



Sull'affidamento in house di un servizio: la sussistenza del controllo analogo, deve essere verificata non rispetto a tutte le amministrazioni socie, ma in rapporto alla singola amministrazione che affida il servizio alla società partecipata.

L'art. 192, c.2, D.Lgs. n. 50/2016, espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto da oltre dieci anni, costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali

Ai fini dell'affidamento "in house" di un servizio la sussistenza del controllo analogo va verificata non rispetto a tutte le amministrazioni socie, ma in rapporto alla singola amministrazione che affida il servizio alla società partecipata, avuto riguardo alla entità della sua partecipazione, alla composizione della compagine sociale in quel momento, all'esistenza di patti parasociali. Inoltre, non è necessario il possesso da parte dell'Amministrazione affidante di una quota minima del capitale sociale della società affidataria. Nondimeno, in caso di partecipazione pulviscolare, affinché alla modestia della partecipazione non corrisponda una debolezza sia assembleare, sia amministrativa, è necessaria la previsione di strumenti (anche in deroga alle regole di diritto comune, ex art.16, c. 2, D.Lgs. n. 175/2016), che, rafforzando l'azione collettiva delle singole Amministrazioni partecipanti, garantisca loro di incidere sulle decisioni più rilevanti della vita e dell'azione societaria.

Il controllo analogo consiste "in una forma di eterodirezione della società, tale per cui i poteri di governance non appartengono agli organi amministrativi, ma al socio pubblico controllante che si impone a questi ultimi con le proprie decisioni"

Risulta oramai superato l'orientamento tradizionale che considerava l'autoproduzione attraverso società "in house", da un lato, e il ricorso al mercato attraverso l'aggiudicazione all'esito di una procedura di evidenza pubblica, dall'altro lato, due modelli alternativi di svolgimento del servizio, perfettamente equiparati. L'art. 192, c.2, D.Lgs. n. 50/2016

colloca, infatti, senz'altro "gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento". Tale preferenza riservata all'evidenza pubblica, peraltro, è stata ritenuta non contrastare né con il diritto dell'Ue, né con la Carta costituzionale. Invero, la Corte di Giustizia ha chiarito che, come il diritto dell'Ue non obbliga gli Stati membri a esternalizzare la prestazione dei servizi, così non li obbliga a ricorrere sempre e comunque all'autoproduzione, ben potendo questa essere subordinata dal legislatore nazionale a una serie di ulteriori condizioni. Al contempo, la Corte costituzionale, nell'affermare l'infondatezza delle questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 192, c. 2, D.Lgs. n. 50/2016 in relazione all'art. 76 Cost. e all'art.1, c. 1, lettere a) ed eee), L. n. 11/2016, ha osservato che detta disposizione "è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali" e che essa "risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza.

Materia: appalti / disciplina

Publicato il 23/03/2021

N. 00280/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00036/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 36 del 2021, proposto da

Aprica S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Vivani ed Elisabetta Sordini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Coccaglio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio, in Brescia, via Diaz n. 13/c;
ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico ex lege presso gli uffici della medesima, in Brescia, via S. Caterina n. 6;

nei confronti

Servizi Comunali S.p.A., in persona del Direttore Generale e procuratore speciale, rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Coppetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto fisico presso lo studio dell'avv. Claudia Brioni, in Brescia, via Vittorio Emanuele II, n. 60;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari,
della deliberazione del Consiglio Comunale di Coccaglio n. 40
dell'11 dicembre 2020, pubblicata all'albo pretorio comunale per
quindici giorni a decorrere dal 18 dicembre 2020, avente a
oggetto l' "adesione alla società "Servizi Comunali S.p.A." con
sede in Sarnico (BG) mediante sottoscrizione di azioni e
approvazione dello statuto e affidamento del servizio di igiene
ambientale dal 1° gennaio 2021 al 31 dicembre 2030" e dei
relativi allegati e degli atti conseguenti;

nonché

di ogni altro atto antecedente, presupposto, susseguente e/o
comunque connesso con quelli impugnati, ivi compresi:

- la deliberazione del Consiglio Comunale n. 39 del 20 dicembre
2019 avente ad oggetto la revisione straordinaria delle società
partecipate;

- la deliberazione della Giunta Comunale n. 132 del 22 ottobre
2020 avente ad oggetto "atto di indirizzo politico-
amministrativo in ordine all'eventuale affidamento in house del
servizio di igiene ambientale" e relativi allegati;

- la deliberazione della Giunta Comunale n. 153 del 24 novembre
2020 avente ad oggetto "servizio di igiene ambientale - presa
d'atto ed approvazione della relazione illustrativa delle ragioni e
della sussistenza dei requisiti previsti per la forma di
affidamento prescelta (ex art. 34, comma 20, del d.l.
179/2012)" e relativi allegati ed in particolare la citata
relazione;

- nonché, per quanto occorrere possa, la delibera ANAC di

iscrizione nell'elenco ex articolo 192 D.Lgs. n. 50/2016 dell'affidamento in house a Servizi Comunali S.p.A. e relativa domanda (n. 548 prot. n. 0020540 del 5 marzo 2018) e le eventuali domanda e conseguente delibera relative all'iscrizione del Comune di Coccaglio e alla variazione della relativa iscrizione all'Elenco ex articolo 192 D.lgs. n. 50/2016 a seguito dell'acquisizione della partecipazione da parte del Comune medesimo;

e per la declaratoria

di intervenuta inefficacia dell'acquisto delle partecipazioni di Servizi Comunali S.p.A. da parte del Comune di Coccaglio ai sensi dell'articolo 8, comma 2, D.Lgs. n. 175/2016 e del Disciplinare eventualmente sottoscritto dalle controparti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Coccaglio, di ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione e di Servizi Comunali S.p.A.;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi nell'udienza di merito del giorno 10 marzo 2021, svoltasi con discussione orale mediante collegamento da remoto in videoconferenza, ex articoli 25, comma 1, D.L. n. 137/2020, e 4 D.L. n. 28/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 70/2020, e così uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1.1. La società Aprica S.p.A. impugna, quale operatore del settore, gli atti in epigrafe indicati in forza dei quali il Comune di Coccaglio, ha contestualmente acquistato 10 azioni della società Servizi Comunali S.p.A. e ha affidato "in house providing" alla società partecipata il servizio di igiene ambientale per il periodo 1° gennaio 20201 - 31 dicembre 2030.

1.2. Secondo la ricorrente gli atti impugnati sarebbero illegittimi perché:

- non sussisterebbero le condizioni, segnatamente sotto il profilo del controllo analogo congiunto, che consentano di equiparare la società Servizi Comunali S.p.A. a un ufficio interno del Comune di Coccaglio e che dunque legittimano l'affidamento "in house" del servizio di igiene ambientale (primo motivo di ricorso);

- la decisione del Comune di optare per l'affidamento "in house" del ridetto servizio sarebbe carente di istruttoria e di motivazione, oltre che manifestamente illogica, in punto di (a) congruità dell'offerta ricevuta, (b) ragioni del mancato ricorso al mercato, (c) benefici per la collettività (secondo motivo di ricorso);

- sarebbe mancata da parte del Comune di Coccaglio la necessaria valutazione della necessità dell'acquisto di azioni della società Servizi Comunali S.p.A. in funzione del perseguimento degli interessi istituzionali, nonché della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria

dell'acquisto di detta partecipazione societaria (terzo motivo di ricorso).

1.3. Conseguentemente, la deducente chiede l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, degli atti impugnati, oltre alla declaratoria di intervenuta inefficacia dell'atto di acquisto delle azioni di Servizi Comunali S.p.A. e del disciplinare eventualmente sottoscritto dal Comune e della controinteressata.

2.. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Coccaglio, l'ANAC e la società Servizi Comunali S.p.A., opponendosi tutti e tre, in rito e nel merito, al ricorso avverso e concludendo per la sua reiezione.

3. Dopo l'ulteriore scambio di memorie difensive in cui le parti hanno insistito sulle rispettive tesi, e dopo la rinuncia da parte della ricorrente alla domanda cautelare, la causa è stata introitata all'udienza di merito del 10 marzo 2021.

DIRITTO

1. Viene in decisione la causa promossa dalla società Aprica S.p.A., quale operatore del settore della gestione dei rifiuti, avverso la scelta del Comune di Coccaglio di affidare per dieci anni il servizio di igiene ambientale "in house" alla partecipata Servizi Comunali S.p.A., anziché rivolgersi al mercato esperendo procedura di evidenza pubblica.

2.1. Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico delle eccezioni in rito sollevate dalla difesa di ANAC e da quella della controinteressata.

2.2. L'Avvocatura di Stato sostiene che deliberazione di ANAC

di iscrizione del Comune di Coccaglio all'elenco di cui all'articolo 192 D.Lgs. n. 50/2016 non abbia natura provvedimentoale, e dunque sia atto non impugnabile.

