

REPUBBLICA ITALIANA

N. 5072/06 REG.DE

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 7550 REG:RIC.

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

ANNO 2005

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7550/2005, proposto dal Comune di
ARZACHENA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dagli avv.ti Maurizio ZOPPOLATO e Gian Comita
RAGNEDDA e presso il primo elettivamente domiciliato in
Roma, via del Mascherino 72,

CONTRO

la società OLTRANS SERVICE s.c.a r.l., in persona del
legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e
difesa dagli avv.ti Stefano DI MEO e Costantino MURGIA e
presso il primo elettivamente domiciliata in Roma, via G.
Pisanelli 2,

appellante incidentale

e nei confronti

della società GE.SE.CO. ARZACHENA - Gestione Servizi
Comunali – s.r.l., in persona del legale rappresentante pt., non
costituitasi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR della Sardegna, Sezione prima, 2
agosto 2005, n. 1729;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio, con appello incidentale, della società Oltrans Service s.c.a r.l.;

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

visti gli atti di causa;

relatore, alla camera di consiglio del 3 marzo 2006, il Consigliere Paolo BUONVINO;

uditi, per le parti, l'avv. Andrea MANZI, per delega dell'avv. Maurizio ZOPPOLATO, e l'avv. Costantino MURGIA;

visto il dispositivo n. 261 del 12.4.2006.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

F A T T O

1) - Con la sentenza appellata il TAR ha accolto il ricorso proposto dalla società Oltrans Service s.c.a r.l. per l'annullamento:

- delle deliberazioni nn. 103 e 104, ambedue del 3 dicembre 2004, con cui il Consiglio Comunale di Arzachena ha deciso l'affidamento diretto di taluni servizi pubblici locali alla GE.SE.CO. s.r.l.;

- della deliberazione consiliare 13 maggio 2004, n. 37, con cui il Comune stesso ha stabilito la costituzione di una società a responsabilità limitata a capitale pubblico maggioritario cui affidare in via diretta la gestione di taluni servizi pubblici locali ed ha approvato il relativo statuto;

- dei pareri sulla regolarità tecnica ed amministrativa

espressi in ordine alle suddette deliberazioni;

- delle eventuali deliberazioni della Giunta Municipale di approvazione degli schemi di contratto intesi a regolare i rapporti tra società e comune, nonché dei contratti, se del caso, stipulati;

- degli eventuali provvedimenti adottati in esecuzione delle sopra citate deliberazioni consiliari;

- dei moduli organizzativi e funzionali per la gestione dei servizi del settore socio-assistenziale e dell'analisi di fattibilità richiamati nella menzionata deliberazione n. 104/2004.

Dopo aver rigettato le eccezioni di inammissibilità per carenza di interesse e di tardività dell'impugnazione di taluni dei provvedimenti impugnati e aver dichiarato inammissibile l'impugnazione contro la citata delibera n. 37/2004 (non essendo stata dedotta nei confronti di essa alcuna specifica censura), il TAR ha accolto il ricorso nel merito.

Ha esaminato, in particolare, congiuntamente, i motivi primo e quarto e ne ha ritenuto la fondatezza.

Ha premesso, in punto di fatto, il TAR, che con le impugnature deliberazioni nn. 103 e 104 del 3 dicembre 2004, il Consiglio Comunale di Arzachena ha, rispettivamente, affidato in via diretta alla GE.SE.CO. s.r.l. i seguenti servizi pubblici: a) gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale (delibera n. 103/2004); b) assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, consegna di pasti caldi a domicilio, lavanderia e

stireria, nonché gestione del centro di aggregazione per anziani (delibera n. 104/2004).

Ciò ha fatto in asserita applicazione dell'art. 113 *bis* del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, sul presupposto che quelli affidati potessero essere qualificati come servizi privi di rilevanza economica ai sensi della citata norma.

Senonché, hanno osservato i primi giudici, all'epoca dell'adozione delle anzidette deliberazioni, l'art. 113 *bis* del menzionato d.lgs. n. 267/2000 era già stato espunto dall'ordinamento, atteso che, con sentenza 27 luglio 2004, n. 272, il giudice delle leggi ne aveva dichiarato l'incostituzionalità, sicché, ai sensi dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, non poteva più farsene applicazione; donde l'illegittimità delle dette deliberazioni nn. 103 e 104 del 3 dicembre 2004.

Il TAR ha anche ritenuto, peraltro, che fondatamente la ricorrente aveva lamentato che, in ogni caso, i servizi in questione non potevano essere considerati "privi di rilevanza economica"; ciò in quanto la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica e, per converso, quella di servizio privo di siffatta rilevanza, dev'essere ricostruita in via interpretativa, mancando una disposizione normativa che ne fornisca la definizione.

E, in proposito, ha ritenuto, il TAR, che la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza sia legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della

concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; mentre può considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza; in altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria.

Facendo applicazione dei concetti sopra esposti alla fattispecie, hanno concluso i primi giudici che i servizi pubblici affidati alla GE.SE.CO. con le deliberazioni impugnate, possedevano, sicuramente, rilevanza economica, trattandosi di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esisteva certamente un mercato concorrenziale, come emergeva, quantomeno, dal fatto, incontrovertito, che sino al 31 dicembre 2004 buona parte dei

servizi in questione erano gestiti dall'odierna ricorrente e che la stessa aveva proposto ricorso proprio al fine di ottenere che l'affidamento dei servizi di che trattasi avvenisse mediante gara all'evidente scopo di parteciparvi.

Vero è – ha ancora rilevato il TAR - che in base all'art. 113, comma 5 lett. c), del ricordato d.lgs. n. 267/2000, anche la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata senza gara “a società a capitale interamente pubblico”, ma ciò, “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” (c.d. affidamento *in house providing*); ma nel caso di specie il controllo esercitato sulla GE.SE.CO. dal Comune di Arzachena non aveva le caratteristiche volute dalla riferita disposizione normativa.

Secondo la giurisprudenza amministrativa e comunitaria, infatti, ad avviso del TAR, “per controllo analogo si intende 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 gennaio 2005, n°168; Corte Giust. C. E. 18 novembre 1999, in causa C-107/98); ma tali connotati non erano riscontrabili nella relazione tra resistente amministrazione e controinteressata, non

potendosi ritenere sufficienti, invero, i poteri spettanti al Comune quale unico socio (approvazione dei bilanci, nomina e revoca degli amministratori e del collegio sindacale ecc.).

Al riguardo bastava osservare, sempre secondo il Tribunale, che: a) la norma richiedeva il “controllo analogo”, come requisito ulteriore rispetto a quello consistente nel fatto che il capitale debba essere interamente pubblico; b) come emergeva, comunque, dallo statuto depositato in giudizio, gli amministratori, fintanto che in carica, erano chiamati a gestire autonomamente le attività societarie senza che il Comune potesse avere alcun potere di intervento sui singoli atti gestionali; donde l’assenza di ogni relazione di subordinazione gerarchica.

Avendo ritenuto, pertanto, fondati i motivi ora detti, il TAR ha, in questa parte, accolto il ricorso, avendo, invece, assorbito le ulteriori censure prospettate.

2) - Per il Comune appellante la sentenza sarebbe erronea e dovrebbe essere riformata anzitutto per avere rigettato le eccezioni di inammissibilità/irricevibilità dell’originario ricorso, che vengono qui riproposte.

Poi perché, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, il servizio di cui si tratta avrebbe avuto rilevanza meramente socio-assistenziale e sarebbe stato privo, quindi, di rilevanza economica; con la conseguenza che lo stesso sarebbe potuto essere legittimamente affidato senza ricorrere a pubblica gara, indipendentemente dal fatto che la norma di riferimento

(art. 113 *bis* del d.l. n. 267/2000) fosse stata, *medio tempore*, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale trattandosi di settore di disciplina normativa riservato alle regioni.

Ma se anche al servizio in parola dovesse essere, in subordine, riconosciuta rilevanza economica, non di meno lo stesso sarebbe stato – ad avviso dell'appellante - correttamente affidato a GE.SE.CO. s.r.l. trattandosi di società a responsabilità limitata costituita dal Comune e dallo stesso interamente partecipata e controllata (anche a mezzo di un apposito Comitato, giusta art. 8.3 dello Statuto societario) e destinata a svolgere in maniera prevalente le proprie attività a favore del Comune stesso.

