

Consiglio di Stato, Sez. V, 28 settembre 2009, n. 5814

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1123/2008, proposto dalla Soc. S., S.p.A.,
in persona del legale rappresentante Ing. S. N., rappresentato e
difeso dagli Avvocati M. P. C. e P. I., ed elettivamente domiciliata
presso il secondo in Roma, Via M., n. 26;

CONTRO

la Provincia di C., in persona del Presidente della Giunta provinciale
p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. A. T., con il quale è
elettivamente domiciliata in Roma, Piazza del P., n. 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della Campania, 1^a Sezione, del 15 gennaio
2008, n. 199;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla Camera di Consiglio del 21 aprile 2009, il Consigliere
Claudio Marchitello;

Uditi gli avvocati I., C. e M. per delega di N., come da verbale
d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La società S., S.p.A., ha impugnato in primo grado la deliberazione
del Consiglio provinciale di C. del 27 luglio 2007, n. 30, con la
quale è stata annullata la precedente deliberazione del 20 ottobre
1998, n. 54, di affidamento alla predetta società mista pubblico-
privata del servizio di manutenzione degli impianti termici di
competenza della Provincia.

La Provincia di C. si è costituita in giudizio opponendosi
all'accoglimento del ricorso.

Il T.A.R. della Campania, 1^a Sezione, con la sentenza del 15 gennaio
2008, n. 199, ha respinto il ricorso.

La società S. appella la sentenza deducendone la erroneità e
chiedendone la riforma.

La Provincia di C. resiste all'appello e chiede la conferma della
sentenza appellata.

Alla udienza del 21.4.2009 l'appello è stato ritenuto per la
decisione.

DIRITTO

La società S., S.p.A, appella la sentenza del T.A.R. della Campania del 15 gennaio 2008, n. 199, pronunciata in forma semplificata, ai sensi dell'art. 26, commi 4 e 5, della legge n. 1034 del 1971, come modificata dall'art. 9 della legge n. 205 del 2000. La 1^ Sezione del T.A.R. della Campania, con la sentenza appellata, ha respinto il ricorso della predetta società diretto all'annullamento della deliberazione del Consiglio provinciale di C. del 27 luglio 2007, n. 30. Con tale provvedimento è stata annullata la precedente deliberazione consiliare del 20 ottobre 1998, n. 54, di affidamento alla S., società mista pubblico-privata, del servizio di manutenzione degli impianti termici di competenza della Provincia.

La Provincia di C. ha annullato la predetta deliberazione fondando l'annullamento sull'illegittimità dell'affidamento diretto del servizio, che si sarebbe dovuto assegnare, invece, a seguito di una procedura di evidenza pubblica, e sulla mancata fissazione di un termine di durata del rapporto nella relativa convenzione.

L'appello proposto dalla società S. avverso la predetta sentenza è infondato.

La società appellante, con il primo motivo, deduce la violazione dei principi che regolano l'annullamento d'ufficio, stante la mancata comparazione degli interessi contrapposti.

L'amministrazione, secondo l'appellante, avrebbe dovuto considerare che, all'epoca dell'assegnazione del servizio, conferito nel 1998, non erano ancora stati delineati con precisione i presupposti per un legittimo affidamento diretto in favore di società a capitale misto di servizi pubblici di tal che si sarebbe dovuto dare spazio all'affidamento e all'interesse del privato a conservare il rapporto in atto, eventualmente agendo sul termine di durata del rapporto.

La deduzione non si rivela congrua.

L'atto di affidamento del servizio è certamente illegittimo fin dalla sua adozione, come del resto riconosce anche il motivo di appello in esame ed è irrilevante che di tale illegittimità si sia avuto una tardiva consapevolezza.

In ogni caso, va considerato che dall'atto illegittimo, mancando anche la fissazione di un termine finale all'affidamento del servizio, è derivato un rapporto illegittimo di durata sine die.

In tale situazione, l'interesse al mantenimento del rapporto è recessivo rispetto all'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

Ciò senza dire che per protrarre l'efficacia del rapporto in parola (anche se solo per farlo coincidere, come sostiene la società appellante, con il termine di durata della società mista) sarebbe stato necessario, infatti, l'adozione di un nuovo provvedimento contra legem, quale sarebbe stato un atto occorrente per fissare il termine di cessazione del rapporto non stabilito nell'originario provvedimento di affidamento del servizio (ovvero un atto che avesse approvato un accordo intervenuto tra le parti per stabilire tale termine).

La Provincia di C. ha comunque consentito la prosecuzione della gestione da parte della S. per un ulteriore periodo di cinque mesi con la stessa deliberazione del 27 luglio 2007, n. 30.

Sono infondati anche il secondo e il terzo motivo di appello, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto relativi sostanzialmente ad una stessa tesi.

La società appellante, con tali motivi, ha dedotto che, essendo stata effettuata la selezione del partner privato della società mista a seguito di una procedura di evidenza pubblica, nessuna illegittimità sarebbe riscontrabile nell'affidamento diretto del servizio a detta

società, costituita proprio per disimpegnare quel determinato servizio.

Si deve per contro osservare che nella specie, per unilaterale determinazione del socio privato originario (il Consorzio C.G.C., s.r.l.), che ha liberamente alienato le proprie azioni, non essendovi preclusioni al riguardo nello statuto societario, lo stesso socio originario è stato sostituito da due diverse società private nel corso del rapporto (la S. p., s.r.l., e successivamente all'avviso dell'avvio del procedimento di annullamento, dalla I. ed E., s.r.l.). Non si può quindi affermare che il partner privato, nella specie, sia stato scelto dalla Provincia di C. a seguito di una gara pubblica.

La tesi della società appellante, nel profilo in cui ritiene che, per l'affidamento diretto del servizio pubblico, debba essere ritenuto sufficiente che la scelta del socio privato sia stata effettuata con una procedura di evidenza pubblica, pertanto, non è attinente alla fattispecie, in quanto smentita dalla effettiva situazione di fatto.

A respingere la tesi della società appellante, più in generale, indipendentemente, cioè, dal rilievo che precede, è sufficiente il richiamo ai principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa, (Cons. St. Ad. Pl. 3.3.2008, n. 1), secondo cui l'affidamento diretto di un servizio pubblico, al di fuori del sistema della gara, ad una società esterna (ossia soggettivamente autonoma) è consentito solo quando il rapporto esistente con tale società presenti caratteristiche tali che questa possa essere ritenuta come una "derivazione" o una "longa manus" dell'ente stesso. La società esterna, inoltre, può essere considerata tale solo se l'ente esercita su di essa un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e richiede la necessaria partecipazione pubblica totalitaria, "giacché una partecipazione minoritaria già preclude la possibilità di effettuare il predetto controllo".

Che nella specie la Provincia di C., pur avendo una partecipazione maggioritaria nella società mista, non eserciti tale forma di controllo è evidente solo che si consideri il già riferito avvicendamento di soggetti privati nella compagine della società mista.

L'appello della S., stante l'infondatezza dei tre motivi dedotti, in conclusione, deve essere respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa le spese del secondo grado del giudizio.

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 21 aprile 2009, con l'intervento dei signori:

Stefano Baccarini	Presidente
Claudio Marchitello	Consigliere Est.
Marzio Branca	Consigliere
Giancarlo Montedoro	Consigliere
Dell'Utri Costagliola	Consigliere

L'ESTENSORE

f.to Claudio Marchitello

IL PRESIDENTE

f.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2009
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
f.to Antonio Natale