

**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 8 settembre 2009, n. 4265**

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

DECISIONE

OMISSIS

FATTO

La S.O., s.a.s., ha impugnato in primo grado l'aggiudicazione alla Società Cierre, s.r.l., della gara indetta dall', A.S.M.L, S.p.A., "per l'affitto del ramo d'azienda costituito dal C.S.V.C."

Si è costituita in giudizio l' opponendosi all'accoglimento del ricorso, eccependo in rito, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, nel merito, la infondatezza del ricorso.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Milano, Sezione I, con la sentenza del 12.12.2006, n. 2097, ha dichiarato il ricorso inammissibile.

La S.O. appella la sentenza deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

L' resiste all'appello, chiedendo la conferma della sentenza appellata.

Alla pubblica udienza del 28.3.2008 il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

1. - La S.O., s.n.c., appella la sentenza del 12.12.2006, n. 2097, con la quale la 1<sup>a</sup> Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia ha dichiarato inammissibile il suo ricorso diretto all'annullamento dell'aggiudicazione della gara indetta dall', A.S.M., S.p.A., "per l'affitto del ramo d'azienda costituito dal C.S.V.C.", per un periodo di venti anni, con scadenza 15.9.2026.

L'appello è infondato.

Va innanzitutto confermato che la gara, sebbene formalmente configuri come contratto di affitto il costituendo rapporto con l'aggiudicatario in realtà ha come oggetto la concessione di un pubblico servizio (la sub-concessione di un pubblico servizio), come correttamente affermato dalla pronuncia appellata.

Il C.S.V.C., infatti, è strutturato in una piscina, di proprietà comunale, ed è un bene, quindi, che per sua natura è destinata ad essere adibita ad un uso pubblico. L'attività ad essa inerente, pertanto, ha tutte le caratteristiche per essere qualificata come un servizio pubblico.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Sezione (Cfr: Cons. St. V Sez. 6.12.2007, n. 6276), sono servizi pubblici non solo i servizi specificamente denominati tali dalla legge e riservati ai comuni e alle province, ma tutte le attività di produzione di servizi rispondenti a fini di utilità e di promozione sociale.

L'A.S.M.L., a sua volta, in quanto ha la titolarità, insieme ad altri servizi, della gestione del servizio di cui trattasi, ha la forma di società per azioni, ma è pur sempre, in quanto partecipata dal Comune di Lissone, ai sensi dell'art. 113 del T.U. n. 267 del 2000, un soggetto riconducibile al predetto comune.

La predetta Azienda, sebbene sia dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di un proprio statuto, approvato, peraltro, dal Consiglio comunale, agisce infatti come un ente strumentale del Comune.

Oggettivamente, quindi, al di là del *nomen iuris* conferito al rapporto da costituire, si è in presenza di una gara avente ad oggetto l'affidamento della gestione di un servizio pubblico da parte dell'ente che ne ha la titolarità e che, in quanto ente strumentale del Comune può essere qualificato come amministrazione aggiudicatrice

ai sensi del comma 26 dell'art. 1 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163.  
Ne deriva, innanzitutto, che la controversia in esame rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo in forza dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205, per il quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

Ne deriva ancora che, una volta determinatasi a dare in gestione a terzi il servizio (la legittimità di tale decisione non viene in rilievo nella presente controversia), l'era comunque tenuta ad indire una procedura di evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario del servizio.

Le contrarie deduzioni dell'Azienda che, pur opponendosi all'appello della S.O.,

ha sostenuto la tesi del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo affermando che l'affidamento concerne l'affitto di un ramo d'azienda, devono anch'esse essere ritenute infondate alla stregua delle considerazioni che precedono.

2.- La pronuncia appellata, ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo, ha poi dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla S.O. rilevando che detta società non avrebbe interesse al ricorso in quanto, come società di persone e non di capitali, non risulta legittimata alla gestione di un servizio pubblico e, pertanto, non tratto alcun vantaggio dalla rinnovazione della gara.

La Società appellante contesta tale conclusione dei primi giudici, opponendo la natura dell'oggetto della gara che, in quanto affitto di azienda, non soffrirebbe alcuna limitazione in ordine alla qualificazione soggettiva dell'affidatario.

La Società appellante, infatti, rileva (pag.12-13 dell'atto di appello) che, trattandosi "*dell'affidamento in affitto del ramo di azienda costituito dal C.S.V.C.*" non si profila alcuna preclusione alla partecipazione alla gara di una società di persone.

Il motivo, così come formulato, non coglie il segno, in quanto il primo giudice ha invece affermato che le società di persone, quale è la società appellante, non possono gestire servizi pubblici.

Tale rilievo non è stato contestato ma, anzi, è stato confermato dalla stessa Società appellante.

Ne deriva che la dichiarazione di inammissibilità del ricorso originario, nella motivazione che ne è alla base, non risulta contestata.

3.- L'appello della S.O., in conclusione, va respinto.

Le spese del secondo grado del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, respinge l'appello in epigrafe.

Compensa le spese del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 28.3.2008, con l'intervento dei signori:

Emidio Frascione	Presidente
Claudio Marchitiello	Consigliere Est.
Caro Lucrezio Monticelli	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere

L'ESTENSORE  
F.to Claudio Marchitiello

IL PRESIDENTE  
F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO  
F.to Rosi Graziano  
DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
8-09-08  
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)  
p. Il Direttore della Sezione  
f.to Livia Patroni Griffi