

N. 00120/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00993/2015 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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 993 del 2015, proposto da:
Aimeri Ambiente s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Todisco e
Saverio Profeta, con domicilio presso la segreteria del Tar Liguria;

contro

Comune di Calizzano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Daniela Anselmi e Sarah
Garabello, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Genova, via Corsica
19/10;

nei confronti di

A.T.A. s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Gaggero e Andrea Michetti,
con domicilio eletto presso lo studio del primo in Genova, via Roma 4/3;

per l'annullamento

della deliberazione del consiglio comunale n. 33/2015, recante approvazione della
convenzione per l'esercizio del controllo analogo su A.T.A.; della deliberazione del
consiglio comunale n. 36/2015, recante affidamento diretto "in house" del servizio

di igiene urbana del comune di Calizzano ad A.T.A. s.p.a..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Calizzano e di A.T.A. s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2016 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 28.10.2015 la società Aimeri Ambiente s.r.l., che gestisce dal 2012 il servizio di igiene urbana per il comune di Calizzano, ha impugnato le deliberazioni del consiglio comunale n. 33/2015 e n. 36/2015, con le quali il comune di Calizzano, in considerazione del ritardo nella definizione degli A.T.O. (ambiti territoriali ottimali) liguri, da un lato ha approvato la convenzione tra alcuni comuni della provincia di Savona per l'esercizio del controllo analogo in forma congiunta sulla società A.T.A. s.p.a. (deliberazione C.C. 33/2015), dall'altro ha affidato direttamente "in house" il servizio di igiene urbana alla società in questione, società a capitale interamente pubblico costituito esclusivamente da enti locali, con quota maggioritaria (85%) in capo al comune di Savona.

A sostegno del gravame ha dedotto due motivi di ricorso, rubricati come segue.

1. Violazione dell'art. 34 comma 20 del D.L. n. 179/2012 (convertito in legge n. 221/2012). Violazione del principio di trasparenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto, difetto di istruttoria e motivazione, irrazionalità.

La relazione elaborata dal comune di Calizzano ai sensi dell'art. 34 comma 20 del D.L. n. 179/2012 al fine di giustificare l'affidamento in house del servizio di igiene

urbana sarebbe generica (riproducendo quella utilizzata da altri comuni) e comunque gravemente inadeguata, sia per quanto riguarda l'attendibilità del dato concernente il costo attuale del servizio, che sarebbe stato sovrastimato, sia per quanto riguarda il costo del servizio ove affidato in house, che sarebbe stato ampiamente sottostimato, non considerando i costi di avviamento del servizio di raccolta differenziata per il 65%.

2. Violazione del principio di trasparenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto, difetto di istruttoria e motivazione, irrazionalità.

Atteso il predominio incontrastabile del comune di Savona – che detiene l'85% del capitale sociale - sulla società A.T.A. s.p.a., e l'irrisoria quota di partecipazione detenuta dal comune di Calizzano (0,5%), difetterebbe nel caso di specie il requisito del “controllo analogo”, necessario per la legittimità dell'affidamento in house.

Si sono costituiti in giudizio il comune di Calizzano e la controinteressata A.T.A. s.p.a., preliminarmente eccependo l'irricevibilità del ricorso per tardività (giacché la deliberazione C.C. n. 36/2015 sarebbe stata conosciuta dalla ricorrente fin dal 18.9.2015, data di ricevimento delle nota prot. 0006910 di A.T.A. s.p.a. – doc. 5 delle produzioni 17.11.2015 di A.T.A. s.p.a.), nonché la sua inammissibilità per difetto di legittimazione ed interesse (Aimeri Ambiente s.r.l., essendo in passato incorsa in alcune risoluzioni contrattuali, sarebbe priva del requisito di cui all'art. 38 comma 1 lett. f del D. Lgs. n. 163/2006 per aggiudicarsi l'appalto del servizio di igiene urbana), nel merito controdeducendo sulle singole censure ed instando per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 19.11.2015, n. 290 la Sezione ha rigettato la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, all'udienza pubblica del 21

gennaio 2016 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

L'eccezione d'irricevibilità del ricorso per tardività è infondata.

Il ricorso concerne l'affidamento di un pubblico servizio, sicché trova applicazione la disposizione speciale di cui all'art. 120 comma 5 c.p.a., a mente del quale *“per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo [cioè dei provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, n.d.r.] il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42”*.

La disposizione, introducendo un termine dimezzato rispetto a quello generale di cui all'art. 41 c.p.a., riveste chiaramente carattere speciale rispetto a quella di cui all'art. 41 comma 2 c.p.a..

Essa peraltro fa decorrere il termine d'impugnazione “dalla conoscenza dell'atto”, che è concetto ben diverso da quello di “piena conoscenza” richiamato dalla norma generale, siccome interpretato da una costante giurisprudenza.

Dunque, in mancanza della prova della conoscenza dell'atto (la nota prot. 0006910 di A.T.A. s.p.a. non reca in allegato la deliberazione C.C. 36/2015), il termine per impugnare l'affidamento non poteva che decorrere dalla pubblicazione della deliberazione all'albo pretorio, pubblicazione che realizza - per l'appunto - la conoscenza (legale) dell'atto.

Donde la tempestività del ricorso.

Palesamente infondata è anche l'eccezione d'inammissibilità per difetto di legittimazione ed interesse, formulata dal solo comune di Calizzano.

L'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di cui all'art. 38 comma 1 lett. f del D. Lgs. n. 163/2006 presuppone infatti una valutazione dell'amministrazione circa la gravità dell'errore professionale, che è completamente mancata nel caso in esame e che non può certo essere espressa dal giudice in via surrogatoria.

Nel merito, il ricorso è infondato.

Quanto al primo motivo di ricorso, si osserva che, ai sensi dell'art. 34 comma 20 del D.L. 18.10.2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 17 dicembre 2012, n. 221) *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*.

In proposito occorre rammentare come, secondo la giurisprudenza amministrativa, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all'esito di una gara ad evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico-privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una 'gara a doppio oggetto' per la scelta del socio e per la gestione del servizio), ovvero attraverso l'affidamento diretto, in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) 'analogo' (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante

della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano. L'affidamento diretto o in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà, ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Cons. di St., V, 22.1.2015, n. 257).

Ciò posto, nel caso di specie la scelta per il modulo di gestione della partecipazione alla società in house è stata giustificata dall'amministrazione di Calizzano non tanto con la convenienza economica in rapporto ai maggiori costi dell'attuale gestione (le tabelle allegate al così detto progetto Erica – doc. 13 delle produzioni 17.11.2015 di parte ricorrente – non sono neppure citate nelle due deliberazioni impugnate), quanto con la decisiva circostanza che, qualora il comune avesse bandito una procedura ad evidenza pubblica o istituito una propria società mista con socio operativo, tale scelta si sarebbe posta in contrasto con l'approccio unitario prefigurato dalla normativa statale e regionale, che, per i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, richiede la perimetrazione, da parte delle regioni, di ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, di dimensioni di norma non inferiori almeno a quella del territorio provinciale, tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza dei servizi, nonché l'istituzione di corrispondenti enti di governo cui demandare le funzioni di

organizzazione dei servizi, compreso quello dei rifiuti, anche mediante la scelta della forma di gestione (così l'art. 3-bis del D.L. 13.8.2011, n. 138, convertito in legge 14.9.2011, n. 148; cfr., per la legislazione regionale, la L.R. 24.2.2014, n. 1).

In tal senso, l'atto di acquisto di quote della società A.T.A. s.p.a., sottoscritto anche dai comuni contermini di Murialdo e Bardineto in vista dell'affidamento in house alla società stessa del servizio di igiene ambientale, va proprio nel senso auspicato dalla normativa statale e regionale, che, nell'ambito della prossima attuazione degli ambiti territoriali ottimali, ha previsto addirittura un'apposita salvaguardia per le scelte di gestione omogenea fra più comuni già operative (così l'art. 14 comma 6 delle citate L.R. n. 1/2014).

Una volta ribadito che il modello di gestione in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è alternativo all'affidamento mediante selezione pubblica, e dunque non costituisce un'eccezione alla regola, ritiene il collegio che le motivazioni poste dal comune di Calizzano – ex art. 34 comma 20 del D.L. 18.10.2012, n. 179 – a fondamento della scelta di affidare ad A.T.A. s.p.a. il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti siano congrue e sufficienti, e non manifestino profili di manifesta illogicità od arbitrarietà.

Quanto al secondo motivo di ricorso, è noto che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel caso in cui il capitale della società in house sia suddiviso tra una pluralità di soci pubblici, il controllo analogo può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, non richiedendosi che lo stesso venga esercitato singolarmente per ciascuna di esse (così C.G.U.E., III, 29.11.2012, n. 182/11).

Ciò che rileva non è infatti la configurabilità di un controllo totale ed assoluto di ciascun ente pubblico sull'intera società, ma che, in forza di idonei strumenti giuridici, ciascun ente sia in grado di assumere il ruolo di dominus nelle decisioni operative rilevanti circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio (in tal

senso cfr. T.A.R. Lombardia-Brescia, II, 23.9.2013, n. 780).

Nel caso di specie, assume rilievo l'art. 8 dello statuto di A.T.A. s.p.a. (doc. 3 delle produzioni 17.11.2015 di A.T.A. s.p.a.), che, in espressa deroga agli ordinari meccanismi societari di amministrazione e di controllo, riserva agli enti pubblici azionisti che affidino in via diretta alla società l'erogazione dei propri servizi pubblici locali un "potere di direttiva e di controllo" che si esplica – tra l'altro - mediante indirizzi "vincolanti", da esercitarsi in forma scritta, sulle modalità di erogazione del servizio affidato, con facoltà di risolvere anticipatamente ed unilateralmente il contratto in difetto di tempestivo adeguamento alle direttive impartite, o di dolosa sottrazione alle previste forme di controllo.

Si tratta di una clausola statutaria che integra automaticamente i contratti di servizio, e che, a parere del collegio, è idonea a garantire ai singoli comuni soci, anche se con partecipazione irrisoria al capitale sociale, il ruolo di dominus nelle decisioni operative rilevanti circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio, mediante un controllo analogo a quello esercitato direttamente sui propri servizi.

Donde l'infondatezza del ricorso.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Rigetta il ricorso.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CPA, in favore del comune di Calizzano ed in € 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CPA, in favore della società A.T.A. s.p.a..

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2016 con

l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **08/02/2016**

IL SEGRETARIO

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