

N. 00111/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00847/2010 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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 847 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ica Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Ilaria Deluigi, Giovanni Gerbi, con
domicilio eletto presso Giovanni Gerbi in Genova, via Roma 11/1;

contro

Comune di Spotorno, rappresentato e difeso dagli avv. Lorenzo Acquarone,
Daniela Anselmi, Rossana Brandolin, con domicilio eletto presso Lorenzo
Acquarone in Genova, via Corsica,21/18-20;

nei confronti di

Star Srl, Societa' Tributi Italia Spa, in Amministrazione Straordinaria;

per l'annullamento

PROVVEDIMENTI AVENTE AD OGGETTO GESTIONE E
RISCOSSIONE DELLE ENTRATE COMUNALI - GARA AFFIDAMENTO
SERVIZIO;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Spotorno;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2011 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

ICA s.r.l. ha impugnato la deliberazione del Consiglio comunale di Spotorno avente ad oggetto la decisione di sciogliere e di mettere in liquidazione la società mista S.T.A.R., già affidataria in forza di convenzione della gestione dei servizi di riscossione tributi e igiene urbana, partecipata dal comune nella misura del 51% del capitale sociale, e per la residua parte da tre soci privati selezionati con gara, fra i quali la ricorrente.

L'impugnazione è stata cumulativamente estesa agli atti prodromici e conseguenti.

Nelle premesse dell'atto introduttivo la ricorrente ha dedotto che:

di essere stata selezionata, in raggruppamento temporaneo con Publicconsult s.p.a., capogruppo, e SAT s.p.a., quale socio privato della società S.T.A.R., posseduta nella misura del 51% del capitale dal comune di Spotorno;

di avere conseguentemente sottoscritto parte delle relative quote del capitale sociale gravate, ai sensi dell'art. 7, comma 2, dello statuto di S.T.A.R., dall'obbligo di eseguire le prestazioni accessorie;

con convenzione del 30 dicembre 2000, S.T.A.R. ha ricevuto in affidamento per trent'anni il servizio di gestione delle entrate comunali, concretamente svolto, in forza di autonoma convenzione, dal socio privato Publicconsult;

quest'ultimo, nel frattempo mutata la ragione sociale in Tributi Italia s.p.a., è stato estromesso da S.T.A.R. dal servizio per gravi violazioni della convenzione a fare data dal 15 settembre 2009 a cui ha fatto seguito, in via transitoria con il solo rimborso delle spese sostenute, il subentro di ICA s.p.a. nella gestione del servizio di riscossione fino al 31.12.2010 in attesa della rinegoziazione delle relative condizioni economiche;

ledendo – lamenta la ricorrente – ingiustificatamente l'affidamento ingenerato, il Comune resistente ha, dapprima, reso noto la volontà di indire una nuova gara per l'affidamento del servizio ed, in seguito, ha con la deliberazione impugnata deciso di sciogliere e mettere in liquidazione la società pubblico-privata S.T.A.R., e di gestire direttamente il servizio a fare data dal 1° gennaio 2011.

Conseguenti le censure:

Violazione degli artt. 7 e 8 l. n. 241/90;

Eccesso di potere sotto vari profili. Violazione dell'art. 37 d.lgs. n. 163/2006 ;

Violazione artt. 3, 41 e 97 cost.. Violazione art. 1375 c.c.

Con motivi aggiunti, sostanzialmente riproduttivi di quelli contenuti nel ricorso originario, la ricorrente ha impugnato gli atti ulteriori adottati, in pendenza del gravame, dal Comune resistente.

Il quale si è costituito eccependo *in limine* il difetto di giurisdizione del giudice adito, instando nel merito per l'infondatezza del ricorso.

Con sentenza 3 febbraio 2011 n. 216 il TAR ha declinato la propria giurisdizione in favore del giudizio arbitrale. In fase d'appello, viceversa, il Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2011 n. 5461 ha ritenuto la giurisdizione amministrativa rimettendo gli atti di causa al giudice di prime cure chiamato a conoscerne il merito.

Alla pubblica udienza del 14.12.2011 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La società ricorrente, sottoscrittrice di quote del capitale sociale della società pubblico-privata S.T.A.R., costituita dal comune di Spotorno, per l'esecuzione dei servizi di gestione delle entrate tributarie e d'igiene urbana, ha impugnato la deliberazione avente ad oggetto lo scioglimento e la messa in liquidazione della società e la decisione di gestire direttamente il servizio di riscossione tributi.

Le censure d'ordine sostanziale ruotano attorno a tre assi argomentativi.

Con riguardo al primo, in qualità di socia sottoscrittrice di quote del capitale sociale, la ricorrente, che in raggruppamento con gli altri due soci, in esito alla gara pubblica, era stata individuata quale *partner* della società partecipata dal comune di Spotorno, sarebbe (divenuta) titolare del diritto-obbligo ad eseguire le prestazioni accessorie: sicché, subentrata in via transitoria alla società Publicosult mandataria-capogruppo (poi Tributi Italia s.p.a.), rimossa per gravi inadempimenti della convenzione dall'incarico d'esecuzione delle prestazioni relative alla gestione del servizio di riscossione tributi, afferma di avere titolo, in forza dell' art. 7, comma 2, dello statuto di S.T.A.R., a portare a compimento fino alla scadenza naturale (31 dicembre 2030) il servizio.

Situazione questa, lamenta ancora la ricorrente, riconosciuta in un primo tempo dal Comune con atti idonei a fondare in capo ad essa l'affidamento incolpevole.

Quanto al secondo, nel caso in esame troverebbe applicazione l'art. 37 d.Lgs. n. 163/2006 laddove consentirebbe in determinate ipotesi, ritenute dalla ricorrente non tassative, fra cui quella che qui in esame, la modificazione soggettiva della composizione del raggruppamento temporaneo in fase d'esecuzione dell'appalto rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede d'offerta.

Infine, venendo al terzo ordine d'argomenti, non troverebbe giustificazione la decisione del Comune di sciogliere e mettere in liquidazione la società partecipata

S.T.A.R. anziché cedere le quote possedute ai soci privati. Sarebbe inoltre affetta da radicale illegittimità la revoca della convenzione, atto negoziale stipulato dal Comune e la società mista, già affidataria del servizio in forza di concessione, essa sì – semmai aggiunge ancora la ricorrente – oggetto di eventuale esercizio del potere di autotutela, nel caso di specie, peraltro, non affatto espressamente esercitato.

Le riassunte questioni sostanziali che fondano le censure ricevono ulteriore sostegno mercè la lamentata violazione delle norme che disciplinano la partecipazione al procedimento: non avendo ricevuto la comunicazione d'avvio del procedimento che ne occupa, la ricorrente sarebbe stata tenuta all'oscuro della volontà dell'amministrazione di adottare gli atti impugnati e non avrebbe potuto tempestivamente e utilmente interloquire nel corso del procedimento.

La risoluzione della controversia esige la preliminare individuazione, in termini strettamente adeguati all'economia della decisione, del quadro sistematico entro il quale s'iscrive la vicenda dedotta in causa.

Il Comune, a suo tempo, nel vigore di un assetto normativo oramai modificato (su cui in seguito *ex professo*), ha costituito la società mista STAR, espressione di partenariato pubblico-privato, per l'esecuzione dei servizi di gestione delle entrate tributarie e d'igiene urbana.

Individuati con gara i soci privati che hanno formulato l'offerta in raggruppamento temporaneo, ha con convenzione, mediata da relativa concessione, affidato i servizi alla società mista, la quale a sua volta, con altra concessione, ha attribuito la gestione delle entrate tributarie locali alla capogruppo Publiconsult.

Lo schema procedimentale tracciato segue la falsariga delle indicazioni che in tema la giurisprudenza ha via via elaborato: il socio (industriale) della società mista, dotato d'*asset* e di competenze tecniche per l'esecuzione dei servizi per conto del comune, è stato individuato con gara; l'affidamento diretto, senza gara, dell'appalto

alla società mista si giustificava in quanto il servizio era inerente all'oggetto sociale perseguito dalla società mista, appositamente costituita.

Con riguardo a quest'ultimo parametro, ossia l'affidamento diretto del servizio, s'è condivisibilmente affermato (cfr., approfonditamente sul punto, Cons. St., ad. plen. 3 marzo 2008 n. 1) che, per non eludere le regole del confronto concorrenziale, fin dall'indizione della gara per l'individuazione del socio privato, il comune appaltante deve specificare l'oggetto sociale perseguito dalla costituenda società in quella determinata composizione sociale, in guisa tale che la realizzazione, la modifica o il venire meno dell'oggetto e/o della sua composizione sociale condizionano non solo l'operatività della società ma, a monte, la partecipazione stessa del socio privato.

In definitiva seppure è vero che la società mista, al pari di qualsiasi altra impresa, segue la logica di mercato (cfr., perspicuamente, Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011 n. 77) nondimeno il rispetto delle regole previste per l'affidamento del servizio si riflettono dialetticamente, non solo (ovviamente) sul piano genetico, bensì (e – vien fatto di dire – soprattutto) su quello operativo.

Sicché, invertendo l'ordine delle censure come proposto nell'atto introduttivo, anche, per ipotesi, accogliendo l'argomento proposto dalla ricorrente a mente del quale il Comune avrebbe dovuto cedere ai soci privati la partecipazione anziché sciogliere e liquidare la società mista, l'affidamento del servizio, ottenuto senza gara, per le considerazioni appena rese, comunque sarebbe venuto meno.

Conseguentemente il motivo di censura in esame è inammissibile non avendo la ricorrente interesse a censurare il mancato esercizio di un'opzione, rimessa oltretutto alla discrezionalità del Comune socio di maggioranza, che comunque non gli avrebbe consentito di continuare a svolgere il servizio che ne occupa.

Tema quest'ultimo che evoca altro ordine di considerazioni sistematiche.

La normativa sopravvenuta, ossia quella in vigore dopo la costituzione della società mista, ed applicabile al caso di specie, è informata ad un'unica ratio: il disfavore per la istituzione da parte dei comuni di società.

Nella legge n. 122 del 2010 è fatto divieto di istituire nuove società per i comuni, come quello di Spotorno, con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti. Attualmente, in disparte il settore dei servizi pubblici locali disciplinato da specifica normativa, sono compatibili con l'ordinamento sezionale in esame le società c.d. inerenti, ossia, per riprendere l'espressione coniata dal giudice delle leggi nella sentenza n. 148 del 2009, quelle che svolgono un'attività amministrativa, o, altrimenti detto, le società strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Peraltro lo svolgimento dell'attività amministrativa in forma societaria è tipica espressione di scelta discrezionale che, nel richiamato contesto normativo, deve essere sorretta da adeguata ponderazione degli interessi, anche economici, che inducono l'ente locale ad esternalizzare una funzione propria.

Viceversa l'esecuzione dell'attività istituzionale amministrativa da parte degli organi dell'ente locale, condensato nel caso in esame con il neologismo "internalizzazione del servizio", è per così dire nell'ordine delle cose, ed, oltretutto, nella situazione contingente, assicura un corretto uso delle (sempre più scarse) risorse pubbliche a disposizione degli enti locali.

Del resto la scelta del comune di Spotorno di eseguire direttamente il servizio di riscossione dei tributi, espressa con la deliberazione del 7 luglio 2010 n. 12, è eziologicamente riconducibile alla situazione deficitaria in cui versava il comune a causa dei gravi inadempimenti imputabili al socio industriale della società mista.

Inadempimento e conseguente estromissione dal servizio del socio industriale che, per le considerazioni già espresse, hanno di fatto comportato la decadenza

dall'affidamento diretto del servizio alla società mista appositamente costituita per quello scopo

Aggiungasi, così venendo ad altra censura, senza che sia maturato alcun legittimo affidamento in capo alla ricorrente nella prosecuzione del servizio giacché ogni altro (ed ulteriore) affidamento avrebbe infatti dovuto seguire le regole dell'evidenza pubblica (significativamente a riguardo, cfr. atto del capo servizio del 24.09.2010 del Comune sulla necessità di procedere ad una nuova gara per l'affidamento).

Come situazione affatto transeunte, va pertanto considerato il temporaneo affidamento ad ICA, fino al 31.12.2010, della riscossione tributi. A riguardo, del resto, gli atti impugnati sono testualmente concludenti.

Né è astrattamente invocabile l'art. 37 d.Lgs. n. 163/06. La disposizione, il cui ambito applicativo è comunque circoscritto ai casi tassativamente previsti che qui non ricorrono, consente la modificazione soggettiva della composizione del raggruppamento temporaneo in fase d'esecuzione dell'appalto rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede d'offerta.

Ossia non riguarda affatto l'esecuzione delle prestazioni assunte dal *partner* industriale in seno alla società mista. Una volta presentata l'offerta di partecipazione al capitale sociale, costituita la società mista, cessa infatti il mandato costitutivo del raggruppamento temporaneo che ha formulato l'offerta selezionata: residua al suo posto la ripartizione pro quota del capitale sociale fra le imprese.

Sicché al socio industriale, come specificamente individuato in sede di selezione delle offerte, non subentra affatto l'altra impresa, componente del raggruppamento, che nell'organigramma della neo costituita società è (oramai mero) socio di capitale.

Ad analoga conclusione deve infine giungersi per quanto riguarda la censura relativa alla ritenuta non revocabilità della convenzione di affidamento del servizio alla società mista STAR.

Il costrutto argomentativo del motivo si giova di un indirizzo ermeneutica francamente sorpassato: la convenzione andrebbe qualificata secondo la ricorrente come atto paritetico meramente accessivo alla concessione di affidamento del servizio, esso sì, provvedimento autoritativo, suscettibile di revoca.

In realtà la giurisprudenza, nel rinnovato quadro dell'ordinamento conformato dalla disciplina comunitaria, s'è incaricata di rivisitare *funditus* la nozione e l'elaborazione concettuale sottesa alla concessione d'affidamento di servizio come atto c. d. a doppio grado

Si privilegia la concezione para-contrattuale dell'affidamento che “*unū actu perficitur*”.

Nondimeno l'amministrazione conserva poteri autoritativi in grado comunque di assicurare, anche in fase d'esecuzione, il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del servizio (cfr., specificamente sul punto, Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2011 n. 5461).

Potestà che – va sottolineato – è insita nell'attribuzione alla società mista di una funzione pubblica essenziale, necessaria per fare fronte alle esigenze della collettività insediata nel territorio della circoscrizione comunale, qual è quella della riscossione dei tributi locali.

Alla luce dell'affermata radicale infondatezza delle censure sostanziali vanno scrutinati i motivi d'impugnazione d'ordine formale.

La ricorrente, socia della società mista, era a conoscenza della situazione che ha dato stura agli atti impugnati: gli inadempimenti imputabili al socio industriale hanno causato il grave disavanzo delle casse comunali. Gli atti impugnati, oltre che atti dovuti, sono stati assunti per fronteggiare in via immediata ed urgente una

situazione di dissesto finanziario. L'opzione infine di eseguire direttamente il servizio di riscossione delle entrate trova supporto nell'indirizzo programmatico come espresso nelle deliberazioni del Consiglio comunale e della Giunta, pubblicate, e quindi conosciute, nelle forme di legge.

In definitiva ricorrono le situazioni di fatto e di diritto previste agli artt. 7 e 8 l. n. 241/90, invocati *ex adverso* dalla ricorrente, che esonerano l'amministrazione dall'osservare le prescrizioni partecipative ivi previste.

Da ultimo la lamentata violazione degli artt. 3, 41 e 97 cost. si offre come concreto paradigma di ragionamento apagogico: la pretesa di (continuare a) gestire un appalto di servizio pubblico ottenuto senza gara in quelle determinate circostanze poi venute meno è, essa sì, antitetica alle norme che regolano la concorrenza fra imprese e il buon andamento dell'azione amministrativa.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna ICA s.p.a. al pagamento delle spese processuali in favore del comune di Spotorno che si liquidano in complessivi 4000,00 (quattromila) euro. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)