

Pubblicato il 02/09/2020

N. 01822/2020 REG.PROV.COLL.
N. **02626/2018** 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2626 del 2018, proposto da
SERVIZI ENERGIA CALORE S.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Ciulla e Ilaria Arrigo, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Andrea Ciulla, sito in Palermo nella via Caltanissetta n.2/D;

contro

- il MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, l'AGENZIA DEL
DEMANIO e la DIREZIONE REGIONALE DELLA SICILIA DELL'AGENZIA
DEL DEMANIO; - il MINISTERO DELLA DIFESA, il COMANDO REGIONE
MILITARE SUD e il COMANDO MILITARE ESERCITO "SICILIA"; in persona
dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutti rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata ex lege in Palermo nella Via
Valerio Villareale n.6;

nei confronti

Esmeralda Immobiliare S.r.l., Zummo Claudio & Maurizio Bellavista Catering

S.N.C, Impresa Individuale «Mulé Francesco» non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 2018/16155/DRSI STPA1 del 19 ottobre 2018, comunicata in copia a mezzo pec, dell'Agenzia del Demanio, Direzione Regionale Sicilia, Servizi Territoriali Sicilia Palermo 1, avente ad oggetto “Convenzione commerciale Rep. 240 del 18/01/2010 relativa all'affidamento in concessione della gestione e della esecuzione dei servizi ai Soci degli Organismi di Protezione Sociale, della gestione delle Foresterie Ufficiali e Sottoufficiali di Palermo, della Gestione delle Sale Convegno supportate logisticamente dal Comando Regionale Militare Sud. Recupero indennità per utilizzo spazi demaniali per servizi di protezione sociale – periodo dal 20/01/2010 al 30/09/2015 e periodo dall'1/10/2015 al 31/01/2016.”;
- ove occorra, delle relazioni tecnico-estimative n. 1237 R.I. del 24 agosto 2017 e n. 1238 sempre del 24 agosto 2017, ad oggi non conosciute né allegate al provvedimento;
- ove occorra, della nota prot. n. 2016/17498/DR/ST PA 1 del 13 ottobre 2016, dell'Agenza del Demanio, Direzione Regionale Sicilia, avente ad oggetto “Convenzione commerciale Rep. 240 del 18/01/2010 relativa all'affidamento in concessione della gestione e della esecuzione dei servizi ai Soci degli Organismi di Protezione Sociale (Circolo Ufficiali dell'Esercito, Circolo Sottoufficiali dell'Esercito e Circolo Ricreativo Dipendenti Difesa di Palermo), della gestione delle Foresterie Ufficiali e Sottoufficiali di Palermo, della gestione delle Sale Convegno supportate logisticamente dal Comando Regione Militare Sud e dei distributori automatici di alimenti installati nelle stesse Caserme. Recupero indennità di occupazione dal 20/01/2010 al 30/09/2015.”;
- ove occorra, della nota prot. n. 2016/20749/DR/ST PA1 del 7 dicembre 2016 dell'Agenzia del Demanio, Direzione Regionale Sicilia;
- ove occorra e per quanto di ragione, della nota prot. n. 2014/15485/DRSI/STPA 1 del 14 agosto 2014, dell'Agenza del Demanio, Direzione Regionale Sicilia;

- ove occorra e per quanto di ragione, della nota prot. n. 2014/15978/DRSI/STPA 1 del 29 agosto 2014, dell'Agenza del Demanio, Direzione Regionale Sicilia e del verbale ivi allegato del 28 agosto 2014;
- di ogni atto connesso, consequenziale e presupposto relativo al procedimento seguito dall'Agenza del Demanio relativo alla quantificazione e determinazione del canone/indennità di occupazione di cui alla nota prot. nota prot. n. 2018/16155/DRSI STPA1 del 19 ottobre 2018, ad oggi sconosciuto;
- di ogni atto connesso, consequenziale e presupposto.

e per l'accertamento

che nessuna indennità e/o canone risulta dovuto da parte della ricorrente nei termini e per gli importi di cui alla citata nota prot. n. 2018/16155/DRSI STPA1 del 19 ottobre 2018, comunicata in copia a mezzo pec, dell'Agenza del Demanio, Direzione Regionale Sicilia, Servizi Territoriali Sicilia Palermo 1, e, in subordine,

e per la condanna

- del Ministero della Difesa, Comando Regionale Militare Sud, Comando Militare Autonomo Sicilia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, al pagamento diretto in favore della competente Agenzia del canone demaniale/indennità di occupazione eventualmente dovuto e richiesto dall'Agenzia del Demanio con la nota prot. n. 2018/16155/DRSI STPA1 del 19 ottobre 2018, assumendo direttamente la relativa obbligazione di pagamento senza alcun vincolo di solidarietà con l'odierna ricorrente,
- ovvero per la condanna delle predette Amministrazioni della Difesa a tenere indenne e manlevare, con qualsiasi statuizione, l'odierna ricorrente dal pagamento del canone demaniale/indennità di occupazione eventualmente dovuto e richiesto dall'Agenzia del Demanio con la nota prot. n. 2016/17498/DR/ST PA 1 del 13 ottobre 2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze,

dell'Agazia del Demanio e dell'Agazia del Demanio Direzione Regionale della Sicilia; del Ministero della Difesa del Comando Regione Militare Sud e del Comando Militare Esercito "Sicilia";

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2020 il dott. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1 Con ricorso notificato il 18 dicembre 2018 e depositato il successivo 20 dicembre, la Servizi Energia Calore s.r.l. ha impugnato la nota prot. n. 2018/16155/DRSI STPA1 del 19.10.2018 (e gli altri atti indicati in epigrafe), con cui l'Agazia del Demanio – Direzione Regionale Sicilia, Servizi Territoriali Sicilia Palermo 1 – ha intimato alla ricorrente (nella qualità di impresa capogruppo dell'A.T.I. risultata aggiudicataria di una concessione di servizi avente ad oggetto la gestione e l'esecuzione dei servizi in favore dei soci degli Organismi di Protezione Sociale, la gestione delle Foresterie Ufficiali e Sottoufficiali di Palermo, la gestione delle Sale Convegno supportate logisticamente dal Comando Regionale Militare Sud) il pagamento di un'indennità dovuta per l'utilizzo di spazi demaniali connesso all'espletamento dei predetti servizi, relativamente al periodo compreso tra il 20.01.2010 il 30.09.2015 e l'1.10.2015 e il 31.01.2016.

A tale riguardo, parte ricorrente premette che, a seguito di procedura ad evidenza pubblica, l'A.T.I. costituito dalle imprese Servizi Energia Calore S.r.l.

Trinacria Vending S.r.l., Esmeralda Immobiliare S.r.l. e SDM Business S.r.l., si aggiudicava la concessione di servizi di protezione sociale da erogare in favore dei *“soci degli organismi di protezione sociale (Circolo Ufficiali dell'Esercito, del Circolo Sottoufficiali dell'Esercito e del Circolo Ricreativo dipendenti Difesa di Palermo), della gestione delle Foresterie Ufficiali e Sottoufficiali di Palermo e*

della gestione delle Sale convegno del Comando Regionale Militare Sud”, con successiva sottoscrizione del relativo contratto di concessione recante la regolamentazione dei rapporti tra le parti (atto rep. n. 240 del 18.01.2010 con relativi allegati: a) il capitolato tecnico generale e i vari disciplinari tecnici; b) un listino prezzi; c) il piano economico e finanziario).

Avviate le attività e i servizi richiesti dal bando la ricorrente constatava che non tutte le aree ove avrebbero dovuto essere resi i servizi venivano rese fruibili entro i termini previsti dal piano economico finanziario (PEF) e dal relativo cronoprogramma (così ad esempio per il campo di calcetto).

Riferisce la ricorrente che soltanto ad aggiudicazione avvenuta è venuta a conoscenza che l’area individuata dal concedente era sottoposta a vincolo paesaggistico sicché i lavori di realizzazione della piscina e del solarium presso il Circolo Ricreativo Dipendenti Difesa, sito in Via della Favorita, subivano dei ritardi a cagione dei tempi necessari al rilascio del necessario nulla osta da parte della Soprintendenza ai Beni Culturali ed Ambientali di Palermo.

Soltanto a seguito della rimodulazione del progetto originariamente previsto ed approvato in sede di gara, con particolare riguardo al luogo di posizionamento della piscina e alla riqualificazione dell’area, la Soprintendenza BB.CC.AA. di Palermo, con nota prot. n. 3054/VII del 19.04.2011, emetteva il richiesto nulla osta avente ad oggetto: *“Palermo – Monte Pellegrino – Ex deposito munizioni – Viale della Favorita – progetto di realizzazione di una piscina, solarium e spogliatoi”*.

E tuttavia in virtù delle apportate modifiche progettuali, la ricorrente si trovava a sopportare nuovi ed ingenti costi di costruzione rispetto a quelli prospettati nel PEF presentato in sede di gara e allegato alla concessione, che andavano ad incidere sull’iniziale equilibrio economico finanziario del rapporto concessorio.

Comunque in data 5.07.2012, i lavori in parola venivano completati e le opere collaudate, come da relativo certificato di regolare esecuzione, nel quale veniva accertato un costo di realizzazione complessivo pari ad €309.400,00 rispetto a soli €60.000,00 inizialmente previsti.

Espono la ricorrente che l'Amministrazione pubblica concedente ha, quindi, goduto di maggiori benefici legati ad una completa riqualificazione dell'area con posizionamento di una piscina più grande di quella offerta in sede di gara, così come la realizzazione di un prato all'inglese ed altre piante per oltre mille metri quadrati anche in tal caso ben oltre rispetto all'offerta di gara.

Successivamente, in pendenza del rapporto concessorio, l'Agenzia del Demanio, dapprima, procedeva ad una ricognizione delle aree nella disponibilità del Comando Militare ove venivano erogati i servizi oggetto della concessione con l'A.T.I. e, successivamente, con nota prot. n. 15485 del 14.08.2014, richiedeva alla ricorrente, nella qualità di impresa capogruppo dell'A.T.I., la trasmissione di alcuni documenti al fine di procedere alla quantificazione del canone dovuto in ragione dell'occupazione dei predetti locali demaniali.

Con successiva nota prot. 15978 del 29.08.2016, l'Agenzia del Demanio trasmetteva alla ricorrente il verbale di sopralluogo effettuato in data 28.08.2014.

Nessuna ulteriore comunicazione ovvero richiesta perveniva da parte della Agenzia del Demanio.

Soltanto dopo la scadenza della concessione, l'Agenzia del Demanio, con nota prot. n. 17498 del 13.10.2016, comunicava alla ricorrente, nella qualità di impresa mandataria dell'A.T.I. Servizi, l'ammontare dell'indennità dovuta per l'occupazione delle aree demaniali in questione, pari ad € 386.752,00, successivamente specificando (con nota prot. n. 20749 del 7.12.2016) che la predetta nota doveva intendersi quale comunicazione di avvio del procedimento ed assegnava, pertanto, 120 giorni per la produzione di memorie e documenti.

Con memoria del 5.04.2017, le imprese costituenti i RTI contestavano in via principale la debenza stessa delle somme pretese dall'Agenzia del Demanio e, in subordine, senza rinuncia alcuna a diritti, eccezioni e domande, provvedevano a specificare nel dettaglio quali aree erano state oggetto dei servizi resi da ciascuna di esse.

Con la nota prot. n. 16155 del 19.10.2018, indirizzata alle quattro società partecipanti all'ATI aggiudicataria della concessione di servizi, senza operare alcuna distinzione e differenziazione tra le stesse, l'Agenzia del Demanio definiva il procedimento avviato con la comunicazione di cui sopra, procedendo al ricalcolo dell'indennità richiesta e intimando il versamento di una somma pari a € 269.270,00, di cui € 256.108,00 per il periodo dal 20.01.2010 al 30.09.2015 ed € 13.162,00 per il periodo dal 1.10.2015 al 31.01.2016.

Con successiva istanza del 5.12.2018, la ricorrente chiedeva di poter visionare gli atti richiamati nel provvedimento finale indicato in epigrafe, dei quali, tuttavia, ha avuto conoscenza solo in sede giudiziaria, in virtù del loro deposito a cura dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato.

1.2. Avverso la richiesta di pagamento di indennità a titolo di occupazione di locali demaniali, parte ricorrente ha proposto ricorso dinanzi a questo Tribunale, affidando il gravame ai seguenti motivi di diritto:

I) Eccezione di prescrizione: con il primo motivo la ricorrente eccepisce la prescrizione dei canoni maturati nel periodo antecedente al 19.10.2013, in forza dell'art. 2948 n. 4 c.c. che prevede la prescrizione quinquennale degli "*interessi e, in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi*", atteso che la nota prot. n. 17498/2016 non varrebbe ad interrompere la decorrenza del termine prescrizione, anche tenuto conto della diversità delle somme ivi indicate.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 e dell'art. 10 *bis*, legge n. 241/90 – Eccesso di potere per travisamento.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce che il provvedimento impugnato sarebbe privo di qualsivoglia motivazione che consenta di comprendere l'iter logico-giuridico seguito dall'Amministrazione al fine di ritenere dovuto il pagamento dell'indennità richiesta.

In particolare, in esso non vi sarebbe alcun riferimento ai presupposti normativi su cui si fonderebbe l'applicazione della pretesa indennità, limitandosi l'amministrazione demaniale a rinviare a due pareri, parecchio risalenti nel tempo, relativi alla generale questione sul carattere oneroso o meno dell'utilizzo dei beni demaniali ove vengano erogati servizi di protezione sociale.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 30, D.lgs. n.163/06 – Violazione e falsa applicazione delle norme in tema di concessioni demaniali – Violazione e falsa applicazione della concessione del 18 gennaio 2010 tra amministrazione della istruttoria e travisamento.

Con il terzo motivo la ricorrente deduce che, in ogni caso, non sussisterebbero i presupposti per richiedere il pagamento di siffatta indennità, trattandosi di concessione di servizi ex art. 30 D.Lgs. 163/2006 - e non già di concessione di beni (aree demaniali) - il cui relativo corrispettivo consisterebbe *“unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i servizi”* secondo quanto riportato dall'art. 3 del contratto di concessione.

Inoltre, lo stesso Capitolato Tecnico Generale, allegato alla concessione, chiarirebbe che l'Amministrazione Militare ha conservato ogni prerogativa in relazione *“alla destinazione delle infrastrutture, strutture ed attrezzature e utilizzazione delle stesse”* (art. 1) e che tutte le infrastrutture e i locali, utilizzati dal Comando, sarebbero stati affidati al concessionario *“in comodato d'uso”* (art. 7), che per legge si presume gratuito, dovendosi escludere per tabulas, quindi, la sussistenza di qualsivoglia rapporto concessorio in ordine a beni pubblici, non essendo le aree utilizzate per l'espletamento dei servizi oggetto di concessione.

A sostegno della correttezza di tale interpretazione, parte ricorrente richiama, altresì, l'art. 15 del contratto di concessione, in virtù del quale *“L'ATI prende atto che qualsivoglia novella legislativa porti all'obbligo di una controprestazione per l'uso di beni dello Stato vi si assoggetterà con tempestività, fatto salvo quanto*

stabilito in termini di “eccessiva onerosità” ...”.

Pertanto, sostiene parte ricorrente, sarebbe illegittima e infondata qualsivoglia pretesa impositiva, in difetto di un rapporto di concessione di aree demaniali, nonché in forza del ricevuto affidamento in comodato d’uso dei locali di cui si discute e della loro esclusiva disponibilità in capo all’Amministrazione della Difesa.

IV) Violazione e falsa applicazione delle norme in tema di utilizzo dei beni demaniali – Violazione e falsa applicazione del D.p.r. del 13 settembre 2005, n. 296 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, carenza dei presupposti

il bene demaniale asseritamente oggetto di utilizzo – Azione di arricchimento senza causa.

Con il quarto motivo, articolato in via subordinata, la ricorrente deduce che il provvedimento sarebbe comunque privo di qualsivoglia riferimento ai criteri utilizzati per il calcolo delle superfici, delle tariffe applicate e, in generale, del metodo per l’applicazione dell’indennità, in violazione dell’art. 12 D.P.R. 296/2005 che prescrive le modalità e il procedimento da seguire ai fini dell’individuazione del canone dovuto per i beni demaniali.

Peraltro, nell’ipotesi in cui la quantificazione della pretesa indennità operata dall’Agenzia del Demanio dovesse risultare corretta, parte ricorrente oppone in compensazione il credito che vanterebbe in ragione delle maggiori spese sostenute per la realizzazione dei lavori connessi all’espletamento dei servizi oggetto della concessione e derivanti da cause a lei non imputabili.

V) In via ulteriormente subordinata, sul rapporto concessorio tra il RTI servizi e amministrazione della difesa e relative conseguenti obbligazioni scaturenti sia *ex contractu* che *ex lege*: violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 143, d.lgs. n. 163/06 – violazione e falsa applicazione del contratto di concessione del 18 gennaio 2010 e della *lex specialis* ivi richiamata – azione tesa al riequilibrio economico-finanziario del PEF approvato in sede di gara – pagamento diretto da

demanio a titolo di “prezzo” ovvero, comunque, a manleva della ricorrente – azione di arricchimento senza causa.

In via ulteriormente subordinata, con il quinto motivo la ricorrente chiede - nell'ipotesi in cui venga accertata la legittimità della pretesa impositiva - che il relativo onere venga posto interamente a carico dell'Amministrazione della Difesa o in via diretta, accertando e dichiarando quindi che la relativa obbligazione è sorta esclusivamente a carico dell'Amministrazione della Difesa, ovvero attraverso l'integrale manleva in suo favore.

In caso contrario, si determinerebbe una illegittima alterazione (postuma) dell'equilibrio economico finanziario posto a fondamento della concessione di servizi e del relativo PEF approvato in sede di gara e alla stessa allegato.

VI) In via ulteriormente subordinata. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss., legge n. 241/90 con specifico riferimento alla violazione dei principi in tema di contraddittorio con il privato e corretto esame delle deduzioni procedurali – eccesso di potere per manifesta carenza di istruttoria e dei presupposti – contraddittorietà.

In ulteriore subordine, con il sesto motivo la ricorrente lamenta che il provvedimento impugnato sarebbe errato laddove intima il pagamento dell'indennità indistintamente a tutte le imprese facenti parte dell'A.T.I., senza tenere conto delle zone di rispettiva gestione.

In particolare, la ricorrente si sarebbe occupata della sola realizzazione della piscina e del solarium con annesso bar di servizio stagionale e della realizzazione del campo di calcetto presso il Circolo Ricreativo Dipendenti Difesa di Palermo, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria degli impianti tecnologici presenti presso il Circolo Ufficiali di Palermo, restando estranea alla gestione dei beni e/o all'esecuzione di servizi di ristorazione o altro.

1.3. In data 8.01.2019 si sono costituite in giudizio le Amministrazioni intimite,

con atto di mera forma; successivamente la difesa erariale ha depositato documenti.

1.4. All'esito della camera di consiglio del 24.01.2019, con ordinanza cautelare n. 146/2019, è stata accolta la domanda cautelare proposta dalla ricorrente, ritenuto che, *“impregiudicata ogni valutazione nel merito del ricorso, la complessità della situazione di fatto e di diritto rappresentata da parte ricorrente appare meritevole di approfondimento in pubblica udienza”* e che, nelle more della definizione del giudizio, *“appare opportuno mantenere la res adhuc integra sino alla conclusione della lite”*.

1.5. In vista dell'udienza pubblica di trattazione, parte ricorrente ha depositato due memorie difensive contestando le relazioni di stima depositate dalle parti resistenti, del cui contenuto ha avuto conoscenza per la prima volta in occasione del deposito effettuato dall'Avvocatura dello Stato, e insistendo comunque per l'accoglimento del ricorso.

1.6. Nessuno scritto difensivo ha depositato la difesa erariale.

1.7. Alla pubblica udienza del 13 febbraio 2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

2. La controversia ha ad oggetto il provvedimento con cui l'Agenzia del Demanio ha intimato alla ricorrente, nella qualità di impresa capogruppo dell'A.T.I. aggiudicataria della concessione di servizi stipulata con il Comando Regione Militare Sud (relativa all'affidamento della gestione e dell'esecuzione di servizi da erogare in favore dei soci degli Organismi di Protezione Sociale, della gestione delle Foresterie Ufficiali e Sottufficiali di Palermo, della gestione delle Sale Convegno supportate logisticamente dal Comando Regione Militare Sud e dei distributori automatici di alimenti installati nelle stesse Caserme), il pagamento di *“un'indennità di occupazione per l'utilizzo degli spazi demaniali”* ove sono stati erogati i servizi in parola, in riferimento al periodo che va dal 20.01.2010 (data di consegna degli immobili) al 30.09.2015 (data di scadenza della proroga contrattuale

dell'obbligazione commerciale) e dall'1.10.2015 al 31.01.2016 (data di scadenza della proroga tecnica), per un importo complessivo pari ad €269.270,00.

3. Vale premettere che, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. c) cod. proc. amm., le controversie aventi ad oggetto “*indennità, canoni ed altri corrispettivi*” relativi a rapporti di concessione di servizi sono riservate alla giurisdizione del Giudice Ordinario allorquando riguardino pretese di contenuto meramente patrimoniale e, come tali, riferite alla mera quantificazione e al pagamento dei canoni derivanti dall'attuazione del rapporto interno tra la P.A. concedente e il concessionario, e rispetto alle quali non è stato esercitato un potere amministrativo autoritativo a tutela di interessi generali.

Rientrano, di contro, nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie relative all'esercizio di poteri autoritativi discrezionali che incidono sull'economia dell'intero rapporto concessorio e inerenti alla sussistenza ed alle modalità di esercizio del sotteso potere impositivo (cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Sez. Ibis, 3 febbraio 2020, n. 1436; Cons. Stato, V, 11 dicembre 2017, n. 5833; id. 22 ottobre 2015, n. 4857; Cass. SS.UU., 9 giugno 2017, n. 14428; Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n. 1466; Id., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5833).

Secondo l'orientamento comune, al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione, occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio, il quale, nel caso di specie, attiene essenzialmente alla legittimità e fondatezza della pretesa avanzata dall'Amministrazione resistente a titolo di indennità di occupazione di beni demaniali e, più nello specifico, alla sussistenza o meno dei presupposti fondanti la richiesta di versamento.

Per tale motivo, la giurisdizione sulla controversia in esame rientra nella cognizione esclusiva di questo Tribunale.

4. Per ragioni di ordine logico sistematiche va prioritariamente esaminato il terzo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente deduce l'insussistenza dei necessari presupposti per la pretesa di pagamento avanzata dall'Amministrazione resistente con il provvedimento impugnato, atteso che il suo eventuale accoglimento è

suscettibile di determinare l'irrelevanza di ogni ulteriore approfondimento delle ulteriori censure dedotte nel ricorso.

4.1. La questione in esame si inserisce nella più generale e assai controversa problematica inerente al carattere oneroso o meno dell'utilizzo di locali ed aree demaniali da parte degli erogatori di servizi di protezione sociale.

“Gli interventi di protezione sociale si inseriscono istituzionalmente nell'attività funzionale delle Forze Armate allo scopo di favorire il mantenimento della efficienza psico-fisica del personale militare, conservare l'aggregazione sociale dei dipendenti e delle loro famiglie, il loro arricchimento culturale, nonché di conseguire proficui rapporti di democratica interazione con la collettività esterna, per il pieno sviluppo della persona umana dedicata al bene comune della difesa della Patria. A tal fine, è consentito al personale militare e civile delle Forze Armate, in servizio e non, nonché ai loro familiari, di utilizzare apprestamenti logistici, sportivi, culturali, ricreativi e per il tempo libero, senza finalità di lucro qualora direttamente gestiti ed all'uopo predisposti dall'amministrazione anche al di fuori delle strutture militari” (D.M. 521/1998, art. 1).

Per assicurare l'espletamento di tali servizi, l'Amministrazione della Difesa può concedere i locali demaniali, i mezzi, le strutture, i servizi e gli impianti necessari, sia che la gestione di tali servizi venga affidata ad organismi di protezione sociale all'uopo costituiti nell'ambito dell'Amministrazione ovvero, in alternativa, ad enti o terzi (art. 5, comma 3 e comma 4, L.559/1993 contenente la disciplina della soppressione delle gestioni fuori bilancio nell'ambito delle Amministrazioni dello Stato).

4.2. Controversa è, invece, la natura onerosa o meno dell'utilizzo dei locali dell'amministrazione ove i servizi in oggetto vengono erogati.

Deve intanto rilevarsi che non si rinvencono arresti giurisprudenziali in materia, come peraltro confermato dalle interlocuzioni tra la Direzione Centrale del Demanio e la Direzione regionale Sicilia di cui si dirà infra.

Invero nel provvedimento impugnato l'Agencia del Demanio ritiene che l'utilizzo degli spazi all'interno di immobili in uso governativo per concessione di servizi funzionali all'attività istituzionale della P.A. sia soggetto al pagamento del relativo corrispettivo, richiamando sul punto il parere n. 3345 del 4.04.2005 reso dal Consiglio di Stato, Sez. III, confermato dell'Avvocatura Generale, investita della questione dal Ministero dell'Economia, con parere prot. n. 46696 del 9.04.1998.

In particolare il parere prot. n. 46696 del 9.04.1998 reso dall'Avvocatura Generale dello Stato opina che in tutti i casi in cui l'Amministrazione costituisca questi organismi nel proprio ambito *“si ritiene che tali organismi siano interni all'Amministrazione”* e *“deve, quindi, conseguentemente ritenersi che, per l'utilizzazione dei locali demaniali, l'uso non può che essere gratuito”*.

Viceversa, quando la gestione dei servizi di cui sopra sia affidata a soggetti terzi, estranei all'Amministrazione della Difesa, sorgerebbe l'obbligo di pagamento di un canone per l'uso dei locali demaniali.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha affermato che dal combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 5 L. 559/1993 si evincerebbe che, ove la gestione delle attività venga svolta da altri enti, diversi dalle associazioni militari, o terzi, debba prevedersi la corresponsione di un canone per l'utilizzo dei beni demaniali (cfr. Cons, Stato, sede consultiva, III, parere n. 3345 del 2005).

4.2. Occorre, tuttavia, segnalare che, dagli atti depositati in giudizio dalle amministrazioni resistenti (Agenzia del Demanio e Ministero Difesa) e risalenti agli anni 2012 e 2013 – quindi successivi all'affidamento in concessione che ci occupa (2010) - si evince come dette amministrazioni non siano ancora pervenute a conclusioni univoche in ordine alla dibattuta questione circa l'onerosità o meno dell'uso di locali demaniali da parte di ditte private aggiudicatrici della gestione dei servizi di protezione speciale.

Tant'è che con nota prot. n. 9519 del 3.04.2013, lo Stato Maggiore della Difesa ha diramato le seguenti disposizioni: *“in occasione della redazione di nuovi contratti per l'affidamento in concessione dei diversi servizi, qualora il canone non sia già*

stato determinato, deve essere inserita una clausola di salvaguardia mediante la quale l'A.D. si riserva la possibilità di applicare un canone demaniale"; con riferimento, invece, ai contratti già in essere, come quello in oggetto, nel caso in cui l'importo del canone non sia già stato determinato e notificato dall'A.D. alle ditte, queste ultime dovranno essere rese edotte "circa la possibilità di applicare loro un canone concessorio, fermo restando, anche in questo caso il diritto di recesso qualora il concessionario non intenda accettare le rinnovate condizioni contrattuali".

Mentre l'Agenzia del Demanio, con nota prot. n. 1338 del 31.01.2018 indirizzata alla propria Direzione Regionale Sicilia, premettendo che il *"Il comportamento del Ministero della Difesa, non suffragato da nessuna legge, ha comportato l'instaurazione di molteplici contenziosi sia innanzi al Capo dello Stato, che al T.A.R. che al Giudice ordinario, connessi alle richieste di pagamento effettuate dall'Agenzia"* - tra cui una sentenza del TAR Lazio (sent. n. 4072/2015) che ha accolto parzialmente il ricorso promosso da una società avverso la richiesta di pagamento di un'indennità per occupazione di spazio demaniale e oggetto di appello dinanzi al Consiglio di Stato, ancora pendente - afferma che *"Allo stato, pertanto, in assenza di una decisione definitiva e di una giurisprudenza consolidata, come del resto sta avvenendo nelle altre Direzioni Regionali, non si possono trarre le conclusioni a cui è pervenuta codesta Direzione laddove ritiene di dover annullare le richieste di pagamento del credito correttamente vantato dall'Erario"*.

4.3. A fronte del quadro di incertezza così delineato, mette conto osservare in via generale che ai sensi dell'art.1 del RD 2440/1923 e ss.mm.ii. *"i beni immobili di proprietà dello Stato ed assegnati ad un servizio governativo si intendono concessi in uso gratuito al ministero da cui il servizio dipende e sono da esso amministrati"* dovendosi così riconoscere a ciascun ministero anche il potere e la facoltà di individuare gli spazi e i locali demaniali da utilizzare per l'esercizio dei servizi di

rispettivo interesse da affidare in concessione a terzi.

E una volta individuati tali spazi e locali demaniali, l'amministrazione usuaria deve comunicare all'Agenzia del Demanio l'intenzione di adibirli per dette attività.

Ciò perché spetta all'Agenzia del Demanio, sulla base della consistenza e dell'ubicazione degli spazi individuati, e della tipologia di utilizzo, di determinare il canone di concessione da porre a carico dell'occupante, e ciò in virtù della sua competenza ad amministrare i beni immobili dello Stato e di valorizzarne l'impiego, come delineata dall'art.65 del D.Lgs. n.300/1999, a mente del quale:

“1. All'agenzia del demanio è attribuita l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego, di sviluppare il sistema informativo sui beni del demanio e del patrimonio, utilizzando in ogni caso, nella valutazione dei beni a fini conoscitivi ed operativi, criteri di mercato, di gestire con criteri imprenditoriali i programmi di vendita, di provvista, anche mediante l'acquisizione sul mercato, di utilizzo e di manutenzione ordinaria e straordinaria di tali immobili. All'agenzia è altresì attribuita la gestione dei beni confiscati.

2. L'agenzia può stipulare convenzioni per le gestioni dei beni immobiliari con le regioni gli enti locali ed altri enti pubblici. Può avvalersi, a supporto delle proprie attività estimative e sulla base di apposita convenzione, dei dati forniti dall'osservatorio del mercato immobiliare dell'agenzia del territorio.

2-bis. L'Agenzia del demanio è dotata di un proprio patrimonio, costituito da un fondo di dotazione e dai beni mobili ed immobili strumentali alla sua attività. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono individuati i beni che costituiscono il patrimonio iniziale”.

4.4. Ora, sempre in via generale, appare evidente che in ipotesi di affidamento dei servizi in concessione, la espressa previsione nel bando di gara di un canone concessorio (che sia a priori determinato o che risulti dal bando essere in via di determinazione da parte dell'Agenzia del Demanio) costituisce un elemento imprescindibile al fine di consentire ai concorrenti di formulare un offerta seria e

attendibile nel rispetto dell'equilibrio economico-finanziario e, quindi, in definitiva, del sinallagma contrattuale.

Tant'è che non è dubitabile che la richiesta postuma di pagamento del canone per euro 269.270,00 operata dall'Agenzia del Demanio sotto forma di "indennità di occupazione", è certamente idonea a determinare uno squilibrio sinallagmatico dell'intero rapporto negoziale esauritosi circa tre anni prima, che non abbisogna di particolare prova stante la sua entità.

Ne consegue che l'impresa al momento della partecipazione alla procedura di affidamento non poteva che fare affidamento unicamente sul contenuto degli atti di gara predisposti dall'amministrazione militare, che avrebbe semmai dovuto chiedere all'Agenzia del Demanio la previa quantificazione del canone al fine di contemplarlo nella *lex specialis*, o almeno prevederne in astratto il pagamento riservandosi di quantificarlo successivamente.

E tuttavia, nel caso di specie, deve rilevarsi l'assenza di alcuna previsione in ordine al pagamento di un canone concessorio sia nel bando di gara, sia nel capitolato, sia nella convenzione sottoscritta dalle parti.

E nemmeno risulta inserita nel contratto una clausola di salvaguardia che riservasse all'amministrazione la facoltà di imporre successivamente, in fase di esecuzione del rapporto concessorio, detto canone.

Deve più precisamente osservarsi che nella convenzione risulta inserita sì, una clausola di salvaguardia, ma dal contenuto sostanzialmente diverso rispetto a quella sopra riportata e suggerita dallo Stato Maggiore della Difesa; infatti l'art.15 della convenzione stipulata tra le parti (avente appunto ad oggetto: "*Rapporti con l'Agenzia del Demanio*") prevedeva quanto segue: "*L'A.T.I. prende atto che qualsivoglia novella legislativa porti all'obbligo di una controprestazione per l'uso di beni dello Stato, vi assoggetterà con tempestività, fatto salvo quanto stabilito in termini di "eccessiva onerosità" (cfr. art. 1467 e suss., 1664 c.c) che potrà anche riferirsi a singole parti dell'appalto (cfr. art. 1 del C.T.)*". In altre parole con detta

clausola, l'amministrazione concedente non si è affatto riservata di applicare successivamente un canone demaniale nel corso di esecuzione del rapporto (ritenendolo in tesi dovuto nell'an sebbene non ancora quantificato dall'Agenzia del Demanio), ma si è invece premunita – presupponendo, viceversa, l'inesistenza di un obbligo vigente di corrispondere un canone - per il diverso caso che detto obbligo potesse essere successivamente introdotto da una qualsivoglia “novella legislativa”, peraltro mai intervenuta, così rafforzando nella ricorrente l'affidamento circa la non debenza di alcun canone.

Ciò, oltre ad emergere documentalmente, non risulta contestato dalle amministrazioni resistenti, le quali non hanno depositato memorie scritte.

4.5. Per quanto precede – in disparte la più generale questione afferente l'onerosità o meno dell'utilizzo dei locali dell'amministrazione ove i servizi in oggetto vengono erogati dal concessionario – in ragione della peculiarità del caso in esame appare meritevole di tutela l'affidamento riposto dalla ricorrente in ordine alla mancata previsione dell'obbligo di pagare un canone concessorio.

E d'altra parte l'affidamento della ricorrente appare rafforzato dalle seguenti considerazioni:

- la concessione sottoscritta tra l'A.T.I. e il Comando Regione Militare Sud in data 18.01.2010 ha ad oggetto esclusivamente l'affidamento della “*gestione e l'esecuzione dei servizi ai Soci degli Organismi di Protezione Sociale (...), la gestione delle Foresterie Ufficiali e Sottufficiali di Palermo, la gestione delle Sale Convegno supportate logisticamente dal Comando Regione Militare SUD e dei distributori automatici di alimenti installati nelle stesse Caserme*” (art. 3 – Oggetto):

- trattandosi, pertanto, di concessione di servizi la disciplina prevista dall'art. 30 D.Lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, stabiliva che “*Nella concessione di servizi 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” (comma 2); la norma dunque non prevedeva il pagamento di alcun canone;

- in alcuna parte della legge di gara era indicata, ovvero quantificata, l'incidenza di un eventuale canone/indennità di occupazione indispensabile per consentire alle imprese concorrenti di potere formulare un offerta congrua e attendibile;

- lo stesso Capitolato Tecnico Generale stabiliva che l'Amministrazione Militare avrebbe conservato ogni prerogativa in relazione “alla destinazione delle infrastrutture, strutture ed attrezzature e utilizzazione delle stesse” (art. 1, Capitolato Tecnico Generale) e soprattutto che tutte le infrastrutture e i locali, che erano utilizzate dal Comando, sarebbero state affidate al concessionario “in comodato d'uso” (art. 7, Capitolato Tecnico Generale) che, per legge, si presume gratuito;

- l'art. 16 della convenzione, inoltre, precisa che “*L'apporto dell'Amministrazione è costituito dalla consegna di tutti i materiali, locali, attrezzature e gli impianti indicati negli appositi verbali (corredati delle relative planimetrie) stipulati tra l'A.T.I. e l'A.D. e ricevuti dall'affidatario in comodato d'uso*”.

Tutte considerazioni, quelle che precedono, che depongono per la gratuità dell'utilizzo dei locali necessari per l'espletamento dei servizi oggetto della concessione *de qua*.

4.6. A nulla poi rileva la nota prot. 15485/2014, con cui l'Agenzia del Demanio ha richiesto alla ricorrente la produzione di documenti e informazioni “*al fine di potere procedere alla quantificazione del canone di concessione relativo all'utilizzo dei locali demaniali di cui alla convenzione commerciale in oggetto, stipulata in data 18.01.2010*”; la stessa Agenzia del Demanio, con nota prot. n.

20749 del 7.12.2016, ha precisato che la precedente nota prot. n. 17498 del 13.10.2016, costituiva comunicazione di avvio del procedimento relativo alla quantificazione della richiesta indennità di occupazione, in riscontro alla quale parte ricorrente ha tempestivamente depositato proprie memorie e osservazioni, contestando sia l'*an* che il *quantum* della pretesa impositiva di cui è stata destinataria, stante che il pagamento di un canone non era mai stato previsto o specificamente richiesto in sede di sottoscrizione del contratto di concessione.

5. Per tutti i surriferiti motivi – assorbita ogni altra censura -il ricorso è fondato e va accolto, e per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati.

6. Le spese di lite seguono la regola della soccombenza e sono poste a carico dell'Agenzia del Demanio nella misura indicata in dispositivo; possono invece essere compensate nei confronti delle altre amministrazioni resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Agenzia del Demanio al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in complessivi €1.500,00 (millecinquecento/00) oltre oneri e accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Roberto Valenti, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE
Calogero Ferlisi

IL SEGRETARIO