

Consiglio di Stato, Sez. V, 13/12/2006 n. 7369

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

-Sul ricorso in appello n. 8157/2005, proposto dalla SOC. A.S.TER. SPA rappresentata e difesa dagli avv.ti Daniela Anselmi, Giulio Bertone, Ludovico Villani, Piero Sommovigo con domicilio eletto in Roma via Asiago n. 8 presso Ludovico Villani;

CONTRO7369

- ANCE Genova - Associazione dei Costruttori Edili della Provincia di Genova,- ASSEDIL-ANIEM Liguria - Associazione Nazionale Imprese Edili Piccole e Medie della Regione Liguria, ASSINDUSTRIA Genova – Associazione degli Industriali della Provincia di Genova, ASSISTAL Liguria – Sezione Ligure dell’Associazione degli Installatori di Impianti, A.I.E. Attività Impianti Elettrici di Merlo Luisa & C. s.n.c., BETTINI TINO E FIGLIO S.N.C. DI ENNIO BETTINI & C., BORCHI COSTRUZIONI s.r.l., CALDERONI s.r.l., CARENA s.p.a., CAT BONIFICHE AMBIENTALI SOC. CONS. A R.L., CEI s.p.a., CEMEDILE s.r.l., COMASE s.r.l., COMES TIGULLIO s.r.l., Ditta CONGIUPAINTINGS di Congiu Pietro, COSMO COSTRUZIONI MODERNE s.r.l., EDIL.CATO s.r.l., EDILGE COSTRUZIONI s.r.l., EDILPIEMME s.r.l., ELCI s.r.l., ERRECOSTRUZIONI s.r.l., FENU COSTRUZIONI s.r.l., GAMBINO EMILIO COSTRUZIONI s.r.l., GARAVENTA s.p.a., GENNARO COSTRUZIONI s.r.l., Ditta GEOM. GIUSEPPE OLIVERI, GEOM. SERGIO INVERNIZZI COSTRUZIONI EDILI s.r.l., GIORGIO SILVIO s.r.l., I.L.S.E.T. s.r.l., IMPRESA GEOM. STEFANO CRESTA s.r.l., ITALPALI s.r.l., MA.IM s.r.l., MANTELLI 1948 s.r.l., OPUS s.r.l., PDR DE REGE s.p.a., PRIMAVERA s.a.s. di Noberini Enrico & C., PROGETTI E COSTRUZIONI S.R.L., SIE SOLARI s.p.a., SOILTEC GENOVA s.r.l., STICES s.r.l., TECH.COS s.r.l., TECNOCONSUL s.a.s., TECNOEDILE s.r.l., TEKNIKA s.r.l., ZANONE GEOM. GIAN PIETRO s.a.s., MILICI s.r.l. e C.P.C. COSTRUZIONI s.r.l., tutti rappresentati e difesi dall’avv. Giuseppe Franco Ferrari con domicilio eletto in Roma via di Ripetta, n. 142, presso Giuseppe Franco Ferrari;

e nei confronti

- il COMUNE DI GENOVA, non costituitosi;
-la SOC. AMGA SPA, non costituitasi;
- Sul ricorso in appello n. 8166/2005, proposto dalla SOC. A.M.G.A. SPA rappresentata e difesa dagli avv.ti Daniela Anselmi, Giovanni Di Gioia, Lorenzo Acquarone con domicilio eletto in Roma Piazza Mazzini, n. 27 presso Giovanni Di Gioia;

CONTRO

- ANCE GENOVA ed altri come sopra, tutti rappresentati e difesi dall’avv. Giuseppe Franco Ferrari con domicilio eletto in Roma via di Ripetta, n. 142 presso l’avv. Giuseppe Franco Ferrari,

e nei confronti

- della SOCIETA' A.S.TER. SPA, non costituitasi;
- il COMUNE di GENOVA, non costituitosi;
- sul ricorso in appello n. 8272/2005, proposto

- dal COMUNE di GENOVA rappresentato e difeso dagli avv.ti Edda Odone, Gabriele Pafundi, e Graziella De Nitto con domicilio eletto in Roma Viale Giulio Cesare, 14 A/4 presso l'avv. Gabriele Pafundi;

CONTRO

- la soc. ANCE GENOVA ed altri come sopra, tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti Giuseppe Franco Ferrari con domicilio eletto in Roma via di Ripetta, 142 presso Giuseppe Franco Ferrari;
e nei confronti
- la soc. ASTER S.P.A., non costituitasi;
- la soc. AMGA S.P.A., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 527/2005, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO TRENTENNALE DI SERVIZI DI MANUTENZIONE STRADE E OPERE CONNESSE ;

Visti i tre atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ANCE GENOVA ed altri, che hanno proposto anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 4.7.2006, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati L. Villani, D. Anselmi, G. Bertone, G. F. Ferrari, G. Di Gioia, D. Anselmi, L. Acquarone, G. Pafundi G. De Nitto e E. Odone;

Visto il dispositivo di decisione n. 419/2006;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

FATTO

Con sentenza TAR LIGURIA, SEZIONE II, n.527/2005 è stato accolto in parte il ricorso n. 7/2005 proposto da ANCE Genova ed altri avverso le deliberazioni C.C. del comune di Genova n. 139 del 19.10.2004, recante "Trasformazione dell'Azienda speciale denominata 'A.S.TER.' nella società per azioni A.S.TER. s.p.a. ai sensi dell'art. 115 del d.lgs. n. 267 del 18 agosto 2000", contestualmente affidandole, per una durata trentennale, la gestione dei servizi relativi alle attività di manutenzione strade ed opere connesse, illuminazione pubblica e impianti elettrici e tecnologici comunali e manutenzione del verde pubblico; e n. 140 del 19.10.2004, recante "Cessione di una quota del capitale sociale di 'Azienda Servizi Territoriali Genova s.p.a. - (A.S.TER. s.p.a.) fino alla percentuale massima del 40% alla partecipata Azienda Mediterranea Gas e Acqua s.p.a. (AMGA s.p.a.); nonché avverso ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o connesso, e per l'accertamento e la declaratoria della nullità dei contratti di servizio e/o delle convenzioni stipulati e/o stipulandi tra il Comune di Genova e A.S.TER. s.p.a. per l'affidamento dei servizi di cui alla deliberazione di C.C. n. 139/2004.

In particolare, il TAR ha dichiarato la propria giurisdizione sulla controversia, ha respinto varie eccezioni di inammissibilità del ricorso ed ha annullato la deliberazione del consiglio comunale di Genova n. 139/04 per contrasto con la disposizione dell'art. 86 comma 2 del Trattato CE e dell'art. 113 comma 5 T.U.E.L., nella parte (punto n. 10 del dispositivo) in cui aveva disposto l'affidamento diretto ad A.S.TER. s.p.a. - e pertanto ad una società di capitali - della gestione trentennale dei servizi relativi alle attività di manutenzione strade ed opere connesse, illuminazione pubblica e impianti elettrici e tecnologici comunali, manutenzione del verde pubblico, senza l'espletamento di una previa gara con procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del gestore (art. 113 comma 5 lett. a T.U.E.L.) o del socio privato (art. 113 comma 5 lett. b T.U.E.L.) e senza dar conto in motivazione del ricorrere delle eccezionali circostanze che legittimavano l'affidamento in house (art. 113 comma 5 lett. c T.U.E.L.). Ha ritenuto salva la trasformazione dell'azienda speciale

A.S.TER. nella società per azioni A.S.TER. s.p.a., in quanto non fatta oggetto di specifiche censure ed espressione di una facoltà espressamente prevista dall'art. 115 T.U.E.L. Ha quindi annullato anche la deliberazione del consiglio comunale di Genova n. 140/04, per contrasto con la disposizione dell'art. 113 comma 5 lettera b) e comma 12 T.U.E.L., per aver individuato il socio privato di A.S.TER. s.p.a. ed aver comunque ceduto parte della partecipazione del comune in una società erogatrice di servizi pubblici di rilevanza economica senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica.

Avverso detta sentenza hanno proposto distinti appelli la A.S.TER s.p.a., l'A.M.G.A. s.p.a. ed il comune di Genova.

La società A.S.TER. ha dedotto quanto segue:

- il TAR aveva errato nel respingere l'eccezione di difetto di giurisdizione in quanto con le deliberazioni impugnate il comune di Genova non aveva operato alcun nuovo affidamento di servizi pubblici, essendosi limitato a trasformare l'Azienda in Società e successivamente a cedere parte delle azioni di quest'ultima, per cui vi era stato un mero cambiamento del modello gestionale del servizio;
- il TAR aveva errato altresì nel respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario per difetto di legittimazione e carenza di interesse, in quanto la neo costituita Società continuava a fare le identiche cose dell'Azienda speciale preesistente, né i ricorrenti avevano indicato quali sarebbero i pretesi appalti sottratti all'evidenza pubblica ed i requisiti posseduti per partecipare alle relative gare;
- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, le attività svolte da A.S.TER dovevano considerarsi prive di rilevanza economica, essendo resi i relativi servizi pubblici con il fine esclusivo del ripiano dei costi senza percezione di utili, come emergeva dalle risultanze di bilancio;
- peraltro, pur in presenza di servizi a rilevanza economica, era inapplicabile l'art. 113 T.U.E.L., trattandosi di trasformazione di un'azienda speciale in società di capitali ai sensi dell'art. 115 T.U.E.L., per cui doveva ritenersi legittima la delibera n. 139/2004 e conseguentemente anche la delibera n. 140/2004, non prescrivendosi procedure di evidenza pubblica per le cessioni delle partecipazioni di aziende trasformate in società di capitali.

La società A.M.G.A. ha dedotto doglianze analoghe a quelle proposte dalla società A.S.TER.

Il comune di Genova, dopo aver ribadito che il TAR aveva errato nel respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario per difetto di legittimazione e carenza di interesse, ha dedotto quanto segue:

- contraddittorietà e difetto di motivazione della sentenza del TAR per aver prima affermato la legittimità della scelta operata dal Comune di organizzare il servizio in questione avvalendosi di uno dei modelli gestionali previsti dall'ordinamento e poi per aver annullato in modo contraddittorio la delibera n. 139/2004, con la quale veniva disposta la trasformazione dell'Azienda in società, nella parte in cui era stata prevista la durata trentennale dell'affidamento;
- travisamento del contenuto della delibera n. 140/2004, atteso che tale delibera aveva previsto, sia pure in via subordinata, l'ipotesi che i servizi in questione avessero rilevanza economica ed in essa venivano indicate le ragioni per le quali anche in tal caso veniva scelto la società AMGA come socio;
- travisamento della natura e dell'oggetto del servizio, in quanto il TAR non aveva tenuto conto che la scelta operata dal Comune tendeva alla creazione di un soggetto cui imputare un'attività globale, inerente ai diversi settori trasferiti, comprensiva di attività organizzative, programmatiche e propositive ed in senso lato tecnico-amministrative, estranee al tipo di prestazioni che le imprese operanti sul mercato sono normalmente in grado di offrire;
- difetto di motivazione ed erronea applicazione dell'art. 113 T.U.E.L. dal momento che l'ingresso di AMGA, società per azioni quotata in borsa di cui il Comune detiene il 54% del capitale sociale, lasciava inalterato l'assetto concorrenziale risolvendosi di fatto in una mera operazione finanziaria realizzata mediante una riallocazione di partecipazioni all'interno del gruppo di società partecipate in misura maggioritaria dalla stesso Comune;

- travisamento dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, falsa applicazione dell'art. 113 T.U.E.L. in relazione alle previsioni statutarie di A.S.TER., che prevedevano specifiche caratteristiche dei soggetti, ferma restando la partecipazione maggioritaria del Comune, che potevano diventare soci di minoranza, per cui la scelta di AMGA non era casuale ma finalizzata al perseguimento degli obiettivi propri di A.S.TER. aspetti che invece erano stati trascurati dalla sentenza di 1° grado.

Costituitisi in giudizio Ance Genova ed altri (ricorrenti originari) hanno chiesto il rigetto dei tre appelli e nel contempo hanno proposto distinti appelli incidentali nei confronti della sentenza di 1° grado nella parte in cui aveva rigettato due dei tre motivi del ricorso e la domanda di accertamento e declaratoria della nullità dei contratti di servizio e/o delle convenzioni stipulati e/o stipulandi tra il Comune di Genova e A.S.TER. s.p.a. per l'affidamento dei servizi in questione.

Hanno dedotto quanto segue:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR le attività affidate dal Comune ad A.S.TER. non erano definibili come servizi pubblici locali, trattandosi in parte di servizi ed in parte di lavori pubblici non riconducibili al novero dei servizi che gli Enti locali possono assumere e gestire nelle forme del T.U. E.L., con conseguente applicabilità delle regole della concorrenza;

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR la domanda di accertamento e declaratoria della nullità dei contratti di servizio e/o delle convenzioni stipulate non poteva ritenersi generica, trattandosi solo di contratti di servizio non conosciuti dai ricorrenti che però non potevano che risentire dell'illegittimità degli atti presupposti.

Hanno quindi espressamente richiamato il terzo motivo del ricorso originario, con il quale viene dedotto che, pur ammettendosi nella specie la qualificazione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, l'affidamento dei medesimi ai sensi dell'art. 113 T.U.E.L. poteva avvenire in via diretta solo a favore di società a capitale interamente pubblico, con penetrante controllo da parte degli Enti pubblici partecipanti, mentre A.S.TER era indubbiamente una società a capitale misto pubblico-privato.

In prossimità dell'udienza pubblica di discussione dei ricorsi, tutte le parti hanno presentato memoria conclusiva.

In particolare, le società A.S.TER e A.M.G.A. hanno evidenziato che il Comune si era dato carico di verificare la legittimità dell'operazione sia per l'ipotesi che i servizi in questione fossero privi di rilevanza economica sia per l'ipotesi che essi dovessero considerarsi a rilevanza economica, con applicabilità dell'art. 115 T.U.E.L.; che d'altra parte i servizi gestiti dalla neo costituita Società s.p.a. erano gli stessi dell'Azienda speciale; che il ruolo di A.S.TER era quello di gestire nella loro complessità una serie di servizi pubblici in vari settori, per cui il momento concorrenziale, di cui i ricorrenti lamentavano la mancanza, sarebbe intervenuto solo successivamente, allorché fosse intervenuta in concreto l'esigenza di appaltare un lavoro, un servizio o una fornitura.

Il comune di Genova ha ulteriormente illustrato le proprie doglianze.

I tre ricorsi in appello sono stati trattenuti in decisione all'udienza pubblica del 4.7.2006.

DIRITTO

1. Con sentenza TAR LIGURIA, SEZIONE II, n.527/2005 è stato accolto in parte il ricorso n. 7/2005 proposto da ANCE Genova ed altri avverso le deliberazioni C.C. del comune di Genova n. 139 del 19.10.2004, recante trasformazione dell'Azienda speciale denominata 'A.S.TER.' nella società per azioni A.S.TER. s.p.a. ai sensi dell'art. 115 del d.lgs. n. 267 del 18 agosto 2000", con contestuale affidamento per un periodo di 30 anni alla società medesima della gestione dei settori di attività riguardanti la manutenzione delle strade, l'illuminazione pubblica e la manutenzione del verde pubblico; e n. 140 del 19.10.2004, recante cessione di una quota del capitale sociale di 'Azienda Servizi Territoriali Genova s.p.a. - (A.S.TER. s.p.a.) fino alla percentuale massima del 40% alla partecipata Azienda Mediterranea Gas e Acqua s.p.a. (AMGA s.p.a.), nonché ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o connesso, nonché per l'accertamento e la declaratoria della nullità dei contratti di servizio e/o delle convenzioni stipulati e/o stipulandi tra il

Comune di Genova e A.S.TER. s.p.a. per l'affidamento dei servizi di cui alla deliberazione di C.C. n. 139/2004.

In particolare, il TAR ha dichiarato la propria giurisdizione sull'intera controversia, ha respinto varie eccezioni di inammissibilità del ricorso ed ha annullato la deliberazione del consiglio comunale di Genova n. 139/2004 per contrasto con la disposizione dell'art. 86, comma 2, del Trattato CE e dell'art. 113, comma 5, T.U.E.L., nella parte (punto n. 10 del dispositivo) in cui aveva disposto l'affidamento diretto ad A.S.TER. s.p.a. - e pertanto ad una società di capitali - della gestione trentennale dei servizi relativi alle attività di manutenzione strade ed opere connesse, illuminazione pubblica e impianti elettrici e tecnologici comunali, manutenzione del verde pubblico, senza l'espletamento di una previa gara con procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del gestore (art. 113, comma 5, lett. a, T.U.E.L.) o del socio privato (art. 113, comma 5, lett. b, T.U.E.L.) e senza dar conto in motivazione del ricorrere delle eccezionali circostanze che legittimavano l'affidamento in house (art. 113 comma 5 lett. c T.U.E.L.). Ha ritenuto salva la trasformazione dell'azienda speciale A.S.TER. nella società per azioni A.S.TER. s.p.a., in quanto non fatta oggetto di specifiche censure ed espressione di una facoltà espressamente prevista dall'art. 115 T.U.E.L. Ha quindi annullato anche la deliberazione del consiglio comunale di Genova n. 140/2004, per contrasto con la disposizione dell'art. 113, comma 5, lettera b), e comma 12 T.U.E.L., per aver individuato il socio privato di A.S.TER. s.p.a. ed aver comunque ceduto parte della partecipazione del comune in una società erogatrice di servizi pubblici di rilevanza economica senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica.

Avverso detta sentenza hanno proposto distinti ricorsi in appello la A.S.TER s.p.a., l'A.M.G.A. s.p.a. ed il comune di Genova. La ANCE Genova ed altri (ricorrenti originari) hanno a loro volta proposto distinti appelli incidentali per la parte in cui sono risultati soccombenti.

2. I tre ricorsi in appello vanno riuniti in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

3. Si può prescindere dalle eccezioni di inammissibilità del ricorso originario attesa la fondatezza degli appelli principali e conseguente infondatezza o inammissibilità per difetto di giurisdizione del ricorso originario, come di seguito precisato.

4. Al fine di definire correttamente l'oggetto della controversia ed esaminare compiutamente le varie doglianze, si rende opportuno scindere il contenuto della delibera comunale n. 139 in due parti: con la prima si decide la trasformazione di un'Azienda speciale (A.S.TER) in S. p. A. sulla base dell'art. 115 D. L.vo 18.8.2000 n. 267; con la seconda si decide di affidare alla nuova Società (con capitale iniziale della società interamente sottoscritto dal comune di Genova, quale unico socio) le attività riguardanti la manutenzione strade, l'illuminazione pubblica e la manutenzione verde (in precedenza già attribuite progressivamente, nel periodo 1999-2002, dal Comune all'Azienda speciale), per la durata di trenta anni.

4.1 Contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti incidentali, le attività affidate alla società A.S.TER costituiscono indubbiamente servizi pubblici locali, come del resto correttamente ritenuto dal TAR nel rigettare il 1° motivo del ricorso originario.

Invero, ai fini della qualificazione di un'attività come servizio pubblico locale o meno occorre prendere in considerazione l'art. 112 T.U.E.L., secondo il quale "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

La genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 T.U.E.L.), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), assumere come doverose.

Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività.

Ciò è quanto è avvenuto nel comune di Genova, che, dal 1999 in poi, con riferimento alle attività di manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione pubblica e (da ultimo) del verde pubblico, ha inteso superare una gestione frammentaria e disomogenea degli interventi, assumendoli come altrettanti servizi pubblici al dichiarato fine di garantirne l'assolvimento in maniera coordinata e continuativa.

Dunque, muovendo dal dato di diritto positivo fornito dall'art. 112 T.U.E.L., deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico.

Nel caso di specie il comune di Genova ha assunto come servizi pubblici locali quelli di manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione pubblica e del verde pubblico, per la gestione dei quali ha, a suo tempo, appositamente costituito l'azienda speciale A.S.TER.

Tanto è sufficiente per concludere che si tratta senz'altro di servizi pubblici locali ricadenti nel campo di applicazione del titolo V del T.U.E.L.

4.2. La trasformazione dell'azienda speciale in s.p.a. costituisce nello stesso tempo privatizzazione ai sensi dell'art. 23 bis, 1° comma lett. e), L. 6.12.1971 n. 1034, come aggiunto dall'art. 4 L. 21.7.2000 n. 205, e scelta organizzativa riguardante pubblici servizi locali. Per cui trattandosi di scelta discrezionale della P.A., con conseguenti posizioni di interesse legittimo dei soggetti che intendono contrastare tale scelta, sussiste la giurisdizione generale di legittimità di questo giudice sulla relativa controversia.

4.3. La decisione di affidare per trenta anni alla S.p.A. A.S.TER i tre servizi in questione, riguardando la materia dell'affidamento di servizi pubblici, rientra invece nella giurisdizione esclusiva di questo giudice alla stregua dell'art. 33, 1° comma, D.L.vo 31.3.1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 L. n. 205/2000, nel testo di cui alla sentenza Corte cost. n. 204 del 6.7.2004.

4.4. Per quanto concerne il contenuto della deliberazione n. 139/2004, nella parte relativa alla trasformazione dell'azienda speciale in S.p.A., in adesione a quanto sostenuto dalle parti appellanti e contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, nella specie non è stato violato l'art. 113 T.U.E.L., trattandosi di trasformazione di un'azienda speciale in società di capitali ai sensi dell'art. 115 T.U.E.L., per cui deve ritenersi legittima la delibera n. 139/2004 sotto tale aspetto.

Un'operazione del genere è espressamente consentita dall'art. 115 D. L. n.267/2000 e successive modificazioni, che richiama nel 4° comma anche la disciplina sulle privatizzazioni di cui al D.L. 31.5.1994 n. 332 (convertito dalla L. 30.7.1994 n., 474).

Relativamente poi alla decisione di affidare per trenta anni detti servizi alla nuova Società, si tratta di una scelta discrezionale che non si pone in contrasto con l'art.113 T.U.E.L. in quanto non occorre procedere ad un affidamento con le procedure di evidenza pubblica, avendo al momento la Società di capitali come socio unico il Comune di Genova.

Né sono state contestate le ulteriori condizioni necessarie per l'affidamento diretto di un servizio pubblico e cioè che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Inoltre, per quanto concerne in particolare l'incremento della durata dell'affidamento dei servizi per un periodo di trenta anni alla nuova Società, l'operazione non è manifestamente illogica, in quanto è senz'altro coerente con il migliore perseguimento dell'interesse pubblico, apportando un consistente beneficio al patrimonio societario, con ricadute economiche positive tanto per il Comune quanto per la Società.

Peraltro, dovendo definirsi "organismo di diritto pubblico", la nuova Società sarà tenuta ad osservare, per la scelta dei propri contraenti in tema di acquisti (forniture o servizi) e lavori, le disposizioni che regolano il settore pubblico.

4.5. In ordine alla deliberazione n. 140/2004, con la quale il Comune ha deciso di cedere una quota del capitale sociale di Azienda Servizi Territoriali Genova s.p.a. – (A.S.TER. s.p.a.) fino alla percentuale massima del 40% alla partecipata Azienda Mediterranea Gas e Acqua s.p.a. (AMGA s.p.a.), della quale ha la proprietà maggioritaria del capitale, occorre osservare quanto segue:

- non è scelta di un socio “operativo” cui affidare l’espletamento del servizio, avendo soltanto contenuto finanziario: come tale, ne sono esclusi profili autoritativi;
- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR in adesione della censura avanzata dai ricorrenti originari, detta scelta non si pone in contrasto con l’art. 113, comma 12°, T.U. n. 267/2000, come modificato dall’art. 14 D.L n. 269/2003, convertito dalla L. n. 326/2003, nella parte in cui stabilisce che “l’ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento”, in quanto la disposizione deve essere intesa in senso restrittivo atteso che il prescritto obbligo della procedura ad evidenza pubblica presuppone comunque il subentro, in tutto o in parte, all’Ente locale di un socio operativo nell’espletamento del servizio, il che non si verifica allorché l’operazione ha solo contenuto finanziario, come nella fattispecie;
- detta conclusione vale in particolar modo nel caso in esame in cui la cessione della partecipazione in A.S.TER S.p.A. da parte del comune di Genova a favore di AMGA S.p.A. costituisce una riallocazione di partecipazioni all’interno del Gruppo comune di Genova, di cui fanno parte entrambe le società con partecipazione maggioritaria del Comune stesso, senza alcuna incidenza concreta sul mercato dei servizi, come del resto rilevato dal comune di Genova e come sottolineato nella stessa delibera n. 140/2004, ove viene precisato che “sia AMGA S.p.A. che A.S.TER S.p.A. sono entrambe partecipate in misura maggioritaria dal comune di Genovadi fatto la cessione della partecipazione in A.S.TER S.p.A. dal Comune ad AMGA S.p.A. costituisce una riallocazione di partecipazioni all’interno del Gruppo comune di Genova e pertanto non ha alcuna rilevanza sul mercato dei servizi”;
- evidentemente, una volta che il 40% di A.S.TER S.p.A. sarà detenuto da AMGA S.p.A. (società mista), il comune di Genova non potrà più affidare direttamente ad A.S.TER S.p.A. (diventa società mista) dei nuovi servizi, dovendo invece attivare le procedure ad evidenza pubblica.

Ne discende che la controversia, relativamente a detta delibera n. 140/2004, sfugge alla giurisdizione del giudice amministrativo per la mancanza nella deliberazione impugnata di profili autoritativi (V. C. Cost. n. 204 del 6.7. 2004 e n. 191 dell’11.5.2006), con conseguente inammissibilità delle censure avanzate dai ricorrenti originari contro la delibera stessa.

4.6. Essendo in parte infondato ed in parte inammissibile, per difetto di giurisdizione, il ricorso originario, anche gli appelli incidentali debbono essere respinti.

5. Per quanto considerato, vanno accolti come in motivazione gli appelli principali e respinti gli appelli incidentali e per l’effetto, in riforma della sentenza del TAR, in parte va respinto ed in parte va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso originario.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa riunione, accoglie come in motivazione gli appelli principali e respinge gli appelli incidentali e per l’effetto, in riforma della sentenza del TAR, in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 4.7.2006 con l’intervento dei Signori:

Giuseppe Farina Presidente

Aldo Fera Consigliere

Marzio Branca Consigliere

Aniello Cerreto Consigliere estensore
Gabriele Carlotti Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
f.to Aniello Cerreto f.to Giuseppe Farina
IL SEGRETARIO
f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 13 dicembre 2006
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE
f.to Antonio Natale