3) - Resiste la società ricorrente in primo grado che insiste per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata, svolgendo, congiuntamente, appello incidentale con il quale contesta la sentenza stessa laddove, in ipotesi, avesse ritenuto che, nella specie, fosse stato dal Comune applicato l'art. 113 del d.l. n. 267/2000 (mentre la motivazione addotta dal TAR anche con riguardo a tale ultima norma dovrebbe essere intesa quale motivazione *ad abundantiam*); inoltre, impugna incidentalmente la sentenza anche nella parte in cui ha ritenuto inammissibile l'impugnativa della delibera consiliare n. 37 del 2004, in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, pure avverso di essa sarebbero state svolte idonee censure.

Con memorie conclusionali le parti ribadiscono i rispettivi assunti difensivi.

DIRITTO

1) - Con la sentenza appellata il TAR ha accolto il ricorso proposto dalla società Oltrans Service s.c.a r.l. per l'annullamento delle deliberazioni nn. 103 e 104, ambedue del 3 dicembre 2004 (con le quali il Consiglio Comunale di Arzachena ha deciso l'affidamento diretto di taluni servizi pubblici locali alla GE.SE.CO. s.r.l.), nonché della deliberazione consiliare 13 maggio 2004, n. 37 (con cui il Comune stesso ha stabilito la costituzione di una società a responsabilità limitata a capitale pubblico maggioritario cui affidare in via diretta la gestione di taluni servizi pubblici locali ed ha approvato il relativo statuto) e atti presupposti, connessi e consequenziali.

2) - Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità e irricevibilità dell'originario ricorso disattese dal TAR e in questa sede ribadite con l'appello dal Comune di Arzachena.

In proposito va rilevato che l'impugnativa delle delibere nn. 103 e 104 del 3 dicembre 2004 era certamente tempestiva, il ricorso di primo grado essendo stato notificato il 28 dicembre 2004; pertanto, laddove le delibere stesse sono state contestate nella parte in cui qualificavano il servizio in questione come privo di rilevanza economica e facevano, quindi, applicazione dell'art. 113 *bis* del TU n. 267 del 18 agosto 2000, le stesse erano da ritenere ricevibili.

Né si trattava di provvedimenti meramente attuativi della

deliberazione consiliare del 13 maggio 2004, n. 37, costitutiva della società a capitale pubblico prevalente GE.SE.CO. s.r.l. (impugnativa che il TAR ha ritenuto inammissibile, peraltro, per mancata puntualizzazione di censure avverso di essa), in quanto andava comunque verificato se le deliberazioni stesse, anche tenuto conto della situazione giuridica in atto al momento della loro adozione, potessero o meno ritenersi ancora conformi all'ordinamento e allo stesso provvedimento, che ne costituiva presupposto, di costituzione di società a totale capitale pubblico per l'affidamento ad essa di una serie di pubblici servizi tra cui quelli in esame.

Quanto all'impugnativa della deliberazione n. 37 del 2004, poiché il TAR l'ha ritenuta inammissibile per omesso svolgimento, nei suoi confronti, di specifiche censure, il Comune appellante non avrebbe neppure un interesse attuale e concreto a una pronuncia in merito all'ammissibilità o meno della sua impugnativa sotto profili differenti rispetto a quello di inammissibilità già rilevato dagli stessi primi giudici.

In proposito vi è, peraltro, appello incidentale svolto dall'originaria ricorrente, che assume l'erroneità, sul punto, della sentenza in quanto le censure di primo grado si sarebbero estese, in effetti, anche ai contenuti della medesima delibera n. 37/2004, istitutiva di GE.SE.CO s.r.l..

Al riguardo, peraltro, pur non apparendo priva di consistenza la censura incidentale ora detta, va, non di meno,

dichiarata l'irricevibilità, sul punto, dell'originario ricorso in quanto l'impugnativa della deliberazione stessa è intervenuta al di là del termine di decadenza, decorrente dalla sua pubblicazione presso l'albo pretorio comunale; e, quanto al carattere immediatamente lesivo di siffatte determinazioni e all'esigenza di tempestiva loro impugnazione nell'ordinario termine di decadenza basti richiamarsi alle decisioni della Sezione 3 febbraio 2005, n. 272; 24 marzo 2004, n. 1543; 30 giugno 2003, n. 3864.

3) – Esclusa, dunque, la fondatezza delle eccezioni pregiudiziali sollevate dal patrocinio dell'appellante con riguardo alle delibere nn. 103 e 104 del 2004, può osservarsi, passando al merito del gravame, che la società GE.SE.CO. s.r.l. è stata costituita, invero, con la citata delibera consiliare n. 37/2004, per lo svolgimento di molteplici servizi rientranti nella sfera di competenza comunale.

Tra questi, era indicata, nella delibera di costituzione: la “gestione di strutture sanitarie e socio-assistenziali per l'erogazione di servizi sanitari e parasanitari di pubblico interesse quali, a titolo esemplificativo, centri diurni, case di riposo e comunità alloggio per anziani e minori”.

Per quanto qui interessa, con le ripetute, successive deliberazioni del 3 dicembre 2004, nn. 103 e 104, il Comune ha proceduto ad affidare, alla medesima, i seguenti servizi pubblici locali (qualificati, nelle stesse delibere, come “servizi privi di

rilevanza economica”): da un lato (delibera n. 103), il centro educativo diurno per minori e la mensa sociale di Arzachena; dall’altro (delibera n. 104) l’assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, la consegna di pasti caldi a domicilio, i servizi di lavanderia e stireria, nonché la gestione del centro di aggregazione per anziani.

Ebbene, tale affidamento è intervenuto sulla base di due puntuali ed espressi presupposti:

- il carattere di “servizi privi di rilevanza economica” che connaturava i servizi stessi;

- la conseguente applicazione della disciplina di cui all’art. 113 *bis* del d.lgs. n. 267/2000 (a mente del quale per tale tipologia di servizi può procedersi ad affidamento diretto, tra le altre - comma 1, lett. c) - a società a capitale interamente pubblico, a condizione che 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).

Senonché, tale affidamento è intervenuto, in concreto, in un momento in cui la speciale disciplina di riferimento era stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 272 del 27 luglio 2004, in quanto la norma stessa era da ritenersi invasiva della sfera legislativa riservata alle regioni.

In tale situazione, venuta in essere allorché il Comune aveva

già costituito la società in parola (delibera del 13 maggio 2004, pubblicata all'albo pretorio il successivo 19 maggio), ma certamente antecedente rispetto al momento di adozione delle delibere nn. 103 e 104 di cui si discute, non poteva l'Amministrazione comunale stessa trascurare di prendere in considerazione il radicale mutamento del quadro normativo di settore.

L'art. 113 *bis* del d.lgs. n. 267/2000 costituisce, infatti, norma derogatoria e di carattere eccezionale che consente di affidare in concessione pubblici servizi ad uno specifico soggetto economico (la società a capitale interamente pubblico) senza dover ricorrere alle procedure di evidenza pubblica che, altrimenti, dovrebbero necessariamente connotare l'affidamento in concessione di un pubblico servizio, indipendentemente anche dall'operatività o meno, nel settore specifico di cui si tratta, delle norme o dei principi di fonte comunitaria.

In sede di affidamento di un pubblico servizio non può, infatti, derogarsi ai principi generali di trasparenza, economicità, efficacia e non discriminazione che presiedono al settore, con la conseguenza che l'affidamento stesso non può, di norma, essere operato al di fuori di procedure non concorrenziali, se non sulla base di deroghe espressamente previste dal legislatore.

Ebbene, una volta venuta meno – come con riguardo al caso di specie - la speciale disciplina di riferimento che consentiva di derogare all'affidamento con strumenti di evidenza pubblica, il

Comune non avrebbe potuto procedere oltre nelle sue iniziative proprio in considerazione del fatto che, a suo avviso, il servizio di cui si trattava – come, del resto, principalmente ribadito nel presente appello - sarebbe stato privo rilevanza economica e che rispetto ad esso, quindi, non avrebbe potuto più trovare applicazione proprio la disciplina di cui al ripetuto art. 113 *bis*.

Il venir meno di tale disciplina specifica di settore, del resto, avrebbe dovuto far riflettere il Comune anche in merito alla permanente efficacia della stessa delibera istitutiva della società pubblica nella parte in cui la medesima, ai fini dell'affidamento di servizi privi di rilevanza economica, poggiava essenzialmente sulla piena operatività della norma dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale; ma dalle delibere nn. 103 e 104 del 2004, di cui qui si discute, non emerge che il Comune stesso si sia dato carico, in alcun modo, della cennata pronuncia della Suprema Corte e che, in particolare, nessun apprezzamento abbia operato per verificare se, alla luce della novità normativa legata alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis*, sussistessero ancora i presupposti, sia in fatto che in diritto, per tenere ferma nella sua completezza – e, cioè, anche con riguardo ai servizi privi di rilevanza economica - la delibera n. 37 del 2004.

4) - A ben vedere, peraltro, il servizio di cui si tratta non era affatto privo di rilevanza economica.

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, invero,

deve convenirsi con il TAR in merito al fatto che, pur se espressamente qualificati dal Comune come “servizi privi di rilevanza economica”, non di meno gli stessi erano, invece, dotati di tale connotato; basti, considerare, a tal fine, che, prima di scegliere la strada della costituzione della società a capitale pubblico prevalente e di affidamento dei servizi di cui si tratta alla medesima, lo stesso Comune di Arzachena aveva indetto una gara a licitazione privata, indicando gli importi annuali di riferimento sui quali applicare gli eventuali ribassi offerti dai concorrenti, precisando, tra l’altro, che nel formulare l’offerta i concorrenti avrebbero dovuto anche tenere specifico conto degli aspetti *remunerativi e compensativi*; donde il carattere significativamente lucrativo dell’appalto in questione; appalto, del resto, già in precedenza assegnato alla stessa odierna appellata in forza di una ordinaria gara d’appalto di servizi.

Carattere confermato, inoltre, anche dal contratto di servizio stipulato tra Comune e GE.SE.CO. s.r.l., in cui viene precisato che “l’importo complessivo dell’appalto per il triennio 2005/2007 è stabilito in € 1.232.321,90, oltre IVA di legge....”; che “gli oneri sono da considerarsi compensativi di qualsiasi attività inerente i servizi nel loro complesso....”; che “il canone d’appalto, per l’intero triennio, viene determinato dal costo orario onnicomprensivo per le prestazioni delle figure professionali addette ai servizi interessati, maggiorato di una percentuale del 10% per spese di gestione”.

Se pure è vero, quindi, che i servizi in parola sono connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, non di meno è intrinseca, nell'espletamento degli stessi, anche una rilevante componente economica tesa ad assicurare non la mera copertura delle spese sostenute, ma anche un potenziale profitto d'impresa attraverso la copertura forfetaria dei costi di gestione nella misura del 10% del valore dell'appalto.

Ciò appare confermato, in particolare, dal fatto - rilevabile dalla documentazione prodotta dallo stesso Comune appellante – che, in sede di approvazione dei contratti di servizio relativi alle attività di cui si tratta, si è tenuto conto di una tabella di raffronto tra i costi sostenuti dal Comune per compensare, nel corso del 2004, la società Oltrans Service s.c.a r.l. e i corrispondenti oneri da sostenere per compensare la società GE.SE.CO. s.r.l. nel corso del 2005; oneri, tra l'altro, certamente e significativamente maggiorati.

Vero che, in sede contrattuale, il canone riconosciuto spettante a GE.SE.CO. s.r.l., risulta, in parte, inferiore rispetto a quello prospettato nella detta tabella; non di meno, lo stesso appare di importo sensibilmente superiore rispetto ai costi sostenuti dal Comune per compensare la società che nel 2004 aveva gestito i servizi in parola; da ciò emerge che la determinazione del canone a favore di GE.SE.CO. s.r.l. ha preso in considerazione gli oneri economici e i compensi già tenuti in conto dalla precedente affidataria conducendo, poi, ad una loro

rilevante rivalutazione, in misura non lontana dal 20%; si tratta, in questo caso, di diseconomie rispetto alla situazione antecedente - di cui, tra l'altro, non risulta che gli organi comunali si siano fatti espressamente carico - che muovono, comunque, da dati economici correlati ad un utile di impresa che non risulta affatto venuto meno ma, semmai, in assenza di ogni contraria indicazione, oggettivamente integrato in sede di passaggio alla gestione diretta dei servizi in parola.

Questi, invero, sono destinati, nella specie, ad essere resi a beneficio di taluni settori "deboli" della collettività, senza oneri corrispettivi diretti a carico degli assistiti; ciò non costituisce, peraltro, necessario indice di servizio privo di rilevanza economica in quanto, altrimenti, qualsiasi tipologia di servizio reso gratuitamente a favore della collettività a cagione di scelte di opportunità di volta in volta operate dall'amministrazione potrebbe essere riguardato quale servizio privo di rilevanza economica.

5) - Si aggiunga che la valutazione relativa al carattere privo o meno di rilevanza economica del servizio in affidamento non può andare disgiunta da una considerazione globale dell'attività posta in essere dalla società affidataria.

Se un soggetto societario è stato costituito, come nella specie, per svolgere, accanto ad attività di significativa rilevanza sociale, anche e soprattutto attività di preminente rilevanza economica (servizi relativi ai porti turistici, servizi relativi ad

aree archeologiche ecc., compresi agenzie, bar, ristoranti, negozi di interesse turistico, servizi relativi a parcheggi pubblici, servizi connessi a impianti sportivi ivi comprese eventuali strutture ricettive, servizi di trasporto pubblico scolastico, turistico, di disabili, servizi di pulizia presso stabili, uffici etc.), nonché operazioni – ancorché accessorie – finanziarie e immobiliari, anche a mezzo di strumenti derivati (come la concessione di fidejussioni, avalli, cauzioni, garanzie anche a favore di terzi, “nonché assumere solo a scopo stabile investimento e non di collocamento, partecipazioni in società italiane ed estere aventi oggetto analogo o affine”), deve aversi riguardo non al semplice contenuto specifico dei singoli servizi affidati, ma all’interesse economico globalmente perseguito a livello societario; la struttura societaria, infatti, è, nella specie, unitaria e profitti e perdite concorrono a formare il bilancio societario in termini parimenti unitari; per cui eventuali aspetti deficitari relativi ad una singolo servizio ritenuto astrattamente privo di rilevanza economica ben possono e debbono essere corretti dagli aspetti compensativi legati all’espletamento di servizi dotati di rilevanza economica.

In altre parole, allorché, come nella specie, venga costituito un soggetto societario unitario chiamato a svolgere, indifferentemente, sia servizi dotati di rilevanza economica, sia servizi che, astrattamente, potrebbero esserne privi, deve aversi comunque riguardo alla globalità dei servizi espletati dal soggetto

societario stesso e, quindi, al carattere essenzialmente economico che li contraddistingue e che impedisce di porli su piani separati e non comunicanti.

Non può aversi riguardo, in definitiva, in ipotesi siffatte, all'astratta natura del servizio di cui si tratta (se di rilevanza sociale o meno), ma alla concreta natura del suo espletamento, ai suoi specifici connotati economico-organizzativi, alla natura del soggetto chiamato ad espletarlo; e, nella specie, sia la concreta struttura del servizio, sia le modalità di affidamento che nel tempo lo hanno connotato, sia la natura del soggetto destinatario dell'affidamento diretto inducono ad escludere che si versi in presenza di un servizio privo di rilevanza economica.

6) - Si tratta, a questo punto, di verificare se l'affidamento diretto in parola sia o meno legittimo tenuto conto dei principi, di fonte comunitaria, che disciplinano la materia.

In proposito ritiene la Sezione che l'affidamento diretto di cui si discute sia illegittimo per contrasto con i principi comunitari desumibili dalla sentenza della Corte di Giustizia 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03 (Parking Brixen GmbH),

Con la pronuncia "Parking Brixen" ora detta, la Corte comunitaria ha condotto un ulteriore approfondimento sul tema relativo all'affidamento diretto di pubblici servizi - in particolare, per ciò che attiene al "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" da parte degli enti pubblici titolari del capitale sociale - pervenendo ad una più puntuale individuazione dei

caratteri del controllo che l'ente deve poter esercitare sulla società affidataria del servizio pubblico (prg. 67-69 della sentenza ora citata).

In primo luogo, il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi.

E proprio tale situazione è verificabile nell'odierna fattispecie, dal momento che lo Statuto societario – oltre alla deliberazione costitutiva della Società – prevede espressamente che, in prosieguo, possono entrare a far parte della società anche imprese, singole o società di capitali, pure private, con partecipazione fino al 49% del capitale sociale.

E se è vero che, al momento dell'affidamento di cui si discute, non era intervenuta alcuna cessione di capitale a favore di soggetti terzi, ciò non toglie che elemento discriminante, ad avviso della Corte europea, è rappresentato dal fatto stesso della cedibilità, ancorché solo minoritaria, di parte del capitale sociale a beneficio di soggetti privati.

Né rileva, in contrario, il fatto che a mente dell'art. 10 dello Statuto societario, la quota di proprietà pubblica è cedibile (nel limite massimo del 49%) a condizione che il cessionario venga scelto mediante procedure di evidenza pubblica; ciò in quanto è la cessione stessa di quota societaria a condurre, in prospettiva,

alla perdita del controllo analogo da parte del Comune.

In secondo luogo, è stata presa in considerazione, dalla Corte europea, l'ampiezza dei poteri propri del consiglio d'amministrazione secondo la disciplina risultante dallo statuto della società affidataria.

A tale riguardo, la Corte ha affermato che, se il consiglio d'amministrazione "dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale", i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non sono sufficienti a consentire all'ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Ebbene, nella specie il Consiglio d'Amministrazione o gli altri soggetti (un amministratore unico o due o più amministratori con poteri congiunti o disgiunti) deputati all'amministrazione societaria ai sensi dell'art. 18 dello Statuto, dispongono, ai sensi del successivo art. 23, di poteri amministrativi di gestione che si sottraggono (salvo che in limitate fattispecie dallo stesso Statuto indicate allo stesso art. 23, al punto 2 e consistenti nella sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o in una rilevante modificazione dei diritti dei soci), al diretto controllo dei soci e, in particolare, del detentore pubblico del capitale sociale, ciò che lascia aperta la porta a scelte dell'organo amministrativo sottratte al diretto controllo comunale.

Quanto al fatto che, ai sensi dell'art. 8.3 dello Statuto, il Comune, nel caso di affidamento diretto, debba costituire un

Comitato di controllo sulla gestione dei servizi affidati, è indice di un potere di verifica dell'azione societaria, ma la norma non individua alcuna puntuale modalità di intervento, né di concreta influenza sulle decisioni comunque assunte; né risulta che, contestualmente all'avvenuto affidamento, tale organo sia stato, in effetti, concretamente costituito.

Quanto, infine, ai più marcati poteri che il socio è in grado di assumere in una società a responsabilità limitata quale quella di specie, gli stessi rilevano in sede di assemblea, ma, stando alla disciplina statutaria della società in questione, non emerge una diretta potestà di intervento dei soci stessi e, in particolare, del Comune, nella gestione societaria; e la previsione (art. 32.2 dello Statuto) della trasmissione e illustrazione - da parte della società - al Consiglio comunale di Arzachena dei risultati di bilancio, nonché della relazione in merito all'andamento industriale, economico e finanziario della società appaiono indici della possibilità, per il Comune, di conoscere puntualmente dell'andamento e delle prospettive societarie; ma la norma non indica quali possano essere le specifiche possibilità di intervento sulla gestione societaria che possono fare concretamente seguito alla presa di conoscenza dei detti elementi da parte dell'organo consiliare.

Da tutto quanto precede consegue, in definitiva, il difetto, nella specie, di taluni requisiti essenziali che - secondo l'orientamento della Corte di Giustizia - legittimano

l'affidamento diretto del servizio di cui si tratta; donde l'annullamento delle impugnate deliberazioni consiliari nn. 103 e 104 adottate dal Comune di Arzachena il 3 dicembre 2004.

7) – Va rigettato, infine, anche l'appello incidentale che si concentra, in effetti, sulla asserita erroneità della sentenza appellata per aver ritenuto che avverso la delibera n. 37 del 2004, costitutiva della società GE.SE.CO. s.r.l., non fossero state svolte puntuali censure e che il relativo capo di impugnativa fosse, quindi, inammissibile.

Come rilevato, invero, l'impugnazione di detta deliberazione va ritenuta tardiva, sicché perdono di consistenza tutte le censure comunque svolte avverso di essa con il ricorso di primo grado.

8) – Per tali motivi l'appello principale e quello incidentale appaiono infondati e, per l'effetto, devono essere respinti.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione quinta, respinge l'appello principale e quello incidentale.

Spese del grado compensate.

La presente decisione sarà eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 3 marzo 2006 e, in prosieguo, in quella dell'11 aprile 2006, dal Collegio costituito dai sigg.ri:

RAFFAELE IANNOTTA - Presidente

CORRADO ALLEGRETTA – Consigliere

CHIARENZA MILLEMAGGI–Consigliere

PAOLO BUONVINO – Consigliere est.

NICOLA RUSSO - Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Paolo Buonvino

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30 agosto 2006

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

PER IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale