

APPALTI: Contratti della P.A. - Affidamento in house – Obbligo di motivazione rafforzato – Controllo analogo – Annullabilità del provvedimento.

Tar Lombardia - Brescia, Sez. I, 23 marzo 2021, n. 281

- in *Studium iuris*, 7-8, 2021, pag. 967 e ss., con commento di Fabio Pavanini, *Illegittimo l'affidamento del servizio in house in assenza di rigorosa motivazione della propria scelta da parte dell'ente affidante.*

“[...] il Comune ha 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 [...]”.

FATTO

1.1. La società La Bi.Co Due S.r.l. e la società Aprica S.p.A. (poi fuseasi per incorporazione della prima nella seconda) impugnano, quali operatori del settore, gli atti in epigrafe indicati, in forza dei quali il Comune di Cologne, previo acquisto di n. 8 azioni della società Servizi Comunali S.p.A., ha affidato, “in house providing” alla società partecipata il servizio di igiene ambientale per il periodo 1° gennaio 2021 – 31 dicembre 2030.

1.2. Secondo le ricorrenti 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 Cologne 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 Cologne 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, le deducenti chiedono 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.

2.1. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Cologne, l'ANAC e la società Servizi Comunali S.p.A., opponendosi tutti e tre al ricorso avversario e concludendo per la sua reiezione.

2.2. Il Comune ha preliminarmente eccepito la tardività del terzo motivo di ricorso; mentre nel merito ha argomentato in ordine alla sussistenza nel caso di specie di tutte le condizioni per attivare il modello organizzativo dell' "in house providing".

2.3. L'ANAC ha insistito sulla legittimità della propria delibera di iscrizione del Comune di Cologne all'elenco di cui all'articolo 192 D.Lgs. n. 50/2016.

2.4.1. Infine, la società Servizi Comunali S.p.A. ha eccepito:

- l'inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione degli atti presupposti all'affidamento "in house", e comunque la tardività del terzo motivo di ricorso;

- l'inammissibilità del ricorso avverso la deliberazione consiliare n. 65/2019 recante revisione straordinaria delle società partecipate, perché priva di effetto lesivo e perché avverso a essa non sarebbero stati dedotti specifici motivi di impugnazione;

- l'inammissibilità per carenza di interesse dell'impugnazione della deliberazione giuntale n. 69/2020, in quanto mero atto di indirizzo, e contro la deliberazione dell'ANAC, peraltro, anch'essa tardivamente impugnata.

2.4.2. Nel merito la società controinteressata ha poi puntualmente controdedotto alle doglianze avversarie.

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

DIRITTO

1. Viene in decisione la causa promossa da due operatori del settore della gestione dei rifiuti, le società La Bi.Co Due S.r.l. e Aprica S.p.A., avverso la scelta del Comune di Cologne 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 e dalla controinteressata, seguendo nella delibazione un ordine decrescente in rapporto all'efficacia preclusiva dell'esame di merito che le stesse determinano.

2.2.1. La società Servizi Comunali S.p.A. sostiene, in primis, che il ricorso (notificato in data 23.12.2020) sarebbe tardivo rispetto alla deliberazione giuntale di approvazione della relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012 (n. 111 del 22.07.2020, pubblicata all'albo pretorio per 15 giorni a far data dal 31.07.2020) e rispetto alla deliberazione consiliare di acquisto di 8 proprie

azioni (n. 40 del 10.09.2020, pubblicata all'albo pretorio per 15 giorni a far data dal 17.09.2020). Per l'effetto, sarebbe inammissibile per carenza di interesse il ricorso avverso la deliberazione consiliare (n. 51 dell' 11.11.2020, pubblicata all'albo pretorio per 15 giorni a far data dal 21.11.2020) di utilizzo del modello dell' "in house providing", in quanto atto conseguente.

2.2.2. L'eccezione è infondata nei termini che si vanno a esporre.

Costituisce, invero, condizione dell'azione nell'ambito del processo amministrativo l'interesse a ricorrere, ovverosia l'utilità, anche di natura morale o residuale, che il ricorrente aspira a ottenere attraverso l'esercizio della azione giudiziaria. Detto interesse sorge nel momento in cui la lesione arrecata al bene della vita protetto dall'ordinamento si manifesta come diretta e attuale (cfr., ex plurimis, T.A.R. Piemonte, Sez. I, sentenza n. 765/2020; C.d.S., Sez. VI, sentenza n. 6489/2020).

Nel caso di specie, il bene della vita cui le società odierne ricorrenti aspirano è lo svolgimento di una gara per l'individuazione del contraente privato a cui appaltare il servizio di gestione dei rifiuti, e rispetto a tale interesse la lesione si è concretizzata solamente con l'adozione della deliberazione consiliare di affidamento del servizio medesimo alla società Servizi Comunali S.p.A.. Dunque, è da tale momento che decorreva il termine decadenziale di esercizio dell'azione di annullamento.

D'altro canto, la deliberazione giunta n. 111/2020 di approvazione della relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012 e la deliberazione consiliare n. 40/2020 concernente l'acquisto di otto azioni della società Servizi Comunali S.p.A., quantunque funzionali all'affidamento del servizio "in house" (successivamente disposto con la summenzionata deliberazione consiliare n. 51/2020), non rendevano quell'esito indefettibile. Vero è, infatti, che il Consiglio comunale di Cologne, anche dopo l'adozione dei suddetti atti, restava comunque libero di determinarsi in senso favorevole alla gara, restando un semplice socio non affidante della società Servizi Comunali S.p.A..

Sicché, del tutto correttamente, gli atti prodromici sono stati impugnati unitamente all'atto concretamente lesivo dell'interesse delle ricorrenti (i.e. la deliberazione consiliare n. 51/2020) e nel rispetto del termine decadenziale decorrente dall'ultimo giorno di pubblicazione di tale atto.

2.3. Di contro, risulta tardivo, così come rilevato dalla difesa del Comune, oltre che da quella della società controinteressata, il terzo motivo di impugnazione, con il quale è stata dedotta la violazione dell'articolo 5 D.Lgs. n. 175/2016 e dell'articolo 3-bis D.L. n. 138/2011.

Lamentano le ricorrenti che la scelta del Comune di acquisire una partecipazione nella società Servizi Comunali S.p.A. non sia stata motivata in punto di necessità della partecipazione in funzione del perseguimento degli interessi istituzionali, di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria. Lamentano, altresì, che non sia stato redatto né un piano industriale, né un piano economico-finanziario.

Si tratta di censure che investono l'acquisto della partecipazione in sé e non in quanto prodromica all'affidamento "in house" del servizio. E, d'altro canto, come detto in precedenza, la proprietà delle azioni non implica necessariamente l'affidamento in house, ben potendo l'Ente aggiudicatario socio decidere di appaltare il servizio a un operatore economico terzo.

Conseguentemente, le ricorrenti avrebbero semmai dovuto far valere tale censura nel termine decadenziale decorrente dall'ultimo giorno di pubblicazione all'albo pretorio della deliberazione consiliare concernente l'acquisizione della partecipazione societaria. Così non è stato, per cui la doglianza non può essere delibata nel merito.

2.4. Da ultimo va esaminata l'eccezione sollevata dalla difesa della società Servizi Comunali S.p.A. in ordine all'assenza di lesività della deliberazione del Consiglio comunale di Cologne n. 65/2019, della deliberazione della Giunta comunale n. 69/2020, e della deliberazione di ANAC di iscrizione del Comune di Cologne all'elenco di cui all'articolo 192 D.Lgs. n. 50/2016.

Fermo restando che, per stessa ammissione delle ricorrenti, tali atti sono stati impugnati prudenzialmente, in ogni caso va ricordato che gli atti endoprocedimentali, ancorché non immediatamente lesivi, così come gli 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, possono essere impugnati unitamente al provvedimento lesivo della posizione giuridica soggettiva che si tutela in giudizio. Correttamente, pertanto, le società La Bi.Co Due S.r.l. e Aprica S.p.A., che aspirano allo svolgimento di una gara per l'individuazione dell'operatore economico cui appaltare il servizio di igiene ambientale, hanno 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, ivi compresi quelli suindicati.

L'eccezione è, pertanto, infondata.

2.5. 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 Cologne 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. Carezza di istruttoria. Erroneità e carezza 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 Cologne.

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 Cologne, 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 Cologne) 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 le ricorrenti il Comune di Cologne 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, ovverosia 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 Cologne.

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 Cologne è pari allo 0,0067% 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 alla disciplina comune (v. art. 16, co. 2, D.Lgs. n. 175/206), 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 dalle ricorrenti, 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. 12 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. 15 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. 15 fascicolo delle ricorrenti cit.).

Questo comporta che anche un Ente socio con una partecipazione infinitesimale, come per l'appunto il Comune di Cologne, 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. 12 fascicolo della controinteressata).

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 giurisprudenziali 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 in capo al 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 soddisfi 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. 5 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. 13 fascicolo di parre 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. 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 Cologne ha motivato la propria scelta nella relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012 sulla scorta dei seguenti argomenti:

- (a) inesistenza di un mercato sufficientemente aperto e concorrenziale;
- (b) impossibilità di mantenere al prezzo attuale (negoziato nel 2012) gli standard qualitativi garantiti dal gestore uscente (la società La Bi.Co Due S.r.l., per l'appunto);
- (c) esistenza di una pluralità di vantaggi assicurati dall'affidamento "in house" (segnatamente, titolarità pubblica della gestione del servizio, assenza di scopi di lucro in capo alla società partecipata, maggiori e più rapidi margini di intervento, un più efficace sistema di controllo, tendenza alla composizione bonaria delle liti tra Ente affidante e soggetto affidatario del servizio, contenimento dei costi e dei tempi di affidamento del servizio rispetto alla gara).

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 delle società ricorrenti.

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. 16), 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 del trasporto (oggetto dell'affidamento diretto in esame), in relazione alle quali le ricorrenti hanno depositato la mappatura dei gestori in Lombardia elaborata da INVITALIA, dalla quale emerge una variegata pluralità di soggetti (v. doc. 22).

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 sugli operatori del settore 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 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, 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 il corrispettivo richiesto prevede un aumento annuo di €uro 14.000,00 rispetto alla gestione uscente, aumento che sale a oltre €uro 91.000,00 se si escludono i ricavi – ipotizzati – per la cessione dei materiali riciclabili (v. relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012: doc. 2 del fascicolo della controinteressata),
- che, sempre rispetto alla gestione uscente (che inglobava tale voce nel prezzo finale), 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 77.705,84 all'anno), il prezzo del servizio non resterebbe fisso, ma aumenterebbe (v. articolo 5 del Disciplinare di servizio doc. 2 fascicolo del Comune), con progressivo peggioramento delle condizioni qualitative ed economiche sin qui assicurate dal mercato;
- 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 la revisione del prezzo dell'appaltato nei contratti di durata è più limitata;

- 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";

- che non sono previste penali per il caso di disservizi.

4.4.3. Infine, i vantaggi che consentono di preferire il modello "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 e dei tempi 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);

- l'assenza di uno scopo di lucro in capo alla società Servizi Comunali S.p.A. (anche a volerlo ritenere un vantaggio) è da escludersi, trattandosi di società commerciale che – come tale - produce utili e distribuisce dividendi;

- la tendenza alla composizione bonaria delle liti tra socio affidante e società affidataria è legata semmai al concreto atteggiarsi dei rapporti tra le parti, e non necessariamente alla forma giuridica che essi rivestono, fermo restando che anche il contratto di appalto può prevedere sistemi deflattivi del contenzioso correlato all'esecuzione della prestazione;

- 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), che ben possono essere messi a gara;

- il 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 ha 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, entrambi i primi due motivi di impugnazione sono fondati e per questo il ricorso viene accolto.

5.2.1. Tenuto conto dell'interesse delle ricorrenti, vengono per l'effetto annullate la deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Cologne n. 51/2020 di affidamento alla società Servizi Comunali S.p.A. del servizio di gestione ambientale, e gli atti presupposti in epigrafe indicati, ad eccezione della deliberazione consiliare n. 40/2020 di acquisto delle azioni della predetta società Servizi Comunali S.p.A..

5.2.2. Viene, altresì, dichiarata l'inefficacia della convenzione sottoscritta dal Comune di Cologne 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 che ha autorizzato l'acquisto.

5.3. In applicazione del criterio della soccombenza, il Comune resistente e la società controinteressata sono condannati a rifondere alle ricorrenti 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 Cologne n. 51/2020, e gli atti presupposti in epigrafe indicati, ad eccezione della deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Cologne n. 40/2020, e dichiara l'inefficacia della convenzione sottoscritta dal Comune di Cologne con la società Servizi Comunali S.p.A. in esecuzione degli atti annullati.

Condanna il Comune di Cologne e la società servizi Comunali S.p.A., in solido tra loro, a rifondere alle società La Bi.Co Due S.r.l. e 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 alle società La Bi.Co Due S.r.l. e 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

Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO