi di revisione delle ‘condizioni di resa del servizio’”.

1.2. Come si è anticipato nella narrativa del fatto, con l’iniziativa oggi in esame (il cui *petitum* è stato definito con il ricorso per motivi aggiunti) ricorrente, sul presupposto del rilevante mutamento delle condizioni economiche del rapporto nelle prime due annualità, apprezzabile anche in termini di eccessiva onerosità sopravvenuta della propria prestazione, propone:

a) una domanda principale, declinata in termini di richiesta di annullamento della nota del 20.11.2014 nonché di accertamento del proprio diritto alla revisione delle menzionate condizioni economiche ai sensi dell’art. 115 d.lgs. n. 163/06 e dell’art. 13, co. 2, Conv., con conseguente condanna dell’amministrazione a dar corso alla revisione; a ben vedere, alla luce dell’impostazione secondo cui le azioni giurisdizionali sono individuate (e si differenziano) in relazione anche alla *causa petendi*, si tratta in realtà di due domande distinte, la prima fondata su un titolo legale e l’altra su una disposizione contrattuale (è infatti chiesta l’esecuzione di una asserita obbligazione *ex contractu*; ciò che rileva in punto di giurisdizione, come si dirà in seguito);

b) in via subordinata, due domande dirette a ottenere: *b.1*) la riduzione della prestazione o riconduzione a equità *ex art. 1468*; e *b.2*) in via ulteriormente gradata, la risoluzione del contratto *ex art. 1467 cod. civ.*;

c) una consequenziale domanda di condanna di CCSE alla restituzione a ricorrente, anche ai sensi degli artt. 2041 ss. cod. civ., delle maggiori somme ingiustificatamente percepite dalla prima, stante il mancato aggiornamento/adeguamento tempestivo del tasso attivo, in riferimento all’intera terza annualità (a far tempo cioè dal 21.12.2014).

2. Tanto premesso – e rilevata *in limine* l’improcedibilità per sopravvenuta carenza d’interesse della domanda avverso il silenzio serbato dall’amministrazione sull’istanza di adeguamento prezzi del 10.10.2014 (avanzata nel ricorso; cfr. epigrafe), alla luce del successivo diniego espresso (nota 20.11.2014, oggetto dell’impugnazione aggiunta) – il Collegio ritiene che le contrapposte allegazioni delle parti (anche sul tema giurisdizione) richiedano di soffermarsi sulla natura del rapporto dedotto in giudizio.

2.1. La Convenzione risulta stipulata ai sensi del “regolamento di contabilità generale della Cassa conguaglio per il settore elettrico e dei conti ad essa intestati” (all. A della deliberazione dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas n. GOP 2/11 del 14 gennaio 2011, emanata ai sensi dell’art. 11, co. 2, all. A, delib. AeeG n. GOP 64/09 del 21 dicembre 2009, recante il “nuovo regolamento di organizzazione e funzionamento” di CCSE; gli atti sono reperibili sul sito istituzionale dell’AeeG).

Detto regolamento :

- all’art. 2 definisce il “cassiere” come “il responsabile del servizio di cassa e deposito esercitato per conto della Cassa conguaglio per il settore elettrico. È un istituto di credito che, previa sottoscrizione di una convenzione, provvede a riscuotere le entrate ed a pagare le spese per conto della CCSE”.

- all'art. 44, sul "servizio di cassa", sancisce quanto segue: "il servizio riscossione e pagamento è affidato, con apposita convenzione approvata dal Comitato di gestione, previo espletamento di apposita **gara** ad evidenza pubblica, ad un istituto di credito" (1° co.); "il pagamento di qualsiasi atto di spesa deve essere eseguito dall'istituto cassiere sulla base di regolari mandati trasmessi anche mediante procedure di tipo telematico. La riscossione delle risorse può avere luogo provvisoriamente, anche senza reversali d'incasso, con regolarizzazione successiva su richiesta dell'istituto cassiere. Analogamente, si può provvedere al pagamento di atti di spesa aventi carattere obbligatorio o urgente tramite l'istituto cassiere senza il relativo mandato di pagamento e solo ed esclusivamente nei casi in cui l'urgenza non consenta materialmente la tempestiva emissione dello stesso. Detti pagamenti dovranno comunque essere regolarizzati nei termini di cui alla convenzione stipulata con l'istituto cassiere" (2° co.); "i rapporti con l'istituto cassiere sono intrattenuti per via informatica, mediante la rete della CCSE" (3° co.).

Le disposizioni sono in linea con le corrispondenti previsioni del d.P.R. 27 febbraio 2003, n. 97, "Regolamento concernente l'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici di cui alla legge 20 marzo 1975, n. 70" (espressamente richiamato dall'art. 1, n. 6, del citato "regolamento di contabilità generale" di CCSE).

Anche questo provvedimento reca una definizione del "cassiere" (art. 1, 1° co., lett. a), che è "il responsabile del servizio cassa esercitato per conto di un ente. È un istituto di credito che, previa sottoscrizione di una convenzione, provvede a riscuotere le entrate ed a pagare le spese per conto di un ente senza alcuna corresponsabilità nella gestione delle risorse. L'unico limite è rappresentato dall'ammontare delle disponibilità numerarie depositate presso di esso" (la successiva lettera r concerne il "tesoriere", definito come "il responsabile del servizio tesoreria svolto per conto di un ente. È un istituto di credito che provvede a riscuotere le entrate ed a pagare le spese per conto di un ente. A differenza del cassiere, gestisce le risorse numerarie sulla base del bilancio di previsione approvato e delle delibere di variazione debitamente esecutive. Può eseguire pagamenti solo entro i limiti di stanziamento dei capitoli. Alla fine dell'esercizio deve rendere all'ente il conto della propria gestione di cassa e, previo concordamento, lo deve trasmettere alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il discarico").

Sul piano oggettivo, ai sensi del successivo art. 50 ("affidamento del servizio di cassa o di tesoreria"): "il servizio di cassa o di tesoreria è affidato in base ad apposita convenzione, deliberata dall'organo di vertice, a imprese autorizzate all'esercizio dell'attività bancaria" e "previo esperimento di apposita **gara** ad evidenza pubblica" (co. 1 e co. 2, 1° per.); "nel capitolato d'onere e nel bando di **gara** devono essere specificatamente indicati i criteri di aggiudicazione e le reciproche obbligazioni, evitando ogni forma di compensazione atta a realizzare artificiose riduzioni di valori monetari" (co. 2, 2° per.); "per eventuali danni causati all'ente affidante o a terzi, il tesoriere o cassiere risponde con tutte le proprie attività e con il proprio patrimonio" (co. 4); "il tesoriere o cassiere è responsabile di tutti i depositi, comunque costituiti, intestati all'ente" (co. 5).

È appena il caso di precisare che il servizio di cassa – non dissimile (a parte la pur centrale caratteristica della natura del denaro che ne costituisce l'oggetto) da quello che le banche svolgono per conto di soggetti privati, generalmente imprenditori, per la movimentazione dei propri incassi e pagamenti attraverso rapporti di conto corrente bancario – va tenuto distinto da quello di tesoreria, che si connota invece per la gestione delle "risorse numerarie sulla base del bilancio di previsione approvato e delle delibere di variazione debitamente esecutive", con gli ulteriori obblighi derivanti

dalla necessità di agire entro “i limiti di stanziamento dei capitoli” (essendo altrimenti preclusi i pagamenti; cfr. art. 1, 1° co., lett. r, d.P.R. n. 97/2003 cit.). Il cassiere inoltre non ha “alcuna corresponsabilità della gestione delle risorse” (cit. art. 1, 1° co. lett. a).

Le peculiarità delle figure in considerazione inducono a ritenere che per i compiti del “cassiere” gli elementi di marca pubblicistica siano più tenui di quelli al contrario connotanti l’attività del tesoriere, cui è demandata la “gestione” dei flussi monetari sulla base del bilancio previsionale (avente, com’è noto, funzione autorizzatoria) e che pertanto è tenuto, tra l’altro, anche a verificare la corretta imputazione delle spese ai pertinenti capitoli di bilancio.

2.2. Quanto appena detto conferma la conclusione secondo cui la Convenzione per cui è controversia non possa essere ricondotta al *genus* della concessione di servizi, come si passa a dire.

I) Sebbene le parti non trattino il punto, esso è comunque rilevante alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sul servizio di tesoreria (per lo più degli enti locali; mentre non sembra essere stato affrontato il tema delle differenze col servizio di cassa) e tenuto conto dei dubbi sull’applicabilità dell’art. 115 cod. contr. pubbl. alle concessioni di servizi (v. Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1755, secondo cui l’art. 115 d.lgs. n. 163/2006 “riguarda esclusivamente il contratto di appalto e non il contratto accessivo ad una concessione di pubblico servizio, per il quale vige l’opposto principio della normale invariabilità del canone concessorio”; v. anche T.a.r. Toscana 14 ottobre 2013, n. 1380, e Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 396, sulla portata dell’art. 115 cit. e della norma sulla giurisdizione, in una controversia attinente a un servizio pubblico peraltro escluso dal campo di applicazione del codice dei contratti).

Secondo una diffusa impostazione, il servizio di tesoreria va infatti “qualificato in termini di rapporto concessorio e non già come appalto di servizi, avendo ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria implicante il conferimento di funzioni pubblicistiche, quali il maneggio di danaro pubblico e il controllo di regolarità sui mandati e prospetti di pagamento nonché sul rispetto dei limiti degli stanziamenti in bilancio” (così Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2014, n. 877, e giurispr. ivi richiamata; v. anche, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 3 aprile 2009, n. 8115).

Per un’altra linea di pensiero, che supera dichiaratamente l’anzidetta prospettiva, la vicenda va ricostruita in termini di appalto di servizi. Ciò in base alla considerazione che la distinzione tra concessione e appalto di servizi “è data dal modo in cui l’Amministrazione remunera la controprestazione offerta”, consistente, per l’appalto, nel prezzo e, per la concessione, nel “diritto di gestire il servizio, ricavandone il guadagno dagli utenti” (art. 30, co. 2, d.lgs. n. 163/06; v. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2012, n. 5359, peraltro in un’ipotesi in cui era prevista la remunerazione della prestazione del tesoriere, nonché Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377).

Si rinviene anche un terzo orientamento, alla stregua del quale il contratto di tesoreria avrebbe “natura atipica”, con la conseguenza che al relativo servizio, pur rientrando tra i “servizi bancari e finanziari” assoggettati alla normativa sugli appalti pubblici, tale disciplina non sarebbe applicabile, “quanto meno in via diretta”, giusta la definizione degli “appalti pubblici di servizi come contratti a titolo oneroso” (così Cons. Stato, sez. sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073, in riferimento a un contratto qualificato come “a titolo gratuito” e in relazione al d.lgs. n. 157/95 e alla dir. 92/50/CEE, applicabili *ratione temporis* a quella controversia; è il caso di precisare che la concessione di servizi non era contemplata dalla dir. 92/50 cit., venendo poi disciplinata dalle dirr. 2004/17 e 2004/18/CE all’esito del percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, *Telaustria*).

II) Il primo orientamento non appare condivisibile alla luce dell'attuale configurazione dell'istituto della concessione di servizi.

Gli artt. 3, co. 12, e 30, co. 2, d.lgs. n. 163/06 pongono in luce la peculiarità di questo istituto rispetto all'appalto di servizi, consistente essenzialmente nel "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, co. 12), ai sensi del quale (art. 30, co. 2) "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di **gara** anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare".

La giurisprudenza ha chiarito in proposito che "nell'ordinamento comunitario il tratto distintivo della concessione viene individuato nelle modalità di remunerazione del soggetto affidatario e nella attribuzione o meno in capo al soggetto stesso del rischio economico connesso alla gestione economico-funzionale dell'opera o del servizio", attenendo la differenza con l'appalto "alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell'amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti" (così Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13; v. anche Cons. Stato, ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7, punto 6.2, e giurispr. ivi richiamata, in una fattispecie riguardante un servizio pubblico locale, che ha individuato gli "indici rivelatori della concessione di servizio pubblico" e sottolineato la natura trilaterale del rapporto concessorio, caratteristica secondo cui la remunerazione dell'imprenditore deriva dalle risorse che questi è in grado di percepire per effetto della prestazione del servizio nei confronti dell'utenza; su detta natura trilaterale v., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5086; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1165, Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, e Cons. Stato, sez. II, parere n. 3951/14 del 10 dicembre 2014, reso nell'adunanza del 22 ottobre 2014, anche con riferimento alle regole del Sistema europeo dei conti, c.d. SEC).

In estrema sintesi, la concessione di servizi si configura allorché ricorre un rapporto trilaterale (tra amministrazione concedente, privato concessionario e utenti), nell'ambito del quale il concessionario assume tutti i rischi connessi alla gestione del servizio (sia dal lato dell'offerta, che dev'essere adeguata rispetto anche rispetto agli standard fissati dal concedente, sia dal lato della domanda dell'utenza).

III) La disamina della convenzione consente di escludere la sussistenza di questi elementi.

Con tale accordo, avente a oggetto, come si è detto, il "servizio di cassa e deposito" di CCSE e "tutte le attività principali ed accessorie a tale servizio connesse" (artt. 1 e 2), l'amministrazione "dà mandato alla Banca di incassare ed erogare tutte le somme spettanti all'ente a qualsiasi titolo e causa, demandando alla Banca il potere di rilasciare quietanza liberatoria, nonché l'esercizio di tutte le attività [...] inerenti ed accessorie alla riscossione, al versamento e al riscontro di competenza del cassiere ai sensi degli artt. 25 e segg. D.P.R. 97/2003" (art. 3).

In aggiunta alle previsioni più propriamente attinenti alle modalità di espletamento del servizio (artt. da 4 a 7, "mandati di pagamento", "deleghe di firma", "documentazione amministrativa", "pagamenti", e da 9 a 11, "valuta", "flussi informativi e home banking", "note contabili"), gli aspetti

economici sono presi in considerazione dall'art. 8, che stabilisce, giova ribadire, il tasso attivo che ricorrente è tenuta a retrocedere a CCSE per la giacenza, e dall'art. 12, sui "compensi", a tenore del quale "il servizio di cassa espletato dalla Banca ai sensi e per gli effetti della presente Convenzione è gratuito" (co. 1), dovendo essere rimborsate da CCSE "unicamente le spese postali e di bollo sostenute in dipendenza del servizio stesso" (co. 2).

Da queste pattuizioni si desume pertanto come l'aggiudicataria del servizio si sia impegnata a fornire le proprie prestazioni nei confronti e nell'interesse dell'amministrazione, e dunque con proiezione interna dell'*utilitas* perseguita con il relativo atto di affidamento, mentre non risulta in alcun modo coinvolta una platea (più o meno differenziata) di utenti.

2.3. Ciò chiarito, va detto che le parti non concordano sulla qualificazione del rapporto: ricorrente ne ipotizza infatti l'ascrivibilità allo schema dell'appalto di servizi, trattandosi a suo dire di contratto a prestazioni corrispettive, connotato dall'onerosità, mentre l'amministrazione, facendo leva sulla sua atipicità e gratuità, ne esclude l'assoggettamento al codice dei contratti pubblici e conseguentemente alla giurisdizione del giudice amministrativo.

In realtà, un apprezzamento del contratto *inter partes* alla stregua della sua causa concreta (intesa quale "sintesi degli interessi reali" che esso è diretto a realizzare; cfr. Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, nonché Cass. civ., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, sullo scopo pratico del negozio; v. da ultimo Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628) pare evidenziarne la natura sinallagmatica: a fronte dell'obbligazione gravante su ricorrente, tenuta a prestare il servizio di cassa e i c.d. "interessi creditorî" (noti alla prassi bancaria), sta la contrapposta obbligazione di CCSE di mantenere la sua liquidità presso il "cassiere" (non rilevando che si tratti di un'obbligazione di fonte legale; art. 44 Reg. cont. CCSE), con vincolo di esclusività.

In questo senso, deve prendersi atto dell'elemento centrale che ha indotto la ricorrente, per sua stessa ammissione, a concorrere per l'affidamento del servizio, vale a dire l'elevata giacenza dei conti di CCSE (aventi importo medio variabile tra 1,5 e 1,8 mld di euro, come dedotto dalla ricorrente medesima).

ricorrente afferma in particolare di essere remunerata "direttamente dalla raccolta di un ingente somma di risparmio [...] mediante la quale la stessa [può] svolgere il proprio scopo sociale di istituto bancario, cioè produrre profitto mediante investimento finanziario"; in tale ottica, "il conferimento di denaro da parte di CCSE a ricorrente per la gestione delle operazioni di entrata e di uscita costituisce contemporaneamente sia l'oggetto della prestazione per CCSE che l'oggetto della remunerazione per ricorrente, acquisendo dunque anche veste di corrispettivo vero e proprio, cioè di vantaggio economico per ricorrente, con conseguente qualificazione dell'onerosità del contratto".

E tale vantaggio avrebbe comportato la partecipazione alla selezione di "più operatori economici tutti interessati alla gestione dell'ingente patrimonio messo a gara" (quantificabile in miliardi di euro), proprio per via del rilevante effetto positivo che tale raccolta può provocare per il raggiungimento del proprio scopo sociale; infatti, la gara è stata svolta al rialzo con conseguente disponibilità dell'operatore economico di remunerare l'Amministrazione mediante un tasso di interesse più elevato rispetto alla media del mercato, poiché l'aggiudicazione del servizio gli avrebbe permesso di garantirsi per un triennio (durata del contratto) un aumento della liquidità di un almeno un miliardo di euro" (punto 1.A.1, pagg. 9 ss., mm.aa.).

Tali osservazioni sono condivisibili.

La possibilità di gestire l'“ingente patrimonio liquido” di CCSE (cfr. punto I.1 mem. 2.3.15) costituisce un obiettivo rilevante per le imprese bancarie, al punto che l'amministrazione ha potuto indire una **gara** “al rialzo” (parametrata al miglior tasso attivo da retrocedere all'ente), ossia ricorrendo alla tipica modalità di aggiudicazione dei contratti c.d. attivi, nei quali l'amministrazione aliena (o concede il godimento su) un proprio bene o diritto a fronte di un corrispettivo monetario.

E si tratta di un'utilità suscettibile di valutazione economica, tenuto conto della normale onerosità delle operazioni di raccolta del risparmio (il cui corrispettivo varia essenzialmente in dipendenza della natura del depositante e della durata dell'operazione, oltre che dell'andamento del mercato).

In questa prospettiva, e venendo alla convenzione, può rilevarsi che il “sacrificio” dell'istituto cassiere (svolgimento del servizio e corresponsione degli “interessi creditor”) trovi un corrispettivo non già nella remunerazione in termini monetari del servizio stesso, in concreto non prevista, ma nella gestione della liquidità di CCSE, la quale ultima è per sua parte tenuta al rispetto del vincolo di esclusiva, dovendo garantire che le somme movimentate per l'espletamento delle sue funzioni siano depositate presso il gestore (con divieto di utilizzazioni diverse, pur se in ipotesi maggiormente remunerative). Questi obblighi, reciprocamente interdipendenti, paiono attestare l'esistenza del sinallagma.

Ne segue che il menzionato art. 12, co. 1, Conv. sulla “gratuità” del servizio, va inteso nel senso che a fronte delle prestazioni svolte da ricorrente non insorgono obbligazioni pecuniarie a carico dell'amministrazione, in disparte quelle, peraltro residuali e non incidenti sulla complessiva economia del rapporto, consistenti nell'obbligo di rimborso delle spese postali e di bollo (pur se la ricorrente ne fa discendere, con un ragionamento che pare tuttavia ancillare, l'“onerosità” del contratto secondo la prospettiva della Corte di giustizia).

Del resto, anche l'art. 50 d.P.R. n. 97/2003 non esclude la possibilità che questi contratti siano connotati dalla corrispettività, come reso chiaro dalla precisazione che “nel capitolato d'onori e nel bando di **gara** devono essere specificatamente indicati i criteri di aggiudicazione e le *reciproche obbligazioni* [...]” (enf. agg.; co. 2, 2° per.).

Né l'assenza di previsione di un corrispettivo pecuniario è ostativo al riscontro dell'onerosità del rapporto (cfr. Cass. civ., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10068, che in una fattispecie riguardante un contratto quadro tra un committente e un intermediario finanziario per l'erogazione di prestiti in favore dei dipendenti del primo ha affermato come la circostanza che il contratto non prevedesse compensi per il committente non ne determinasse necessariamente la qualificazione in termini di contratto a titolo gratuito, potendo l'onerosità risultare anche da eventuali corrispettivi in favore del prestatore del servizio).

Si comprende allora come, in disparte gli esiti del dibattito, ancora non sopito nella dottrina civilistica, sulle categorie della corrispettività e della onerosità o gratuità dei contratti, la convenzione in argomento – indipendentemente dalla sua qualificazione alla luce del diritto civile (è appena il caso di precisare che nel tipo contrattuale dell'appalto ex art. 1655 cod. civ. la controprestazione dell'opera o del servizio è espressamente individuata nel “corrispettivo in danaro”) – non possa tuttavia reputarsi esclusa dal campo applicativo del codice dei contratti pubblici, che offre una propria e autonoma nozione di “appalto di servizi” (cfr. art. 3, commi 6 e 10; del resto, il codice contempla espressamente i “servizi bancari” al n. 6.b dell'all. II A e all'art. 29, co. 12, lett. a.2, sulla determinazione del valore dell'appalto, che indica quale base di calcolo “*gli onorari, le commissioni, gli interessi e altre forme di remunerazione*”).

3. Da ciò discende l'applicabilità, almeno in linea astratta, dell'art. 115 d.lgs. n. 163/06 e la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda avanzata ai sensi di questa disposizione (ciò ove si ritenga che il campo applicativo dell'art. 115 cit. debba necessariamente coincidere con quello dei contratti assoggettati al d.lgs. n. 163/06, come pare affermato da Cons. Stato, sez. V, n. 396/2014 cit. sul presupposto della portata innovativa di detta disposizione, avente "estensione oggettiva più limitata", rispetto all'art. 6, co. 4, l. n. 537/1993; secondo questa linea di pensiero, l'art. 115 non opererebbe per i "contratti esclusi" ex art. 3, co. 18, cod. contr. pubbl. o comunque opererebbe soltanto se richiamato tra le disposizioni applicabili allo specifico contratto; non occorrerebbero peraltro complesse indagini su questioni di qualificazione ove si ritenesse l'art. 115 al contrario applicabile, secondo un'interpretazione diretta a valorizzare il dato testuale, a "tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture", indipendentemente dalla riferibilità degli stessi al codice dei contratti pubblici).

L'art. 133, co. 1, lett. e), n. 2, c.p.a. devolve infatti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "*relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [...]*".

Non è dunque condivisibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata da CCSE, che sembra insistere sulla (im)possibilità di fare applicazione dell'art. 115 nella fattispecie concreta (nel senso che dalla pretesa atipicità del contratto deriverebbe a un tempo l'inapplicabilità dell'art. 115 e il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo).

In realtà i due aspetti vanno tenuti distinti, atteso che la giurisdizione (nella specie, esclusiva) del giudice amministrativo è ravvisabile, in ossequio al canone del *petitum* sostanziale, indipendentemente dalla fondatezza o infondatezza della pretesa.

4. Occorre pertanto passare al merito della domanda ex art. 115 d.lgs. n. 163/06 cit.

Questa disposizione, rubricata "*adeguamenti dei prezzi*", prevede che "*tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c), e comma 5*".

Chiarito che essa opera, com'è noto, indipendentemente dalle concrete pattuizioni del contratto (costituendo un'ipotesi di eterointegrazione del relativo contenuto ex art. 1339 cod. civ.), si deve tuttavia osservare che nella specie difetta un elemento strutturale richiesto dalla norma, vale a dire il "prezzo", inteso quale somma di denaro che l'amministrazione è tenuta a corrispondere all'appaltatore a titolo di corrispettivo per il servizio (cfr. in proposito anche l'art. 74, co. 2, cod. contr. pubbl., secondo cui "le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori, e, in ogni caso, [...] *il prezzo della prestazione offerta [...]*", nonché l'art. 53, co. 6, cod. cit., sul c.d. appalto con corrispettivo immobiliare, che consente la sostituzione totale o parziale "*delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto*" con "il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice"; enf. agg.).

Non sembra cioè che l'istituto dell'“adeguamento dei prezzi” possa riguardare, per sua stessa natura, valori non denominati in specie monetaria secondo le regole delle obbligazioni pecuniarie (artt. 1277 ss. cod. civ.).

In altri termini, la mancata previsione di questo tipo di corrispettivo a carico dell'amministrazione, se (come si è visto) non impedisce la riconduzione del contratto all'“appalto di servizi” del codice dei contratti pubblici, preclude però il riconoscimento di compensi revisionali, ammissibili soltanto qualora l'appalto preveda, come normalmente accade, il “corrispettivo in denaro” dell'art. 1655 cod. civ. (cfr., sull'applicabilità dell'art. 115 ai soli contratti passivi, T.r.g.a. - Trento 24 novembre 2014, n. 424).

È dunque fuori luogo ipotizzare l'operatività dell'art. 115 prendendo a riferimento al “tasso di interesse” che ricorrente si è impegnata a corrispondere a CCSE, poiché questa voce non è per l'appunto identificabile con il “prezzo” dovuto dall'amministrazione per lo svolgimento servizio.

Di qui, l'infondatezza delle domande fondate sul ridetto art. 115 d.lgs. n. 163/06.

5. Le precedenti considerazioni permettono, al contempo, di ravvisare l'irrelevanza così dell'istanza di c.t.u. come delle questioni pregiudiziali comunitarie prospettate della ricorrente.

6. Le restanti pretese avanzate da ricorrente esulano invece dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si tratta in particolare della domanda di adempimento fondata sull'art. 13, co. 2, Conv. e delle domande subordinate ex artt. 1468 e 1467 cod. civ. (oltre che della prima domanda formulata con il ricorso, ancorché in forma impugnatoria, avente a oggetto la nota dell'1.8.2014 con cui la Cassa, a dire della ricorrente, non avrebbe accolto la sua istanza “di risoluzione del contratto o quantomeno di *reductio ad aequitatem* ai sensi dell'art. 1467 cod. civ., in ordine alla terza annualità”; cfr. epigrafe ric.).

Con riferimento a tali pretese opera infatti il consueto criterio di riparto, secondo cui le vicende attinenti all'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione sono devolute alla cognizione del giudice ordinario (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025).

La ricorrente invoca per vero l'operatività di una regola di “attrazione” dell'azione proposta in via subordinata innanzi allo stesso giudice avente giurisdizione sull'azione principale, risultando la concentrazione delle tutele sorretta dal congiunto operare dei principi della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Essa richiama in proposito l'orientamento giurisprudenziale sullo “spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione” (Cass. civ., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4636).

Per quanto ispirato a comprensibili esigenze di semplificazione, l'assunto non appare tuttavia compatibile con l'attuale assetto delle regole sul riparto di giurisdizione.

Anzitutto, detto orientamento non è pacifico nella stessa giurisprudenza del Giudice della giurisdizione, che mostra anzi di ribadire la tradizionale idea secondo cui la connessione non costituisce “valido strumento per derogare alle regole sulla giurisdizione”; in particolare, “fermo restando il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, essendo il criterio di riparto fondato sulla separazione imposta dall'art. 103 Cost., comma 1, che rimette al giudice amministrativo la giurisdizione per la tutela nei confronti della P.A. degli interessi legittimi e, solo per le particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi [...], nel caso di

domande e cause tra di loro connesse soggette a diverse giurisdizioni la via da seguire è in via di principio quella di attribuire ciascuna delle cause contraddistinte da diversità di *petitum* al giudice che ha il potere di conoscerne, secondo una valutazione da effettuarsi sulla base della domanda” (così Cass. civ., sez. un., 7 giugno 2012 n. 9185; v. anche, per una fattispecie in cui viene peraltro esclusa la connessione tra domande oggetto di distinte giurisdizioni, Cass. civ., sez. un., 10 agosto 2012, n. 14371; per la giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2012, n. 6261).

Non può non rilevarsi, inoltre, che a volere accogliere l’opinione della ricorrente si consentirebbe alla parte istante, attraverso la definizione dell’ordine delle questioni, di scegliere la giurisdizione alla quale sottoporre una domanda non devoluta alla cognizione dell’autorità giudiziaria adita per prima, con violazione del principio del giudice naturale.

Né sembrano idonee a modificare questa conclusione la circostanza che nella specie le azioni siano state prospettate dalla ricorrente in modo da configurare un’ipotesi di cumulo c.d. subordinato (o eventuale), atteso che, almeno di norma, non occorre attendere il passaggio in giudicato della pronuncia sull’azione condizionante per decidere sull’azione condizionata, ovvero la considerazione che il giudice amministrativo sia fornito di giurisdizione esclusiva sulla domanda principale, occorrendo al riguardo tener conto della delimitazione testualmente operata dalla stessa norma attributiva della giurisdizione (art. 133, co. 1, lett. e, n. 2, c.p.a. cit.).

7. In conclusione, le domande avanzate ai sensi dell’art. 115 d.lgs. n. 163/06 sono infondate, mentre quelle aventi titolo nel contratto e negli artt. 1468 e 1467 cod. civ. sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

La novità e la complessità delle questioni trattate consentono di ravvisare i presupposti per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III-ter, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti in epigrafe:

a) dichiara improcedibile la domanda ex art. 117 c.p.a.;

b) respinge la domanda di annullamento della nota 20.11.2014, le domande di accertamento e di condanna avanzate ai sensi dell’art. 115 d.lgs. n. 163/06 nonché la conseguenziale domanda di condanna, per l’anzidetto titolo, alla restituzione in favore della ricorrente delle maggiori somme erogate in favore dell’amministrazione;

c) dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulle restanti domande fondate sull’art. 13, co. 2, della Convenzione e sugli artt. 1468 e 1467 cod. civ.;

d) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 2 aprile 2015 con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Anna Maria Verlengia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **14/05/2015**

IL SEGRETARIO

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