Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214

OMISSIS

FATTO e DIRITTO

1. La C.T. s.p.a. è società a prevalente capitale pubblico, affidataria del servizio di gestione delle entrate tributarie comunali dei Comuni di Polignano a Mare e Fasano e la T.I. s.p.a. è socio privato minoritario della predetta s.p.a. con onere di prestazioni accessorie, consistenti nella materiale esecuzione dei servizi affidati alla società mista.

C.T. e T.I. impugnavano davanti al Tar Puglia la deliberazione del Consiglio comunale di Polignano a Mare 27 dicembre 2008 n. 73, avente ad oggetto "dichiarazione di decadenza del rapporto concessorio ex art. 113, comma 15 bis, D. lgs. 267/2000 nonché rimozione in autotutela di tutti gli atti afferenti l'affidamento del servizio di gestione di entrate tributarie e comunali in capo a C.T. Spa ed a S. Giorgio Spa" (ora Tributi Italia) e la deliberazione di Giunta comunale 31 dicembre 2008 n. 208, avente anch'essa ad oggetto "dichiarazione di decadenza del rapporto concessorio ex 113 comma 15 bis D.lgs. 267/2000 e rimozione in autotutela di tutti gli atti afferenti l'affidamento del servizio di gestione di entrate tributarie e comunali in capo a C.T. Spa ed a S.G. Spa" (ora T.I.), nonché contenente ordine a T.I. di "svolgere fino al 30 aprile 2009 attività di front-office per tutti gli avvisi di accertamento emessi fino al 31 dicembre 2008 con inibizione assoluta di qualsiasi attività di riscossione".

Il comune di Polignano a Mare si costituiva in primo grado, chiedendo le reiezione del ricorso e, in via riconvenzionale, la condanna della società alla restituzione dei software in uso, imposta dalla convenzione tra le parti nell'ipotesi di conclusione del rapporto.

Il Tar per la Puglia rigettava l'istanza cautelare con ordinanza 26 febbraio 2009 n. 131, che veniva riformata da questa Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 19 maggio 2009 n. 2549.

A seguito dell'ordinanza del giudice di appello, il Comune disponeva nuovamente la decadenza dalla concessione sia in relazione all'art. 113 del decreto legislativo n. 267/2000, sia per inadempienza contrattuale, con delibere della Giunta 11 giugno 2009 n. 97 e del Consiglio 30 giugno 2009 n. 25, impugnate in altro giudizio.

Con sentenza n. 2740/09, il Tar per la Puglia dichiarava improcedibile il ricorso proposto avvero le menzionate deliberazioni del 2008, ritenendo che, in presenza dei nuovi provvedimenti, fosse venuto meno ogni interesse alla decisione del ricorso, non potendo essere tratta alcuna utilità – neanche ai fini risarcitori - dall'eventuale accoglimento della domanda demolitoria.

Con la stessa sentenza il Tar dichiarava inammissibili i motivi aggiunti proposti dalla società mista e dal socio privato per contestare le modalità con le quali l'Amministrazione intendeva rifornirsi di mezzi informatici per la gestione delle entrate fiscali e dichiarava improcedibile la domanda riconvenzionale, proposta dal Comune, essendo quest'ultimo venuto in possesso dei programmi operativi di cui chiedeva la restituzione.

Con separati ricorsi C.T. e T.I. hanno proposto appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Il comune di Polignano a Mare si è costituito in entrambi i giudizi, chiedendo la reiezione dei ricorsi ed eccependone l'inammissibilità.
All'odierna udienza le cause sono state trattenute in decisione.
2. Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei due ricorsi perché proposti, per motivi analoghi, avverso la stessa sentenza.
3. Sempre in via preliminare va rilevato come alcun dubbio può sussistere sulla sussistenza della giurisdizione amministrativa in ordine alla presente controversia, sia perché l'assenza di contestazioni in appello avverso la statuizione implicita del Tar sulla giurisdizione preclude l'esame della questione, sia in quanto, comunque, i giudizi aventi ad oggetto le vicende di un rapporto di concessione di pubblico servizio, compresa la decadenza, non estesi a indennità, canoni ed altri corrispettivi, rientrano nella giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 33 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, nel testo, modificato dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205 e risultante dalla dichiarazione d'illegittimità costituzionale pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 204 del 2004 (Cass. Civ., sez. un., n. 8094/07; n. 27336/08; Cons. Stato, V, n. 5165/2003).
4. Non sono, inoltre, condivisibili le eccezioni di inammissibilità dei ricorsi, sollevate dal comune, tenuto conto che:
- sussiste la legittimazione e l'interesse di una società mista e del suo socio privato operativo a contestare i provvedimenti di decadenza del rapporto concessorio, senza che assumano rilievo i richiamati conflitti di interesse o la gravità degli inadempimenti, che costituisce uno dei presupposti della decadenza, come verrà chiarito oltre;
- la mancata tempestiva impugnazione degli atti presupposti delle due delibere del 2008 non determina l'irricevibilità dei ricorsi, assumendo tali atti carattere non immediatamente lesivo, ma meramente preparatorio rispetto a quelli impugnati.
5. Con il primo motivo le appellanti contestano la declaratoria di improcedibilità del ricorso di primo grado, sostenendo che permarrebbe un interesse, quanto meno ai fini risarcitori, all'annullamento delle delibere del 2008 e rappresentando che tali deliberazioni sono state annullate solo in parte dai successivi atti del 2009.
Il motivo è fondato.
In primo luogo, la successiva sostituzione delle deliberazioni del 2008 non preclude in astratto l'ammissibilità di pretese di risarcimento di danni, specificatamente derivanti da quelle delibere, in relazione alle quali, quindi, persiste l'interesse delle appellanti all'annullamento previo accertamento della loro illegittimità.
Inoltre, come correttamente sostenuto dalle appellanti, le delibere del 2008 sono state solo in parte annullate da quelle del 2009 e, anche sotto tale profilo, persiste l'interesse alla decisione del ricorso, tenuto pure conto che gli atti del 2009 sono stati adottati in seguito ad una ordinanza cautelare di questo giudice di appello, pronunciata nell'ambito del presente giudizio (più precisamente, in sede di riforma di una ordinanza cautelare del Tar).
Per tali considerazioni va anche disattesa l'eccezione di inammissibilità o improcedibilità degli appelli, proposta dal comune, secondo cui ormai la questione controversa è regolata dalle deliberazioni del 2009, contestate in altro giudizio.
6. Si deve quindi passare all'esame dei motivi proposti dalle appellanti avverso le due deliberazioni del 2008, con cui – si ricorda

– il comune ha dichiarato la decadenza del rapporto concessorio in base all’art. 113, comma 15 bis, D. lgs. 267/2000, nonché rimuovendo in autotutela, per le evidenti ragioni di interesse pubblico e di grave inadempimento del soggetto concessionario, … tutti gli atti afferenti l'affidamento del servizio di gestione di entrate tributarie e comunali in capo a C.T. Spa ed a S.G. Spa” (ora T.I.).

E’ innanzitutto priva di fondamento la censura con cui le appellanti sostengono che il comune non poteva porre a fondamento dei propri provvedimenti due ragioni di decadenza alternative, in quanto se sussisteva la causa di decadenza ex art. 113, comma 15 bis, D. lgs. 267/2000, non si sarebbe dovuto valutare altre questioni.

Al contrario, un determinato potere (nella specie, di dichiarare la decadenza) può anche essere esercitato sulla base di plurime e alternative ragioni, che rafforzano il provvedimento assunto e determinano che , anche ove una di esse non sia corretta, permangono le altre a sostenere la decisione adottata.

Legittimamente, quindi, il comune ha posto a fondamento della decadenza del rapporto concessorio due ragioni alternative.

7. Sulla prima di tali ragioni, non vi sono contestazioni circa la corretta interpretazione dei provvedimento impugnati, che si fondano sull’applicazione dell’art. 113, comma 15 bis, D. lgs. 267/2000.

Tale disposizione stabiliva la anticipata cessazione delle concessioni di pubblico servizio rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, escludendo dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate 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.

Con i provvedimento impugnati il comune ha ritenuto di fare applicazione di tale disposizione ed ha motivato la non sussistenza di un caso di esclusione dalla cessazione anticipata, richiamando elementi riferiti sia alle c.d. società in house sia alle società miste.

Nel caso in esame si era in presenza di una società mista e, di conseguenza, è ultronea e priva di rilievo la parte motiva dei provvedimenti con cui si affronta la questione dell’assenza di controllo analogo del comune su C.T. s.p.a..

Ciò non significa, tuttavia, che il provvedimento sia stato adottato su un presupposto errato, in quanto nello stesso si dà ampio rilievo ai presupposti per il legittimo affidamento di un servizio ad una società mista.

Deve, quindi, ritenersi che il richiamo alla questione del controllo analogo sia irrilevante ai fini della verifica della legittimità degli impugnati provvedimenti, fondati in modo autonomo sulla insussistenza dei presupposti per l’affidamento del servizio alla società mista.

Del resto,con riguardo alle società miste, l’art. 113, comma 15 bis, D. lgs. 267/2000 esclude dalla cessazione anticipata le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica

che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza.
Non è, quindi, sufficiente, ai fini dell'esclusione, la mera scelta del socio privato con gara, ma deve trattarsi di una procedura svolta nel rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza.
Per procedere a tale verifica, il comune correttamente ha applicato i principi affermati da questo Consiglio di Stato, in sede consultiva, con il parere della II Sezione n. 456 del 18 aprile 2007.
Con il suddetto parere è stato, in particolare, ritenuto che può essere consentito l'affidamento ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara.
La differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale (e, per questo, è richiesto il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.
In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto).
Tali principi hanno, dapprima, trovato conferma in sede interna (Cons. Stato, VI, 16 marzo 2009 n. 1555) e sono poi stati affermati anche dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset).
La Corte di Giustizia ha, infatti, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolga in unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.
A tal fine, le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio.
Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento, ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all'eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara.

Il fatto che si tratti di una decisione successiva ai provvedimenti impugnati non assume alcun rilievo, in quanto il giudice comunitario si è limitato a fornire la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea, peraltro a seguito di un rinvio pregiudiziale di un Tribunale amministrativo regionale italiano e ha condiviso un principio, già consolidato in sede interna a partire dal citato parere delle II Sezione del Consiglio di Stato e contenuto anche nella Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (pubblicata in GUCE n. C 091 del 12 aprile 2008).
La verifica in concreto della conformità dell'affidamento del servizio di gestione di entrate tributarie e comunali a C.T. s.p.a. ha condotto il comune a escludere il rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, costituite dai principi appena illustrati.
E' stato, in particolare, rilevato che non era previsto alla scadenza del periodo di affidamento alcun rinnovo della procedura di selezione del socio, con la conseguenza che il socio privato era di fatto un socio stabile, che restava libero di non cedere la propria quota nella società.
Tale elemento contrasta con i principi sopra richiamati, che richiedono invece che, alla scadenza dell'affidamento, siano previsti idonei meccanismi per consentire lo svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio.
Deve, quindi, essere condivisa la conclusione del comune circa l'insussistenza dei presupposti per escludere la cessazione anticipata dell'affidamento disposto in favore di C.T. s.p.a. dal comune di Polignano a Mare.
8. Pur se il presupposto sopra esaminato è di per sé sufficiente a giustificare il contenuto degli impugnati provvedimenti, procedendo all'esame degli ulteriori motivi di ricorso, si rileva come anche il secondo presupposto degli atti impugnati sia esente da vizi di legittimità.
In primo luogo, deve essere definita l'esatta natura del potere esercitato dal comune, il quale ha richiamato sia l'autotutela che gli inadempimenti della società concessionaria.
La lettura della parte motiva dei provvedimenti induce a ritenere che il comune non ha voluto esercitare alcun potere di autotutela, inteso come revoca per ragioni di opportunità o annullamento d'ufficio per vizi di legittimità, ma ha rilevato le gravi inadempienze della società concessionaria, che ai sensi dell'art. 15 della convenzione stipulata, comportavano la revoca dalla conduzione del servizio (inadempienze risultanti dalla parte motiva dei due provvedimenti e dagli atti richiamati e non adeguatamente confutate dagli appellanti).
Si è, quindi, in presenza di una ipotesi di c.d. revoca – sanzione o revoca – decadenza, mediante la quale l'amministrazione può disporre, nei casi tassativamente previsti dal legislatore o fissati in via convenzionale, la revoca di un provvedimento favorevole come specifica conseguenza della condotta del destinatario; in questi casi, la revoca non dipende da valutazioni di opportunità, ma è la conseguenza (vincolata) di una violazione della legge o della convenzione.
Fermo restando quanto evidenziato al punto 3 della presente decisione sulla questione di giurisdizione, sono, di conseguenza, infondate le censure dedotte dagli appellanti con riguardo all'assenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela e, in

particolare, in ordine alla asserita violazione dell’art. 21-nonies della legge n. 241/90, non applicabile alla fattispecie in esame.
Parimenti è privo di fondamento il motivo di eccesso di potere per sviamento, in quanto gli impugnati provvedimenti sono stati adottati sulla base di precisi presupposti che vincolavano l’amministrazione a far venire meno il rapporto concessorio in essere.
La legittimità dei provvedimento impugnati esclude, infine, il vizio di illegittimità derivata invocato con riferimento agli atti di acquisizione dei software per la gestione delle entrate comunali.
9. In conclusione, l’accoglimento del primo motivo degli appelli riuniti ha condotto all’esame nel merito del ricorso di primo grado, che va respinto per le esposte considerazioni, con conseguente reiezione della parte restante degli appelli.
Alla soccombenza delle appellanti seguono le spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura di Euro 8.000,00, oltre Iva e C.P., a carico di C.T. e di Euro 8.000,00, oltre Iva e C.P., a carico di Tributi Italia..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa riunione dei ricorsi in appello indicati in epigrafe, accoglie il primo motivo dei ricorsi, respingendoli nel resto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.
Condanna gli appellanti alla rifusione, in favore del Comune, delle spese di giudizio, liquidate nella somma di Euro 8.000,00, oltre Iva e C.P., posta a carico di ciascuna parte appellante;
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente
Cesare Lamberti, Consigliere
Marco Lipari, Consigliere
Aniello Cerreto, Consigliere
Roberto Chieppa, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 30/09/2010
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
Il Dirigente della Sezione