

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. 2604/09 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N 6506-6507-7664 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

A.-sul ricorso in appello n. 6506 e n. 6507 del 2006 proposti dalle soc. GEAT S.r.l., in persona dell' amministratore delegato, e P& B S.r.l., in persona dell' amministratore unico, nonché E-CO.M.A.B., in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avv.ti Gabriele e Francesco Casertano, Pietro Ottavio di Leo, ed elettivamente domiciliate in Roma, via Panama n. 74 (presso lo studio dell' avv. Emilio Iacobelli);

B.- sul ricorso in appello n. 7664 del 2006 proposto dalle società GEAT S.r.l., in persona dell' amministratore delegato, e Publicconsult S.p.A., in persona dell' amministratore unico, rappresentato e difeso dall' avv. Angelica Buccelli e dal prof. Avv. Angelo Clarizia e presso il secondo elettivamente domiciliato in Roma, via Principessa Clotilde n. 2

contro

il Comune di Roseto Capo Spulico, in persona del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Mascaro e Luigi Napolitano ed elettivamente domiciliato presso il secondo in Roma, via Sicilia n. 50;

e nei confronti (nel ricorso in appello n. 6507 del 2006) del Comune di Villa Castelli, in persona del sindaco pro-tempore, (non costituito);

per l' annullamento

quanto al ricorso in appello n.6506 del 2006:

della sentenza 24 maggio 2006 n. 572, resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Catanzaro, sez.II;

quanto al ricorso in appello n.6507 del 2006:

della sentenza 24 maggio 2006 n. 573, resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Catanzaro, sez.II;

quanto al ricorso in appello n. 7664 del 2006:

della sentenza 21 maggio 2006 n. 571, resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Catanzaro, sez.II;

Visti il ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Roseto Capo Spulico;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 15 luglio 2008, il Cons. Giancarlo Giambartolomei;

Uditi gli avvocati F. Casertano, L. Napolitano, M. Mascaro, A. Clarizia, A. Buccelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO

1.- Dopo aver proceduto mediante procedura ad evidenza pubblica a costituire la GEAT S.r.l., società a responsabilità limitata ed a prevalente capitale pubblico (avente ad oggetto la gestione delle entrate comunali, tributarie e patronali, nonché i servizi d'igiene urbana, raccolta e smaltimento dei rifiuti, manutenzione idrica e fognaria, manutenzione viabilità e segnaletica e pubblica illuminazione), con delibera consiliare 22 marzo 2005 n. 11 il Comune di Roseto Capo Spulico provvede ad annullare, in sede di autotutela, la delibera consiliare n.13 del 2002 con la quale si era determinato in tal senso.

Seguirono a detto annullamento:

-la delibera consiliare 22 marzo 2005 n.12 di annullamento della delibera di cessione di una quota della società mista al Comune di Villa Castelli;

-la delibera 24 marzo 2005 n.24 di annullamento della gara per la scelta del socio privato ;

-la determina 25 marzo 2005 n.1305 d' annullamento del provvedimento di affidamento dei servizi comunali.

Tali atti, unitamente alla delibera 20 maggio 2005 n.2 di avvio del procedimento per l' annullamento e la revoca dell' atto consiliare n.13 del 2002, sono stati impugnati dalle soc. P&B S.r.l ed ECOMAB S.r.l. (soci di minoranza, unitamente alla Publiconsult S.p.A.) con ricorso deciso con sentenza di reiezione n.573 del 2006, impugnata con atto d' appello n.6507 del 2006.

Nella camera di consiglio del 26 settembre 2006 l' istanza di sospensione è stata rinviata a data da destinare.

Il Comune di Roseto Capo Spulico si è costituito ed ha prodotto memorie e documenti.

Anche la parte appellante ha prodotto scritti difensivi.

2.-Con atto d' appello n.7664 del 2006 le soc. GEAT S.r.l e la Publiconsul S.p.A. (questa seconda, socio di minoranza, unitamente alle soc. P&B S.r.l ed ECOMAB S.r.l.) hanno impugnato la sentenza n. 571 del 21 maggio 2006 di reiezione del ricorso proposto avverso i medesimi atti, già oggetto della sentenza n. 573 del 2006, e di accoglimento in punto di riconoscimento a favore della Publiconsul S.p.A. (attuale San Giorgio S.p.A.) del diritto all' indennizzo di cui all' art. 1, co. 136, della l. 30 dicembre 2004 n. 311

Nella Camera di consiglio del 28 novembre 2006 (ord. n. 6185) è stata sospesa l' efficacia della sentenza.

Il Comune di Roseto Capo Spulico si è costituito ed ha prodotto scritti difensivi.

3.- Con ricorso in appello n. 6506 del 2006 le soc. GEAT S.r.l. e P.&B S.r.l. hanno impugnato la sentenza n. 572 del 2006 di reiezione del ricorso promosso avverso la determina 29 dicembre 2004 n. 182, adottata dal responsabile del servizio tecnico di decadenza della soc. GEAT S.r.l. e della soc. P&B S.r.l. della conduzione dei servizi assegnati, e degli atti presupposti.

Il Comune di Roseto Capo Spulico si è costituito ed ha prodotto memorie.

## DIRITTO

1.-Occorre indicare più compiutamente gli elementi in fatto della complessa vicenda di cui è causa.

1.-1. Con delibera consiliare 28 marzo 2002 n. 13 il Comune di Roseto Capo Spulico decise di costituire una società a responsabilità limitata a maggioranza pubblica per la gestione delle entrate comunali, tributarie e patrimoniali, nonché dei servizi di igiene urbana, raccolta e smaltimento rifiuti, manutenzione rete idrica e fognaria, manutenzione viabilità, segnaletica e pubblica illuminazione.

Indetta una procedura ad evidenza pubblica con il criterio dell'aggiudicazione di cui all' art. 23 lett. b) d.lgs n. 157 del 1995 (offerta economicamente più vantaggiosa), il Comune approvò lo schema di statuto della costituenda società ed i capitoli dei singoli servizi.

Gli esiti della gara vennero approvati con delibera della giunta comunale 23 agosto 2002 n. 71 e riferiti al raggruppamento costituito da Pubbliconsul S.p.A. (capogruppo mandataria) e dalle società: Ecomab Sas di Lecce Licola & C. e P.&B. S.r.l.

Con atto notarile si provvide a costituire la società mista, denominata GEAT S.r.l, alla quale, in data 2 gennaio 2003, vennero consegnati i servizi.

Con determina 11 dicembre 2003 n. 53, nel richiamo all' art. 11 del capitolato, il Comune comminò la decadenza della GEAT S.r.l dall' espletamento del servizio delle entrate comunali.

Il ricorso proposto avverso la determina n.53 del 2003 dalla GEAT S.r.l e dalla soc. Sangiorgio (allora Pubblicconsult S.p.A.), con sentenza 8 ottobre 2004 n. 2083, venne dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

In appello questa Sezione, con decisione 11 dicembre 2008 n. 6159 ha disposto il rinvio della controversia al giudice di primo grado nel rilievo della sussistenza della giurisdizione .

1.2.-Con delibera 12 novembre 2004 n. 52 ( impugnata con il ricorso n. 107 del 2005, pendente innanzi il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria) il Consiglio Comunale di Roseto Capo Spulico diede incarico alla giunta di dare avvio al procedimento di scioglimento, in via d' autotutela, della GEAT S.r.l..

Di seguito e nel richiamo a tale atto, con determina 29 dicembre 2004 n. 182 il responsabile dell' Ufficio tecnico, a ciò incaricato dalla Giunta Comunale (atto 27 dicembre 2004 n. 74), dichiarò la decadenza dell' affidamento dei servizio idrico integrato, manutenzione della viabilità, segnaletica stradale e degli impianti di illuminazione.

Promosso giudizio innanzi al giudice civile, che si espresse per la propria incompetenza, il ricorso n. 583 del 2005, in seguito proposto dalla soc.GEAT e dalla soc. P&B innanzi al Tribunale amministrativo regionale avverso la delibera di giunta n. 74 del 2004 e la determina n. 182 del 2004, venne respinto con sentenza n. 572 del 2006 (appellata con ricorso n. 6506 del 2006).

1.-1.-3.-Con delibera 20 gennaio 2005 n. 2 il consiglio comunale avviò di nuovo il procedimento di annullamento e revoca in autotutela della delibera 28 marzo 2002 n. 13.

Il procedimento si concluse con l'adozione della delibera consiliare 22 marzo 2005 n. 11 di annullamento e revoca della predetta deliberazione consiliare n. 13 del 2002 da cui muoveva tutta la vicenda in esame.

L'atto di autotutela n. 11 del 2005 e la delibera n. 2 del 2005, vennero impugnati:

- dalle soc. P&B S.r.l ed ECOMAB S.r.l. con ricorso definito con sentenza n. 573 del 2006, appellata con ricorso n. 6507 del 2006;
- dalle soc. GEAT S.r.l e PUBLICONSUL S.p.A con ricorso definito con sentenza n. 571 del 2006, appellata con ricorso 7664 del 2006.

Le sentenze n. 571 e n. 573 del 2006, respinti i ricorsi per il resto, accoglievano il solo capo di domanda volto al riconoscimento a favore della Publiconsul S.p.A. (attuale San Giorgio S.p.A.) e delle soc. P&B S.r.l ed ECOMAB S.r.l. del diritto all'indennizzo di cui all' art. 1, co. 136, della l. 30 dicembre 2004 n. 311, da liquidarsi secondo le modalità indicate in motivazione.

2.- I tre ricorsi in appello sopra indicati (n. 6506, n. 6507 e n. 7664 del 2007) devono essere riuniti per evidente loro connessione.

3.-Quanto sopra esposto, vanno esaminati con precedenza i ricorsi n. 6507 e n. 7664 del 2006 con i quali sono state impuginate le sentenze (n. 573 e n. 571 del 2006) i cui ricorsi decisi avevano ad oggetto i medesimi atti (la delibera consiliare 20 gennaio 2005 n. 2 di avvio del procedimento, la delibera consiliare 22 marzo 2005 n. 11 "di annullamento e revoca della deliberazione consiliare n. 13 del 2002, di costituzione della soc. Multiservizi, de-

nominata GEAT S.r.l.; la delibera consiliare 22 marzo 2005 n. 12, “ di annullamento della delibera consiliare 28 aprile 2004 n. 16 di cessione di quota della società mista al Comune di Villa Castelli”; -la delibera giunta 24 marzo 2005 n. 24 di annullamento della propria delibera 23 agosto 2002 n. 71, di costituzione della società Multiservizi ; -la determina dirigenziale 23 marzo 2005 n. 1305 di annullamento del provvedimento di affidamento dei servizi comunali prot. 2 gennaio 2003 n.1).

3.-1.-Si rende ancora necessario precisare che la delibera consiliare n. 2 del 2005, con la quale è stato dato avvio al procedimento di annullamento in via d' autotutela della deliberazione consiliare 28 marzo 2002 n. 13 per vizi di legittimità e di merito inerenti all' atto di costituzione della GEAT S.r.l, supera la precedente delibera consiliare 12 novembre 2004 n. 52 (impugnata con ricorso in primo grado n. 107 del 2005, ancora pendente) di analogo contenuto, essendo stato dato avvio al procedimento di scioglimento in via d' autotutela della soc. GEAT.

Alla delibera n. 52 del 2004 ha fatto seguito la delibera di giunta 27 dicembre 2004 n. 74 e la determina dirigenziale 29 dicembre 2004 n. 425 che, pur richiamando la delibera n. 52 del 2004, hanno proceduto a risolvere, “il rapporto di fatto con la GEAT S.r.l. e per la S.r.l. P.&B, dei servizi di manutenzione degli impianti della pubblica illuminazione, del servizio idrico integrato e di manutenzione della viabilità e della segnaletica stradale ai sensi degli artt. 17,19 e 21 dei rispettivi capitolati”. Diverse sono le statuizioni portate nella delibera consiliare n. 11 del 2005, adottata dopo il rinnovato avvio del procedimento di cui alla delibera n. 2 del 2005.

A prescindere da ogni questione (in ordine alla quale deve ancora pronunciarsi il giudice di primo grado) di immediata lesività

della delibera n. 52 del 2004, ogni profilo di sua illegittimità può venire in rilievo e può riverberarsi sul provvedimento finale che, come chiarito, non è individuabile nella delibera n.11 del 2005, oggetto delle sentenze n. 571 e n. 573 del 2006 e dei ricorsi in appello in esame n. 6507 e n. 7667 del 2006.

Consegue l' inconferenza delle dedotte censure d' illegittimità derivata ( tali vizi, più precisamente, sono l' incompetenza assoluta e l' eccesso di potere sotto i profili del difetto dei presupposti, dello sviamento, della mancanza dei presupposti per l' esercizio del potere di autotutela).

3.-2.-In entrambi i ricorsi n. 6507 e n. 7664 del 2006 è posta una questione la cui risoluzione si presenta pregiudiziale ad ogni altra per attenersi (indirettamente) alla giurisdizione.

Le società appellanti sostengono che il Comune avrebbe fatto uso del potere di autotutela (utilizzando un mezzo improprio, con sviamento dell' azione dalla causa tipica), in elusione degli artt. 2332 e 2463 c.c. che prevedono cause tassative d' invalidità dell' atto costitutivo di una società, anche a tutela di terzi che abbiano riposto affidamento nella validità dell' atto costitutivo e nella stabilità dei rapporti sociali istaurati.

“Essendosi collocato in un contesto negoziale e privatistico”, l' Ente avrebbe dovuto far ricorso per sciogliersi dagli impegni assunti agli strumenti del diritto privato e non di poteri autoritativi di natura pubblicistica.

Come puntualmente evidenziato dal giudice di prime cure, la giurisprudenza non è univoca in punto d' estinzione delle società miste multiservizi, costituite ai sensi dell' art. 113, comma 5, lettera b) del D.Lgs n. 267 del 2000

Chiaramente le società appellanti si richiamano a quell' indirizzo per il quale “tutte le vicende che abbiano a verificarsi dopo la



costituzione della società sono insuscettibili di modificazione ad opera di atti autoritativi ed a maggior ragione lo scioglimento della società non può essere operato attraverso atti aventi natura provvedimento di secondo grado, quali la revoca o l'annullamento" (Consiglio di Stato, Sezione V, 20 ottobre 2004, n. 6867 e Cassazione civile, Sezioni Unite, 15 aprile 2005, n. 7799).

Qualora si voglia seguire tale indirizzo, la presente controversia avrebbe dovuto essere proposta innanzi al giudice ordinario, avendo a suo oggetto lo scioglimento di un contratto societario al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dagli artt. 2332 e 2463 c.c. di cui è dedotta la violazione (occorrerebbe, in ogni caso, aver riguardo alla portata prescrittiva della pronuncia della Corte Cass. Sez.UU., 14 gennaio 2009 n. 556 per la quale, a fronte di un giudicato esplicito od implicito, al giudice d' appello è precluso declinare d' ufficio la propria competenza).

Ben diverso è l' avviso di questa Sezione, espresso in sue più recenti pronunzie.

Con decisione 11 dicembre 2008 n. 6159 questa Sezione ha attratto alla competenza del giudice amministrativo il giudizio instaurato dalla GEAT S.r.l. e dalla Pubbliconsult S.p.A. (ora San Giorgio S.p.A.) avverso il Comune di Roseto Capo Spulico per ottenere l' annullamento della comminata decadenza di uno dei servizi affidati (di gestione delle entrate comunali, tributarie e patrimoniali) in forza dell' art. 11 del capitolato che la prevede in caso di continue irregolarità o reiterati abusi nella conduzione del servizio.

La conclusione resa va riportata, anche se sinteticamente, perché, in qualche misura, è parte dell' odierna controversia.

All' atto di decadenza, anche per la mancanza della sottoscrizione di una convenzione, non è stata riconosciuta natura contrattuale e non è stato qualificato come di "risoluzione per inadempimento", ma quale provvedimento amministrativo di secondo grado con "latenti valenze sanzionatorie", ricorrendo violazioni "di obblighi comportamentali o prestazionali, geneticamente ricollegabili a rapporti di diritto pubblico, specialmente di natura concessoria".

Le controversie su atti di esplicazione dei poteri autoritativi di vigilanza e di controllo dell' Amministrazione intimata sul gestore di un servizio pubblico dato in concessione, anche se è previsto il suo esercizio attraverso il ricorso ad uno schema societario, spettano al giudice amministrativo, versandosi in un' ipotesi di parziale decadenza di una concessione (art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, come ridisegnato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004).

Anche il giudice ordinario (Tribunale di Castrovillari, ordinanza del 19 aprile 2005), al quale le soc.GEAT e P&B avevano chiesto la dichiarazione di nullità della decadenza pronunciata con delibera di giunta n. 74 del 2004 e con determina n. 182 del 2004 dei residui servizi affidati, come esposto in fatto, ha declinato la propria competenza per aver l' Amministrazione agito "esercitando il suo potere autoritativo, ovvero in ragione delle facoltà attribuitele dalla legge, attraverso l' adozione di strumenti negoziali sostitutivi del cennato potere".

Più complessa ed articolata è la motivazione della decisione 1°luglio 2005 n. 7752 pronunciata da questa Sezione su una fattispecie analoga e simile, giungendo alla condivisibile conclusione che "l'affidamento di un servizio pubblico ad una società mista, seppure costituente un modello apparentemente alternati-

vo alla “concessione” (intesa nel senso ristretto e formalistico di “provvedimento” costitutivo, traslativo o derivativo-costitutivo) a ben riflettere non si pone in radicale antitesi con il più generale e variegato fenomeno, in uno organizzatorio ed autoritativo, di tipo concessorio”.

Quanto sopra trova supporto argomentativo dall’ esame del “Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto degli appalti pubblici e delle concessioni”, presentato a Bruxelles il 30 aprile 2004 dalla Commissione Europea.

Nel distinguere due tipi di partenariato, quello “puramente contrattuale” e quello “istituzionalizzato”, la Commissione ha ricondotto al secondo la concessione di servizi poiché “implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato che si attua mediante la creazione di un’ entità distinta, in genere un’ impresa partecipata dal pubblico e dal privato”.

Per la Commissione intercorre un collegamento tra la “funzionalità” dell’ entità interposta e la concessione affidata, configurandosi “la prima come un particolare ed essenziale strumento di esercizio della seconda”.

Nell’ ordinamento interno alla pubblica Amministrazione da sempre sono state riconosciute capacità di diritto privato, ma la stessa non può essere del tutto “autonoma”, al pari di un soggetto privato, e la sua azione è comunque “funzionale” al perseguimento d’ interessi della collettività, a prescindere da una sua riconducibilità al tradizionale concetto d’ “autoritarità”.

Le vicende che interessano l’ “affidamento” in concessione di un pubblico servizio mediante atti negoziali sostitutivi di un potere autoritativo e le relative controversie ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come previsto dall’ art. 33 del d.lgv 31 marzo 1998 n. 80, riformulato dall’ art. 7

della l. 21 luglio 2000 n. 205 e corretto dalla sentenza della Corte Costituzionale 5-6 luglio 2004 n. 204.

All' accertata esistenza di poteri autoritativi, che l' Amministrazione può esercitare nei confronti del gestore di un servizio pubblico dato in concessione mediante la costituzione di società partecipate, è consequenziale l' infondatezza della dedotta censura d' incompetenza in capo all' Amministrazione medesima ad agire avvalendosi di tali poteri.

Contrarius actus dell' "affidamento" è il provvedimento di annullamento o revoca in autototutela, espressamente disciplinato dall' art. 21, quinquies, della l. 7 agosto 1990 n. 241 (che prevede un indennizzo a favore dei destinatari di un atto di revoca, determinato da "sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario") e dall'art. 1, comma 136, della legge finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311.

Per questa seconda norma, "al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale..."

Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, la disposizione contempla l' annullamento anche per ragioni di economicità e di risparmio qualora si venga ad incidere su rapporti convenzionali con privati.

3.-3.-La delibera consiliare 20 gennaio 2005 n. 2, d' avvio del procedimento e l' atto impugnato 22 marzo 2005 n.11, d' an-

nullamento della delibera consiliare 28 marzo 2002 n. 13 di costituzione della società mista, espongono un' articolata motivazione adeguata nel rendere conto dell' interesse pubblico perseguito, attuale e prevalente sulle posizioni dei privati, e degli aspetti d' illegittimità afferenti l' atto caducato, idonea a giustificare la considerazione che la gestione dei servizi comunali, affidata alla società mista GEAT, avrebbe prodotto maggiori costi per il Comune intimato e che l' effettuata esternalizzazione dei servizi comunali era fin dall' inizio antieconomica.

Il contestuale riferimento nel provvedimento d' autotutela agli istituti dell' annullamento e della revoca si configura come una mera imprecisione, essendo la sua motivazione diretta a mostrare non il sopraggiungere di nuove esigenze e di mutate situazioni di fatto da sottoporre a nuova valutazione di merito, ma l' esistenza fin dalla sua emanazione di ragioni d' inopportunità e di profili d' illegittimità per il non corretto esercizio del potere.

L' esigenza di salvaguardare la posizione dei soggetti privati per la quale la giurisprudenza richiede l' attualità dell' interesse pubblico perseguito ed una comparazione degli interessi subisce un' attenuazione qualora, come nella specie, il potere di autoannullamento trovi la sua fonte nell' art. 1, comma 136, della legge finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311 che prevede la corresponsione di un indennizzo.

Non occorre elencare i singoli punti della motivazione riportata nei sopraindicati atti (delibere n.2 del 2005 e n. 11 del 2005).

E' necessario però confutare con il Comune intimato le valutazioni negative esternate dalle società appellanti che affermano "artatamente costruiti" i vizi di legittimità, a dimostrazione anche della dedotta censura di sviamento di potere.

Si osserva che quest' ultima non può fondarsi su semplici supposizioni ed indizi, non venendo, comunque, in rilievo "i motivi" che hanno indotto l' organo deliberante ad adottare l'atto, ma sue dimostrate divergenze dalla funzione tipica e l' esistenza di vizi che attengono alla "causa".

Indimostrabile appare nella specie l' esistenza di una volontà volta ad eludere la disciplina "privatistica" di cui agli artt. 2332 e 2463 c.c. che prevedono cause tassative di invalidità dell' atto costitutivo, ove solamente si abbia riguardo alla validità delle molteplici ragioni che hanno spinto a far uso del potere di autotutela.

3.-4.-Per le società appellanti l' esistenza di un difetto d' istruttoria e di motivazione che, secondo le delibere impugnate (n. 2 e n.11 del 2005), inficierebbero la delibera n. 13 del 2002, sarebbe contraddetta dall' esame dello schema di statuto, del capitolato e del bando di gara che recherebbero una puntuale esplicazione dei vantaggi attesi in termini di servizio al cittadino e d' incremento delle entrate.

Quanto dedotto non ha fondamento.

Si osserva primariamente che l' evidente e segnalata divergenza tra la relazione del responsabile dell'Ufficio Finanze e tributi allegata alla delibera n. 11 del 2005 e quella predisposta dallo stesso funzionario prima che fosse adottata la delibera consiliare n. 13 del 2002 è chiaramente conseguente ad un riesame e ad una più compiuta istruttoria che hanno indotto l' adozione dell' atto di ritiro.

I dati offerti con la seconda relazione vanno esaminati nella loro effettiva consistenza e valutati in punto di loro rispondenza al vero.

Occorre anche fugare la deduzione per la quale la relazione resa dal consulente tecnico dott. Aurelio in ordine alla non convenienza economica della costituzione di un società a capitale misto perverrebbe a conclusioni "macroscopicamente" diverse (quanto alle cifre ivi indicate) da quelle della relazione resa dal responsabile del settore tributi.

Invero, nella prima è dato leggere che "il contratto di esternalizzazione dei servizi verso GEAT si è rilevato di fatto non solo non conveniente per il Comune di Roseto Capo Spulico ma addirittura eccessivamente oneroso", e nella seconda che "l' esagerato aumento dei costi di gestione non è supportato neanche da un minimo di miglioramento in ordine all' efficienza dei servizi e non ha comportato alcun aumento di entrate".

Le tabelle allegate alla prima relazione attengono a tutti i servizi affidati alla soc. GEAT e pongono a confronto tutti i dati contabili riferiti a due annualità (il 2002 di gestione diretta ed il 2003 di gestione conferita) e tratti dai bilanci, dai conti consuntivi e dagli atti pubblici della P.A., mentre la seconda si limita ad evidenziare la misura della spesa dei servizi, ove gestiti in forma diretta dal Comune, riferita ai soli costi delle voci relative al personale, agli acquisti di beni, alle prestazioni di servizi. "che sono state ritenute occorrenti e sufficienti".

Nella parte motiva della delibera impugnata n. 11 del 2005 il Consiglio comunale si è dato carico di replicare, fornendo spiegazioni dettagliate e documentate a ciascuno dei rilievi mossi dalle società appellanti con memorie assunte al protocollo del Comune in data 8 febbraio 2005. Riguardo all' antieconomicità ed eccessiva onerosità dell' affidamento basti considerare la misura degli aggi praticati a favore della Società, pari al 20% ed al 15% per la riscossione delle Entrate tributarie e patrimoniali e

del 40% per la riscossione coattiva. Antecedentemente al subentro della soc. GEAT l'aggio praticato dal Concessionario della riscossione era pari al 4%. Una siffatta differenza di costi non può essere attenuata dalla circostanza che la GEAT è una società partecipata dal Comune.

L' inadeguata istruttoria e motivazione sulla scelta di costituire una società mista per la gestione dei servizi comunali ( o, meglio, sulle modalità e sui termini dell' affidamento della gestione, come traibili dalla disciplina con riguardo al caso concreto dettata con lo statuto, il capitolato ed il bando di gara) trovano un riscontro nell' osservata mancata effettuazione "di uno studio ed un' analisi tecnico- contabili dei costi/utilità per la valutazione dei vantaggi economici e di efficienza che sarebbero derivati al Comune .." (come da relazione del responsabile del procedimento, riportata nella parte motivo della del. n. 11 del 2005) e nella incompletezza o mancanza dei pareri che avrebbero dovuto rilasciare i dirigenti responsabili dei vari servizi.

Un certo elemento d' inadeguatezza del predisposto schema di statuto, che avrebbe regolato l' organizzazione e attività della costituenda società ed i suoi organi, è ricavabile dalla mancata previsione di un numero di rappresentanti del Comune nel Consiglio d' amministrazione, tale da garantire al socio di maggioranza un controllo sulla società stessa ( pur possedendo il 60% del capitale, dall' atto costitutivo il Comune aveva assegnati tre rappresentanti, contro i nove delle tre società private con un conferimento del 40% del capitale). A riprova, tutto ciò a dato luogo ad un contenzioso ed ad una reale impossibilità di effettivo e pur minimo controllo da parte del Comune sulla sua società partecipata. L' art. 14 dello statuto, poi, riservava al socio privato la maggioranza e la presidenza nel collegio sindacale.



Le appellanti sostengono che, non essendo la società a capitale integralmente pubblico, la delibera impugnata erroneamente fa riferimento alla necessità di un controllo cd. “analogo” da parte del Comune. Se il c.d. “controllo analogo” è previsto normativamente per le sole società a capitale interamente pubblico (art. 113 c.5 lett. c) del d.lg n. 267 del 2000) resta la contraddizione della norma dello statuto che ha disciplinato in modo generico la composizione del consiglio d’ amministrazione e della disposizione dell’ atto costitutivo con l’affermazione di principio espressa nella parte motiva della delibera n. 13 del 2002, di cui lo statuto è parte integrante, per la quale il Comune “nel costituire la società si riserva .. la funzione di controllo e garanzia del rispetto di tutti i principi che presiedono il perseguimento del pubblico interesse”.

Al capitolato di gara avrebbe dovuto essere allegato lo schema di contratto di servizio, preventivamente approvato dal consiglio comunale e previsto dall’ art. 113 co.11 del T.U. n. 267 del 2000, mentre nella specie i servizi sono stati affidati mediante il provvedimento dirigenziale 2 gennaio 2003 n. 13 che avrebbe dovuto avere natura meramente esecutiva, avendo effetto traslativo della titolarità del servizio pubblico e istitutivo del rapporto concessorio la sottoscrizione della convenzione .

Conclusivamente sussistono più ragioni, esplicate nelle delibere n. 2 e n. 11 del 2005, idonei a giustificare l’ esercizio del potere di autotutela.

5.-L’ annullamento della deliberazione 28 aprile 2004 n. 16 (di cessione di una quota di società mista al Comune di Villa Castelli) ad opera della delibera consiliare 22 marzo 2005 n. 12 , come si legge nelle sue premesse, è strettamente consequenziale all’ annullamento della delibera consiliare 28 marzo 2002 n. 13 di

costituzione della società GEAT. Parimenti è consequenziale l'adozione delle delibera 24 marzo 2005 n. 24 (di annullamento della gara per la scelta del socio privato) e la determina 25 marzo 2005 n. 1305 (d'annullamento del provvedimento d'affidamento dei servizi comunali). Va, pertanto, assorbita l'eccezione di inammissibilità dedotta dal Comune appellato nel rilievo che non sono state fatte valere censure avverso la delibera n. 24 del 2005 nel punto in cui la giunta, nel revocare la propria precedente delibera n. 71 del 2002, di approvazione degli atti di gara, ha giustificato l'annullamento nella mancanza sua competenza a provvedere (avrebbero dovuto adottare l'atto il dirigente).

6.- La reiezione dei due ricorsi in appello (n. 6507 e n. 7664 del 2006), proposti per l'annullamento delle sentenze 21 maggio 2006 n. 571 e n. 573, priva d'interesse l'emissione di una pronuncia sul ricorso in appello n. 6506 del 2006.

Con la sentenza impugnata 25 maggio 2006 n. 572 è stato respinto il ricorso proposto dalla soc. GEAT e dalla soc. P.&B. s.r.l. avverso il provvedimento di decadenza 29 dicembre 2004 n. 182 dalla gestione dei servizi locali curati dalla seconda.

E' evidente che, il consolidarsi degli effetti della delibera consiliare n. 11 del 2005, della delibera 24 marzo 2005 n. 24 (di annullamento della gara per la scelta del socio privato) e della determina 5 marzo 2005 n. 1305 (d'annullamento del provvedimento d'affidamento dei servizi comunali), rende priva di forza lesiva la preesistente ed assorbita determina di dichiarata decadenza.

7.- Disposta la loro riunione, il ricorso in appello n. 6506 del 2006 deve essere dichiarato improcedibile per sopraggiunto difetto d'interesse, mentre i ricorsi in appello nn. 6507 e 7664 del 2006 devono essere respinti.

Data la complessità delle questioni trattate, le spese possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, previa loro riunione, dichiara improcedibile per difetto d'interesse il ricorso in appello n. 6506 del 2006, respinge i ricorsi in appello nn. 6507 e 7664 del 2006.

Compensa le spese.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 15 luglio 2008, con l'intervento dei Magistrati:

- |                                   |                   |
|-----------------------------------|-------------------|
| - Domenico La Medica              | - Presidente      |
| - Claudio Marchitello             | - Consigliere     |
| - Marzio Branca                   | - Consigliere     |
| - Giancarlo Giambartolomei        | -Consigliere,est. |
| - Angelica dell' Utri Costagniola | - Consigliere     |

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Giancarlo Giambartolomei    f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**il.....24/04/09.....**

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi