



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 40 del 2009, proposto da:

Consorzio Trasporti Aziende della Sardegna (COTRASAR); e dalla SINA di Gianfranco Stevelli & C s.a.s., entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Antonio Maria Lei e Giuseppe Masala, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gianfranco Trullu in Cagliari, via Carrara N.4;

contro

La Regione Autonoma della Sardegna, in persona del suo Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Tiziana Ledda e Sonia Sau, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Regione in Cagliari, viale Trento, N. 69;

nei confronti di

Arst - Azienda Regionale Sarda Trasporti, Mobilità Sociale Sardegna Srl;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta Regionale n. 59/1 del 29 ottobre 2008, avente ad oggetto "Mobilità Sociale", con la quale è stato previsto che il servizio di trasporto delle persone con disabilità venga affidato ad una società a responsabilità limitata unipersonale a totale capitale A.R.S.T. S.p.A. denominata "Mobilità Sociale Sardegna".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso in esame, avviato alla notifica il 29 dicembre 2008 e depositato il 13 gennaio 2009, il Consorzio COTRASAR e la ditta SINA chiedevano l'annullamento della deliberazione della Giunta regionale n. 59/1 del 29 ottobre 2008, con la quale si prevedeva che il servizio di trasporto delle persone con disabilità, dal loro domicilio ai

centri di riabilitazione pubblici o privati, venisse affidato ad una società a responsabilità limitata unipersonale, denominata “Mobilità Sociale Sardegna”, interamente controllata dalla società regionale A.R.S.T. S.p.A..

Il Consorzio ricorrente sottolinea, sul piano della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere per l'annullamento della deliberazione impugnata, che l'essenziale finalità statutaria del Consorzio è rappresentata dalla acquisizione dei servizi di trasporto pubblico mediante la partecipazione alle procedure di gara.

A sostegno della domanda di annullamento, i ricorrenti deducono essenzialmente la violazione dell'art. 23 bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133), nel testo vigente *ratione temporis*, che avrebbe imposto l'affidamento del servizio di trasporto mediante procedura di evidenza pubblica, non sussistendo nel caso di specie alcuna motivazione che giustificasse la costituzione, da parte della Regione Sardegna, di una società *in house* cui affidare direttamente lo svolgimento del servizio pubblico in questione.

2. – Si è costituita in giudizio la Regione Sardegna, rilevando come, anche dopo la deliberazione impugnata, la società “Mobilità sociale Sardegna” non abbia mai svolto l'attività per cui era stata costituita, nè è mai stata destinataria di alcuna risorsa per il trasporto dei disabili. La società è stata, infine, sciolta in occasione dell'Assemblea dei soci del 10 aprile 2012 (di cui si produce il relativo verbale). Conclude, pertanto, chiedendo che il ricorso sia dichiarato improcedibile per la sopravvenuta carenza di interesse alla sua decisione.

3. – All'udienza pubblica del 4 dicembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. – Si può tralasciare l'esame della questione di rito sollevata dalla difesa regionale, considerato che il ricorso è infondato.

5. – Non può essere, in effetti, condivisa la ricostruzione operata dai ricorrenti muovendo dal contenuto normativo dell'art. 23 bis, cit., applicabile *ratione temporis*.

Il presupposto applicativo della disposizione appena richiamata è costituito dalla definizione della nozione di servizio pubblico locale, intorno alla quale, peraltro, le indicazioni direttamente ricavabili dall'art. 23 bis si limitano alla qualificazione in termini di rilevanza economica del servizio (il primo comma prevede, infatti, che essa disciplini «l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica»).

La nozione di servizio pubblico locale, comunemente e tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza nazionale, fa riferimento a quelle attività in cui le prestazioni sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata (che tendenzialmente ne sopporta anche i costi, mediante pagamento di apposita tariffa, anche se tale profilo non è decisivo: si veda, per tutte, Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, che considera come servizio pubblico locale il servizio di pubblica illuminazione, servizio in cui è presente l'elemento della utilità per la collettività, per fini di sviluppo collettivo e sociale, ma il cui costo è sopportato dalla stessa amministrazione, che lo trasferisce alla collettività non attraverso un prezzo o una tariffa ma attraverso la fiscalità generale).

In altri termini, le prestazioni contrattuali, che il gestore del servizio deve adempiere, sono rivolte non all'amministrazione appaltante ma direttamente all'utenza (la giurisprudenza nazionale è abbastanza consolidata in tal senso: si veda, di recente, Cons. St., sez. V, 1 aprile 2011, n° 2012). Si postula in sostanza quale requisito essenziale della nozione di servizio pubblico locale che il singolo o la collettività abbiano a ricevere un vantaggio diretto e non mediato da un certo servizio, escludendosi, di conseguenza, che ricorra servizio pubblico locale quando si tratti di prestazioni strumentali, ossia rivolte direttamente o indirettamente all'amministrazione, che debba poi provvedere ad erogare una determinata attività. In quest'ultimo caso si parla, infatti, di mero appalto di servizi e non di servizio pubblico locale.

5.1. - Tuttavia, la nozione così sinteticamente riassunta non è integralmente utilizzabile nella ricostruzione dell'ambito di applicazione dell'art. 23 bis cit., per una ragione che emerge con evidenza dalla lettura della

disposizione in esame, nella parte in cui configura come sua finalità o ratio quella di costituire “applicazione della disciplina comunitaria (volta a) favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale”. Se, quindi, il punto di riferimento dell’art. 23 *bis* cit. è chiaramente indicato nei richiamati principi del diritto dell’Unione Europea, appare corretto ricavare la nozione di servizio pubblico locale mutuandola dalla definizione di servizio pubblico elaborata in particolare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. . Nozione che include, come requisito essenziale, il profilo della necessaria assunzione del rischio di impresa o del rischio della gestione da parte dell’affidatario o gestore del servizio (cfr., fra le tante, Corte di giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset; ma anche sez. II, 18 luglio 2007, in causa C-382/05; nonché, sez. III, 13 novembre 2008, in causa C-437/07). Negli orientamenti della Corte, infatti, il riferimento al dato del trasferimento del rischio di gestione del servizio in capo all’affidatario rappresenta il criterio distintivo della concessione di servizi rispetto all’appalto di servizi, nell’ambito del diritto dell’Unione Europea, in particolare del diritto derivato (il rinvio è evidentemente alla definizione di concessione di servizi contenuta nelle direttive europee in materia di appalti, ripresa dall’art. 30 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006).

Si è, pertanto, al di fuori della definizione richiamata in tutte le ipotesi in cui non si verifichi quella traslazione, in capo ai privati, del rischio economico e gestionale collegato alla svolgimento dei servizi affidati, in modo tale che l’adeguata remunerazione delle prestazioni effettuate sia assicurata dalla redditività dell’iniziativa economica intrapresa (la controprestazione a favore del concessionario, per riprendere quanto enunciato nella definizione di «concessione di servizi» di cui all’art. 30 del codice dei contratti, «*consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio*»).

Il che significa che i servizi in questione debbono avere una chiara natura imprenditoriale, nel senso che si rivolgono ad un mercato composto da una pluralità di utenti che ne domandano le prestazioni. Il rischio assunto dal gestore (o concessionario, in questa prospettiva) si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni, poiché l’errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell’investimento e misura la validità imprenditoriale dell’iniziativa. Si tratta di una tipologia di rischio imprenditoriale che appare molto diversa da quella riscontrabile nel contratto di appalto (di lavori, servizi o forniture), proprio perchè entra in gioco un elemento imponderabile (cioè la domanda di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori); elemento che nell’appalto non compare.

5.2. - Nel caso di specie, tutto questo non si ritrova, posto che – come affermato dalle stesse parti ricorrenti – per lo svolgimento del servizio di trasporto dei disabili (oggetto dell’impugnata deliberazione della G.R.) la Regione erogava, tramite le amministrazioni comunali, ai centri di riabilitazione privati (che effettuavano il servizio direttamente o attraverso contratti di appalto con società private) un contributo per la remunerazione delle prestazioni svolte. E’ del tutto evidente, quindi, che il servizio in questione non rientri tra i servizi pubblici locali disciplinati dall’art. 23 *bis* cit., per la mancata assunzione – da parte del privato concessionario - del rischio di gestione.

6. – Il ricorso, in conclusione, deve essere integralmente rigettato.

7. – Sussistono giusti motivi, anche per la relativa novità della questione giuridica esaminata, per disporre l’integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)