

REPUBBLICA ITALIANA

N. 6159/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 34 REG:RIC.

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

ANNO 2005

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 34 del 2005 proposto dalla GEAT S.R.L.
(d'ora innanzi "Geat"), costituitasi in persona
dell'Amministratore delegato *p.t.*, e dalla SAN GIORGIO S.P.A.
(già PUBLICONCONSULT S.P.A., di seguito "Publiconsult"),
costituitasi in persona dell'Amministratore unico *p.t.*,
rappresentate e difese dagli avv.ti Angelo Clarizia, Angelica
Buccelli e Raffaele Mirigliani, elettivamente domiciliate in
Roma, presso lo studio del primo difensore, in via Principessa
Clotilde, n. 2;

contro

il COMUNE DI ROSETO CAPO SPULICO, costituitosi in
persona del Sindaco *p.t.*, rappresentato e difeso dagli avv.ti
Mario Sanino e Mario Mascaro, elettivamente domiciliato in
Roma, presso lo studio del secondo difensore, in via San
Giacomo, n. 22;

per la riforma

della sentenza n. 2083 dell'8.10.2004-11.11.2004, pronunciata,
tra le parti, dal Tribunale amministrativo regionale della
Calabria, sede di Catanzaro, sez. II;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roseto Capo Spulico;

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

Vista l'ordinanza della Sezione n. 740 del 15.2.2005, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 17.6.2008 l'avv. Clarizia per le appellanti e l'avv. Sanino per il Comune appellato;

FATTO E DIRITTO

1. - La Geat, società a prevalente capitale pubblico costituita dal Comune di Roseto Capo Spulico, e la Publiconsult, socio privato della Geat, impugnano la sentenza, indicata in epigrafe, con la quale il T.a.r. della Calabria ha dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione, il ricorso proposto dalle odierne appellanti, onde ottenere l'annullamento della determinazione n. 53 dell'11.12.2003 del Responsabile del Servizio finanziario e tributi del Comune di Roseto Capo Spulico, concernente "decadenza affidamento servizi entrate comunali", nonché delle note dello stesso Responsabile del Servizio n. 3250 del 9.9.2003, n. 3558 del 30.9.2003, n. 4057 dell'11.11.2003 e n. 4262 del 28.11.2003 e delle note del Sindaco n. 3824 del 22.10.2003 e n. 4234 del 27.11.2003, nonché per ottenere la condanna del

Comune di Roseto Capo Spulico al risarcimento dei danni mediante reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

2. - Avverso la sentenza hanno interposto appello la Geat e la Publiconsult, lamentando l'erroneità della decisione. In particolare, le appellanti ritengono che la controversia rientri nella giurisdizione amministrativa e ripropongono nel merito i motivi del ricorso promosso avanti al T.a.r..

3. - Si è costituito il Comune di Roseto Capo Spulico per resistere alle domande avversarie.

4. - All'udienza del 17.6.2008 l'appello è stato trattenuto in decisione.

5. - Ai fini del decidere, è sufficiente dedicare brevi cenni ai principali fatti della causa.

La Geat è una società a prevalente capitale pubblico costituita ad iniziativa del Comune di Roseto Capo Spulico; la Publiconsult è il socio privato della Geat, con obbligo di prestazioni accessorie ai sensi degli articoli 2345 e 2478 del codice civile. Con delibera consiliare n. 13 del 28.3.2002 il Comune di Roseto Capo Spulico stabilì, infatti, di costituire una società mista, multiservizi, a maggioranza pubblica avente ad oggetto la gestione:

- di tutte le entrate comunali, tributarie e patrimoniali,
- dei servizi di raccolta e di trasporto dei rifiuti solidi urbani,
- del servizio idrico integrato,

- nonché della manutenzione della viabilità, della segnaletica e degli impianti di pubblica illuminazione.

Una volta individuato il socio privato (la Publicconsult), scelto con procedura ad evidenza pubblica, fu costituita la Geat con atto pubblico del 12.2.2002.

Con successivo atto del 2.2.2003 i Responsabili dei Servizi comunali rientranti nell'oggetto sociale della Geat assegnarono alla società i relativi servizi.

I rapporti tra la Geat e il Comune di Roseto Capo Spulico si fecero subito critici in ragione sia della mancata stipulazione della convenzione destinata a regolare i reciproci rapporti sia dell'esercizio da parte della Geat – in maniera abusiva, secondo il Comune - del servizio di riscossione anche in relazione agli anni antecedenti la costituzione della società.

La crisi raggiunse il suo acme con l'adozione dell'impugnata determinazione n. 53 dell'11.12.2003, con la quale, in esito alla vicenda sopra succintamente tratteggiata, fu disposta la decadenza della Geat dall'espletamento del servizio di gestione delle entrate comunali, tributarie e patrimoniali, ai sensi dell'art. 11 del Capitolato, disposizione che prevede, tra l'altro, la decadenza dall'affidamento in caso di continuate irregolarità o reiterati abusi nella conduzione del servizio.

6. - Il T.a.r. della Calabria, adito dalle appellanti, ha ritenuto che l'atto all'origine della controversia fosse espressione di poteri risolutivi di natura privatistica, spettanti alla parte pubblica

nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale disciplinato in via convenzionale; ha altresì affermato che quei poteri risultavano esercitabili, ed erano stati in concreto esercitati, in presenza di specifiche fattispecie di inadempimento di obblighi inerenti al rapporto stesso (ossia al ricorrere delle ipotesi contemplate nell'art. 11 del Capitolato).

Reputando di poter trarre argomenti a conforto di tale tesi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, il primo Giudice ha escluso che la decadenza in discorso fosse estrinsecazione di potestà autoritative, destinate ad incidere su posizioni di interesse legittimo, e, in via di coerente consequenzialità, ha declinato la propria giurisdizione anche in ordine alla correlata domanda aquiliana, precisando in ultimo che la lite esulava altresì dal novero delle controversie in materia di concessioni di pubblici servizi (in ordine alle quali la Corte costituzionale ha mantenuto ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), in quanto l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale ad una società appositamente costituita, previsto dall'art. 113 del D.lgs. n. 267/2000, configurerebbe una forma di gestione alternativa alla concessione.

7. - Il Collegio, diversamente da quanto opinato dal T.a.r. della Calabria, ritiene che la controversia non esorbits dall'alveo della giurisdizione amministrativa.

La conclusione difforme rispetto a quella fatta propria dal primo Giudice poggia su plurimi argomenti incentrati sia

sull'esegesi dell'art. 11 del Capitolato sopra richiamato, sia sulla qualificazione dell'atto impugnato in prime cure, sia sull'interpretazione dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, nella versione risultante dall'intervento della Corte costituzionale, sia, infine, sulla natura dell'affidamento diretto di pubblici servizi a società mista.

7.1. – In primo luogo, non può condividersi quanto affermato dal T.a.r. circa gli effetti della pretesa violazione dell'art. 11 del Capitolato e circa la natura meramente privatistica della determinazione dirigenziale recante la dichiarazione di decadenza dal servizio di gestione delle entrate tributarie. Ed invero, il Tribunale ha intravisto in tale atto l'espressione di un potere di natura contrattuale, assimilabile *quoad effectum* ad una “risoluzione per inadempimento”. Siffatta ricostruzione non sembra riflettere l'esatta configurazione dei rapporti giuridici intercorrenti tra le parti al momento della dichiarata decadenza. Appare, infatti, difficile sostenere che il Comune abbia esercitato un potere negoziale di natura risolutiva, in assenza dell'indispensabile presupposto giuridico rappresentato dalla convenzione per l'affidamento del servizio di gestione delle entrate tributarie e patrimoniali; anzi, emerge con evidenza dall'intera documentazione versata in atti come, all'origine dei contrasti tra la Geat e il Comune di Roseto Capo Spulico, vi fosse (anche) il rifiuto, che ogni parte ascriveva all'esclusiva responsabilità dell'altra, di sottoscrivere la convenzione destinata

a recepire il Capitolato.

L'esigenza di una preventiva stipulazione della convenzione è, d'altronde, chiaramente presupposta dallo stesso art. 11 del Capitolato che, non a caso, distingue tra "decadenza dal contratto" e "cessazione dal servizio". In altri termini, la specifica disciplina dell'affidamento disposto dal Comune appellato prevedeva che la cessazione dal servizio conseguisse quale effetto automatico della decadenza dal contratto (*rectius*, dalla convenzione). In concreto, è invece avvenuto che il Comune abbia disposto la decadenza della Geat prima e, giova ribadirlo, in mancanza di qualunque convenzione.

Non si intende negare che, in astratto, il Comune potesse disporre la decadenza della società dallo svolgimento del servizio affidato; si osserva piuttosto che, nel caso in esame, la cessazione dal servizio, decisa in via unilaterale dall'amministrazione locale, esulava in maniera evidente dall'alveo di un rapporto contrattuale mai venuto ad esistenza dal punto di vista giuridico, non foss'altro per il difetto della forma scritta *ad substantiam* (che, in deroga al principio civilistico della libertà delle forme negoziali, è la regola che presidia tutta l'attività negoziale, contrattuale e convenzionale, delle pubbliche amministrazioni).

7.2. - Le precedenti considerazioni conducono, pertanto, ad una diversa qualificazione dell'atto in contestazione alla stregua di un vero e proprio provvedimento amministrativo e, segnatamente, nei termini di una "decadenza" in senso stretto, ossia di un

provvedimento di secondo grado, ad esito eliminativo e non scevro di latenti valenze sanzionatorie, adottato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei poteri di autotutela decisoria, nelle ipotesi di mancato esercizio di facoltà entro termini indicati dalla legge o, come nel caso in esame, al ricorrere di qualificate violazioni - ascrivibili al destinatario del provvedimento - di obblighi comportamentali o prestazionali, geneticamente ricollegabili a rapporti di diritto pubblico, specialmente di natura concessoria.

Orbene, la natura autoritativa di un atto del genere è incontrovertibile.

D'altronde, la ricostruzione prospettata trova conferma nell'obiettivo atteggiarsi della determinazione dirigenziale n. 53/2003 quale *contrarius actus* rispetto all'affidamento dei servizi disposto con la nota dei Responsabili dei Servizi n. 13 del 2.1.2003 (destinata a perfezionare, a livello gestorio, la deliberazione consiliare n. 13 del 28.3.2002, avente ad oggetto la costituzione della Geat), con l'unica differenza – diretta tuttavia a rafforzare l'ipotesi ricostruttiva in disamina - che la determinazione di decadenza, riferendosi solo ad uno dei molti servizi affidati, proveniva da un unico responsabile del servizio.

7.3. - Se dunque la specifica vicenda estintiva non si innesta in un rapporto paritario ed orizzontale di natura negoziale e se, ancora, il provvedimento avverso in prime cure si connota per la sua dimensione autoritativa, allora risulta errata l'interpretazione

applicativa data dal T.a.r. all'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998.

7.4. – Occorre poi soggiungere che, anche dopo l'intervento manipolativo del 2004, il giudice amministrativo mantiene invero una giurisdizione esclusiva sull'affidamento dei servizi e nell'alveo semantico della nozione di affidamento rientra pure il suo contrario, ossia ogni atto di autotutela decisoria volto, come nella fattispecie sottoposta al vaglio del Collegio, a far cessare un servizio affidato.

7.5. - Vi è, infine, un'ultima argomentazione che converge nel senso della sussistenza della giurisdizione amministrativa. In proposito, va richiamata la precedente giurisprudenza della Sezione secondo cui (v. Cons. St., sez. V, n. 3672/2005) l'affidamento diretto, ad una società appositamente costituita, dei servizi pubblici di accertamento e di riscossione dei tributi e delle altre entrate dei comuni (e delle province), disciplinato dall'art. 52 del D.Lgs. n. 446/1997, è un fenomeno assimilabile, nell'ottica comunitaria dei rapporti di “partenariato pubblico privato” di tipo “istituzionale”, al rilascio di una concessione amministrativa la cui precipua peculiarità risiede nella forma di esercizio attraverso il necessario ricorso ad uno schema societario (sul punto, v. altresì il parere del Cons. St., sez. II, 18.4.2007, n. 456). Ne consegue che, anche da questo versante, appare erronea la dichiarazione di inammissibilità dell'originario ricorso, versandosi in materia di concessione di un servizio pubblico e, in particolare, in un caso di decadenza parziale dalla concessione.

8. - In conclusione, la sentenza impugnata merita annullamento e, a norma dell'art. 35 della L. n. 1034/1971, la controversia deve essere rinviata al T.a.r. della Calabria, per l'ulteriore corso.

9. - La complessità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali relative al secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata e rinvia la controversia avanti al T.a.r. della Calabria, sede di Catanzaro, per l'ulteriore corso.

Spese compensate.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 17.6.2008, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Iannotta	- Presidente
Cesare Lamberti	- Consigliere
Aniello Cerreto	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere estensore
Giancarlo Giambartolomei	- Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Gabriele Carlotti

f.to Raffaele Iannotta

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....11/12/08.....

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi