

**Consiglio di Stato, sentenza 8 febbraio 2011, n. 854**

Sull'obbligo di motivazione del provvedimento di affidamento di un servizio pubblico locale tramite il sistema dell'in house e sui presupposti di risarcibilità della lesione di interessi legittimi pretensivi

Le forme di gestione dei servizi pubblici locali sono oggi previste e disciplinate dall'articolo 23 bis d.l. 25 giugno 2008 n.112, convertito in l. 133 6 agosto 2008.

Rispetto al sistema previgente, consacrato dall'articolo 113 del T.U.E.L., come modificato dalle successive leggi finanziarie, e dall'articolo 13 del decreto Bersani, la nuova disposizione ha introdotto tre principali modifiche: ha consacrato, come principio fondamentale, quello della necessità della gara; ha eliminato l'elencazione e la tipizzazione dei sistemi possibili di affidamento del servizio pubblico locale (cinque nell'articolo 113 del T.U.E.L. e tre nel successivo articolo 13 del decreto Bersani); ha stabilito un criterio di affidamento da utilizzarsi in via ordinaria (al secondo comma) e, a seguire, i casi in cui tale criterio può essere derogato tramite il ricorso a criteri alternativi (nel terzo comma).

Il criterio generale è individuato nel 2° comma della disposizione indicata che stabilisce: *“Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica”* e, la norma lo ribadisce, ciò al fine di garantire l'attuazione dei principi sanciti nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, nonché di quelli relativi ai contratti pubblici, individuati dalla norma nei principi *“di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”*.

Il 3° comma individua il criterio derogatorio e aggiunge *“In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.”*

La norma, dunque, prevede che nell'ipotesi in cui l'applicazione del criterio ordinario indicato nel comma precedente non possa trovare applicazione perché le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del

contesto territoriale non consentono un efficace ed utile ricorso al mercato, l'affidamento del servizio pubblico locale può avvenire *“nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”*. La norma, dunque, non fa espresso riferimento ad un particolare sistema alternativo di affidamento del servizio e tale lacuna ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad individuare i possibili sistemi alternativi.

Ebbene, non può di certo dubitarsi che uno di questi sistemi sia costituito dall'affidamento *in house*, che è l'unico sistema derogatorio del principio di gara riconosciuto e ritenuto legittimo dalla giurisprudenza comunitaria in quanto strumento non di distorsione della concorrenza, ma di autoproduzione del bene. Anche nel corpo stesso dell'articolo 23 bis, peraltro, si ritrova un aggancio normativo dell'ammissibilità di questo sistema: l'articolo 10 lettera a) utilizza, infatti l'espressione *“assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali”*.

Nella pronuncia in commento il Consiglio di Stato afferma che sebbene l'affidamento del servizio ad una società *in house* sia una scelta possibile e legittima da parte dell'amministrazione perché trova fondamento normativo, oltre che nell'ordinamento giuridico interno, anche in quello comunitario, la stessa deve sempre essere corredata da un'apposita motivazione in cui l'Ente appaltante indichi in maniera puntuale non soltanto la sussistenza dei presupposti necessari per procedere all'affidamento *in house*, ma altresì le ragioni per le quali questa modalità di affidamento del servizio possa considerarsi più conveniente per l'Amministrazione stessa rispetto altre: *“Se è vero infatti, come sostenuto nel motivo in esame, che la scelta di non trasferire ad un soggetto terzo la funzione amministrativa atta a soddisfare la domanda relativa ad un pubblico servizio costituisce per la P.A. una facoltà legittima (come previsto dal Trattato CE), ciò non esclude che comunque la decisione di ricorrere ad una società "in house" invece che ad un soggetto terzo debba essere effettuata, per le ragioni prima evidenziate, previa valutazione comparativa dei rispettivi servizi offerti”*.

Di particolare interesse, altresì, le considerazioni formulate dal Consiglio di Stato in ordine ai presupposti di risarcibilità degli interessi legittimi pretesivi.

Come noto, con la storica sentenza n. 500/1999, la Corte di Cassazione, superando il suo precedente orientamento, ha accordato per la prima volta tutela risarcitoria agli interessi legittimi.

Detta sentenza si è distinta non soltanto per avere riconosciuto la risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi, ma, altresì, per avere affermato la riconducibilità in queste ipotesi della responsabilità dell'Amministrazione al modello della responsabilità extracontrattuale ex articolo 2043 c.c. e per aver affermato che ai fini della risarcibilità di detti interessi fosse necessaria una verifica preliminare sul tipo di interesse leso, se pretensivo o oppositivo.

Sicchè, ha statuito la Corte, per comprendere se è configurabile una responsabilità extracontrattuale della P.A., se si è prodotto un danno ex art. 2043 c.c. *“...il giudice...dovrà procedere in ordine successivo a svolgere le seguenti indagini: a) in primo luogo dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) procederà, quindi, a stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto in relazione alla sua dipendenza su un interesse rilevante per l'ordinamento che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ovvero nelle forme dell'interesse legittimo, o altro interesse giuridicamente rilevante...c)dovrà, inoltre, accertare...se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta della P.A.; provvederà, infatti, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o a colpa della P.A.; la colpa, infatti, costituisce elemento essenziale della responsabilità extracontrattuale...”*.

Inoltre, ad avviso della citata sentenza, in caso di lesione di un interesse legittimo pretensivo, che si configura nel caso di illegittimo diniego del chiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adesione *“...dovrà vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento giuridico riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile era destinata secondo un criterio di normalità ad un esito favorevole e risultava quindi, giuridicamente tutelata”*.

Dunque, gli interessi legittimi pretesivi necessitano, ad avviso della Corte, di un giudizio prognostico in ordine alla consistenza della protezione che l'ordinamento riservava alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente; nell'ipotesi in cui il privato faccia valere un interesse legittimo oppositivo, invece, la risarcibilità della lesione del medesimo non potrebbe comportare la

formulazione di alcun giudizio prognostico e potrebbe conseguire dall'accertamento della illegittimità anche solo formale del provvedimento impugnato.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza più recente hanno fortemente criticato la radicale posizione assunta dalla Cassazione nel 1999, sulla base della considerazione che la stessa avrebbe dato luogo ad un sistema di iperprotezione dell'interesse oppositivo il quale avrebbe ricevuto protezione anche in presenza di vizi procedimentali meramente formali che, tuttavia, non potrebbero impedire all'Amministrazione una riedizione del potere dagli stessi esiti. Al contrario, si è sostenuto che anche con riguardo agli interessi oppositivi possono aversi vizi formali del provvedimento amministrativo che, anche se eliminati, non cambierebbero il contenuto sostanziale del provvedimento, stante la non spettanza al singolo del bene della vita. Dunque, anche con riferimento a tali interessi, è oggi richiesto, ai fini del riconoscimento al singolo di un risarcimento danni, un giudizio prognostico da parte del G.A. che accerti la lesione o meno del bene della vita.

La sentenza indicata in epigrafe riprende e conferma le considerazioni formulate dalla Corte di Cassazione nel lontano 1999 e conferma: *“Osserva la Sezione che la domanda di risarcimento dei danni è regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., sicché grava sul danneggiato l'onere di provare, ai sensi del citato articolo, tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (danno, nesso causale e colpa). Il risarcimento del danno non è quindi una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale, richiedendo la positiva verifica, oltre che della lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, della sussistenza della colpa o del dolo dell'Amministrazione e del nesso causale tra l'illecito e il danno subito. Il risarcimento del danno conseguente a lesione di interesse legittimo pretensivo è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso), alla dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato ex ante, che l'aspirazione al provvedimento fosse destinata nel caso di specie ad esito favorevole, quindi alla dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse, ma siffatto giudizio prognostico non può essere consentito allorché detta spettanza sia caratterizzata da consistenti margini di aleatorietà (Consiglio Stato, sez. V, 15 settembre*

*2010, n. 6797). Deve quindi escludersi che l'annullamento di un atto illegittimo per difetto di motivazione possa ex se comportare il diritto al risarcimento dei danni subiti, in quanto tale vizio non esclude (ma, anzi, consente) il riesercizio del potere, con la conseguenza che la domanda di risarcimento non può essere valutata che all'esito nel nuovo eventuale esercizio del potere. Va dunque respinta la domanda di risarcimento del danno nel caso di accertamento giudiziale dell'illegittimità di un provvedimento, come nel caso che occupa, per difetto di motivazione, nulla potendo evincersi da detta statuizione riguardo alla fondatezza della pretesa fatta valere dall'interessato ed al nesso di causalità tra il danno e la condotta dell'amministrazione”.*