



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE Sent.n.1721/2008

PER LA SARDEGNA - SEZIONE PRIMA Ric. n. 1060/2005

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

a) sul ricorso n. 1060/2005 proposto da **CONSORZIO SERVIZI IMPRESE RIUNITE – CO.S.I.R.** a r.l., con sede in Cagliari, via Nuoro n. 74/C, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Antonello Rossi ed elettivamente domiciliato nello studio legale del medesimo in Cagliari, via Bellini n. 26;

contro

il Comune di Berchidda, in persona del Sindaco in carica pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Maria Fresu ed elettivamente domiciliato in Cagliari, Piazza Repubblica 10, presso lo studio dell'avv. Ettore Atzori;

e nei confronti di

Multiservice Limbara s.r.l., in persona del legale rappresentante;

per l'annullamento

- della delibera della Giunta Comunale di Berchidda n. 85 in data 24.8.2005, mediante la quale è stato disposto «*di dare*

incarico al responsabile del procedimento perché provveda, nei limiti delle norme che regolano la materia, allo scioglimento degli obblighi assunti da questa Amministrazione per l'appalto della raccolta differenziata dei rifiuti, con la ditta Co.sir. aggiudicatrice del servizio»;

- della successiva nota in data 29.05.2005 – prot. n. 4001, a firma del responsabile del procedimento, mediante la quale è stata trasmessa la suddetta delibera;

- per l'esecuzione in forma specifica e/o il risarcimento del danno ai sensi della legge n. 205/2000;

b) sui **motivi aggiunti**, depositati il 19 aprile 2008 e il 6 maggio 2008, proposti per l'annullamento:

- della proposta di determinazione n. 60 del 6 ottobre 2005, mediante la quale il responsabile del procedimento del Comune di Berchidda ha proposto di revocare l'aggiudicazione del servizio di raccolta rifiuti adottata in favore di CO.S.I.R.;

- della determinazione n. 801 del 6 ottobre 2005, mediante la quale il responsabile del Settore Tecnico del Comune di Berchidda ha approvato la proposta di deliberazione del responsabile del procedimento, n. 60 del 6 ottobre 2005, ed ha revocato l'aggiudicazione del servizio adottata in favore di CO.S.I.R.;

- della deliberazione del Consiglio Comunale di Berchidda n. 7 del 26 gennaio 2006, richiamata nei contratti di servizio del

14 aprile 2006, 8 gennaio 2007 e 31 dicembre 2007, con la quale è stata costituita la Multiservice Limbara s.r.l.;

- della determinazione del responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Berchidda n. 99 del 14 aprile 2006;

- dei provvedimenti mediante i quali il Comune di Berchidda ha affidato il servizio di raccolta e trasporto dei rr.ss.uu. alla Multiservice Limbara s.r.l. .

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visti i motivi aggiunti, depositati il 29 febbraio, 19 aprile e 6 maggio 2008.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Berchidda.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Nominato relatore per la pubblica udienza del 28 maggio 2008 il referendario Giorgio Manca e uditi gli avvocati delle parti, come da separato verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. – La società ricorrente ha partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Berchidda per l'affidamento del contratto di appalto del servizio di igiene urbana. All'esito delle operazioni di gara, con determinazione del responsabile del settore n. 941 del 17 dicembre 2003, CO.S.I.R. s.r.l. è risultata

aggiudicataria del servizio. Con nota del 19 gennaio 2004, prot. n. 297, il responsabile del procedimento comunicava a CO.SIR. l'aggiudicazione definitiva e la invitava alla presentazione dei documenti necessari ai fini della stipula del contratto di appalto. Faceva seguito una serie di incontri e una fitta corrispondenza tra l'impresa aggiudicataria e l'amministrazione comunale, vertenti essenzialmente sulla organizzazione del servizio e sulla sua decorrenza. Il contratto, tuttavia, non veniva stipulato.

Con deliberazione del 24 agosto 2005, n. 85, sul presupposto che il ritardo nell'attivazione del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti *«ha provocato l'applicazione di penali a questo Ente e gravi difficoltà nel gestire il servizio in economia»*; e ritenuto di dover *«provvedere all'attivazione di un servizio migliore e soprattutto più rispondente alle esigenze della popolazione»*; la Giunta Comunale di Berchidda dava *«incarico al responsabile del procedimento perché provveda, nei limiti delle norme che regolano la materia, allo scioglimento degli obblighi assunti da questa Amministrazione per l'appalto della raccolta differenziata dei rifiuti, con la ditta Co.sir. aggiudicatrice del servizio»*. Con la determinazione n. 801 del 6 ottobre 2005, il Responsabile del Settore Tecnico del Comune di Berchidda, accogliendo la proposta di determinazione formulata dal responsabile del procedimento, ha disposto *“di revocare con effetto immediato l'aggiudicazione dell'appalto del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti alla ditta COSIR di Cagliari”*.

Successivamente, con deliberazione del Consiglio Comunale, n. 7 del 26 gennaio 2006, il Comune di Berchidda ha costituito la società pubblica Multiservice Limbara s.r.l., di cui il Comune è unico socio, affidando alla stessa, con contratti stipulati il 14 aprile 2006, l'8 gennaio 2007 e il 31 dicembre 2007, il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani.

2. - Con il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 10 novembre 2005 e depositato il successivo 18 novembre, la società ricorrente impugna i provvedimenti meglio indicati in epigrafe, deducendo i seguenti motivi:

1° Difetto di motivazione sui presupposti che giustificano la revoca dell'agevolazione, nonché violazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, per la mancata precisazione dei motivi sopravvenuti di pubblico interesse che sorreggono la revoca.

2° Difetto di istruttoria, eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifesta. Il Comune di Berchidda non ha preso in considerazione la possibilità di adeguare il servizio alla normativa nel frattempo introdotta in materia di raccolta differenziata mentre ha preferito procedere ad una nuova gara, con una decisione illogica e irrazionale perché allunga i tempi di attivazione del servizio e aumenta il costo dello stesso.

3° Violazione dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e dell'art. 97 Cost. . Da quanto esposto, deriva anche la

violazione dei principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno, sia in forma specifica che per equivalente, la società ricorrente la propone in via subordinata, riservando a successivi atti processuali la prova dell'an e del quantum.

3. - Con i primi motivi aggiunti, notificati il 22 febbraio 2008 e depositati il successivo 29 febbraio, precisa la domanda risarcitoria, formulata per l'ipotesi in cui fosse impossibile conseguire l'affidamento del servizio a seguito dell'annullamento dei provvedimenti impugnati col ricorso introduttivo, nei termini che seguono:

- risarcimento per equivalente, nella misura del danno emergente per le spese sopportate per la partecipazione alla gara, quantificato in euro 12.471,02, e del mancato guadagno per la perdita di chance pari al 10% dell'importo del contratto; essendo tale importo pari a euro 385.150,00, il danno risarcibile da lucro cessante risulta essere di euro 38.115,00; al totale di euro 50.586,02, così determinato, va aggiunta una ulteriore somma pari al 10% del totale, a titolo di spese generali, per cui l'ammontare del danno di cui si chiede la liquidazione risulta essere di euro 55.644,62;

- risarcimento per responsabilità precontrattuale, nei limiti del c.d. interesse negativo ;

- indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990.

4. - Con i motivi aggiunti, notificati il 18 aprile 2008 e depositati il successivo 19 aprile, nei confronti dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e dell'eventuale provvedimento espresso di revoca dell'aggiudicazione che fosse stato adottato a seguito della deliberazione di indirizzo della G.C. (n. 85/2005) e dei provvedimenti con cui il Comune di Berchidda ha costituito una società a capitale pubblico, alla quale ha affidato il servizio, deduce i seguenti ulteriori motivi:

4° Violazione degli artt 2, 3, 7 e 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241. Violazione del combinato disposto di cui agli artt. 48 e 107 del D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Sviamento.

5° Violazione dell'art. 113, comma 5, lett. c), del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Violazione dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Violazione dell'art. 192 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267. Violazione del combinato disposto di cui agli artt. 48 e 107 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

5. - Con i motivi aggiunti notificati il 5 maggio 2008 e depositati il successivo 6 maggio 2008, asseritamente proposti a seguito del deposito di ulteriori documenti da parte dell'amministrazione resistente, avvenuto in data 30 aprile 2008, l'impresa ricorrente impugna il provvedimento formale di revoca dell'aggiudicazione, nonché la determinazione di impegno di

spesa per l'affidamento del servizio alla società pubblica Multiservice Limbara Srl (per il periodo 20 aprile 2006-20 gennaio 2007). Deduce i seguenti motivi:

6° Violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241. eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, irragionevolezza e contraddittorietà. Violazione dell'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990 n. 241.

7° Nullità della determinazione del Comune di Berchidda n. 99 del 14 aprile 2006, per violazione dell'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241. Violazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990. Violazione dell'art. 192 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Violazione e falsa applicazione dell'art. 113, comma V, lett. c), del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

6. - Per resistere al ricorso, si è costituito in giudizio il Comune di Berchidda, chiedendo che il ricorso sia respinto in quanto infondato; conseguentemente, con riferimento ai motivi aggiunti, eccepisce in via preliminare il difetto di interesse ad impugnare gli atti con i quali è stato affidato il servizio alla società pubblica Multiservice Limbara Srl .

7. - Alla pubblica udienza del 28 maggio 2008 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. - Nell'ambito della pluralità degli atti impugnati con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti, occorre muovere

l'esame di legittimità da quelli con i quali è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione definitiva del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, a suo tempo pronunciata a favore della società ricorrente.

2. – Il ricorso è fondato.

Tra i motivi dedotti, è fondato, in primo luogo, quello incentrato sulla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, per la mancata previa comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva (4° dei motivi aggiunti depositati il 9 aprile 2008 e 5° dei motivi aggiunti depositati il 6 maggio 2008).

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, condiviso dal Collegio, quando l'amministrazione intenda procedere al riesame in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva, con il quale si sia concluso il procedimento di affidamento di contratti pubblici deve adempiere alla prescrizione imposta dall'art. 7 della legge n. 241/1990 (recentemente Cons. St, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5925), provvedendo alla comunicazione dell'avvio del procedimento (quantomeno) nei confronti dell'aggiudicatario la cui sfera giuridica potrebbe essere incisa dagli effetti sfavorevoli derivanti dall'adozione dell'atto di revoca.

Nel caso di specie, dagli atti acquisiti al giudizio non risulta che tale comunicazione sia stata effettuata.

La difesa dell'amministrazione comunale intimata sostiene che la nota prot. n. 4001 del 20 settembre 2005, inviata dal responsabile del procedimento alla società ricorrente, costituisce la predetta comunicazione di avvio. Tuttavia, in senso contrario, si deve innanzitutto rilevare che la nota richiamata si limitava a *«trasmette(re) per conoscenza la delibera di intenti formulata dalla Giunta Comunale per lo scioglimento degli obblighi assunti ... per l'appalto del servizio di cui trattasi»*; precisando, in fine, che *«seguirà determinazione del Responsabile del Servizio per la formalizzazione degli indirizzi impartiti»*. Pur non aderendo a quegli indirizzi interpretativi secondo i quali la comunicazione dell'avvio del procedimento deve prefigurare lo schema di atto finale che l'amministrazione intende adottare al termine del procedimento, si deve ritenere che tra le note caratteristiche della comunicazione di avvio debbono figurare almeno due elementi, essenziali affinché l'atto possa svolgere la sua funzione di garanzia nei confronti dei soggetti interessati e di stimolo alla loro partecipazione procedimentale. In primo luogo, deve risultare la manifestazione di volontà dell'amministrazione (meglio: dell'organo competente all'adozione del provvedimento finale) di iniziare un procedimento amministrativo; in secondo luogo, la necessaria precisazione del potere amministrativo che si intende esercitare e della decisione che potrebbe scaturire al termine del procedimento.

Analizzando la nota del responsabile del procedimento, sopra richiamata, si può constatare come questi due elementi siano assenti. Manca una autonoma decisione dell'organo competente, in ordine al tipo di procedimento che si intende avviare; né tale decisione risulta in altro modo, posto che il responsabile del procedimento nemmeno fa propri i contenuti della delibera della Giunta Comunale trasmessa (limitandosi, appunto, a trasmetterla), finendo con l'agire come una sorta di *nuncius* e non quale organo investito della decisione.

Inoltre, proprio per quanto appena osservato, manca qualsiasi riferimento a quale sia la decisione amministrativa finale. E' eloquente, in tal senso, anche il rinvio ad una determinazione futura «*per la formalizzazione degli indirizzi impartiti*», espressione dal significato non univoco quanto al tipo di atto che l'amministrazione intendeva assumere (tenuto conto che, con una adeguata motivazione, l'organo avrebbe potuto discostarsi dalle direttive ricevute).

3. – Sono fondate altresì le censure con le quali CO.S.I.R. s.r.l. denuncia la illegittimità degli atti impugnati sotto il profilo della carenza di motivazione, dell'eccesso di potere per difetto dei presupposti e del travisamento dei fatti (cfr. 6° dei motivi aggiunti depositati il 6 maggio 2008), reputando insufficienti, errate o insussistenti in fatto le motivazioni utilizzate a sostegno della revoca dell'aggiudicazione.

Dalla lettura congiunta della proposta di determinazione del responsabile del procedimento e della determinazione del responsabile del settore tecnico, n. 801 del 6 ottobre 2005, emerge che la motivazione è basata sulle seguenti circostanze:

a) CO.S.I.R. s.r.l. non ha presentato la documentazione richiesta ai fini della stipula del contratto (cauzione definitiva, versamento dei diritti di segreteria, dell'imposta di bollo e di altre spese per il contratto, proposta di distribuzione dei contenitori);

b) CO.S.I.R. s.r.l. non ha adempiuto a quanto previsto dagli articoli 2 bis e 3 del capitolato speciale d'appalto;

c) la necessità di riesaminare le *“modalità di realizzazione del servizio con un diverso apprezzamento della situazione esistente”*.

Quanto alla circostanza sub a), dalla documentazione acquisita al giudizio risulta la non veridicità delle affermazioni riportate. La società ricorrente ha, infatti, provveduto a depositare sia la copia della polizza fideiussoria stipulata per la cauzione definitiva, sia copia dell'assegno circolare emesso per il pagamento delle altre spese per la stipula del contratto, smentendo, in tal modo, i fatti affermati nell'atto impugnato.

Con riguardo alla motivazione sub b), occorre ugualmente riferirsi alla documentazione prodotta in giudizio dalla ricorrente, dal cui esame emerge come i numerosi rinvii del termine per l'inizio del servizio sono stati decisi con l'accordo

(e, a volte, la sollecitazione) dell'amministrazione comunale. Fatti non smentiti dalla difesa dell'amministrazione intimata. Pertanto, gli asseriti inadempimenti del capitolato non possono essere imputati alla ricorrente.

Quanto alle ragioni indicate sub c), richiamata quella giurisprudenza secondo la quale l'amministrazione appaltante può rivedere o riesaminare l'aggiudicazione definitiva, in presenza di specifiche ragioni di pubblico interesse (da sottoporre a comparazione con gli interessi del privato che si sia aggiudicato il contratto), occorre subito precisare che l'esercizio legittimo di un tale potere di autotutela comporta, in sede di motivazione del provvedimento di secondo grado, la esplicazione analitica e determinata dei fatti che supportano la rivalutazione degli interessi pubblici nella concreta vicenda amministrativa implicata (si veda, per tutte, Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6931) e giustificano il sacrificio imposto all'interesse del privato.

E' appena il caso di sottolineare come le scarse indicazioni ricavabili dalla lettura della determinazione impugnata e della deliberazione della G.C. n. 85 del 24 agosto 2005, non soddisfano tali condizioni.

4. – Dalla accertata fondatezza dei motivi finora esaminati, che comporta il conseguente annullamento della deliberazione della G.C. n. 85/2005 e della determinazione del responsabile del settore tecnico n. 801 del 6 ottobre 2005, deriva anche

l'irrilevanza o l'assorbimento delle altre doglianze sollevate nei confronti dei medesimi provvedimenti.

5. - Ne deriva, altresì, che non può essere accolta l'eccezione sollevata dalla difesa dell'amministrazione resistente, relativa al difetto di legittimazione e di interesse di CO.S.I.R. s.r.l. alla impugnazione dei provvedimenti con i quali il Comune di Berchidda, dopo aver revocato l'aggiudicazione, ha affidato lo svolgimento del servizio alla società Multiservice Limbara s.r.l., interamente controllata dal Comune (unico socio). Eccezione che, infatti, esplicitamente muoveva dalla premessa che la revoca dell'aggiudicazione fosse legittima.

6. - Passando, quindi, all'esame della domanda di annullamento di tali ultimi provvedimenti, nei loro confronti la società ricorrente deduce, in primo luogo, la violazione dell'art. 113, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 267/2000, e dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE sulla ammissibilità degli affidamenti diretti, senza una previa gara pubblica, a società pubbliche o miste, di appalti di servizi pubblici. In particolare, l'affidamento disposto dal Comune di Berchidda contrasterebbe con il principio per il quale occorre che sulla società pubblica o mista l'amministrazione eserciti un controllo analogo a quello esercitato sulla propria organizzazione amministrativa (e dunque rientri nella figura dell'affidamento *in house*).

7. - Il motivo è fondato.

L'art. 113 cit. (intitolato «Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica») dispone, al comma 5, lett. c), quanto segue:

«c) a società a capitale interamente pubblico a condizione 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».

Questo Tribunale ha avuto occasione recentemente di pronunciarsi sulla questione della compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'affidamento diretto, a società con capitale interamente pubblico, di un servizio pubblico locale a rilevanza economica (come nella specie), delineando, sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, i principi giuridici che governano la materia (v. T.A.R. Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407). Ricostruzione pienamente condivisibile, dalla quale nel caso di specie non vi sono ragioni per discostarsi. Nella pronuncia richiamata si è osservato che *«a partire dalla sentenza 17/11/1999, in causa C-107/98 (nota come sentenza Teckal) la Corte di Giustizia ha affermato che il detto affidamento è consentito a patto che:*

a) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;

b) l'affidatario svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza (cfr. anche Corte Giust. C.E. 13/10/2005 in causa C-458/03, Parking Brixen).

Non è, infatti, vietato all'amministrazione sottrarre al mercato attività in relazione alle quali la medesima ritenga di dover provvedere direttamente con la propria organizzazione. Come è stato, efficacemente, rilevato, la creazione di un mercato comune e l'applicazione delle regole di tutela della concorrenza per garantirne il mantenimento incontrano il limite del potere di organizzazione della pubblica amministrazione riconosciuta agli stati membri dalle istituzioni comunitarie. Tale limite non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate dal mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato. La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni presuppone un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica voglia, invece, ricorrere all'autoproduzione.

Il rilievo ha trovato eco nella giurisprudenza comunitaria, secondo la quale "Un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti

mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici" (così Corte Giust. C.E. 11/1/2005 in causa C-26/03, Stadt Halle). Ed altresì, in quella nazionale, ove si afferma che la norme comunitarie "non interferiscono sui poteri delle pubbliche amministrazioni di adottare soluzioni organizzative che siano le più rispondenti alle esigenze che esse stesse ritengano di dover soddisfare conformemente alle leggi che le disciplinano" (così Cons. Stato, V Sez., 18/9/2003 n°5316).

Deve, quindi, ritenersi che la scelta di optare tra outsourcing e in house providing non sia sindacabile alla stregua del diritto comunitario.

In presenza delle cennate condizioni - "controllo analogo" e destinazione prevalente dell'attività all'ente di appartenenza - il legame che unisce quest'ultimo all'affidatario del servizio ha carattere organizzativo, cosicché non è richiesto l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica (...).

Secondo la giurisprudenza amministrativa e comunitaria, premesso che la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario ma non sufficiente ad integrare il c.d. "controllo

analogo", quest'ultimo si sostanzia in "un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario" (così Cons. Stato, VI Sez., 25/1/2005 n°168, si veda anche Cons. Stato, V Sez., 3/4/2007 n°1514; C.Si. 4/9/2007 n°719; Corte Giust. C. E. 18/11/1999, in causa C-107/98; 6/4/2006 in causa C-410/04; 11/5/2006, in causa C-340/04). Con la sentenza da ultimo menzionata, la Corte di Giustizia ha, in particolare, precisato che il "controllo analogo" è configurabile allorché l'ente pubblico detentore del capitale, abbia la possibilità di esercitare un'"influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società" (in termini anche citata sentenza Parking Brixen)».

Sulla questione è successivamente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (3 marzo 2008, n. 1) che ha così sintetizzato le condizioni per la legittima sussistenza del controllo analogo:

«a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);

b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a

quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);

c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);

d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'in house, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio). Ne consegue che l'in house esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza

dominante dell'ente.».

8. - Applicando i principi enunciati alla fattispecie oggetto della presente controversia, ritiene il Collegio che i descritti connotati essenziali del controllo analogo non siano riscontrabili.

Analizzando le disposizioni statutarie della Multiservice Limbara s.r.l. si può riscontrare, in primo luogo, la mancanza di una norma che imponga un esame preventivo e vincolante da parte dell'amministrazione comunale di Berchidda sulle decisioni adottate dagli organi societari (secondo l'art. 18 dello statuto: amministratore delegato o consiglio di amministrazione). L'art. 21 dello statuto prevede, infatti, regole di formazione della decisione che non prendono in considerazione tale profilo, decisivo – come si è visto – ai fini della individuazione del requisito del controllo analogo.

Lo statuto, inoltre, non esclude la possibilità di cessione di quote sociali a soggetti privati, come risulta dall'art. 10, ai sensi del quale «*Le partecipazioni sono liberamente trasferibili per atto tra vivi*». Il che consente di modificare la struttura delle partecipazioni al capitale della società affidataria del servizio pubblico, mettendone in pericolo la natura di organizzazione *in house*.

L'assenza dei due requisiti analizzati rende evidente la insussistenza nel caso concreto dell'elemento costituito dal controllo analogo, con la conseguente illegittimità

dell'affidamento diretto del servizio di raccolta e trasporto dei RR.SS.UU. alla società Multiservice Limbara s.r.l. .

9. - Con l'accoglimento della doglianza appena esaminata possono ritenersi assorbiti le ulteriori censure dedotte con i motivi aggiunti in esame. Con la necessaria precisazione che l'accertata illegittimità della deliberazione consiliare di costituzione della società pubblica e di affidamento diretto del servizio alla stessa riverbera, in termini di invalidità derivata, sulle impugnate determinazioni in base alle quali sono stati stipulati i contratti per lo svolgimento del servizio di raccolta e trasporto dei RR.SS.UU. negli anni 2006, 2007 e 2008.

10. - Si può a questo punto passare all'esame della domanda di risarcimento, proposta dalla ricorrente per i danni asseritamente subiti per l'illegittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva e la conseguente mancata esecuzione del contratto.

La domanda deve essere accolta nei termini di cui appresso.

11. - In linea di fatto, va precisato che la (mancata stipula del contratto e poi la) revoca dell'aggiudicazione ha sicuramente impedito lo svolgimento del servizio da parte di CO.S.I.R. s.r.l.. Impedimento che si è protratto per l'intera durata del termine contrattuale, previsto dagli atti di gara in un triennio (ormai interamente trascorso). D'altro canto, come si è visto, la possibilità di eseguire il contratto è stata definitivamente

preclusa alla ricorrente dalla decisione dell'amministrazione di avvalersi della società pubblica Multiservice Limbara s.r.l. . L'accoglimento delle domande di annullamento degli atti impugnati, pertanto, non è integralmente soddisfacente delle pretese fatte valere da CO.S.I.R. s.r.l. nel presente giudizio.

12. - Sul piano degli elementi costitutivi della responsabilità civile del Comune di Berchidda, in funzione di stazione appaltante, accertata l'illegittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, non sembrano sussistere – né sono stati allegati dalla difesa dell'amministrazione – cause di esclusione della colpa dell'amministrazione comunale. I motivi che hanno condotto alla invalidità degli atti impugnati rappresentano altrettanti profili di disciplina sui quali si è formata una giurisprudenza amministrativa ormai consolidata e costante, la cui ignoranza appare certamente inescusabile.

Per quanto concerne il nesso di causalità tra illegittimità e danno, è sufficiente osservare che senza l'attività amministrativa illegittima posta in essere dal Comune di Berchidda la società ricorrente avrebbe potuto (stipulare ed) eseguire il contratto e conseguire pertanto il prevedibile utile d'impresa.

13. - Va riconosciuto, pertanto, il danno derivante dalla mancata esecuzione del contratto oggetto della gara in questione.

La giurisprudenza nettamente prevalente, in queste ipotesi determina il danno da mancata esecuzione del contratto, a titolo di lucro cessante, commisurandolo al 10% del valore dell'appalto

(come eventualmente ribassato dall'offerta dell'impresa danneggiata), utilizzando in via equitativa il criterio stabilito nell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato F, (che, peraltro, trova conferma nell'art. 158 del Codice dei contratti pubblici, di cui d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché negli articoli 30 e 122 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554). L'importo deve, peraltro, essere ridotto qualora l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare le maestranze e i mezzi, lasciati disponibili, per lo svolgimento di analoghi lavori (Sez. IV 27 ottobre 2003 n. 6666, che ha fissato il risarcimento al 5% dell'utile). Nel caso di specie, la ricorrente non ha fornito tale dimostrazione. Ne deriva che a titolo di mancato guadagno, per non aver potuto eseguire il contratto, va riconosciuto il solo importo corrispondente al 5% del valore del contratto non concluso. Tenuto conto che l'importo complessivo del contratto era pari a euro 381.150,00, il 5% di tale importo corrisponde a euro 19.057,50.

A tale somma, riguardante il risarcimento di un danno da responsabilità extracontrattuale e, pertanto, costituente debito di valore (Cons. Stato, sez. V, 8.07.02, n. 3796 e sez. IV. 15.2.05, n. 478), deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data del verificarsi dell'illecito (TAR Lombardia, Brescia, 23.06.2000, n. 557), vale a dire dalla data della illegittima revoca dell'aggiudicazione, fino alla data di deposito della presente sentenza; data in cui, per effetto della

liquidazione giudiziale, il debito di valore di trasforma in debito di valuta. Sulle somme, progressivamente rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale, secondo il tasso annuale vigente a partire dall'epoca della verifica dell'illecito e fino a quello di deposito della presente sentenza; ciò in funzione compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno (Cons. Stato, sez. IV, 15.02.05, n. 478). Su tutte le somme sono dovuti, infine, gli interessi legali, dalla data di deposito della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo.

14. - Sul piano della quantificazione, non possono invece attribuirsi (nel caso in cui si riconosca l'importo costituito dal mancato guadagno, come avvenuto nel caso di specie) le spese sostenute per la partecipazione alla gara, né quelle sopportate in vista della stipula del contratto. Infatti, in tal modo si riconoscerebbe un risarcimento per equivalente superiore alle perdite patrimoniali subite dal danneggiato, violando pertanto un principio fondamentale in tema di risarcimento. Con il risultato che l'impresa concorrente percepirebbe, in sede risarcitoria, più di quanto avrebbe avuto se avesse eseguito il contratto, poiché beneficerebbe sia dei vantaggi economici che avrebbe avuto se non avesse stipulato ed eseguito il contratto oggetto di gara, sia dei lucri che avrebbe conseguito ove il contratto fosse stato eseguito. In definitiva, si cumulerebbero i danni da lesione dell'interesse negativo con quelli da lesione dell'interesse

positivo, il che è da ritenere inammissibile sia alla luce dei principi (sopra richiamati) in materia di risarcimento del danno, sia perché il risarcimento assumerebbe, in questi casi, una valenza sanzionatoria e non semplicemente riparatoria.

15. - Per quanto illustrato, quindi, il ricorso deve essere accolto nei limiti sopra specificati. Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, pronunciandosi definitivamente, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti di cui in epigrafe, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Berchidda al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente CO.S.I.R. s.r.l. , nella misura e secondo i criteri indicati in motivazione.

Condanna il Comune di Berchidda al pagamento delle spese del presente giudizio a favore della società ricorrente, liquidate in complessivi euro 3.000,00.

Ordina che la presente sentenza sia comunicata alla Procura regionale della Corte dei Conti, per le valutazioni di competenza.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, nelle Camere di Consiglio del 28 maggio 2008 e 6 agosto 2008, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, con l'intervento dei Signori:

Paolo Numerico	Presidente
Alessandro Maggio	Consigliere
Giorgio Manca	Referendario – estensore

Depositata in segreteria oggi 12/08/2008

Il Direttore di sezione