In effetti, la Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 282/2017 ha chiarito che l'iscrizione al suddetto elenco non ha effetto costitutivo del potere di procedere all'affidamento senza gara, discendendo questo direttamente dalla previsione normativa. La domanda di iscrizione all'elenco presentata dall'Amministrazione affidante attiva, cioè, un procedimento di controllo da parte di ANAC, che, in caso di esito positivo, si risolve nel mero "riscontro" della sussistenza dei requisiti di legge, mentre, in caso di esito negativo, dà luogo all'esercizio dei poteri inibitori. Conseguentemente, è solo il diniego di iscrizione all'elenco in questione ad assumere valenza provvedimentoale.

Tuttavia, gli atti endoprocedimentali, ancorché non immediatamente lesivi, al pari di quelli atti adottati all'esito di un procedimento autonomo ma connesso, quali per l'appunto - nel caso in esame - la deliberazione ANAC o le deliberazioni comunali in epigrafe indicate, vanno impugnati unitamente al provvedimento lesivo della posizione giuridica soggettiva che si tutela in giudizio. Correttamente, pertanto, la società Aprica S.p.A., che aspira allo svolgimento di una gara per l'individuazione dell'operatore economico cui appaltare il servizio di igiene ambientale, ha impugnato l'atto di affidamento "in house" del medesimo servizio e tutti gli atti endoprocedimentali e tutti i provvedimenti comunque connessi a

quello lesivo della propria posizione giuridica soggettiva.

Sicché, l'eccezione è infondata, al pari di quella analoga sollevata dalla difesa della società Servizi Comunali S.p.A. in relazione alla deliberazione di mero indirizzo della Giunta comunale di Coccaglio n. 132/2020.

2.3. La difesa della controinteressata sostiene altresì l'inammissibilità del terzo motivo di ricorso per genericità.

In realtà, il terzo motivo di ricorso è sì inammissibile, ma per carenza di interesse.

Costituisce, invero, condizione dell'azione nell'ambito del processo amministrativo l'interesse a ricorrere, ovvero sia l'utilità, anche di natura morale o residuale, che il ricorrente aspira a ottenere attraverso l'esercizio della azione giudiziaria. Nel caso di specie, il bene della vita cui la società Aprica S.p.A. aspira è lo svolgimento di una gara per l'individuazione del contraente privato a cui appaltare il servizio di gestione dei rifiuti; la lesione alla posizione giuridica soggettiva della ricorrente è dunque arrecata dalla decisione di affidare il servizio alla società partecipata Servizi Comunali S.p.A..

Nell'iter che conduce all'affidamento "in house" del servizio in questione, l'acquisto delle azioni della società Servizi Comunali S.p.A. assume sicuramente una valenza prodromica, ma non anche vincolante. Vero è, infatti, che il Consiglio comunale di Coccaglio, anche dopo l'approvazione della relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012 e l'acquisto delle azioni della società Servizi Comunali S.p.A., restava comunque libero di determinarsi in senso favorevole alla gara, rimanendo un

semplice socio non affidante della società partecipata.

Se, dunque, l'acquisto delle azioni non vincolava il Comune a scegliere il modello dell' "in house providing", la società Aprica S.p.A. non ha alcun interesse a contestare giudizialmente la deliberazione del Consiglio comunale di Coccaglio n. 40/2020, nella parte in cui dispone il predetto acquisto.

Dunque, il terzo motivo di ricorso che investe (sotto il profilo della carenza di motivazione quanto a necessità della partecipazione in funzione del perseguimento degli interessi istituzionali, di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria, e sotto il profilo dell'assenza di un piano industriale e di un piano economico-finanziario) l'acquisto della partecipazione in sé e è inammissibile per carenza di interesse.

2.4. Ciò premesso, può quindi passarsi all'esame dei primi due motivi di ricorso.

3.1. Il primo motivo di impugnazione, rubricato "Assenza del controllo analogo congiunto da parte del Comune di Coccaglio nei confronti di servizi Comunali. Violazione dell'art. 2, comma 1, lett. c) e d), del D.Lgs. 175/2016 e dell'art. 5, comma 5, del D.Lgs. 50/2016. Violazione degli artt. 5, 7, 8, 9 e 16 del D.Lgs. 175/2016. Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990. Eccesso di potere per erroneità ed assenza dei presupposti di diritto. Carenza di istruttoria. Erroneità e carenza di motivazione. Violazione dell'art. 192 del D.Lgs. 50/2016", attiene alla ritenuta assenza del requisito del controllo analogo congiunto, essenziale per poter considerare la società Servizi Comunali S.p.A. una sorta di "longa manus" del Comune di Coccaglio.

Va premesso che un'Amministrazione aggiudicatrice, quale è - giusta quanto dispone l'articolo 3, comma 1, lettera a), D.Lgs. n. 50/2016 - il Comune di Coccaglio, è dispensata dall'avviare una procedura di evidenza pubblica per affidare un appalto o una concessione quando può assegnare il servizio a un soggetto che solo formalmente è terzo, ma che sostanzialmente, per una serie di specificità, può essere equiparato a un "ufficio interno" di detta Amministrazione aggiudicatrice (cfr., C.d.S., Sez. I, parere n. 1645/2018).

In aderenza alla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e alla disciplina eurounitaria, l'articolo 5 D.Lgs. n. 50/2016 ha individuato le condizioni al ricorrere delle quali può ritenersi che attraverso la società partecipata l'Amministrazione aggiudicatrice realizzi l'autoproduzione del servizio. Si tratta, segnatamente, del controllo analogo, della prevalenza (almeno l'80% dell'attività svolta) dei compiti affidati dalle Amministrazioni aggiudicatrici alla società in house e della partecipazione pubblica di regola totalitaria.

Per quanto qui di interesse, con specifico riguardo al controllo analogo congiunto (posto che la società Servizi Comunali S.p.A. è partecipata da una pluralità di Amministrazioni aggiudicatrici, oltre al Comune di Coccaglio), il precitato articolo 5 D.Lgs. n. 50/2016 stabilisce che devono sussistere contemporaneamente le seguenti condizioni:

- che negli organi decisionali della società partecipata siedano i rappresentanti di tutte le Amministrazioni socie che affidano il

servizio, fermo restando che singoli membri di tali organi possono rappresentare più Amministrazioni socie;

- che le Amministrazioni che affidano il servizio siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società partecipata;

- che la società partecipata non persegua interessi contrari a quelli delle Amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

3.2. Secondo la ricorrente il Comune di Coccaglio non eserciterebbe sulla società Servizi Comunali S.p.A. un controllo analogo congiunto, così come sopra definito, per una pluralità di ragioni, che possono essere così sintetizzate:

- non è prevista una modalità di esercizio del voto assembleare per la nomina dell'organo amministrativo (a esempio, voto di lista), idonea garantire un'adeguata rappresentanza, anche a mezzo di candidati condivisi, a tutti gli Enti soci;

- non è previsto alcun quorum costitutivo o deliberativo rafforzato, ovvero sia determinato in una percentuale del capitale sociale che sia sufficientemente elevata da permettere ai singoli piccoli azionisti di essere incisivi, almeno in forma associata ad un novero ragionevole di altri Enti che ne condividano gli interessi;

- il Comitato Unitario, costituito per l'esercizio del controllo congiunto da parte di tutte le Amministrazioni affidanti, non ha il potere di incidere sulla gestione dei servizi, né di intervenire sul Consiglio d'Amministrazione che non ne segua le direttive;

- i singoli Enti soci non hanno, nemmeno attraverso il Comitato

Unitario, alcuna facoltà di impartire al Consiglio di Amministrazione della partecipata direttive ed indirizzi relativamente alle decisioni sulla organizzazione e gestione del servizio da loro affidato e che, in ogni caso, abbiano attinenza al proprio territorio di riferimento;

- i singoli Enti soci non hanno alcuna facoltà di impedire con il proprio dissenso l'adozione da parte della società di atti che incidano sul servizio reso nel proprio territorio.

3.3. Prima di affrontare la censura va dato atto che - come ricordato anche dalle parti in causa - questo Tribunale si è già occupato di affidamenti diretti alla società Servizi Comunali S.p.A. da parte di Comuni soci, giungendo in quei casi alla conclusione che sussistessero le condizioni, ivi compreso il controllo analogo congiunto, per l'utilizzo del modello dell' "in house providing" (si vedano della II Sezione le sentenze n. 690/2016 e n. 691/2016).

Quelle decisioni, tuttavia, non sono di ostacolo a un nuovo pronunciamento sulla questione da parte di questo Collegio, e ciò per un duplice ordine di ragioni.

Da un lato, infatti, la sussistenza del controllo analogo va verificata non rispetto a tutte le Amministrazioni socie, ma in rapporto alla singola Amministrazione che affida il servizio alla società partecipata, avuto riguardo alla entità della sua partecipazione, alla composizione della compagine sociale in quel momento, all'esistenza di patti parasociali. Ebbene, quelle pronunce non riguardavano il Comune di Coccaglio.

Dall'altro lato, quelle sentenze sono state rese

antecedentemente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 e del D.Lgs. n. 175/2016, nonché alla elaborazione giurisprudenziale dell'istituto che ne è scaturita.

3.4. Sempre in linea generale, va osservato che ai fini dell'affidamento "in house" di un servizio non è necessario il possesso da parte dell'Amministrazione affidante di una quota minima del capitale sociale della società affidataria (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 2599/2018). Nondimeno, in caso di partecipazione pulviscolare (la quota del Comune di Coccaglio è pari allo 0,008% del capitale della società Servizi Comunali S.p.A.), affinché alla modestia della partecipazione non corrisponda una debolezza sia assembleare, sia amministrativa, è necessaria la previsione di strumenti (anche in deroga alle regole di diritto comune, ex articolo 16, comma 2, D.Lgs. n. 175/2016), che, rafforzando l'azione collettiva delle singole Amministrazioni partecipanti, garantisca loro di incidere sulle decisioni più rilevanti della vita e dell'azione societaria (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 578/2019; C.d.S., Sez. III, sentenza n. 1564/2020).

3.5. Ciò premesso, la doglianza è infondata con specifico riguardo alla nomina degli organi decisionali della società partecipata.

È ben vero che, come rilevato dalla ricorrente, i componenti degli organi decisionali della società Servizi Comunali S.p.A. sono nominati dall'assemblea dei soci a maggioranza semplice e non sono previsti strumenti per assicurare la nomina - anche - dei candidati della minoranza. Tuttavia, a mente degli articoli 14

e 19 dello Statuto della predetta società (v. doc. 10 fascicolo di parte ricorrente) l'Amministratore unico o il Consiglio di Amministrazione e il Collegio sindacale sono nominati all'interno di una rosa di nomi, non maggiore del doppio delle posizioni da ricoprire, individuata dal Comitato Unitario per il controllo analogo (v. articolo 5 del Regolamento del Comitato Unitario: doc. 14 fascicolo di parte ricorrente).

Del Comitato fanno parte con un proprio rappresentante tutte le Amministrazioni socie affidatarie, con eguale diritto di voto, indipendentemente dalla quota di capitale sociale posseduta (articoli 3 e 4 del relativo Regolamento: doc. 14 fascicolo di parte ricorrente cit.).

Questo comporta che anche un Ente socio con una partecipazione infinitesimale, come per l'appunto il Comune di Coccaglio, possa incidere sulla scelta della rosa dei nomi da sottoporre all'Assemblea, e in definitiva sulla scelta degli amministratori e dei sindaci della società Servizi Comunali S.p.A.. Ulteriormente, questo comporta che la nomina degli organi sociali non sia appannaggio esclusivo dei sei Comuni che da soli detengono la maggioranza del capitale sociale (v. doc. 18 fascicolo di parte ricorrente).

3.6.1. Viceversa, la censura è fondata con specifico riferimento al potere di influire in maniera determinante sugli obiettivi strategici della società partecipata.

Riguardato sotto questo profilo, va detto che il controllo analogo consiste «in una forma di eterodirezione della società, tale per cui i poteri di governance non appartengono agli organi

amministrativi, ma al socio pubblico controllante che si impone a questi ultimi con le proprie decisioni» (così C.d.S., Sez. V, sentenza n. 6460/2020).

È ben vero che - come osservato dalle difese delle parti che si oppongono al ricorso - il controllo analogo può estrinsecarsi in una pluralità di forme, non predeterminate dal Legislatore, di talché la circostanza che il modello adottato per la società Servizi Comunali S.p.A. diverga da quelli che già hanno superato il vaglio giurisdizionale non implica di per sé sola che tale modello sia illegittimo. Nondimeno i precedenti possono costituire un valido parametro di raffronto.

E da questo raffronto, come meglio si vedrà nel prosieguo, emerge sia l'assenza nel caso in esame di un potere del Comitato Unitario per il controllo analogo di vincolare l'organo amministrativo alle proprie decisioni inerenti le scelte strategiche principali, sia l'assenza di un potere del singolo Comune affidante di opporsi alle decisioni del Consiglio d'Amministrazione che abbiano immediate ricadute sul proprio territorio.

3.6.2. Invero, ai sensi dell'articolo 9, comma 4, dello Statuto della società Servizi Comunali S.p.A. il controllo analogo del Comitato Unitario si concretizza in un controllo ex ante (sulla relazione programmatica, il piano degli investimenti, il piano occupazionale, il piano delle alienazioni, il piano degli acquisti e degli impegni di spesa superiori a un certo livello), in un controllo contestuale (con possibilità di effettuare ispezioni), e in un controllo ex post.

Effettivamente rispetto ad altri modelli presi in esame dalla giurisprudenza (v. la già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 6460/2020, ma anche C.d.S., Sez. V, sentenza n. 8028/2020) nel caso che qui ci occupa manca:

(i) il potere del Comitato Unitario di annullare o revocare gli atti del C.d.A. contrastanti con gli interessi degli Enti soci affidanti;

(ii) il potere del Comitato Unitario di sanzionare gli amministratori che disattendano le proprie direttive;

(iii) il potere di veto dell'Ente affidante rispetto alle decisioni che attengano al servizio reso nel proprio territorio;

(iv) il potere dell'Ente affidante di recedere dall'affidamento quando non soddisfatti più i propri interessi generali.

Con specifico riguardo ai poteri dell'Ente affidante va osservato come non configuri un potere di veto la previsione contenuta nell'articolo 5 del Regolamento di funzionamento del Comitato Unitario (v. doc. 14 fascicolo di parte ricorrente). Infatti, detto Regolamento può disciplinare il funzionamento del Comitato Unitario, ma non anche attribuire al singolo Ente affidante poteri nei confronti della società (e di riflesso nei confronti degli Enti soci non affidanti, che - come tali - non siedono nel Comitato Unitario) ulteriori rispetto a quelli previsti nello Statuto. Al contempo, la genericità della formulazione ("poteri inibitori, volti a disinnescare iniziative o decisioni contrastanti con gli interessi dell'ente locale direttamente interessato al servizio") rende la previsione priva di un vero contenuto concreto.

Del pari, il potere di recesso dell'Ente socio dall'affidamento del servizio è sì previsto ma solamente con contestuale dimissione delle quote azionarie (v. articolo 6 del Disciplinare di servizio: doc. 11 fascicolo di parte ricorrente), a scapito cioè della qualifica di socio e del correlato diritto di partecipare alla distribuzione degli utili.

Ancora il recesso, a mente dell'articolo 5 del Regolamento di funzionamento del Comitato Unitario, è ammesso nel caso di decisioni assunte dal Comitato Unitario "incidenti sul servizio svolto dal singolo socio e sulle quali abbia manifestato al Comitato il proprio dissenso motivato da reiterati disservizi segnalati alla Società senza adeguata risposta". Il che limita fortemente la posizione del singolo Ente socio rispetto a decisioni non gradite del Comitato Unitario.

In definitiva, i poteri che gli Enti affidanti esercitano in proprio o attraverso il Comitato Unitario finiscono per non differenziarsi grandemente da quelli che competono a un socio in base al diritto comune, o ai rimedi negoziali che ordinariamente spettano al committente di un appalto o di una concessione di servizi pubblici (v. artt. 8 e 11 del Disciplinare di servizio). Anzi, in tema di rimedi contro i disservizi appaiono addirittura più tenui rispetto alle penali che generalmente vengono previste in sede negoziale.

Il che porta a concludere che nel caso di specie non sussiste affatto quella condizione di eterodirezione della società partecipata da parte degli Enti soci affidanti, che costituisce l'essenza del controllo analogo.

4.1. Quanto al secondo motivo di impugnazione, intitolato "Assenza dei presupposti per l'affidamento in house a Servizi Comunali. Violazione ed errata applicazione dell'art. 34, comma 20, del D.L. 179/2012, convertito in L. 221/2012, nonché dell'art. 192, comma 2, del D.Lgs. 50/2016 nonché dell'art. 5 del D.Lgs. 175/2016. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione. Carenza dei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità manifesta e contraddittorietà", esso concerne l'asserita assenza di ragioni per non ricorrere al mercato per lo svolgimento del servizio.

4.2. Va preliminarmente rilevato come risulti oramai superato l'orientamento tradizionale che considerava l'autoproduzione attraverso società "in house", da un lato, e il ricorso al mercato attraverso l'aggiudicazione all'esito di una procedura di evidenza pubblica, dall'altro lato, due modelli alternativi di svolgimento del servizio, perfettamente equiparati.

Come osservato dalla giurisprudenza più recente, «L'articolo 192, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 colloca senz'altro «gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento» (così, C.d.S., Sez. V, ordinanza n. 138/2019).

Tale preferenza riservata all'evidenza pubblica, peraltro, è stata ritenuta non contrastare né con il diritto dell'Unione europea, né con la Carta costituzionale. Invero, la Corte di Giustizia ha chiarito che, come il diritto dell'Unione Europea non obbliga gli Stati membri a esternalizzare la prestazione dei servizi, così non li obbliga a ricorrere sempre e comunque all'autoproduzione, ben potendo questa essere subordinata dal legislatore nazionale a una serie di ulteriori condizioni (v. ordinanza 6.02.2020 nelle cause riunite C-89/19, C-90/19 e C-91/19). Al contempo, la Corte costituzionale, nell'affermare l'infondatezza delle questioni di illegittimità costituzionale dell'articolo 192, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 in relazione all'articolo 76 Cost. e all'articolo 1, comma 1, lettere a) ed eee), L. n. 11/2016, ha osservato che detta disposizione «è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali» e che essa «risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza» (v. sentenza n. 100/2020).

4.3.1. Ora, tenendo a mente le suvviste considerazioni, va considerato che il Comune di Coccaglio ha motivato la propria scelta nella relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012 sulla scorta dei seguenti argomenti:

(a) presenza di un numero limitato di concorrenti nel mercato di riferimento;

(b) esperienza positiva nella gestione del servizio maturata dalla società Servizi Comunali S.p.A., che negli anni ha sempre distribuito utili ai soci.

(c) flessibilità del servizio, anche attraverso la possibilità di attivare i servizi complementari elencati nel disciplinare;

(d) eliminazione dei costi della gara, quantificati in €uro 30.000,00.

4.3.2. Si tratta di una motivazione che, da un lato, non assolve all'obbligo rafforzato previsto per l'affidamento in house (cfr., C.d.S., Commissione speciale, parere n. 855/2016 - n. affare 464/2016), e che, dall'altro lato, presenta profili di criticità (sub specie manifesta illogicità e irragionevolezza), come puntualmente messo in luce dalla difesa della società ricorrente.

4.4.1. Innanzitutto, deve osservarsi come l'argomento che il mercato del trattamento dei rifiuti non sia concorrenziale si risolve in realtà in una affermazione del tutto apodittica e indimostrata.

E' ben vero che la relazione di ANCI Lombardia del 10.11.2020 (depositata dalla controinteressata sub doc. 15), peraltro successiva alla relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012, argomenta in ordine alla non concorrenzialità del mercato dello smaltimento dei rifiuti. Tuttavia, lo smaltimento costituisce solo un segmento della filiera del trattamento dei rifiuti. All'inizio della filiera si colloca la fase di raccolta e di trasporto (oggetto dell'affidamento diretto in esame), in relazione alle quali la ricorrente ha depositato la mappatura dei

gestori in Lombardia elaborata da INVITALIA, dalla quale emerge una variegata pluralità di soggetti (v. doc. 21).

Ora, qui il punto non è se effettivamente esiste ed è concorrenziale il mercato di riferimento; il punto è che rispetto a questo elemento fattuale, che in sé (specie se negativo) assume un indubbio peso nella decisione di non fare ricorso al mercato, la motivazione del provvedimento comunale è inesistente e non è suffragata da una circostanziata istruttoria.

L'istruttoria non richiedeva certo lo svolgimento di una gara a monte della scelta del modello di affidamento da adottare, bensì lo svolgimento di una indagine di mercato condotta facendo riferimento a contesti paragonabili. Questa indagine di mercato non è stata fatta, di talché sotto questo profilo la decisione adottata dal Comune si rivela viziata.

4.4.2. In secondo luogo, va dato atto che l'assunto per cui le condizioni economiche di estremo favore garantite dal gestore uscente (la società La Bi.Co Due S.r.l.) non potranno essere mantenute, vuoi per l'inevitabile allineamento ai maggiori prezzi che si registrano a livello provinciale e regionale, vuoi per l'aumento del costo del lavoro rispetto al 2012 (anno di stipula del precedente contratto di appalto), non sia in sé irragionevole. E, tuttavia, il Comune non spiega perché detto aumento dei costi della manodopera dovrebbe riguardare solamente gli operatori privati e non anche la società partecipata.

E, infatti, a ben guardare, la conclusione per cui le condizioni economiche offerte dalla società Servizi Comunali S.p.A.

sarebbero migliori rispetto a quelle ritraibili dal mercato si appalesa manifestamente illogica, se si considera:

- che per stessa ammissione del Comune il servizio garantito dall'appalto precedente era di assoluta soddisfazione;

- che il corrispettivo richiesto dalla società "in house" è pressoché analogo a quello pagato al gestore uscente (attualizzato all'aumento dei costi rispetto al 2012), ma solo al netto dei ristorni ipotizzati (€uro 87.437,08 all'anno) per la cessione dei materiali riciclabili;

- che, infatti, a differenza del gestore uscente, la società "in house" riversa sul Comune il rischio d'impresa per i materiali riciclabili è posto a carico del Comune, perché ove i ricavi derivati dalla cessione fossero inferiori a quelli attesi (€uro 87.437,08 all'anno), il prezzo del servizio non resterebbe fisso, ma aumenterebbe in misura corrispondente ai minori introiti (v. articolo 5 del Disciplinare di servizio doc. 8 fascicolo del Comune);

- che a mente dell'articolo 3 del Disciplinare di servizio (v. doc. 2 fascicolo del Comune cit.) è previsto un adeguamento annuale del canone sulla base dell'andamento dei costi della manodopera, dei costi di esercizio e delle spese generali, mentre all'appaltatore la revisione del prezzo nei contratti di durata è ancorata a più stringenti presupposti;

- che non è previsto il rispetto da parte dell'affidatario del servizio dei relativi CAM, i quali, in quanto diretti al perseguimento della sostenibilità ambientale, non possono che valere per qualunque soggetto erogatore del servizio medesimo,

sia esso un appaltatore esterno, sia esso una società "in house";

- non sono previste penali per il caso di disservizi.

4.4.3. Infine, i vantaggi che consentono di preferire l' "in house" devono essere tali da non poter essere ottenuti anche dal mercato. Ebbene nessuno dei vantaggi indicati dal Comune presenta queste caratteristiche, perché:

- l'eliminazione dei costi della gara non costituisce un vantaggio, posto che il legislatore, nell'attribuire la preferenza al mercato, ne ha escluso a monte la rilevanza (e, d'altro canto, ove così non fosse, l' "in house" andrebbe sempre preferito, non soggiacendo per definizione ai costi della gara);

- il fatto che la società Servizi Comunali S.p.A. negli anni abbia ottenuto risultati economici positivi non esclude che esistano sul mercato soggetti privati che abbiano ottenuto risultati altrettanto positivi, e la distribuzione degli utili non concretizza di certo un interesse pubblico che il Comune deve perseguire;

- la maggiore flessibilità è raggiunta attraverso servizi opzionali a pagamento, quali quelli inerenti la tariffa puntuale, la demuscazione, il noleggio di attrezzature, interventi di pulizia occasionali (v. articolo 19 del Disciplinare), e, d'altro canto, i poteri di controllo e di intervento, come visto ai punti che precedono non differiscono grandemente dagli ordinari poteri negoziali che spettano a un committente.

4.5. Complessivamente, dunque, deve concludersi che il Comune abbia fallito l'onere motivazionale su di esso incombente, non avendo dimostrato che il mercato non avrebbe consentito di

ottenere le prestazioni oggetto del servizio in questione, se non a migliori condizioni contrattuali, quanto meno alle medesime.

5.1. In definitiva, i primi due motivi di impugnazione sono fondati e per questo il ricorso viene accolto.

5.2.1. Tenuto conto dell'interesse della ricorrente, vengono per l'effetto annullate la deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Coccaglio n. 40/2020, nella sola parte in cui dispone l'affidamento alla società Servizi Comunali S.p.A. del servizio di gestione ambientale, e gli atti presupposti in epigrafe indicati.

5.2.2. Viene, altresì, dichiarata l'inefficacia della convenzione sottoscritta dal Comune di Coccaglio con la società Servizi Comunali S.p.A. in esecuzione degli atti annullati.

Non viene, invece, accolta la domanda di declaratoria dell'atto di acquisto delle azioni, ex articolo 8, comma 2, D.Lgs. n. 175/2016, non essendo stata annullata la deliberazione consiliare n. 40/2020 nella parte in cui autorizza detto acquisto.

5.3. In applicazione del criterio della soccombenza, il Comune resistente e la società controinteressata sono condannati a rifondere alla ricorrente le spese di giudizio, nella misura liquidata in dispositivo.

Possono, invece, essere compensate le spese di giudizio con l'ANAC, tenuto conto del ruolo marginale svolto nel presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente

pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Coccaglio n. 40/2020, nella sola parte in cui dispone l'affidamento alla società Servizi Comunali S.p.A. del servizio di gestione ambientale, e gli atti presupposti in epigrafe indicati, e dichiara l'inefficacia della convenzione sottoscritta dal Comune di Coccaglio con la società Servizi Comunali S.p.A. in esecuzione degli atti annullati.

Condanna il Comune di Coccaglio e la società Servizi Comunali S.p.A., in solido tra loro, a rifondere alla società Aprica S.p.A. le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

Compensa le spese di giudizio con ANAC.

Al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma bis.1, D.P.R. n. 115/2002, il Comune di Cologne provvederà a rimborsare alla società Aprica S.p.A. il contributo unificato effettivamente versato.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021, tenutasi in collegamento da remoto, ex articolo 25, comma 2, D.L. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Alessandra Tagliasacchi

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)