REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 481 del 2006, proposto da:
Societa' A. F. F. P. a R.L., rappresentato e difeso dall'avv. G.S., con domicilio eletto presso G.S. in Cosenza, V. x;

contro

Cassa Depositi e Prestiti, Ministero Ambiente e Tutela del Territorio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distr.le Catanzaro, domiciliata per legge in Catanzaro, via G.Da Fiore;
Ministero della Economia e Finanze;

per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia,

della nota prot. n. 15873 del 2 febbraio 2006.
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cassa Depositi e Prestiti;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero Ambiente e Tutela del Territorio;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2009 il dott. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1.– Il ricorrente, nell’impugnare gli atti indicati in epigrafe, premette che con decreto rettorale n. 3650 del 9 dicembre 2005 l’Università degli studi della Calabria aggiudicava all’A.T.I. ricorrente l’appalto per l’esecuzione del servizio pubblico di bus-navetta nell’area dell’Università della Calabria, in Arcavacata di Rende. In data 28 dicembre 2005 le parti stipulavano il relativo contratto alle condizioni previste nel capitolato speciale di appalto, recante l’obbligo per la ricorrente di utilizzare nel servizio due vettori di nuova concezione, di cui uno a trazione elettrica ed uno con motore diesel a bassa emissione inquinante.
A tale proposito, l’art. 4, comma 19, della legge 9 dicembre 1998 (successivamente l’art. 17 della legge n. 166 del 1 agosto 2002) ha previsto la concessione a Regioni, enti locali e soggetti privati gestori di pubblici servizi, di contribuiti per l’abbattimento degli oneri conseguenti all’acquisto e alla locazione finanziaria di autoveicoli a minimo impatto ambientale.
In attuazione delle predette disposizioni è stato emanato il decreto del 24 maggio 2004 del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio che, all’art. 4, contempla, tra i soggetti destinatari dei finanziamenti in oggetto, anche le «persone giuridiche di diritto privato gestori di un servizio pubblico sulla base di specifico contratto di servizio con sede legale o operativa nel territorio di comuni con popolazione superiore a 25 mila abitanti».
La società P., in proprio e nella qualità di mandataria dell’Ati ricorrente, inoltrava alla Cassa depositi e prestiti s.p.a.-direzione investimenti pubblici, la richiesta di concessione ed erogazione del contributo di euro 41.316, 55 per l’acquisto di veicoli a minimo impatto ambientale. Sennonché, l’ente rigettava la richiesta «per mancanza dei requisititi soggettivi, in quanto il contratto di appalto con l’Università della Calabria non può essere considerato un contratto di pubblico servizio».
Esposto ciò, si assume la illegittimità della determinazione amministrativa per: violazione e falsa applicazione della legge 9 dicembre 1998 n. 426, dell’art. 17 della legge 1° agosto 2002 n. 166, del d.m. 24 maggio 2004, degli artt. 3 e 10-bis della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per presupposto erroneo e difetto assoluto di istruttoria. Manifesta illogicità. Carenza di motivazione. Travisamento. Sviamento.

In particolare, si rileva come la società fosse in possesso di tutti i requisiti prescritti dalla normativa di settore. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dall'amministrazione, il contratto stipulato con l'Università della Calabria avrebbe dovuto essere qualificato come contratto di pubblico servizio. Ciò in quanto la società, come risulta dal capitolato speciale, si era impegnata ad eseguire il servizio di trasporto passeggeri mediante bus-navetta nell'area dell'Università degli Studi della Calabria, sita in Arcavacata di Rende, per due diversi e specifici percorsi da effettuarsi in andata e ritorno. La natura pubblica del servizio deriverebbe dal fatto che l'art. 5 del capitolo stabilisce le modalità di esecuzione del servizio di trasporto collettivo, prevedendo, in particolare, che la ditta aggiudicataria deve garantire l'utilizzo di due bus con determinate caratteristiche per tutti i giorni feriali dell'anno da lunedì a venerdì dalle ore 8.00 alle ore 17.30 ad esclusione del mese di agosto e di quindici giorni a cavallo delle festività natalizie nei mesi di dicembre e gennaio.
La natura di contratto di servizio e non di appalto deriverebbe poi dal fatto che le prestazioni devono essere erogate a favore della collettività.
Sotto altro profilo si adduce la violazione dell'obbligo di motivazione nonché dell'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto.
2.– Si sono costituiti il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e il Ministero dell'economia e della finanze, nonché la Cassa depositi e prestiti chiedendo che il ricorso venga dichiarato inammissibile ovvero che venga rigettato.
3.– Questo Tribunale, con ordinanza dell'8 giugno 2006 n. 407, ha rigettato la domanda cautelare «risultando il provvedimento impugnato conforme alla previsione dell'art.4 del DM 24.5.2004 e tenuto conto del fatto che il servizio di bus navetta si svolge all'interno dell'area dell'Università».
4.– Con ordinanza del 21 aprile 2009, è stata richiesto al dirigente dell'area risorse mobiliari e immobiliari della Università della Calabria di depositare una relazione illustrativa, con allegata la necessaria documentazione, con indicazione, a chiarimento di quanto risulta dal bando di gara e dal contratto stipulato esistenti in atti: a) del corrispettivo versato dall'amministrazione alla società autoservizi F.P. s.r.l. per il servizio di navetta dalla stessa effettuato; b) dell'eventuale sussistenza di una tariffa a carico degli utenti del servizio di navetta, chiarendo, qualora sia prevista, a quale soggetto tale tariffa venga corrisposta da parte degli utenti stessi.

DIRITTO

1.– Il ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe con i quali è stata rigettata la sua richiesta volta ad ottenere un finanziamento per l'acquisto di veicoli a minimo impatto ambientale.
Ai fini della risoluzione della presente controversia, appare opportuno indicare la normativa attributiva nella specie all'amministrazione del potere concretamente esercitato.
L'art. 4, comma 19, della legge 9 dicembre 1998 n. 426 (Nuovi interventi in campo ambientale) ha previsto la corresponsione di determinati contribuiti «per far fronte ai costi derivanti dalla sostituzione del parco autoveicoli a propulsione tradizionale con altre tipologie di veicoli a minimo impatto ambientale».
L'art. 17 della legge 1 agosto 2002 n. 166 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti) ha individuato le fonti di finanziamento necessarie per erogare i predetti contributi.
In attuazione delle predette disposizioni e in particolare del citato art. 17 è stato emanato il decreto ministeriale 24 maggio 2004, che ha autorizzato la Cassa depositi e prestiti a concedere, per taluni anni, il contributo ai seguenti soggetti specificamente indicati all'art. 4: a regioni ed enti locali, alle loro aziende, alle società per azioni e a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale esercenti servizi di pubblica utilità, alle società per azioni esercenti servizi di pubblica utilità a carattere nazionale, ad altre persone giuridiche di diritto privato gestori di un servizio pubblico sulla base di specifico contratto di servizio (…)".
2.– Nella specie, la Cassa depositi e prestiti ha rigettato la domanda di finanziamento richiesta dalla ricorrente «per mancanza dei requisiti soggettivi,

in quanto il contratto d'appalto con l'Università della Calabria non può essere considerato un contratto di pubblico servizio».
Per stabilire dunque se la determinazione amministrativa, oggetto di impugnazione, sia legittima o meno occorre, innanzitutto, stabilire cosa si intenda per contratto di servizio e quale sia la sua differenza rispetto all'appalto di servizio e successivamente valutare se il contratto posto in essere nella specie possa essere inquadrato nella predetta categoria previamente individuata.
I contratti di servizio costituiscono una categoria contrattuale che si inserisce nell'attuale processo di liberalizzazione dei servizi pubblici soprattutto di matrice comunitaria. Tale processo presuppone la progressiva e graduale apertura dei mercati alla libera concorrenza mediante l'adozione di misure volte, tra l'altro, ad abbattere le barriere all'entrata, ad eliminare diritti speciali ed esclusivi concessi alle imprese pubbliche, a semplificare i procedimenti amministrativi funzionali all'accesso al mercato.
In presenza di un mercato pienamente liberalizzato gli operatori economici pubblici e privati del settore possono agire per il soddisfacimento delle esigenze della collettività mediante gli ordinari strumenti privatistici e in un'ottica squisitamente imprenditoriale. Ferma restando l'indifferenza per l'ordinamento comunitario in ordine alla natura pubblica o priva dell'impresa erogatrice del servizio (art. 295 del Trattato CE), gli ordinamenti nazionali devono tendere alla piena liberalizzazione: l'art. 86, secondo paragrafo, prima parte, del Trattato CE, prevede, infatti, che «le imprese incaricare della gestione di servizi di interesse economico generale (…)sono sottoposte alle norme del presente Trattato e in particolare alle regole della concorrenza».
In presenza però di mercati parzialmente liberalizzati può accadere che le imprese private non siano in grado da sole di soddisfare le esigenze dei cittadini offrendo prestazioni informate ai principi della continuità, uguaglianza di trattamento, generalità e coesione sociale, nonché ad un prezzo accessibile nel rispetto, altresì, di determinati standard qualitativi. In tutti questi casi, che prefigurano il fallimento del mercato stesso, lo Stato deve intervenire imponendo appositi obblighi di servizio strettamente indispensabili al perseguimento della "missione di pubblico interesse". Sul punto lo stesso Trattato CE chiarisce che si può derogare al rispetto delle regole della concorrenza quando la loro applicazione «osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata» (art. 86, secondo paragrafo, seconda parte),
Accade, pertanto, che le prestazioni di servizi da parte di privati avvenga all'esito di un "procedimento pubblicistico" che si articola normalmente in due fasi: nella prima fase, consentendo normalmente lo "stato" del mercato lo svolgimento dell'attività da parte soltanto di alcuni soggetti, si devono seguire procedure di garanzia di scelta del contraente nel rispetto delle regole di evidenza pubblica, derogabili soltanto in presenza di enti privati in possesso dei requisiti dell'in house o delle società miste aventi anch'esse determinate caratteristiche; nella seconda fase, una volta individuato il gestore, si stipula con lo stesso un contratto con il quale si prevedono, tra l'altro, i cosiddetti "obblighi di servizio" e cioè l'ente pubblico impone il rispetto di quegli obblighi strumentali alla suesposte esigenze di assicurare un servizio di interesse economico generale alla comunità amministrativa.
La valenza pubblica di tali obblighi assegna ai contratti di servizio la natura giuridica di accordi pubblicisti o, più specificamente, secondo una diversa impostazione in relazione alla quale in questa sede non rileva prendere posizione, di concessione di servizi pubblici.
2.1.– Chiarito ciò, deve rilevarsi come abbia da sempre costituito oggetto di una accesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale l'individuazione di idonei criteri di differenziazione tra contratti di servizio e appalti di servizi. Ad avviso di questo Collegio, il preferibile criterio è quello che fa leva sull'oggetto del contratto: siamo in presenza di un contratto di appalti quando la prestazione è "rivolta" a favore dell'amministrazione; siamo in presenza di un contratto di servizi quando la prestazione è "rivolta" all'utenza. E' questo un orientamento recentemente fatto proprio anche dalla Corte costituzionale che, sia pure nella risoluzione di una questione diversa da quella in esame, ha

chiaramente avallato la correttezza di tale criterio discretivo (Corte cost. n. 439 del 2007, punto 7 del Considerato in diritto).
La giurisprudenza amministrativa ritiene, inoltre, necessario, sempre ai fini della individuazione del discrimine tra le due categorie, valutare il c.d. rischio di gestione: mentre, infatti, nell'appalto di servizi è l'amministrazione che paga l'aggiudicatario per la prestazione di un servizio reso in suo favore, nella concessione o nei contratti di servizio i rischi di gestione del servizio ricadano sull'aggiudicatario, il quale si assume la responsabilità di gestione, paga la p.a. e si rifà sugli utenti che versano gli importi per l'utilizzo del servizio (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368). E' bene aggiungere che, nella prassi applicativa, in ragione della natura complessa dei rapporti, risultando spesso non facilmente identificabile la "direzione" della prestazione di servizi, assume valenza determinante, ai fini dell'inquadramento giuridico della fattispecie contrattuale, avere riguardo al predetto elemento del rischio di impresa.
Per quanto interessa specificamente in questa sede, appare opportuno sottolineare come sia proprio la indicata differenziazione tra appalto di servizi e contratto di servizi pubblici, che si fonda sull'assunzione del rischio di impresa, che giustifica la diversità di trattamento tra le diverse tipologie contrattuali, previsto dalle norme attributive nella specie del potere all'amministrazione, ai fini della erogazione dei finanziamenti da parte di enti pubblici.
2.2.– Occorre adesso stabilire, tenendo presente quanto sin qui esposto, se nella specie ricorrono i presupposti per potere qualificare come contratto di servizio pubblico anche quello stipulato dalla ricorrente con l'Università della Calabria.
A seguito dell'istruttoria espletata l'amministrazione, con nota del 3 luglio 2009, ha, innanzitutto, chiarito che non è previsto un costo per la utenza che utilizza il servizio di bus-navetta. Inoltre, nella predetta nota è stato indicato l'elenco dei pagamenti già effettuati da parte della p.a. a favore della ricorrente per il servizio di trasporto effettuato dal 2006 al 2009. Alla luce dei predetti esiti dell'istruttoria e dell'esame della documentazione in atti, deve conseguentemente ritenersi che, con la stipulazione del contratto in esame, la ricorrente non ha assunto alcun rischio legato alla gestione del servizio atteso che la sua attività non viene remunerata mediante l'incasso dei corrispettivi del servizio erogato all'utenza ma attraverso una somma versata alla società dall'amministrazione quale compenso per la prestazione di servizi che l'impresa si è obbligata ad effettuare a favore dell'amministrazione stessa.
Avendo, pertanto, riguardo agli elementi di differenziazione tra le tipologie contrattuali in esame, deve ritenersi che, nel caso in esame, è stato stipulato un contratto di appalto e non un contratto di servizio pubblico. La Cassa depositi e prestiti ha, pertanto, correttamente qualificato il rapporto e legittimamente rigettato la domanda di finanziamento.
In definitiva, per i motivi sin qui indicati, il ricorso deve essere rigettato.
3.– La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso indicato in epigrafe.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 3 luglio e del 9 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:
Vincenzo Fiorentino, Presidente
Vincenzo Lopilato, Referendario, Estensore
Antonio Andolfi, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 31/12/2009