

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Giudizio amministrativo - Istanza di discussione da remoto - Non vincola l'altra parte - La quale rimane libera di scegliere se partecipare alla discussione orale o di presentare note scritte.**

**Tar Lombardia - Brescia, Sez. I, 8 aprile 2021, n. 329**

- in *Il Foro Amministrativo*, 4, 2021, pag. 626 e ss.

*“[...] A fronte dell’istanza di discussione orale della causa presentata da una delle parti (qui il Comune di Albino), l’altra parte resta certamente libera di scegliere se partecipare alla discussione ovvero di presentare note scritte ai sensi del combinato disposto degli articoli 4, comma 1, D.L. n. 28/2020 e 25, comma 1, D.L. n. 137/2020; è invece da dubitarsi che essa possa compiere entrambe le attività difensive, nota e discussione, ma la questione non si pone nella fattispecie, dove il difensore della parte ricorrente non è intervenuto alla discussione da remoto [...]”.*

**FATTO**

1.1. Le società Bergamelli S.r.l., Zanetti Arturo & C. S.r.l., SEA Servizi Ambientali S.r.l. e AVR S.p.A. impugnano, quali operatori del settore, gli atti in epigrafe indicati, in forza dei quali il Comune di Albino ha affidato “in house” alla partecipata Servizi Comunali S.p.A. la gestione dei servizi di igiene ambientale per il periodo 1.07.2018 – 30.06.2028, chiedendone l’annullamento, previa sospensione cautelare dell’efficacia.

1.2. Secondo le ricorrenti gli atti impugnati sarebbero illegittimi per:

- carenza di istruttoria e di motivazione, manifesta illogicità della decisione e palese travisamento del dato fattuale (primi due motivi di ricorso);
- violazione del principio per cui chi inquina paga, e degli articoli 1, comma 639, L. n. 147/2013, 23 della Costituzione, 191, paragrafo 2, TFUE e 14 della Direttiva 2008/98/CE in ragione della partecipazione infinitesimale del Comune di Albino alla società Servizi Comunali S.r.l., pari allo 0.26% del capitale sociale (terzo motivo di ricorso);
- assenza di indicazioni puntuali in ordine agli investimenti che saranno assunti per lo svolgimento del servizio (quarto motivo di ricorso);
- violazione delle regole che disciplinano lo svolgimento dell’attività consiliare e dell’adozione delle deliberazioni del Consiglio comunale (quinto motivo di ricorso);
- svolgimento, attraverso la partecipata, di attività imprenditoriali che esulano dai compiti istituzionali del Comune (sesto motivo di ricorso).

2.1. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Albino e la società Servizi Comunali S.p.A., opponendosi in rito e nel merito al ricorso avversario e concludendo per la sua reiezione.

2.2. Nello specifico, la difesa del Comune ha preliminarmente:

- (i) chiesto il differimento dell'udienza di trattazione del merito del giudizio per avere termine a difesa sulla documentazione depositata dalle ricorrenti in data 16.02.2021;
- (ii) domandato l'espunzione dal fascicolo d'ufficio delle note d'udienza depositate dalle ricorrenti pur in presenza dell'istanza di discussione orale della causa;
- (iii) rilevato l'improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione del rigetto della proposta di "project financing" presentata dalla società Bergamelli S.r.l..

Nel merito l'Amministrazione resistente ha puntualmente controdedotto alle doglianze prospettate in ricorso, insistendo sulla sussistenza di tutte le condizioni per attivare il modello organizzativo dell' "in house providing".

2.3. La società controinteressata ha, a sua volta, eccepito l'inammissibilità del ricorso collettivo, essendo le ricorrenti potenzialmente in competizione tra loro nell'aggiudicarsi l'appalto del servizio, e perché la società Bergamelli S.r.l. si era fatta promotore di un "project financing" avente a oggetto anche (benché non solo) il servizio in questione.

Nel merito, la società Servizi Comunali S.p.A. ha a sua volta argomentato in ordine alla infondatezza delle doglianze dedotte da parte ricorrente.

3.1. La domanda cautelare è stata respinta dal Tribunale per assenza del requisito normativo del *fumus boni iuris*.

3.2. All'udienza di merito del 10 marzo 2021, svoltasi con collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi degli articoli 25, comma 1, D.L. n. 137/2020 e 4 D.L. n. 28/2020, la causa è stata introitata.

## DIRITTO

1. Viene in decisione la causa promossa da quattro operatori del settore della gestione dei rifiuti, le società Bergamelli S.r.l., Zanetti Arturo & C. S.r.l., SEA Servizi Ambientali S.r.l. e AVR S.p.A., avverso la scelta del Comune di Albino di affidare per dieci anni il servizio di igiene ambientale "in house" alla partecipata Servizi Comunali S.p.A., anziché rivolgersi al mercato sperando procedura di evidenza pubblica.

2.1. Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico delle plurime eccezioni di rito sollevate dal Comune resistente e dalla società controinteressata.

2.2.1. Innanzitutto, non può trovare accoglimento la richiesta di rinvio della causa per assicurare il pieno dispiegarsi del diritto di difesa da parte dei contraddittori sui documenti depositati in data 16 febbraio 2021 dalla difesa delle società ricorrenti.

Il deposito è avvenuto nel rispetto del termine dimidiato di cui al combinato disposto degli articoli 73, 119 e 120 Cod. proc. amm.; Comune e società Servizi Comunali S.p.A. hanno potuto controdedurre nella memoria conclusiva e in quella di replica; né è stato specificato quale ulteriore produzione difensiva la documentazione depositata in termini dalla ricorrente avesse reso necessaria, e perché essa non potesse essere depositata, sia pure tardivamente, ma prima dell'udienza di discussione, come consentito, pur eccezionalmente, dall' art. 54, I comma, c.p.a..

2.2.2. Parimenti non può essere accolta la richiesta di espungere dal fascicolo le note d'udienza depositate dalla difesa delle ricorrenti in data 9 marzo 2021.

A fronte dell'istanza di discussione orale della causa presentata da una delle parti (qui il Comune di Albino), l'altra parte resta certamente libera di scegliere se partecipare alla discussione ovvero di presentare note scritte ai sensi del combinato disposto degli articoli 4, comma 1, D.L. n. 28/2020 e 25, comma 1, D.L. n. 137/2020; è invece da dubitarsi che essa possa compiere entrambe le attività difensive, nota e discussione, ma la questione non si pone nella fattispecie, dove il difensore della parte ricorrente non è intervenuto alla discussione da remoto.

2.3.1. È poi infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso collettivo per essere le società ricorrenti potenzialmente in conflitto tra loro nell'aggiudicarsi l'appalto dei servizi di igiene ambientale.

Nel caso di specie il bene della vita cui aspirano le ricorrenti e a tutela del quale agiscono non è quello all'aggiudicazione del servizio, ma quello allo svolgimento della gara, a che il servizio sia contendibile. E rispetto a tale obiettivo le posizioni delle ricorrenti convergono, avendo tutte quante interesse a che il Comune ricorra al mercato e non adotti il modello dell' "in house providing" per l'individuazione del gestore del servizio.

Sussiste dunque quella identità di situazioni sostanziali e processuali che legittima la proposizione di un ricorso collettivo (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 573/2021; C.d.S., Sez. VI, sentenza n. 478/2021).

2.3.2. Né rileva che successivamente alla proposizione del presente ricorso una delle ricorrenti (la società Bergamelli S.r.l.) abbia presentato al Comune una proposta di "project financing", che è stata respinta con atto rimasto inoppugnato, posto:

- che non risulta che così facendo la società Bergamelli S.r.l. abbia inteso rinunciare alla contestazione dell'affidamento del servizio "in house providing" alla società Servizi Comunali S.p.A. o abbia prestato acquiescenza agli atti qui impugnati;

- che la proposta di “project financing” ha un oggetto più ampio di quello del servizio ora reso “in house” dalla società partecipata e in passato affidato a un appaltatore esterno scelto all’esito di procedura di evidenza pubblica;

- che la predetta proposta di “project financing” è stata respinta perché ritenuta non soddisfacente per le esigenze del Comune e non sostenibile finanziariamente (v. doc. 54 fascicolo di parte ricorrente), ma la nuova valutazione di convenienza ha riguardato la proposta di “project financing” e non la conclusione di un contratto di appalto di servizi con un operatore scelto sul mercato, soluzione quest’ultima propugnata dalle odierne ricorrenti;

- che oggetto del presente giudizio è il mancato ricorso al mercato per l’individuazione di un appaltatore esterno e non la mancata approvazione della proposta di “project financing”, sicché la bontà o meno di tale proposta fuoriesce dal thema decidendum.

3. Esaurite le questioni preliminari può passarsi al merito, con l’avvertenza che nell’esaminare le censure non si seguirà l’ordine di esposizione del ricorso, ma si tratteranno per ultimi il primo e il secondo motivo di impugnazione.

4.1. E, dunque, con il terzo motivo di impugnazione le ricorrenti deducono “La violazione degli artt. 1, comma 639, l. 147/2013. La violazione dell’art. 23 della Costituzione. La violazione dell’art. 191, paragrafo 2, TFUE e dell’art. 14 della direttiva 2008/98/CE”.

Sostengono le deducenti che il Comune di Albino non avrebbe potuto utilizzare il modello dell’ “in house providing”, il quale, per via della immedesimazione organica tra Amministrazione e società partecipata, concretizza una forma di autoproduzione del servizio, nel senso che è come se fosse il Comune ad erogare il servizio. E ciò perché nel caso concreto si finirebbe per violare l’articolo 1, comma 639, L. n. 147/2013.

Invero, a mente della precitata disposizione, la TARI copre i costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti: non può esservi una sovrastima dei costi, perché si tradurrebbe in una prestazione tributaria non dovuta in base alla legge istitutiva del tributo.

Senonché, per come è suddiviso il capitale sociale e sono regolati i rapporti tra i soci nella società Servizi Comunali S.p.A., accade che, nonostante il Comune di Albino concorra per il 4% alla produzione del fatturato della società Servizi Comunali S.p.A., esso partecipa per lo 0,26% alla distribuzione degli utili. La differenza (fra utili conseguiti e fatturato che si produce) va a favore dei Comuni soci di maggioranza.

In questo modo gli abitanti di Albino concorrono alla spesa degli abitanti di Sarnico, Castelli Calepio, Capriolo, Grumello del Monte e Chiuduno (soci di maggioranza), in violazione del principio comunitario per cui chi inquina paga.

4.2. La doglianza è infondata, perché mette erroneamente in correlazione il costo del servizio e la distribuzione dei dividendi ai soci.

Un conto è il rapporto di servizio che lega che il Comune di Albino alla società Servizi Comunali S.p.A., tale per cui l'Ente paga all'affidataria il corrispettivo fissato nel disciplinare per la raccolta, il trasporto e lo e smaltimento dei rifiuti, e fa pagare ai residenti la TARI a copertura di tutti i costi del servizio, giusta quanto dispone l'articolo 1, comma 639, L. n. 147/2013; altro è il vincolo che unisce il Comune di Albino alla società Servizi Comunali S.p.A. in qualità di socio, tale per cui l'Ente partecipa alla distribuzione degli utili prodotti dalla partecipata in proporzione alla propria partecipazione al capitale sociale.

Sotto questo profilo, va tenuto conto (i) che la produzione degli utili è eventuale, (ii) che la distribuzione degli utili è eventuale, (iii) che non necessariamente gli utili derivano tutti dall'attività svolta nei confronti delle Amministrazioni detentrici del capitale sociale, (iv) che il Comune parteciperebbe alla distribuzione degli utili anche se non avesse affidato il servizio.

Dunque, è scorretto considerare gli utili derivanti dall'eventuale proficuo svolgimento dell'attività di impresa e distribuiti ai soci come uno sconto sul costo del servizio reso agli Enti affidanti. Sicché, in definitiva, non vi è alcuna violazione dei principi che regolano le obbligazioni di natura tributaria in generale, e la TARI in particolare.

5.1. Con il quarto motivo di impugnazione le ricorrenti deducono "La violazione dell'art. 3-bis, comma 1-bis, d.l. n. 138/2013" (rectius: D.L. n.38/2011), perché nella relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012 manca l'indicazione degli investimenti che si intendono fare per l'esecuzione del servizio, in particolare l'ammodernamento della piazzola ecologica comunale: il che non consentirebbe al Comune di effettuare gli accantonamenti obbligatori per legge.

5.2. La doglianza è infondata.

La giurisprudenza ha, infatti, avuto modo di chiarire che l'applicazione dell'articolo 3-bis, comma 1-bis, D.L. n. 138/2013 presuppone l'avvenuta istituzione degli ATO per l'erogazione del servizio oggetto di affidamento: scelta questa che la Regione Lombardia ha ritenuto di non effettuare. In ogni caso, l'adozione del piano economico – finanziario asseverato non costituisce condizione «per l'affidamento in house del servizio che un Comune debba rispettare e dal cui mancato rispetto possa derivare l'illegittimità dell'affidamento diretto. Allo stesso modo non è condizione per l'affidamento in house l'obbligo di accantonamento (pro quota nel primo bilancio utile e successivamente ogni triennio di una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio) previsto dal citato art. 3 – bis, comma 1 – bis, d.l. n. 138 del 2011, a carico degli enti locali proprietari che procedano ad affidamento in house; del mancato rispetto non

può dolersi l'operatore economico che lamenti il mancato ricorso al mercato» (così, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 6460/2020).

6.1. Con il quinto motivo di impugnazione le ricorrenti deducono “La violazione degli artt. 38 e 78 d.lgs. n. 267/2000. La violazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione. La violazione dell'art. 33 del regolamento sul funzionamento del consiglio comunale”.

Si dolgono le deducenti che nella seduta del Consiglio comunale fissata per deliberare sull'affidamento “in house” del servizio non si sia consentito a tutti i consiglieri, ivi compresi quelli di minoranza, di raffrontare l'offerta della società Servizi Comunali S.p.A. con quella fatta pervenire da una delle società componenti l'ATI che gestiva il servizio in precedenza, la Bergamelli S.r.l..

Si dolgono, altresì, le esponenti che alla predetta seduta abbia partecipato un soggetto non legittimato, ovverosia il direttore generale della società Servizi Comunali S.p.A., la cui relazione – necessariamente di parte – avrebbe svolto un'influenza sulla decisione finale.

6.2. La doglianza è infondata in tutti i profili in cui si articola.

Come già osservato dal Tribunale nell'ordinanza cautelare, che per questo profilo merita di essere confermata, l'offerta fatta giungere dalla società Bergamelli S.r.l. in limine alla seduta del Consiglio comunale fissata per deliberare l'affidamento “in house” del servizio de quo era del tutto irrituale.

Non essendo all'ordine del giorno, in quanto presentata lo stesso giorno della seduta consiliare, tale proposta non poteva essere presa in esame dal Consiglio comunale (v. artt. 23 e 24 Regolamento del Consiglio comunale: doc. 19 fascicolo di parte ricorrente); in ogni caso, le valutazioni sulla ritenuta convenienza del modello dell'autoproduzione erano già contenute nella relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012.

Legittimamente, poi, il direttore generale della società Servizi Comunali S.p.A. ha partecipato alla seduta consiliare per illustrare il disciplinare di servizio tra l'Amministrazione e la società partecipata e rispondere a eventuali domande dei consiglieri. Peraltro, l'articolo 31 del Regolamento del Consiglio comunale consente gli interventi di soggetti esterni sugli argomenti all'ordine del giorno, e l'articolo 33 quello di funzionari e consulenti per fornire informazioni (doc. 19 fascicolo di parte ricorrente cit.)

7.1. Con il sesto motivo di impugnazione le ricorrenti deducono “La violazione dell'art. 4 d.lgs. n. 175/2016”, perché la società Servizi Comunali S.p.A. opera sul libero mercato svolgendo attività commerciale che nulla hanno a che fare con i servizi ambientali. Sicché, per effetto della delegazione interorganica, secondo le deducenti il Comune di Albino, si troverà a svolgere,

attraverso la longa manus della società partecipata, un'attività imprenditoriale che esula dai suoi compiti istituzionali.

7.2. La doglianza è infondata.

Non viene, infatti, dimostrato il superamento del limite del 20% fissato dall'articolo 5, comma 1, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016 per lo svolgimento da parte della società "in house" di attività diversa da quella affidata dalle Amministrazioni socie.

Né viene dimostrato che quell'iniziativa immobiliare di cui si è dato atto in ricorso (e sostanzialmente non smentita dalla difesa della controinteressata) impedisca il perseguimento da parte delle Amministrazioni socie dei propri fini istituzionali, così come richiede l'articolo 4 D.Lgs. n. 175/2016. Sicché allo stato detta iniziativa imprenditoriale incide sulla opportunità della partecipazione del Comune alla compagine societaria, ma non sulla sua legittimità.

8.1. Sono di contro fondati i primi due motivi di ricorso, che vengono trattati congiuntamente, in quanto – come si vedrà – strettamente interconnessi.

8.2.1. Invero, con il primo motivo di impugnazione le ricorrenti deducono "La violazione degli artt. 34, comma 20, d.l. 179/2012 e 192 d.lgs. 50/2016. L'eccesso di potere per carenza di istruttoria. La violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 per difetto di motivazione".

Lamentano le deducenti che né la deliberazione consiliare impugnata, né gli atti presupposti assolvano all'onere motivazionale rafforzato in ordine alla convenienza dell'affidamento in house, in punto di universalità, socialità, efficienza, economicità e qualità del servizio. Lamentano che non siano state esplicitate le ragioni del mancato ricorso al mercato, specie in considerazione del fatto che il gestore uscente aveva presentato offerta per eseguire il servizio a un prezzo inferiore a quello richiesto dalla società "in house".

Stigmatizzano, inoltre, le esponenti che non sia stata fatta alcuna valutazione delle condizioni del mercato, che non sia stato fatto un confronto fra i risultati anche economici conseguibili con i diversi modelli organizzativi.

Rilevano, infine, le ricorrenti che la relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012 è stata approvata dalla Giunta comunale quando già il Consiglio comunale aveva deciso di procedere con l'affidamento in house del servizio in questione, e che dunque è mancato un elemento essenziale nel procedimento decisionale del Consiglio comunale.

8.2.2. Con il secondo motivo di impugnazione, poi, le ricorrenti deducono "L'eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità manifesta. La violazione dell'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 50/2016".

A loro avviso, le ragioni indicate nella relazione a sostegno della decisione assunta dal Comune sarebbero fallaci e assurde:

- perché non sarebbe vero che il mercato della gestione dei rifiuti non sia concorrenziale, essendo al contrario caratterizzato da una accesa competizione al ribasso degli operatori del settore (874 in Lombardia in base a uno studio della Camera di commercio di Milano);
- perché il conseguimento di risultati di gestione positivi non andrebbe a vantaggio del Comune di Albino, ma dei cinque Comuni (Sarnico, Castelli Calepio, Capriolo, Grumello del Monte e Chiuduno) che detengono la maggioranza del capitale sociale, posto che il Comune di Albino contribuirebbe per il 4% al fatturato della società Servizi Comunali S.p.A., ma beneficerebbe solamente dello 0,26% (pari alla relativa quota di capitale sociale) degli utili distribuiti dalla stessa;
- perché il risparmio, secondo i dati esposti nella relazione sarebbe insignificante (€uro 293,00 all'anno su un totale di €uro 989.000,00 sempre all'anno), e comunque vanificato dalle clausole contrattuali (quale quella dell'aggiornamento automatico del canone) che rendono possibile una lievitazione dei costi nella fase di esecuzione del contratto, e in definitiva traslano in capo al Comune il rischio di impresa in relazione ai rifiuti riutilizzabili;
- perché le migliorie pretesamente assicurate dall' "in house" sarebbero in parte inesistenti (la gestione tecnica amministrativa del rifiuto costituisce uno dei naturalia negotii di ogni appalto del servizio d'igiene urbana; è già previsto un «sistema di radiolocalizzazione satellitare GPS, da applicare a tutte le autospazzatrici impiegate per l'espletamento del servizio; già l'appalto in essere prevede il sistema della tariffa puntuale), in parte inconsistenti (il servizio di emergenza per rimozione oli su strada e l'organizzazione di interventi di comunicazione ambientale all'interno delle scuole hanno un'incidenza infinitesimale sul costo dell'organizzazione del servizio), in parte peggiorative rispetto al servizio in essere (la disponibilità di un sito Internet interattivo e il sistema informativo al cittadino tramite una APP dedicata sostituiscono l'obbligo di organizzare un ufficio presidiato da personale reperibile al telefono; la ricerca di mercato per la cessione dei rifiuti recuperabili sposta sul Comune un rischio che attualmente grava sull'appaltatore).

8.3. Preliminarmente va rilevato come risulti ormai superato l'orientamento tradizionale (a cui si è ispirata anche l'ordinanza cautelare, che su questo punto non può essere confermata), per il quale 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, sono due modelli alternativi di svolgimento del servizio, perfettamente equipollenti.

Come osservato dalla giurisprudenza più recente, infatti, «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 e), 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).

8.4.1. Ora, tenendo a mente le suvviste considerazioni, va considerato che il Comune di Albino 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.;
- (c) flessibilità del servizio, anche attraverso la possibilità di attivare i servizi complementari elencati nel disciplinare;
- (d) eliminazione dei costi della gara, quantificati in Euro 18.000,00.

8.4.2. 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.

8.5.1. 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. Il fatto stesso che quattro operatori del settore, potenzialmente tra loro concorrenti, abbiano agito contro l'affidamento "in house" del servizio dimostra semmai il contrario.

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 analisi ed indagini pertinenti al mercato, anche affidate a soggetti indipendenti e specializzati, condotte facendo riferimento a contesti paragonabili: ciò non è avvenuto, di talché sotto questo profilo la decisione adottata dal Comune si rivela viziata.

8.5.2. In secondo luogo, 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 non sono in contestazione i positivi risultati (soprattutto in punto di percentuale di raccolta differenziata e di costi contenuti) della gestione precedente, effettuata da parte di operatori scelti nel mercato con procedura di evidenza pubblica;
- che il corrispettivo del servizio richiesto dalla società "in house" è pressoché analogo a quello pagato al gestore uscente (la differenza è di soli 293,00 Euro all'anno su un totale di 989.000,00 Euro sempre all'anno);
- che, a differenza del gestore uscente, la società "in house" riversa sul Comune il rischio d'impresa per i materiali riciclabili, perché ove i ricavi derivati dalla cessione fossero inferiori a quelli attesi (Euro 218.424,91 all'anno), il prezzo del servizio non resterebbe fisso, ma aumenterebbe in misura corrispondente ai minori introiti (v. articolo 7 del Disciplinare di servizio doc. 6 fascicolo del Comune);
- che a mente dell'articolo 5 del Disciplinare di servizio (v. doc. 7 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;

8.5.3. 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 16 del Disciplinare), che ben possono essere previsti in un bando di gara;

- al contempo il potere di recesso dell'Ente socio dall'affidamento del servizio è sì previsto ma solamente con contestuale dimissione delle quote azionarie (v. articolo 4 del Disciplinare di servizio), sicché in definitiva al Comune non spettano rimedi diversi da quelli del committente in un appalto di servizi.

8.6. 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.

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

Tenuto conto dell'interesse delle ricorrenti, vengono per l'effetto annullate la deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Albino n. 23/2018 di affidamento alla società Servizi Comunali S.p.A. del servizio di gestione ambientale, e, quale atto presupposto, la deliberazione della Giunta comunale del Comune di Albino n. 80/2018 di approvazione della relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012.

Le ricorrenti non hanno, invece, interesse all'annullamento della deliberazione del Consiglio comunale n. 20/2018, con la quale il Comune di Albino, a modifica della precedente deliberazione consiliare n. 43/2017, ha deciso di mantenere la partecipazione nella società Servizi Comunali S.p.A.. Il possesso delle azioni è preconditione per l'affidamento "in house", ma non vincola a esso, ben potendo l'Ente rimanere un socio non affidante (così come era accaduto fino al recente passato). Pertanto, detta deliberazione non viene annullata.

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

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 gli atti impugnati, secondo quanto specificato in motivazione.

Condanna il Comune di Albino e la società servizi Comunali S.p.A., in solido tra loro, a rifondere alle società Bergamelli S.r.l., Zanetti Arturo & C. S.r.l., SEA Servizi Ambientali S.r.l. e AVR S.p.A., le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

Al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma bis.1, D.P.R. n. 115/2002, il Comune di Albino provvederà a rimborsare alle società Bergamelli S.r.l., Zanetti Arturo & C. S.r.l., SEA Servizi Ambientali S.r.l. e AVR S.p.A. il contributo unificato effettivamente versato.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito 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**

**Alessandra Tagliasacchi**

**IL PRESIDENTE**

**Angelo Gabbricci**

**IL SEGRETARIO**