Consiglio di Stato, Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5392

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

D E C I S I O N E

OMISSIS

FATTO

La E., s.r.l., ha impugnato in primo grado: la deliberazione della Giunta Municipale del 14 ottobre 1997, con la quale il Comune di Bisaccia ha individuato come socio di minoranza della costituenda società mista per la gestione dell'impianto di metanizzazione "G.", la S.T., s.n.c.; la deliberazione della Giunta Municipale del predetto Comune del 4 settembre 1997, n. 292, di approvazione del testo dell'avviso pubblico per la selezione del socio; la deliberazione del Consiglio comunale dello stesso Comune del 30 luglio 1997, n. 36, di approvazione dello statuto della costituenda società.
Il Comune di Bisaccia e la S.T. si sono costituiti in giudizio opponendosi all'accoglimento del ricorso.
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, I Sezione, con la sentenza del 18 settembre 1998, n. 2922, ha accolto il ricorso, annullando le deliberazioni n. 338 e n. 292.
Il Comune di Bisaccia ha proposto appello avverso tale pronuncia, domandandone la riforma.
Non si sono costituite in appello né la società controinteressata né le altre società alle quali l'appello è stato notificato.
All'udienza del 3 giugno 2008, il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

La 1^ Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, con la sentenza del 18 settembre 1998, n. 2922, ha annullato, su ricorso della S.E., la deliberazione della Giunta Municipale del 14 ottobre 1997, n. 338, con la quale il Comune di Bisaccia ha individuato la S.T., s.n.c., come socio di minoranza della costituenda società mista per la gestione dell'impianto di metanizzazione "G.". La sentenza ha annullato anche la deliberazione della Giunta Municipale del predetto Comune del 4 settembre 1997, n. 292, di approvazione dell'avviso pubblico per la selezione del socio della costituenda società mista.
L'appello proposto dal Comune di Bisaccia avverso tale sentenza è infondato.
Come correttamente ha evidenziato il Tribunale Amministrativo Regionale, nella presente controversia non viene in rilievo la questione, riproposta anche in appello dal Comune di Bisaccia, se sia necessario o meno per la scelta del socio di minoranza di una società mista di iniziativa comunale il ricorso a procedure di evidenza pubblica.
Nella specie, infatti, lo stesso Comune, nella deliberazione della Giunta Municipale del 4 settembre 1997, n. 292, ha stabilito di indire una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio di minoranza della costituenda società mista comunale per la gestione dell'impianto di metanizzazione "G.".
Dal bando di gara, poi, emerge che tale procedura ha la finalità di scegliere il socio privato, "in maniera trasparente e democratica e con tutte le garanzie di competenza tecnico-professionale e di solidità economica".
Il Comune, nonostante tali presupposti, non ha posto in essere alcun atto che potesse configurare la preannunciata procedura concorsuale (con la predisposizione di criteri di valutazione dei concorrenti, la

nomina di una commissione, la valutazione concorrenziale dei concorrenti, ed altro) ma ha individuato direttamente, come socio della costituenda società mista, la T., la società, cioè, che gia aveva in gestione il servizio fin dal 1995.
La illegittimità di tale determinazione è evidente ed è stata sanzionata con l'annullamento dal giudice di primo grado della deliberazione della Giunta Municipale del 14 ottobre 1997.
In appello, il Comune di Bisaccia ha dedotto di non avere voluto porre in essere "una formale procedura di selezione mediante le forme dell'asta pubblica o della licitazione privata", ma di avere ugualmente perseguito l'obiettivo di procedere alla selezione del socio "in maniera trasparente, democratica e con tutte le garanzie di competenza tecnico-professionale e di solidità economica" attraverso una procedura negoziata preceduta da un avviso pubblico.
L'avviso pubblico, sostiene ancora il Comune appellante, lungi dal rappresentare la volontà di indire una formale gara, ha avuto il solo scopo di raccogliere le disponibilità di tutte le imprese private in possesso dei requisiti minimi di affidabilità con cui, quindi, avviare la procedura negoziata.
Del resto, la scelta della T., precedente gestore del servizio, a detta del Comune, sarebbe stata molto conveniente per l'amministrazione, in quanto tale impresa aveva già dato prova della sua idoneità e adeguatezza nell'espletamento del servizio dal quale sono derivati molti vantaggi all'ente appellante (mantenendo inalterato il costo del servizio senza alcun aumento, raddoppiando il numero degli utenti, realizzando notevoli ampliamenti di rete, eseguendo numerosi lavori di ristrutturazione degli impianti, incrementando il fatturato, specializzando il personale locale ed altro).
Tali argomenti, contrariamente all'obiettivo prefissosi dall'ente appellante di difendere gli atti impugnati in primo grado, valgono solo a sottolineare che il Comune, contraddicendo alle prescrizioni che esso stesso si era imposto, è venuto meno all'obbligo di porre in essere la procedura concorsuale, che aveva stabilito di effettuare nella deliberazione n. 292 del 1997, e ha proceduto alla scelta del socio in base a valutazioni eseguite liberamente senza la previa fissazione di criteri selettivi.
Il Comune era invece tenuto al rispetto di tale obbligo, principalmente in considerazione che una procedura concorsuale era stata prevista per dare concretezza ai principi informatori delle gare pubbliche che sono principalmente quelli di trasparenza, di concorrenzialità e di "par condicio".
Ciò senza dire che la scelta del socio, secondo principi divenuti ormai "ius receptum", non si può sottrarre ai suddetti principi di concorrenzialità e di par condicio, sia che si tratti di società miste di maggioranza che di società miste di minoranza, indipendentemente dalla esistenza di specifiche norme, essendo ormai considerato immanente nell'ordinamento il principio dell'evidenza pubblica ogni qualvolta occorra individuare un operatore privato al quale affidare attività per conto e nell'interesse della pubblica amministrazione.
Le considerazioni fin qui svolte sono sufficienti a confutare anche le ulteriori argomentazioni svolte dal Comune di Bisaccia, tutte rivolte a sostenere la legittimità della scelta del socio della costituenda società mista mediante la realizzata forma di negoziazione diretta.
L'appello del Comune di Bisaccia, in conclusione, va respinto.
Nulla è da disporre in ordine alle spese del secondo grado del giudizio non essendosi costituite le società appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, rigetta l'appello.
Nulla per le spese.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministra-

tiva.
Così deciso, in Roma,in Camera di Consiglio, il 3 giugno 2008, con l'intervento dei signori:
Raffaele Iannotta Presidente
Claudio Marchitiello Consigliere est.
Aniello Cerreto Consigliere
Nicola Russo Consigliere
Giancarlo Giambartolomei Consigliere
L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
F.to Claudio Marchitiello F.to Raffaele Iannotta