

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.4672/06 REG.DEC.

N.5599 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5599 del 2005 proposto dalla A.M.A. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Palopoli, presso lo studio del quale é elettivamente domiciliata in Roma, alla Via Oslavia, n. 14,

contro

il Comune di Bracciano, non costituito in giudizio;

e nei confronti

della Bracciano Ambiente s.p.a., in persona del suo amministratore delegato e legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Angelo Clarizia, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Principessa Clotilde n. 2;

per l'annullamento

della sentenza n. 3025 in data 21 aprile 2005 pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Roma - Sezione seconda *ter*;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Bracciano Ambiente s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive

difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. Corrado Allegretta;

Uditi alla pubblica udienza del 3 marzo 2006 gli avv.ti Palopoli e Clarizia;

Visto il dispositivo di sentenza n. 175 pubblicato in data 8 marzo 2006;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato l'8 ottobre 2004, l'Azienda Municipale Ambiente - A.M.A. s.p.a. di Roma (d'ora innanzi, A.M.A.), affidataria della gestione dei servizi di igiene urbana del Comune di Bracciano, ha impugnato innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Roma la deliberazione n. 39 del 9.6.2004 del Consiglio comunale di Bracciano, recante costituzione della società Bracciano Ambiente s.p.a. (d'ora innanzi, Bracciano Ambiente), la deliberazione C.C. n. 56 del 9.8.2004, con cui è stato deciso di affidare alla Bracciano Ambiente i servizi di igiene urbana ed ambientale avvalendosi della facoltà di disdetta anticipata, prevista nell'articolo 3, lettera h), del contratto regolante i rapporti con l'A.M.A., e la lettera prot. n. 29032 del 30.9.2004, con cui il Comune ha comunicato alla stessa A.M.A. di rinunciare alle prestazioni di beni e servizi a questa richieste.

Con successivi motivi aggiunti notificati in data 30 ottobre 2004, la ricorrente ha impugnato, altresì, la deliberazione n. 499 del 29

settembre 2004 della Giunta Comunale di Bracciano, che ha disposto in via operativa l'affidamento del servizio alla Bracciano Ambiente ed ha dichiarato il recesso dal contratto d'appalto con l'A.M.A.

Nel ricorso è stata censurata, sotto i profili della violazione dell'art. 113, co.5, del D.Lgs n. 267 del 2000 e dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti e difetto di motivazione, l'illegittimità della scelta del modello gestorio dei servizi pubblici mediante società a capitale pubblico comunale e della costituzione della Bracciano Ambiente.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Roma - Sezione II ter, ha dichiarato inammissibile il ricorso ed i motivi aggiunti per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.

Avverso questa sentenza, in quanto sostanzialmente fondata su di un'errata individuazione del "petitum" e della "causa pretendi", ha proposto appello l'A.M.A., chiedendo, in conclusione, che si dichiarasse la sussistenza della giurisdizione amministrativa nella presente controversia, con conseguente annullamento della sentenza e rinvio degli atti di causa al giudice di primo grado. Con vittoria di spese ed onorari.

Per resistere si è costituita in giudizio la Bracciano Ambiente, la quale ha controdedotto, concludendo per la reiezione del gravame perché infondato; vinte le spese di giudizio.

La causa è stata trattata all'udienza pubblica del 3 marzo 2006,

nella quale, sentiti i difensori presenti, il Collegio si è riservata la decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato.

Con la sentenza appellata il T.A.R. ha declinato la sua giurisdizione perché ha ritenuto che l'impugnativa avanzata dalla società ricorrente avesse per oggetto atti e provvedimenti adottati dal Comune resistente in veste di stazione appaltante, nell'esercizio del diritto potestativo di recedere dal vincolo contrattuale, secondo la previsione dell'art. 3 lettera h) del contratto di servizio intercorrente con detta società. La facoltà esercitata non interverrebbe su un provvedimento a monte, ma sarebbe riconducibile all'art. 1671 cod. civ., con immediato effetto rescindente sul rapporto giuridico da cui sono sorti diritti soggettivi perfetti e con giurisdizione in materia del giudice ordinario. Giurisdizione che, nel caso in esame, sussisterebbe anche se la domanda giudiziale è diretta a contestare, per vizi di legittimità, i provvedimenti con cui l'Amministrazione ha predisposto gli strumenti giuridici occorrenti a far valere poi la risoluzione del contratto, dato che tali atti non costituirebbero esplicazione di potere pubblicistico, ma opererebbero sostanzialmente nell'ambito delle posizioni contrattuali paritetiche delle parti.

In contrario la ricorrente deduce che la ricostruzione del "petitum" e della "causa petendi" effettuata dal T.A.R. appare

ingiustificata perchè non trova alcun riscontro oggettivo nei motivi di ricorso proposti.

Il “petitum” sostanziale del ricorso, si fa rilevare, è dato dall’annullamento per illogicità, difetto di istruttoria e di motivazione delle nuove scelte organizzative in tema di pubblico servizio effettuate dal Comune.

Quella che è contestata è la legittimità dei provvedimenti amministrativi comunali, che hanno leso l’interesse della società ricorrente a non veder il servizio pubblico di igiene urbana sottratto alle regole concorrenziali del mercato. Che poi sul piano del rapporto contrattuale l’eventuale annullamento possa comportare l’illiceità del recesso è un problema consequenziale, riguardo al quale nessuna pronuncia è stata chiesta. Trattandosi d’impugnazione di una scelta organizzativa relativa alla gestione di un pubblico servizio, tipica espressione di funzione pubblica, essa non può che essere proposta innanzi al giudice amministrativo.

La sentenza, quindi, secondo l’appellante, ha ignorato il contenuto del ricorso e della memoria di primo grado ed ha potuto affermare la giurisdizione del giudice ordinario guardando, non alla domanda proposta, ma a quella sola parte degli atti comunali, volta a concretizzare il recesso dal contratto d’appalto in corso.

La censura è fondata.

A voler seguire il giudice di primo grado, che nell’indagine sulla

giurisdizione è partito dalla natura dei provvedimenti impugnati, non è consentito dubitare che la deliberazione consiliare n. 39 del 9 giugno 2004, con cui il Comune appellato ha stabilito di costituire la società controinteressata, sia stata adottata nell'esercizio della pubblica funzione di gestione dei servizi pubblici (art.42 comma 2, lett. 1, d. lgs. 18 ottobre 2000 n. 267) di cui si tratta. Tanto è espressamente dichiarato nelle premesse dell'atto (primo capoverso: "... è intendimento di questa Amministrazione procedere alla costituzione di una società per azioni per la gestione dei servizi pubblici nel rispetto dei principi di opportunità, convenienza economica ed efficacia di gestione"; quinto capoverso: "... la costituzione di tale società per azioni è finalizzata alla gestione in house dei servizi che sono indicati nell'allegato statuto ...") ed emerge dal suo dispositivo, nella parte in cui così s'individua l'oggetto della società nei seguenti termini: "dare atto che la società, salvo quanto meglio specificato nello Statuto, avrà come oggetto i seguenti settori: - gestione integrata delle risorse idriche ...; - gestione integrata delle risorse energetiche ...; - gestione dei servizi ambientali e quindi, a mero titolo indicativo e non esaustivo, ... raccolta, trasporto, intermediazione e commercializzazione dei rifiuti urbani e speciali pericolosi, e non ...".

Sotto altro profilo, la stessa qualificazione di facoltà interna al rapporto intercorrente tra il Comune e la società appellante, propria della disdetta anticipata prevista dal contratto d'appalto

in corso, esclude che il provvedimento di costituzione della società di servizi (delib. Consiliare 9 giugno 2004 n.39, già citata), per di più anteriore all'esercizio di quella facoltà, possa configurarsi non come esplicazione di pubblica funzione, ma quale atto di natura paritetica.

A ciò può senz'altro aggiungersi la notazione che la naturale scadenza del contratto in questione era fissata al 30 aprile 2005 (art. 2 del contratto); onde, appare poco credibile che la decisione di costituire una società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali (delib. C.C. n. 39 del 9.6.2004) e di affidare alla stessa i servizi di igiene urbana ed ambientale (delib. C.C. n. 56 del 9.8.2004) sia stata adottata al solo o principale scopo di creare i presupposti per poter esercitare il diritto potestativo di recedere da un rapporto contrattuale che, di lì a qualche mese, si sarebbe risolto per esaurimento della sua durata. Ma, a fronte di tali provvedimenti e proprio in considerazione della loro natura programmatica, non sono configurabili in capo ai soggetti legittimati se non posizioni d'interesse legittimo al corretto esercizio del potere da parte dell'Autorità. Da questa angolazione, pertanto, il giudice al quale spetta di conoscere delle controversie che abbiano per oggetto lo svolgimento della pubblica funzione, di cui gli atti sopra descritti sono manifestazione, è certamente quello amministrativo, a norma dell'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come risultante dopo l'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del

6 luglio 2004.

Va messo in evidenza, peraltro, che questa pronuncia non ha in alcun modo inciso sul tradizionale criterio di discriminazione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, secondo il quale, com'è noto, a tal fine si deve aver riguardo al c.d. "petitum sostanziale", ossia allo specifico oggetto ed alla reale natura della controversia, da identificarsi non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione chiesta al giudice, cioè del "petitum", ma anche e soprattutto in funzione della "causa pretendi", che è costituita dalla intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, determinata in relazione alla reale protezione accordata dall'ordinamento giuridico.

Nella specie, non solo la consistenza della posizione giuridica soggettiva di cui si chiede tutela, in relazione alla natura degli atti impugnati, è quella di interesse legittimo, ma a fondamento della domanda di tutela sono addotte censure che attengono proprio all'esercizio della pubblica funzione. La ricorrente, invero, si duole dell'illegittimità della scelta di una gestione "in house" del servizio e della costituzione della relativa società, per violazione dell'art. 113 del D.Lgs 18 agosto 2000 n. 267 e dell'art. 6 della direttiva C.E. 92/50, con riferimento specifico alle regole della libertà del mercato e della non discriminazione tra i relativi operatori (si veda, in particolare, il secondo motivo del ricorso e la memoria difensiva di primo grado). Manca, invece, qualsiasi censura in ordine alla legittimità dell'esercizio del diritto

potestativo di recesso del Comune dal contratto.

Quale che sia il criterio che si intenda seguire per l'identificazione del giudice competente, deve ritenersi, allora, che nel suo complesso la controversia in esame ricade nella giurisdizione del Giudice amministrativo. E tanto può affermarsi sia con riguardo all'atto introduttivo del giudizio che a quello recante motivi aggiunti. La deliberazione n. 499/2004 della Giunta Comunale, con questi impugnata, infatti, va vista quale esito finale dell'unica sequenza procedimentale, in ogni caso destinato a risentire della qualità degli atti precedenti da esso presupposti e, pertanto, anch'esso sindacabile dal Giudice amministrativo nei limiti della sua cognizione.

Le considerazioni fin qui svolte comportano che, in accoglimento dell'appello, deve essere dichiarata la giurisdizione del Giudice amministrativo. Per l'effetto, la sentenza appellata va annullata e la causa va rimessa al giudice di prima istanza.

Ogni decisione in ordine a spese e competenze di giudizio è rinviata alla decisione definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello in epigrafe e dichiara la giurisdizione del Giudice amministrativo; per l'effetto, annulla la sentenza appellata, con rinvio della causa al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma.

Spese e competenze di giudizio al definitivo.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 3 marzo 2006 con l'intervento dei Signori:

Raffaele Iannotta - Presidente

Corrado Allegretta - Consigliere rel. est.

Chiarenza Millemaggi Cogliani - Consigliere

Paolo Buonvino - Consigliere

Nicola Russo - Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Corrado Allegretta

F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25 luglio 2006

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

p.IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi