

N. 02588/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01216/2011 REG.RIC.

N. 03398/2011 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1216 del 2011, proposto da:
Pizzamiglio Andrea s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Mantini e
Francesco Basile, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via
Morigi, 2/A

contro

Comune di Ceranova, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dagli avv.ti Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio eletto presso lo studio
del primo in Milano, Via Cerva, 20

sul ricorso numero di registro generale 3398 del 2011, proposto da:
Pizzamiglio Andrea s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Mantini e
Francesco Basile, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via
Morigi, 2/A

contro

Comune di Ceranova, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Re, Francesco Adavastro e Serena Filippi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, Via Cerva, 20

nei confronti di

Società ASM Pavia S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Re, Francesco Adavastro e Serena Filippi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, Via Cerva, 20

per l'annullamento

- quanto al ricorso n. 1216 del 2011, del bando di gara avente ad oggetto la *“procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani secondo le modalità porta a porta e altri servizi correlati?”* nel Comune di Ceranova, pubblicato in data 23.3.2011, nonché del capitolato speciale d'appalto e di ogni altro provvedimento preordinato, conseguente e comunque connesso tra cui, in particolare, la determinazione del responsabile del servizio n.27/54 del 16.3.2011;
- quanto al ricorso n. 3398 del 2011, della deliberazione di C.C. n. 22 del 30 settembre 2011 e di ogni provvedimento connesso e conseguente, previa dichiarazione di inefficacia del contratto di servizio e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente monetario; nonché della determinazione del 26.10.2011 del responsabile del servizio *“territorio, ambiente e vigilanza”* del Comune: provvedimento impugnato con ricorso per motivi aggiunti.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ceranova e della Società Asm Pavia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2013 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ai fini di un più agevole riepilogo dei fatti di causa, si procede all'illustrazione separata dei ricorsi, quantunque questi, per ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva, debbano essere riuniti e congiuntamente definiti.

1) R.G. 1216/2011

Con ricorso ritualmente proposto la società Pizzamiglio Andrea s.r.l. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il bando di gara avente ad oggetto la *“procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani secondo le modalità porta a porta e altri servizi correlati”* nel Comune di Ceranova, pubblicato in data 23.3.2011, nonché il capitolato speciale d'appalto e ogni altro provvedimento preordinato, conseguente e comunque connesso tra cui, in particolare, la determinazione del responsabile del servizio n. 27/54 del 16.3.2011.

A fondamento dell'impugnazione ha dedotto, con unico motivo, la violazione dell'art. 86, comma 3, e dell'art. 89 del D.lgs. 163/2006, sotto il profilo della mancata determinazione dell'adeguatezza del valore economico del prezzo posto a base della gara, nonché l'illegittimità degli atti impugnati per eccesso di potere e incompetenza.

Ha, inoltre, proposto un'istanza istruttoria con cui ha chiesto disporsi una verifica o una consulenza tecnica d'ufficio sulla congruità del valore dell'appalto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Ceranova (9.3.2011), che in vista della Camera di Consiglio, fissata per il 6.7.2011, ha depositato una memoria (4.7.2011) nella quale ha opposto che la società ricorrente, gestore uscente del servizio, è stata

l'unica concorrente a partecipare alla gara in questione; che in sede di gara è stata formulata un'offerta economica *“in aumento rispetto al prezzo a base d'asta, viepiù con un rialzo del 130%”* (cfr. pag. 3); che l'impugnata procedura non sarebbe caratterizzata da un quadro antieconomico, posto che *“rispetto al prezzo di euro 24.675,97 di aggiudicazione del precedente appalto, il prezzo a base d'asta contestato dalla ditta Pizzamiglio Andrea s.r.l. è di euro 32.000,00, nell'individuazione del quale l'Amministrazione comunale è pervenuta tenendo conto delle rivalutazioni ISTAT, dell'incremento della popolazione e della diversa modalità di gestione del servizio”* (cfr. pag. 4), oltre al fatto che il capitolato speciale d'appalto prevedrebbe un canone aggiuntivo per l'uso dei bidoncini della raccolta differenziata.

All'udienza del 6.7.2011, la Sezione – non avvedendosi che la società ricorrente si era limitata a chiedere l'ammissione di una verifica o CTU – si è, invece, pronunciata in sede cautelare, respingendo un'istanza cautelare per vero mai proposta (ordinanza n. 1106 del 7.7.2011).

In vista dell'udienza di discussione nel merito, fissata il 6.11.2013, il Comune ha depositato una memoria (21.10.2013) nella quale ha fatto presente che con deliberazione di C.C. n. 22 del 30 settembre 2011 si è provveduto ad affidare il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani alla società *in house* ASM Pavia S.p.A., cui è seguita la stipulazione del contratto in data 24.11.2011, che ha previsto *“pur a fronte di più elevati contenuti tecnico-esecutivi, un prezzo inferiore alla base d'asta della gara infruttuosamente espletata”* (cfr. pag. 6); sicché, con determinazione dirigenziale n. 79 del 26.10.2011 si è provveduto a revocare la determinazione con cui era stata indetta l'originaria procedura.

Ha, quindi, chiesto dichiararsi l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, riportandosi, in subordine, a quanto in precedenza eccepito e opponendosi alla richiesta di verifica o di CTU, in quanto *“meramente*

esplorativa, in evidente violazione dell'onere probatorio comunque spettante alla parte ai sensi dell'art. 63 del D.lgs. 104/2010" (cfr. pag. 9).

2) R.G. 3398/2011.

Con ricorso ritualmente proposto la società Pizzamiglio Andrea s.r.l. ha, poi, impugnato, chiedendone l'annullamento, la deliberazione di C.C. n. 22 del 30 settembre 2011, nonché ogni provvedimento connesso e conseguente, previa dichiarazione di inefficacia del contratto di servizio e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente monetario.

A fondamento dell'impugnazione ha dedotto i seguenti motivi:

1°) violazione dell'art. 4, commi 1, 2, 3 e 4 del D.L. 138/2011, convertito nella legge 148/2011, sotto il profilo della erronea applicazione della natura e funzione della delibera-quadro sui servizi pubblici locali; difetto di motivazione; eccesso di potere per istruttoria carente e contraddittoria;

2°) violazione degli artt. 2 e 18 della direttiva 2004/18, sotto il profilo dell'insussistenza dei requisiti per l'affidamento diretto secondo il modello dell'in house providing; difetto di motivazione circa la necessità di ricorrere all'affidamento diretto;

3°) violazione dell'art. 4, comma 33, del D.L. 138/2011, convertito nella legge 148/2011, relativamente al divieto di acquisizione della gestione di servizi pubblici locali da parte di soggetti titolari di affidamenti diretti;

4°) violazione degli artt. 3, 11, 41 e 97 della Costituzione e dei principi di libera concorrenza sanciti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, con particolare riferimento agli artt. 101 e ss.;

5°) violazione degli artt. 7 e 10 della legge 241/1990, sotto il profilo della mancata comunicazione di avvio del procedimento.

Si sono costituite in giudizio, con memorie formali (23.12.2011) l'ASM Pavia S.p.A. e il Comune di Ceranova, chiedendo la reiezione del ricorso.

La società ricorrente ha, inoltre, impugnato, con motivi aggiunti (3.1.2012), la determinazione n. 79 del 26.10.2011 del responsabile del servizio "*territorio, ambiente e vigilanza*" del Comune, avente ad oggetto la revoca del provvedimento di approvazione della determinazione a contrarre, del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto relativi alla procedura originariamente indetta.

Ha dedotto i seguenti motivi:

1° motivo aggiunto) illegittimità derivata del provvedimento di revoca in conseguenza della illegittimità della deliberazione di C.C. di affidamento diretto del servizio ad ASM Pavia;

2° motivo aggiunto) violazione degli artt. 7 e seguenti della legge 241/1990 sotto il profilo del mancato avvio del provvedimento di revoca;

3° motivo aggiunto) violazione dell'art. 21 *quinquies*, comma 1, della legge 241/1990 sotto il profilo della mancata previsione di un indennizzo a favore della ricorrente.

In vista dell'udienza di discussione nel merito, fissata al 6.11.2013:

- con memoria del 21.10.2013 l'Amministrazione comunale e l'ASM Pavia S.p.A. hanno riassunto l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di affidamenti *in house*, opponendo che sussisterebbero, nella specie, i necessari presupposti, vale a dire "*a) la totale partecipazione pubblica; b) controllo analogo sulla società affidataria a quello che l'ente o gli enti esercitano sui propri servizi; c) realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano*" (cfr. pagg. 13 – 14); che dall'ultimo bilancio, "*approvato dall'assemblea dei soci in data 28.6.2013, e certificato da Ernst & Young S.p.A.*" risulterebbe che "*la società pubblica affidataria realizza un fatturato ai comuni soci superiore al 90%*" (cfr. pag. 15), il che garantirebbe, "*nel preminente interesse degli utenti, i migliori contenuti alle condizioni più*

convenienti?” (cfr. pag. 21); ha, inoltre, ribadito la legittimità della disposta revoca dell’originaria procedura, eccependo l’inammissibilità dell’offerta in aumento, formulata dalla società ricorrente: assunto che sarebbe stato confermato dall’Autorità di vigilanza anche per le procedure di gara regolate dal criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa; si è, infine, opposta alle domande di indennizzo e risarcitoria, allegandone l’infondatezza;

- nella replica del 26.10.2013 la società ricorrente, pur ammettendo che il modello di affidamento *in house* non sia più da ritenere eccezionale – bensì alternativo – all’indizione della gara pubblica, ha insistito nel dedurre che “*la necessità della motivazione non può essere (...) totalmente disattesa, come invece ha fatto il Comune di Ceranova?*” (cfr. pag. 4) e che non esisterebbero, nella disciplina legislativa sugli appalti, disposizioni che vieterebbero la presentazione di un’offerta in aumento nelle procedure regolate dal criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, né, tantomeno, norme che prevedrebbero, in tale ipotesi, una “*esplicita comminatoria di esclusione?*” (cfr. pag. 6).

All’udienza del 6 novembre 2013 entrambe le cause sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

Va, preliminarmente, disposta la riunione dei giudizi ai sensi dell’art. 70 del codice del processo amministrativo, e ciò per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva.

In ordine pregiudiziale, occorre esaminare prima il ricorso R.G. 3398/2011, con il quale la società Pizzamiglio Andrea s.r.l. ha impugnato la deliberazione di C.C. n. 22 del 30 settembre 2011, con cui si è disposto l’affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani alla società in house ASM Pavia S.p.A., e, con motivi aggiunti, la determinazione n. 79 del 26.10.2011, con cui il responsabile del servizio “*territorio, ambiente e vigilanza?*” del Comune di Ceranova ha

revocato il provvedimento di approvazione della determinazione a contrarre, del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto relativi alla procedura originariamente indetta.

Possono essere esaminati congiuntamente, attesa la stretta dipendenza tematica, i primi due motivi di ricorso.

Nel primo, in particolare, la società ricorrente ha dedotto che il Comune avrebbe violato l'obbligo di un'istruttoria preventiva all'affidamento *in house*, "*finalizzata alla verifica di realizzabilità o meno della liberalizzazione del servizio*" (cfr. pag. 7), né potrebbe rilevare, quale elemento volto a comprovare la ponderazione sulla conformità della decisione assunta al principio di concorrenza, la circostanza che l'originaria procedura avrebbe visto la ricorrente quale unica partecipante.

Nel secondo motivo, ha, invece più direttamente censurato il disposto affidamento ad ASM Pavia S.p.A., deducendo che "*ciò che deve rilevare ai fini della decisione di non ricorrere alla concorrenza nella scelta del gestore di un servizio non può essere solo l'aspetto economico ma più in generale la natura particolare del servizio medesimo e, quindi, la difficoltà di garantire una gestione efficace e efficiente secondo il modello di una società di lucro*", non potendosi, in sostanza, aprioristicamente presumere che "*un imprenditore privato non riesca a garantire gli utili della sua attività*" (cfr. pag. 17).

L'Amministrazione ha opposto, sul punto, che "*la norma di cui la ricorrente afferma la – comunque insussistente – violazione è stata dichiarata incostituzionale con sentenza n. 199/2012*" (cfr. pag. 9), da ciò dovendosi concludere che nel nostro ordinamento si sarebbe verificata una riespansione della libertà di affidamento diretto dei servizi pubblici locali; né, tantomeno, sarebbe possibile assumere quale canone di valutazione un principio oggetto di una disposizione dichiarata incostituzionale (cfr. pag. 11).

Ha, inoltre, richiamato alcuni precedenti del Consiglio di Stato (sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762) e della giurisprudenza

di merito (TAR Lombardia – Brescia, sez. II, 23 settembre 2013, n. 780), da cui si trarrebbe conferma che l'affidamento diretto ad ASM Pavia S.p.A. integrerebbe un *“modulo organizzativo istituzionalizzato fondato sullo statuto sociale, sull'organismo intercomunale (...) e dunque su strumenti organizzativi espressamente riconosciuti dall'ordinamento”* (cfr. pag. 20).

I motivi dedotti sono infondati, nei seguenti termini.

È, infatti, pacifica l'incostituzionalità dell'art. 4 del D.L. 138/2011 dichiarata dalla Corte Costituzionale nella n. 199 del 20.7.2012 (*“sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni”*), nella quale si è statuito:

a) che tale disposizione ha dettato *“una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata [art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008], in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010”*;

b) che *“risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice”*.

Ad avviso del Collegio, ciò che, però, costituisce il nodo centrale delle questioni sottese ai proposti motivi di ricorso è la questione circa l'ammissibilità e legittimità del ricorso all'affidamento all'*in house providing*, soprattutto alla luce della sentenza della Corte di Giustizia del 29 novembre 2012 (n. C-183/11 Econord), della quale, per vero, nessuna delle parti ha fatto richiamo, ma che, nondimeno, ha notevolmente inciso nel dibattito giurisprudenziale sviluppatosi circa il requisito del *“controllo analogo”*.

In tale sentenza la Corte ha affermato il principio secondo cui *“quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un’entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un’autorità pubblica aderisce ad un’entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell’Unione, debbono esercitare congiuntamente sull’entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell’entità suddetta”*.

Ciò premesso, nello statuto di ASM Pavia S.p.A. si prevede:

- che *“ciascun Comune che affida servizi ad ASM Pavia è titolare di poteri propulsivi nei confronti del Consiglio d’amministrazione, consistenti in proposte di specifiche iniziative inerenti all’esecuzione del contratto di servizio stipulato -sempre nel rispetto dell’economicità della gestione del servizio - e di poteri di veto sulle deliberazioni, specificamente rifluenti sull’attuazione del contratto di servizio, che si discostino da tali proposte; nei casi in cui il Comune ha diritto a far valere la risoluzione del contratto di servizio e la revoca dell’affidamento, il Comune stesso ha titolo a recedere dalla Società; l’accesso del Comune agli atti societari inerenti al servizio affidato e l’effettuazione di ispezioni sono disciplinati dai contratti di servizio”* (art. 1, comma 6, lett. c);
- che *“tra gli enti locali soci che affidano servizi ad ASM Pavia è costituito, tramite stipulazione di convenzione a norma dell’art. 30 T.U.E.L., un organismo comune denominato “Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale”, formato dai Sindaci dei Comuni affidanti (o loro delegati) e di cui la convenzione disciplina il funzionamento”* (art. 1, comma 1, lett. b), e che tale organo, tra l’altro, *“definisce (in coerenza con le decisioni strategiche assunte in sede di Assemblea societaria) indirizzi operativi sui servizi affidati, alla luce dei quali il Consiglio d’amministrazione adatterà l’operato delle strutture gestionali societarie”* (art. 1, comma 1, lett. b.1) ed *“esercita il controllo di efficacia complessiva dei servizi affidati dai Comuni soci”* (art. 1, comma 1, lett. b.2).

Si tratta di prerogative riconosciute al Comune resistente, e ciò indipendentemente dal fatto che, con deliberazione di C.C. n. 15 del 16.5.2002, tale Amministrazione abbia sottoscritto una partecipazione azionaria dello 0,01115%, corrispondente a €. 5.000,00, ancorché valutata “*coerente con i fini istituzionali dell’Ente*”.

Potrebbe, quindi, sulle prime ritenersi integrata la condizione enunciata dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui “*nel caso in cui venga fatto ricorso ad un’entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il “controllo analogo” può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (v., in tal senso, citate sentenze Coditel Brabant, punti 47 e 50, nonché Sea, punto 59)*” (cfr. punto n. 27 della citata sentenza della Corte di Giustizia, 29 novembre 2012 n. C-183/11 *Econord*).

Ciò che, invece, suscita maggiori perplessità è il profilo innovativo posto in evidenza dal Giudice comunitario, ossia la verifica circa la partecipazione di ciascuna Amministrazione “*agli organi direttivi?*” del soggetto affidatario, che parrebbe costituire un limite inderogabile alla possibilità di provvedere ad un affidamento diretto *in house*.

Nel caso di ASM Pavia S.p.A., nello statuto si prevede che “*la società è amministrata da un Consiglio d’amministrazione composto da un massimo di cinque componenti, ivi compreso il Presidente, anche non soci. Gli amministratori sono scelti tra persone dotate di qualificanti requisiti di professionalità, esperienza e onorabilità*” (art. 19, comma 1), risultando, dunque, evidente che nei confronti del Comune di Ceranova, al pari degli altri soci di minoranza, non sussisterebbe la tassativa condizione statuita dalla giurisprudenza ai fini del controllo analogo.

A giudizio del Collegio, tale profilo, benché formalmente rilevante, non sembra, tuttavia, poter comportare l’illegittimità del disposto affidamento.

Particolarmente utili risultano, ai fini di una più retta interpretazione della pronuncia in esame, le conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Villalòn nella causa *Econord*, a giudizio del quale:

a) *“il requisito del “controllo analogo” può essere soddisfatto a condizione che il controllo esercitato congiuntamente con i restanti proprietari di detta società sia effettivo”* (cfr. punto n. 33);

b) è da ritenersi decisivo, ai fini di una puntuale ricostruzione dogmatica del requisito del controllo analogo, il richiamo alla *“sentenza del 19 aprile 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), nella quale la Corte ha riconosciuto che quattro Comunità autonome spagnole esercitavano sull'impresa pubblica Tragsa un “controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi”, e ciò malgrado che dette Comunità tutte insieme possedessero soltanto l'1% del capitale dell'impresa suddetta (lo 0,25% ciascuna), a fronte del 99% detenuto dallo Stato spagnolo. Tale situazione non era molto differente da quella presa in esame nella causa Consorzio Aziende Metano (Coname), nella quale appena due anni prima si era ritenuto che una partecipazione dello 0,97% nel capitale della società affidataria fosse di per sé stessa troppo esigua per consentire un controllo analogo”* (cfr. punto n. 38);

c) va ritenuto fondante l'assunto, espresso nella sentenza del 13 novembre 2008 (Coditel Brabant C 324/07) secondo cui *“la giurisprudenza abbia poi espressamente statuito che, anche se nella causa Asemfo si era riconosciuto che il requisito del controllo analogo poteva essere soddisfatto con una partecipazione dello 0,25%, ciò valeva soltanto “in talune circostanze”* (cfr. punto n. 39);

d) *“l'ente pubblico affidante deve poter partecipare al controllo effettivo della società affidataria almeno in proporzione al suo peso relativo nell'ambito dell'insieme di enti pubblici che congiuntamente controllano la società strumentale. Al fine di valutare tale peso relativo, potrebbero utilizzarsi criteri quali il volume di bilancio dell'ente locale, la popolazione di tale ente o le sue necessità in relazione al servizio gestito dalla società suddetta”* (punto n. 34);

e) “*ciò che è “irrelevante” ai fini della prima condizione Teckal non è la posizione o la partecipazione dell’ente pubblico nel controllo effettivo sulla società affidataria, bensì la posizione o la partecipazione dell’ente suddetto nel capitale di quest’ultima. Entrambe (partecipazione alla gestione e partecipazione al capitale) possono essere minoritarie, ma nessuna delle due può essere totalmente inesistente*” (punto n. 35).

Se, dunque, si assume lineare l’evoluzione registratasi nella giurisprudenza comunitaria, deve concludersi che, pure a fronte della formale assenza di un rappresentante in seno al consiglio di amministrazione della società ASM Pavia S.p.A., la verifica di effettività del controllo analogo – ferma restando la limitata ipotesi di inesistente partecipazione (questa, in effetti, rilevante in ragione del solo dato formale) – debba essere condotta in concreto, quindi, nella specie, alla stregua delle previsioni dello statuto dell’ASM, che, come si è più sopra precisato, depongono a favore di una partecipazione effettiva del Comune di Ceranova nonostante la sottoscrizione di una quota irrisoria di capitale sociale.

Le società *in house*, pertanto, paiono poter legittimare gli affidamenti diretti di cui siano destinatarie ove risulti provato il perseguimento di uno scopo di carattere consortile, cioè la risultante, o una degna sintesi, di quello delle singole Amministrazioni che ne fanno parte.

Il che trova riscontro nell’orientamento espresso dalla V Sezione del Consiglio di Stato, a giudizio della quale “*il requisito del controllo analogo non sottende una logica “dominica”, rivelando piuttosto una dimensione “funzionale”: affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un “controllo” della governance societaria*” (cfr. sentenza 29 dicembre 2009, n. 8970).

A compendio di quanto prospettato, merita, poi, attenzione un’ulteriore osservazione dell’Avvocato generale, secondo il quale “*occorre temperare alquanto la qualificazione come “principio di irrilevanza” effettuata nel rinvio pregiudiziale e riconoscere che,*

nei casi di controllo collettivo della società strumentale, il requisito del “controllo analogo” sarà soddisfatto soltanto se ciascuno degli enti pubblici affidanti ha di per sé la possibilità di influire, in maggiore o minore misura, sia sugli “obiettivi strategici” sia sulle “decisioni importanti” di detta società strumentale. Qualora fosse sufficiente, per ammettere l’eccezione in house, una piccola (o anche solo simbolica) partecipazione al capitale della società, il requisito del “controllo analogo” verrebbe totalmente svuotato di contenuto” (cfr. punto n. 36).

Tale osservazione fonda la conclusione rassegnata nel citato giudizio che *“il ricorso all’eccezione in house non è possibile in una fattispecie in cui, da un lato, ciascuno degli enti affidanti in questione sia titolare di un’unica azione della società strumentale e, dall’altro, i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non conferiscano al Comune partecipante un controllo apprezzabile e proporzionato sulla società strumentale, circostanze queste che devono essere definitivamente acclarate dal giudice nazionale”.*

In seconda battuta, occorre rilevare che la formalistica applicazione della condizione relativa alla partecipazione agli organi direttivi espressa dalla Corte di Giustizia – si potrebbe, forse, ipotizzare che tale statuizione riveli un eccesso di sintesi rispetto alla rigorosa ricostruzione della disciplina amministrativa, operata dall’Avvocato generale nelle proprie conclusioni – condurrebbe alla violazione della normativa nazionale, o, nella migliore delle ipotesi, sarebbe inapplicabile.

L’obbligo di prevedere – per ciascuna delle Amministrazioni partecipanti alla società *in house*, e indipendentemente da ogni apprezzamento sull’entità di tale partecipazione – la nomina di un rappresentante nel consiglio di amministrazione, sarebbe, infatti, in contrasto con l’art. 4, comma 5 del D.L. 95/2012, convertito nella legge 135/2012 (*“Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini”*, c.d. *spending review*), in cui si è previsto che *“fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge, i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, devono*

essere composti da tre o cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte”.

L’osservanza formalistica della condizione prima cennata determinerebbe, allora, una drastica riduzione (o addirittura una definitiva eliminazione) degli affidamenti *in house*, ammissibili soltanto per le società composte da tre o cinque Amministrazioni: una soluzione che, com’è agevole rilevare, condurrebbe a conseguenze peggiori del problema che intende risolvere.

Il Collegio è, quindi, dell’avviso che l’oggettivo e notevole risparmio di spesa, derivante, in molti casi, dal ricorso al modello dell’*in house providing* (nel caso specifico dell’ASM Pavia S.p.A., poi, motivatamente provato e non puntualmente contestato), non possa venire meno in nome dell’osservanza di una condizione che, isolatamente intesa, comunque non garantirebbe l’effettività del controllo sull’affidataria (nella specie, peraltro, esercitato in modo congiunto dalle Amministrazioni socie).

Sono, inoltre, infondati, alla luce di quanto rilevato dal Collegio con riguardo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012:

- il terzo motivo di ricorso, con il quale è stata dedotta la violazione dell’art. 4, comma 33 del D.L. 138/2011 (concernente la c.d. attività *extramoenia*);
- il quarto motivo, riguardante il dedotto contrasto tra l’art. 4, comma 13 del citato decreto (nel quale era previsto che “*se il valore economico del servizio oggetto dell’affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l’affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall’ordinamento europeo per la gestione cosiddetta “in house”. Al fine di garantire l’unitarietà del servizio oggetto dell’affidamento, è fatto divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento*”) e alcune disposizioni costituzionali (3, 11, 41 e 97).

Non può, inoltre, trovare accoglimento il quinto motivo, con cui si è dedotta la violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento poi conclusosi con l'affidamento diretto disposto in favore dell'ASM Pavia S.p.A.

Infatti, con nota classificata "*urgente*" del 22.6.2011, il Sindaco ha chiesto alla società ricorrente la disponibilità a prorogare il servizio sino al 30.9.2011, sebbene "*nelle more dell'espletamento della procedura di gara, al momento sospesa*", ottenendone l'accettazione con nota del 27.6.2011.

Pertanto, al momento dell'approvazione della deliberazione di C.C. n. 22 del 30 settembre 2011, il rapporto instauratosi in regime di proroga si era estinto per scadenza naturale; inoltre, vista la comprovata urgenza di affidare il servizio di raccolta dei rifiuti urbani, essenziale per i cittadini, può ritenersi giustificata la deroga all'obbligo di comunicazione di avvio.

In ogni caso, la proposizione del ricorso rubricato al R.G. 1216/2011, volto all'annullamento degli atti di gara, rende il motivo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, dovendosi considerare:

a) che con nota del 6.4.2011, trasmessa al Comune resistente prima che scadesse il termine per la presentazione della domanda di partecipazione all'indetta procedura (26.4.2011, ore 11,30), la società ricorrente ha preventivamente censurato la legittimità della *lex specialis*, segnatamente che gli importi "*indicati a base di gara non consentono di formulare un'offerta sostenibile sul piano economico*", espressamente chiedendosi "*di voler rivedere il bando (...) nonché il capitolato speciale d'appalto nell'esercizio dei poteri di autotutela onde consentire l'effettuazione di una gara d'appalto regolare*";

b) che la decisione di partecipare, comunque, alla procedura di gara va letta nel quadro del principio, espresso dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 7.4.2011, secondo cui la legittimazione ad impugnare gli atti di gara spetta a chi partecipi, salvo il caso in cui vi sia contestazione:

b.1) in radice sulla scelta di indire la procedura (con la legittimazione in capo al titolare di un rapporto incompatibile con l'indetta gara: il che non è, nella specie, ravvisabile, posto che la società ricorrente ha svolto sin dal 1971 il servizio oggetto di controversia);

b.2) su un affidamento diretto, senza gara (oggetto del successivo ricorso R.G. 3398/2011, ma non del ricorso R.G. 1216/2011);

b.3) avverso una clausola “*escludente*”.

La reiezione del quinto motivo di ricorso determina, inoltre, l'infondatezza sia del primo motivo aggiunto (con cui si è dedotta l'illegittimità, in via derivata, della determinazione dirigenziale n. 79 del 26.10.2011 nell'ipotesi di annullamento della deliberazione di C.C. n. 22/2011) che del secondo motivo aggiunto (mancata comunicazione di avvio del procedimento di revoca della determinazione di approvazione dell'originario bando di gara e degli atti a questo allegati), a tal fine integralmente richiamandosi, il Collegio, alla corrispondenza intercorsa tra le parti.

Infine, è infondato anche il terzo motivo aggiunto, con cui la società ricorrente ha chiesto il riconoscimento del diritto all'indennizzo previsto dall'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, e ciò per ristorare “*il pregiudizio subito rispetto all'aspettativa di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto*” (cfr. pag. 5 ricorso per motivi aggiunti), tale censura palesemente confliggendo con la domanda di annullamento degli atti impugnati con il ricorso R.G. 1216/2011, né, tantomeno, essendo stata provata l'ammissibilità dell'offerta e quindi la possibilità di conseguire l'aggiudicazione.

A tal riguardo, il Collegio è, inoltre, dell'avviso che la disposizione di cui all'art. 82, comma 1 del D.lgs. 163/2006 – che espressamente prevede il divieto di offerte in aumento in caso di procedure regolate dal criterio del prezzo più basso – sia chiaramente ispirata dal fine di impedire lievitazioni della spesa pubblica rispetto alla preventiva programmazione (cfr., sul punto, il parere AVCP del 12 febbraio 2009).

Nel perseguimento del medesimo obiettivo può, dunque, leggersi la disciplina di cui all'art. 283, comma 3, del DPR 207/2010, in cui è previsto che *“il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284”*: una disposizione nella quale l'Autorità di vigilanza ha individuato il fondamento per affermare che *“il divieto per le stazioni appaltanti di aggiudicare ad offerte in aumento rispetto al prezzo indicato nelle documentazione di gara deve ritenersi sussistente qualunque sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso che in quello di appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”* (cfr. determinazione n. 4 del 10.10.2012).

In conclusione, il ricorso R.G. 3398/2011 è infondato e va, pertanto, respinto.

Alla luce della legittimità tanto dell'affidamento diretto disposto in favore di ASM Pavia S.p.A., quanto della revoca degli atti relativi all'originaria procedura di gara, il ricorso R.G. 1216/2011 dev'essere, invece, dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Con riguardo, infine, alle spese processuali, si ritiene che in ragione della complessità delle questioni trattate, caratterizzate da recenti pronunce della giurisprudenza, sussistano i presupposti per l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, così provvede:

- dichiara improcedibile il ricorso R.G. 1216/2011 per sopravvenuta carenza di interesse;
- respinge il ricorso R.G. 3398/2011, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2013

IL SEGRETARIO

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