Pubblicato il 23/02/2021

N. 01596/2021REG.PROV.COLL.
N. 07243/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7243 del 2018, proposto da

De Vizia Transfer s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Gennaro Macri, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Principessa Clotilde 2;

contro

Comune di Nuoro, non costituito in giudizio;

nei confronti

Nuoro Ambiente s.p.a., in scioglimento e liquidazione, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (sezione Prima) n. 405/2018, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana nel Comune di Nuoro;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza di sospensione del giudizio del 28 febbraio 2020, n. 1465;

Vista l'istanza di fissazione dell'udienza depositata il 12 marzo 2020 depositata dalla De Vizia Transfer s.p.a.;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2021 il consigliere Fabio Franconiero, nessuno essendo comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso integrato da due atti di motivi aggiunti la De Vizia Transfer s.p.a. impugnava davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna gli atti con cui il Comune di Nuoro:

- dapprima revocava la procedura aperta per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana bandita nel gennaio 2015, alla quale la ricorrente aveva partecipato (delibera di giunta di indirizzo del 4 marzo 2016, n. 46, e conseguente determinazione del 24 novembre 2016, n. 2775);

- affidava quindi il medesimo servizio secondo il modello gestionale dell'*in house providing* alla propria società partecipata Nuoro Ambiente s.p.a. (delibera consiliare del 15 dicembre 2017, n. 34), previa approvazione della

relazione ex art. 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (recante *ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*; convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221).

2. Il ricorso e i motivi aggiunti della De Vizia Transfer sono stati respinti con la sentenza in epigrafe, contro la quale la ricorrente ha proposto il presente appello.

3. Il Comune di Nuoro e la s.p.a. Nuoro Ambiente non si sono costituiti in giudizio.

4. Di esso è stata disposta la sospensione (c.d. impropria), per la pendenza presso la Corte di giustizia dell'Unione europea della questione pregiudiziale ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativa alla compatibilità con il diritto dell'Unione dei limiti della legislazione nazionale per l'affidamento di servizi secondo il modello dell'*in house providing*.

5. Definita la questione (ordinanza del 6 febbraio 2020, C-89/19 e 91/19 - *Rieco spa*) il giudizio era proseguito ad iniziativa dell'appellante e trattenuto in decisione all'udienza dell'11 febbraio 2021.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la De Vizia Transfer ripropone le censure di violazione del principio di separazione tra indirizzo politico e attività gestionale, sancito dall'art. 107 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), e contraddittorietà in atti, derivanti dal fatto che con la sopra citata delibera di giunta del 4 marzo 2016, n. 46, l'organo esecutivo di vertice del Comune di Nuoro ha per un verso invaso la competenza dirigenziale, nella misura in cui a fondamento della revoca della gara ha posto l'esigenza di emendare il bando da pretesi vizi di legittimità; e per altro verso si è invece sostituito al consiglio comunale, al quale l'art. 42, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 267 del 2000 attribuisce la competenza a formulare l'indirizzo politico dell'ente locale sull'organizzazione dei pubblici servizi. In relazione a questo secondo profilo l'appellante deduce che la sentenza avrebbe errato nel considerare la materia in

questione ascritta alla competenza residuale della giunta ex art. 48 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali.

2. Con il secondo motivo d'appello è riproposta la censura di eccesso di potere per sviamento da cui secondo la De Vizia sarebbero affetti gli atti impugnati. Secondo l'originaria ricorrente lo sviamento sarebbe desumibile: dall'iniziale ingiustificato ritardo con cui la procedura è stata indetta, e cioè nel 2015, a fronte dell'obbligo in questo senso derivante dalla definizione di un precedente contenzioso (sentenza di questo Consiglio di Stato del 14 settembre 2010, n. 6691); dalla successiva parimenti ingiustificata dilatazione dei tempi del procedimento di gara, con il pretesto di un separato contenzioso promosso da altro concorrente, apparso tuttavia sin dall'inizio infondato, e pertanto respinto, dapprima in sede cautelare e poi nel merito (con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna del 22 dicembre 2015, n. 1230); infine dalla revoca della gara medesima: il tutto al solo scopo di perpetuare la «*situazione di affidamento illegittimo*» a favore della stessa Nuoro Ambiente, accertata nel giudicato di cui alla citata sentenza di questa Sezione del 14 settembre 2010, n. 6691, e sottrarsi all'obbligo di rimettere il servizio a gara da essa derivante. Al riguardo l'appellante lamenta l'insufficiente motivazione sul punto della sentenza di primo grado, limitata all'apodittico assunto che il Comune di Nuoro avrebbe ottemperato al giudicato, senza che la volontà elusiva dell'amministrazione sia stata invece apprezzata sulla base di un esame complessivo del successivo anomalo andamento della procedura di gara.

3. Con il terzo motivo d'appello sono riproposte le censure nei confronti delle ragioni poste dal Comune di Nuoro a fondamento della revoca della gara (disposta con la sopra citata determinazione in data 24 novembre 2016, n. 2775), che la sentenza ha ritenuto non inficiate da profili di manifesta illogicità o contraddittorietà, ma che per la De Vizia Transfer sono invece errate nella parte in cui si prospetta un sensibile incremento dei costi del servizio se affidato a gara.

4. Con il quarto motivo d'appello la De Vizia Transfer ripropone le censure relative alla scelta della gestione *in house* del servizio, che sostiene essere stata adottata sulla base di una relazione ex art. 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, che non esporrebbe tuttavia apprezzabili ragioni di convenienza economica e di conformità ai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, come invece richiesto dalla disposizione di legge ora richiamata per la deroga al ricorso al mercato, e che nondimeno la sentenza di primo grado ha ritenuto sufficientemente motivata attraverso il riferimento ai risparmi di spesa derivanti dal fatto che il corrispettivo dovuto ad una società *in house* non ingloba alcun utile di impresa. L'appellante deduce in contrario che la relazione sarebbe «*generica, fumosa, connotata da affermazioni apodittiche, nella quale i vari modelli vengono graduati mediante l'arbitraria attribuzione di parametri numerici individuati senza alcun supporto istruttorio e senza alcun riferimento alle effettive condizioni di mercato*». Inoltre la De Vizia Transfer critica la sentenza di primo grado nella parte in cui ha escluso che per il servizio di igiene urbana sia necessaria una motivazione rafforzata a sostegno dell'*in house providing*, ai sensi dell'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), sul rilievo che lo stesso sarebbe riservato ai comuni «*in regime di privativa*», anziché essere disponibile sul mercato in regime di concorrenza.

5. L'esame dei motivi così sintetizzati può essere limitato al quarto, riferito all'opzione espressa dal Comune di Nuoro per l'affidare del servizio di igiene urbana nel proprio territorio *in house* anziché mediante ricorso al mercato. Dalla sua infondatezza, per le ragioni che si andrà ad esporre, deriva l'inutilità per la De Vizia Transfer dell'esame nel merito degli altri motivi d'appello, una volta accertata la legittimità dell'autosufficiente scelta di confermare l'internalizzazione del servizio che ha fatto seguito alla revoca della precedente procedura di affidamento.

6. Contrariamente a quanto deduce l'appellante, in coerenza con l'onere di istruttoria e motivazione rafforzati imposto alle amministrazioni dai sopra richiamati artt. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, e 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - a sua volta conformi al diritto dell'Unione Europea, come accertato dalla Corte di giustizia nella parimenti richiamata ordinanza del 6 febbraio 2020, C-89/19 e 91/19 (*Rieco spa*) - l'opzione del Comune di Nuoro per l'*in house providing* è sorretta da un'adeguata esposizione delle sottostanti ragioni.

Esse risiedono in sintesi, innanzitutto, nell'inoppugnabile dato che il ricorso al mercato, come anche la società mista (anche se in misura corrispondente alla partecipazione del socio privato), implicano per l'amministrazione comunale un onere economico corrispondente all'utile di impresa richiesto dal socio. Rispetto a questo inoppugnabile dato di esperienza, la De Vizia Transfer oppone che l'indagine così limitata non considera la complessiva struttura dei costi per la produzione del servizio, sulla base della quale l'operatore economico è in grado di formulare il prezzo di mercato.

7. Sul punto si può nondimeno osservare che la relazione ex art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012 del Comune di Nuoro, nell'impossibilità di addentrarsi in un'analisi di questo genere, necessariamente riferita alla singola realtà imprenditoriale, svolge una comparazione delle tre soluzioni gestionali, date dall'affidamento al mercato, ad una società mista e ad una società *in house*, a parità di canone base (tabella a pag. 113). Si tratta in sostanza di una simulazione di uno scenario tipico di una procedura di gara alla quale abbia partecipato anche la società *in house*, la quale per la natura di ente strumentale dell'amministrazione partecipante, opera per non già per fini di lucro, avvalendosi della neutralità sotto questo profilo della forma societaria, ma per realizzare gli obiettivi di interesse pubblico della medesima amministrazione.

8. Come poi rilevato dalla sentenza di primo grado, la relazione approvata dal consiglio Comunale di Nuoro si diffonde in un'analisi comparativa dei punti di forza e debolezza dei tre modelli gestionali rispetto agli obiettivi

avuti di mira dall'amministrazione nello svolgimento del servizio di igiene urbana. Nell'ambito di questa analisi la relazione sottolinea i vantaggi della scelta del modello *in house*, dati tra l'altro: dalla riserva in capo all'ente comunale della direzione strategica e dalla maggiore capacità di controllo sulla gestione; dall'esperienza maturata dalla società *in house* nella gestione del servizio, tale da consentirle di offrire un progetto maggiormente rispondente alle esigenze dello stesso; dalla maggiore flessibilità nell'organizzazione delle attività rispetto alle previsioni contrattuali, insite nel rapporto organico tipico dell'*in house providing*, e dalla riduzione di organico. Non manca al riguardo una disamina delle criticità insite nel modello in questione, individuate tra l'altro nei maggiori vincoli agli investimenti in risorse umane e strumentali; nell'assenza di competizione sul prezzo quale vi sarebbe stata in gara e nell'impossibilità di applicare penali in caso di inadempienze contrattuali.

La relazione svolge quindi un'analoga analisi per il modello del ricorso al mercato, del quale sono individuati quali punti di forza: la professionalità e l'esperienza nel settore; l'assunzione di responsabilità per l'esecuzione del servizio in via esclusiva in capo all'operatore privato; la competizione sul prezzo in sede di gara; una maggiore capacità di investimenti, cui però si contrappone l'assenza delle sinergie tipiche dell'*in house providing* derivanti dall'alterità soggettiva dell'appaltatore rispetto all'amministrazione; e i rischi di contenzioso tra le due parti.

9. La scelta finale tra i diversi modelli (ivi compresa la società mista) viene quindi espressa mediante l'attribuzione di punteggi in relazione ai singoli punti di forza e debolezza. In relazione alla prevalenza per l'internalizzazione del servizio vi sono quindi le contestazioni della De Vizia Transfer, che sottolinea l'arbitrarietà e l'assenza di supporto istruttorio di tali valutazioni. Sennonché esse devono considerarsi analitiche nella misura in cui tali sono i singoli indicatori che nella valutazione comparativa sono singolarmente valorizzati all'interno della relazione ex art. 34, comma 2, d.l. n. 179 del 2012, con l'attribuzione del punteggio numerico a

ciascuno di essi, e che in questa forma esprimono il giudizio di convenienza economica formulato dal Comune di Nuoro per ciascun modello di gestione del servizio di igiene urbana.

10. Deve quindi ritenersi che attraverso le modalità qui descritte la relazione enunci le «*ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta*», come richiesto dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

11. L'appello deve quindi essere respinto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado, per cui diviene superfluo verificare la rituale instaurazione del contraddittorio con l'amministrazione e la società controinteressata nel presente giudizio. Per la mancata costituzione di queste ultime non vi è luogo a provvedere sulle spese di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e pertanto conferma la sentenza di primo grado;

nulla per le spese.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2021 tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 1, comma 17, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO