

**Consiglio di Stato, Sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE  
Sezione Quinta ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7048 del 2008, proposto dal Comune di S., rappresentato e difeso dagli avv. A. G., L. A. e M. P., elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, via G. 14;

contro

G. M. - S., rappresentata e difesa dall'avv. M. Z., elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via del M. 72;

e nei confronti

della S. S. s.p.a. già S. F. di S. s.p.a., non costituita in giudizio;  
edella Società S. D. A. M. S. s.r.l. con unico socio, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sez. I, 17 giugno 2008 n. 2069, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della appellata G.I.S. - S.S.D. s.r.l.;

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

visti gli atti tutti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 5 giugno 2009 il consigliere Marzio Branca, e uditi l'avv. L. M. in sostituzione dell'avv. Z. e l'avv. G., in sostituzione dell'avv. G.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso di primo grado la G. M. - S. s.r.l. (in seguito G.) ha impugnato: la determinazione Dirigenziale n. 181 del 17 ottobre 2007, con la quale il Direttore, Dr. P. M., del Settore Sport del Comune di S., ha preteso "di affidare la gestione dell'impianto natatorio comunale di Via R. - S. per il periodo 21.10.2007 - 30.9.2016 alla Società S. S. S.p.a.", ed altri atti ritenuti presupposti, domandando altresì la condanna del Comune al risarcimento del danno.

Con ricorso per motivi aggiunti, la G. ha poi chiesto l'annullamento della determinazione Dirigenziale n. 172 del 1° ottobre 2007 (conosciuta in data successiva), con la quale il Direttore, Dr. P. M., del Settore Sport del Comune di S. ha preteso di "estendere fino al 20.10.2007 l'affidamento della gestione dell'impianto natatorio di Via R. - S. alla S. S. s.p.a. alle condizioni già sussistenti ...".

Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti, la G. ha chiesto l'annullamento della deliberazione del consiglio comunale di S. n. 5/2008 del 10 gennaio 2008, con la quale è stato deliberato di "acquisire l'intero capitale sociale della Società S. D. A. S. S.r.l. dall'unico socio Società S. Se. S.p.a. al fine di poter esercitare sulla medesima società un controllo pieno e diretto anche in ossequio ai più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia e in considerazione dei servizi e delle attività che il Comune potrebbe reputare opportuno affidare nell'immediato futuro quali la gestione di impianti sportivi, ivi compreso l'impianto natatorio di Via Roma".

Con nuovi motivi aggiunti, la stessa ricorrente ha agito per l'annullamento della determinazione Dirigenziale n. 49 del 29 febbraio 2008, nella parte in cui il Direttore, Dr. P. M., del Settore Sport del Comune di S., dopo aver opportunamente revocato a partire dal 29/02/2008 l'affidamento della gestione dell'impianto natatorio alla Società S. S., ha affidato "la gestione dell'impianto natatorio di Via R.- S. er il periodo 1.3.2008 - 30.9.2016 alla Società S. D. A. S. s.r.l.

2. Con la sentenza in epigrafe il TAR Lombardia ha accolto il ricorso, unitamente ai ricorsi per motivi aggiunti; ha accolto l'istanza di risarcimento del danno, che liquida in via equitativa in euro 5000; ha condannato il Comune di S. alla rifusione delle spese di giudizio in favore della ricorrente, liquidandone l'importo in euro 9.000; ha, infine, disposto la trasmissione del fascicolo di causa alla Corte dei Conti - sezione regionale della Lombardia - da parte della segreteria del Tribunale.

Il Comune di S. ha proposto appello per la riforma della sentenza.

La G. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del gravame, ed ha poi depositato una memoria.

Alla pubblica udienza del 5 giugno 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

La contestazione centrale svolta dall'appello in esame concerne le proposizioni con le quali i primi giudici hanno accolto le censure svolte dalla società privata ricorrente avverso l'affidamento diretto, quindi senza procedura ad evidenza pubblica, del servizio di gestione di un impianto natatorio comunale ad una società a capitale interamente posseduto dal Comune.

Il TAR non ha condiviso la tesi dell'Amministrazione secondo cui poteva legittimamente procedersi all'affidamento diretto in virtù del disposto di cui agli articoli 1, 2 e 5 della legge regionale n. 27 del 2006, in base al quale può essere affidata direttamente la gestione degli impianti sportivi senza rilevanza economica, precisandosi (art. 2, comma 1) che tali sono "quelli che per caratteristiche, dimensioni e ubicazione sono improduttivi di utili o produttivi di utili esigui, insufficienti a coprire i costi di gestione".

Il TAR ha ritenuto che "il servizio da gestire riveste senza dubbio rilevanza economica, sia in considerazione della almeno potenziale redditività del medesimo, che della complessiva attività sociale svolta dalla società affidataria, che ha un oggetto sociale eterogeneo, che ricomprende sia attività a rilevanza sociale che economica, queste ultime rispondenti a logiche di mercato, come l'organizzazione di viaggi, la realizzazione e distribuzione di gadget, l'allestimento di centro estetico, di centro benessere e di punti di ristorazione, il compimento di operazioni immobiliari e finanziarie, la concessione di fidejussioni, avalli, cauzioni, garanzie".

A tali argomentazioni l'appellante ha opposto - sostanzialmente - che l'impianto è di modeste dimensioni, e viene gestito con finalità eminentemente sociali, per consentire l'accesso al nuoto di fasce reddituali modeste, e ciò sarebbe comprovato dal disavanzo di gestione registrato nel 2007, pari a 40 mila euro.

Né alcun rilievo, secondo l'assunto, dovrebbe attribuirsi alle caratteristiche soggettive del soggetto gestore ed alla possibilità che lo stesso eroghi anche servizi diversi, posto che la legge regionale applicabile collega la legittimità dell'affidamento diretto alle sole caratteristiche oggettive dell'impianto.

La censura va disattesa.

Può aderirsi alla tesi dell'Amministrazione che, nella specie, alla stregua della normativa applicabile, dovesse prescindere dalle finalità statutarie della società diverse da quella della gestione di impianti sportivi, e tuttavia, la posizione dei primi giudici risulta, quanto al resto, pienamente condivisibile.

Va tenuto presente che l'impianto è composto da un edificio con tre piscine (delle quali una della dimensione di mt. 25x13, un'altra di mt. 13x6 e la terza consistente in una vasca per neonati) e spazi di servizio con annesso bar (di mq 31,50), piscina all'aperto, spazio verde destinato a solarium ed aree di pertinenza, e situato all'interno della "cittadella dello sport" del comune di S.

Non può condividersi che le caratteristiche strutturali dell'impianto siano tali da privarlo, intrinsecamente, di rilevanza economica, sembrando piuttosto che l'incapacità di essere condotto in modo economicamente proficuo derivi dalla determinazione contingente di praticare tariffe di particolare favore. Ma ciò corrisponde ad una scelta gestionale che può essere successivamente modificata in modo che l'esercizio dell'impianto sia fonte di profitto, come lo sono tutte le piscine da 25 metri.

Va confermato, quindi, l'avviso dei primi giudici, sorretto dalla giurisprudenza di questo Consiglio, secondo cui, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della "redditività", anche solo in via potenziale.

Tale conclusione ha carattere assorbente di ogni altra questione, salvo che per le censure volte a contestare la condanna al risarcimento del danno, di cui ora si dirà.

L'appellante, infatti, contesta anche l'accoglimento della domanda risarcitoria per equivalente, che i primi giudici hanno ritenuto fondata condannando il Comune alla rifusione di Euro 5.000,00 a titolo di ristoro del danno subito per effetto dello svolgimento del servizio ad altro soggetto in base a provvedimenti illegittimi.

Il Comune ha contestato la sussistenza dell'elemento della colpa, ma non è stato in grado di contrastare efficacemente i rilievi della sentenza appellata, secondo cui "i numerosi provvedimenti illegittimi adottati dall'amministrazione nonostante i contrari orientamenti della giurisprudenza e soprattutto la riconduzione dell'affidamento diretto della concessione del servizio ogni volta a diversi istituti giuridici al mero scopo di contrastare le precedenti illegittimità ripetutamente acclarate, denotano un comportamento certamente colposo in capo all'amministrazione comunale, che in ogni modo si è opposta alla necessità di indizione di una procedura ad evidenza pubblica nonostante le numerose determinazioni in tal senso sia di questo giudice che del Consiglio di Stato (sez. V, ordinanza n. 1380 del 16 marzo 2007).".

Né potrebbe obiettarsi che, nella specie, non essendo stata bandita alcuna gara, l'impresa interessata non avrebbe subito alcuna lesione,

posto che la giurisprudenza afferma che in caso di annullamento dell'aggiudicazione il danno per perdita di chance sussiste nel caso di illegittima privazione della mera possibilità di partecipare alla gara o di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto (Consiglio Stato , sez. V, 28 ottobre 2008 , n. 5373).

L'appello va quindi rigettato anche sotto questo profilo.

La conferma della sentenza di primo grado, recante condanna alle spese, induce il Collegio a compensare le spese del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, rigetta l'appello in epigrafe;

dispone la compensazione delle spese;

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 giugno 2009 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca Presidente ed Est.

Francesco Caringella Consigliere

Carlo Santelli Consigliere

Gabriele Carlotti Consigliere

Roberto Capuzzi Consigliere

IL PRESIDENTE ed ESTENSORE

F.to Marzio Branca

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

27/08/2009

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

IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi