

Pubblicato il 19/10/2021

N. 07023/2021REG.PROV.COLL.
N. 04723/2021 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4723 del 2021, proposto da Servizi Comunali S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Salvadori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Albino, non costituito in giudizio;

nei confronti

Bergamelli S.r.l., Zanetti Arturo & C. S.r.l., Sea Servizi Ambientali S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Massimo Giavazzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bergamo, via Pignolo , 86; Avr S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 00329/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Bergamelli S.r.l., Zanetti Arturo & C. S.r.l., Sea Servizi Ambientali S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Consigliere Giuseppe Rotondo, uditi per le parti gli avvocati Alberto Salvadori, vista l'istanza di passaggio in decisione depositata dall'avvocato Massimo Giavazzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società "Servizi Comunali S.p.A." - società ad intero capitale pubblico avente per oggetto la gestione di servizi pubblici degli enti locali soci, con particolare riguardo a quelli di raccolta dei rifiuti e di igiene urbana – chiede l'annullamento della sentenza del Tar per la Lombardia, sez. staccata di Brescia, 10 marzo 2021, n. 329, pubblicata l'8 aprile 2021, che ha accolto il ricorso n.r.g. 485/2018 proposto da Bergamelli s.r.l, Zanetti Arturo & C. s.r.l., SEA Servizi Ambientali s.r.l., AVR S.p.a. contro la deliberazione di Consiglio comunale n. 23 del 27 aprile 2018, la deliberazione di Consiglio comunale n. 20 del 2018 e la deliberazione di Giunta comunale n. 80 del 2018, recanti l'affidamento alla società Servizi Comunali S.p.A. della gestione dei servizi di igiene ambientale mediante l'istituto dell' in house providing per il periodo dal 1 luglio 2018-30 giugno 2028.

2. I su menzionati atti deliberativi venivano impugnati in primo grado da Bergamelli s.r.l, Zanetti Arturo & C. s.r.l., SEA Servizi Ambientali s.r.l., AVR S.p.a. che articolavano sei motivi di gravame a mezzo dei quali deducevano: (A) violazione degli artt. 34, comma 20, d.l. 179/2012 e 192 d.lgs. 50/2016; eccesso

di potere per carenza di istruttoria e violazione dell'art. 3, della legge n. 241/1990 per difetto di motivazione (non sarebbe stato assolto l'onere motivazionale rafforzato in ordine alla convenienza dell'affidamento in house, in punto di universalità, socialità, efficienza, economicità e qualità del servizio; non sarebbero state esplicitate le ragioni del mancato ricorso al mercato); (B) eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità manifesta, violazione dell'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 (le ragioni indicate nella relazione a sostegno dell' "in house" non troverebbero riscontro nella realtà); (C) violazione degli artt. 1, comma 639, legge n. 147 del 2013, 23 della Costituzione, 191 - paragrafo 2 - TFUE e 14 della direttiva 2008/98/CE (il Comune di Albino non avrebbe potuto utilizzare il modello dell' "in house providing", il quale, per via della immedesimazione organica tra Amministrazione e società partecipata, concretizza una forma di autoproduzione del servizio, nel senso che è come se fosse il Comune ad erogare il servizio); (D) violazione dell'art. 3-bis, comma 1-bis, d.l. n. 138/2013 (mancherebbe, nella relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012, l'indicazione degli investimenti che si intendono fare per l'esecuzione del servizio, in particolare l'ammodernamento della piazzola ecologica comunale: il che non consentirebbe al Comune di effettuare gli accantonamenti obbligatori per legge); (E) violazione degli artt. 38 e 78, d.lgs. n. 267 del 2000 e 33 del regolamento sul funzionamento del consiglio comunale oltre che del principio di trasparenza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione (nella seduta del Consiglio comunale fissata per deliberare sull'affidamento "in house" del servizio non si sarebbe consentito a tutti i consiglieri, ivi compresi quelli di minoranza, di raffrontare l'offerta della società Servizi Comunali S.p.A. con quella fatta pervenire da una delle società componenti l'ATI che gestiva il servizio in precedenza); (F) violazione dell'art. 4, d.lgs. n. 175/2016 (la società Servizi

Comunali S.p.A. svolge attività commerciale che nulla avrebbe a che fare con i servizi ambientali).

3. Si costituivano in giudizio il Comune di Albino e la società Servizi Comunali S.p.A. che eccepivano, altresì, l'inammissibilità del ricorso collettivo (i) per trovarsi le ricorrenti in potenziale conflitto tra esse rispetto all'aggiudicazione dell'appalto del servizio, (ii) perché la società Bergamelli S.r.l. si era fatta promotrice di un "project financing" avente a oggetto anche il servizio in questione.

5. Il T.a.r., con l'impugnata sentenza n.329/2021, riteneva:

- infondate le eccezioni di inammissibilità del ricorso:
- infondati i motivi nn. 3-4-5-6;
- fondati i motivi 1 e 2, rilevando che il Comune avrebbe fallito l'onere motivazionale rafforzato imposto ex art. 192, c. 2, d. lgs. n. 50/2016, non avendo dimostrato né il fallimento del mercato rilevante, né l'esistenza di benefici per la collettività derivanti dall'affidamento in house, sia per non essere stata svolta una indagine di mercato sugli operatori condotta facendo riferimento a contesti paragonabili, sia perché non sarebbero state dimostrate condizioni economiche migliori rispetto a quelle ritraibili dal mercato.

5.1. Segnatamente, con le motivazioni rese ai capi da 8.1 a 8.6, il giudice di primo grado rilevava che (a) l'argomento che il mercato del trattamento dei rifiuti non sia concorrenziale si risolverebbe in realtà in una affermazione del tutto apodittica e indimostrata; (b) la conclusione per cui le condizioni economiche offerte dalla società Servizi Comunali S.p.A. sarebbero migliori rispetto a quelle ritraibili dal mercato si appaleserebbe manifestamente illogica; (c) a mente dell'articolo 5 del Disciplinare di servizio è previsto un adeguamento annuale del canone sulla base dell'andamento dei costi della manodopera, dei costi di esercizio e delle spese generali, mentre all'appaltatore la revisione del prezzo nei contratti di durata è ancorata a più stringenti presupposti; (d) nessuno dei

vantaggi indicati dal Comune presenta caratteristiche tali da non poter essere ottenuti anche dal mercato; (e) al Comune non spetterebbero rimedi diversi da quelli del committente in un appalto di servizi (il potere di recesso dell'Ente socio dall'affidamento del servizio è previsto ma solamente con contestuale dimissione delle quote azionarie).

Per l'effetto, il Tar:

-annullava la deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Albino n. 23/2018 di affidamento alla società Servizi Comunali S.p.A. del servizio di gestione ambientale, e, quale atto presupposto, la deliberazione della Giunta comunale del Comune di Albino n. 80/2018 di approvazione della relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012; non anche la deliberazione del Consiglio comunale n. 20/2018, con la quale il Comune di Albino, a modifica della precedente deliberazione consiliare n. 43/2017, aveva deciso di mantenere la partecipazione nella società Servizi Comunali S.p.A.

6. Appella la società Servizi Comunali, che impugna i capi da 8.1 a 8.6 della sentenza articolando un unico, articolato motivo di gravame per violazione e falsa applicazione dell'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012; violazione dell'art. 192 del d.lgs n. 50/2016; violazione dell'art. 1 e 3 della legge n. 241/1990; sviamento, contraddittorietà, error in iudicando e procedendo.

6.1. Si sono costituite in giudizio le società Bergamelli S.r.l., Zanetti Arturo & C. S.r.l. e SEA Servizi Ambientali S.r.l.

6.2. Le parti hanno prodotto memorie difensive e di replica.

7. All'udienza del 23 settembre 2021, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

8. Il contenzioso verte sull'affidamento "in house" alla società Servizi Comunali S.p.A. del servizio di gestione ambientale del Comune di Albino.

9. Il Tar ha ritenuto illegittimo l'affidamento (rectius, la scelta del sistema "in house") perché sarebbe fallito l'onere motivazionale rafforzato di cui all'art. 192

del Codice dei contratti (D.Lgs n. 50 del 2016).

10. La questione controversa trova il proprio paradigma normativo di riferimento nell'art. 192, comma 2, d.lvo n. 50 del 2016, a mente del quale “ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

10.1. La norma opera in deroga al generale obbligo di indire una gara orientata al confronto concorrenziale tra gli operatori economici del settore ed ha carattere integrativo quanto alle condizioni per il legittimo ricorso all'affidamento in house, rispetto all'art. 12, Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE.

10.2. Non a caso essa è stata tacciata di sospetta incostituzionalità (in asserita violazione del divieto di cd. gold plating, corrispondente ad uno dei criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 11 del 2016, ovvero del divieto, in sede di recepimento di direttive comunitarie, di prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie) e di incompatibilità comunitaria (per asserito contrasto con il principio euro-unitario per cui le autorità nazionali, regionali e locali sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli

ad operatori economici esterni, sancito dall'art. 2 Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE).

10.3. I dubbi sono stati fugati sia dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 100 del 27 maggio 2020, che dalla Corte di Giustizia UE (con sentenza della Sez. IX, 6 febbraio 2020 nelle cause riunite nn. C-89/19 e C-91/19).

10.4. La norma in esame (art. 192 cit.) configura, come è dato evincere dal suo tenore testuale e secondo l'interpretazione che ne ha fatto la giurisprudenza amministrativa, una duplice condizione cui è subordinata la legittimità del ricorso al modello di gestione in house dei servizi pubblici: (a) la dimostrazione del cd. "fallimento del mercato", ovvero della incapacità del mercato di offrire il servizio de quo alle medesime condizioni, qualitative, economiche e di accessibilità, garantite dal gestore oggetto del "controllo analogo"; (b) la sussistenza di specifici "benefici per la collettività" derivanti dall'affidamento diretto del servizio in house.

11. Le originarie ricorrenti (oggi controinteressate) e il Tar hanno ritenuto i provvedimenti del Comune di Abino deficitari sotto il profilo della adeguata istruttoria e congrua motivazione in relazione al primo requisito ("fallimento del mercato").

12. La "Servizi Comunali s.p.a." censura la sentenza in parte qua, ritenendo assolto l'obbligo della motivazione rafforzata.

13. Le controinteressate difendono la decisione avversata (in punto di illegittimità degli atti deliberativi in relazione ai primi due motivi del gravame introduttivo del giudizio) e abbandonano le restanti censure (non riproposte ex art. 101, comma 2, c.p.a.).

14. L'art. 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (d. lgs. n. 50 del 2016) impone, come sopra anticipato, che l'affidamento in house di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla

messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni).

14.1. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito, quanto alla condizione per cui si discetta (cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 1564 del 3 marzo 2020) che: a) il primo presupposto per procedere mediante l' "in house" consiste nell'obbligo di motivare le ragioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento in house, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato "fallimento del mercato", rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", cui la società in house invece supplirebbe.

14.2. La previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti in house muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese.

16. La stessa giurisprudenza ha, inoltre, precisato che, "trattandosi di valutazione unitaria e complessa, in quanto finalizzata a sintetizzare entro un quadro unificante (rappresentato dai vantaggi insiti nell'affidamento in house rispetto a quelli derivanti dal meccanismo concorrenziale) dati molteplici e variegati (secondo lo spettro valoriale dianzi richiamato), il sindacato del giudice amministrativo non potrà che svolgersi secondo le coordinate tipiche del potere discrezionale, rifuggendo quindi da una analisi di tipo atomistico e parcellizzato della decisione amministrativa portata alla sua cognizione, ma orientandolo verso una valutazione di complessiva logicità e ragionevolezza del provvedimento impugnato".

15. Ne consegue che, l'obbligo motivazionale che si impone all'Ente refluiscie, sul piano istruttorio, nella attribuzione alla stessa Amministrazione della scelta, anch'essa tipicamente discrezionale, in ordine alle modalità più appropriate a percepire, in relazione alla concreta situazione di fatto, i dati necessari al fine di compiere, in maniera oggettiva quanto completa, la predetta valutazione di "preferenza.

15.1. Tale metodo impone all'Amministrazione di prendere in considerazione sia la soluzione organizzativa e gestionale praticabile attraverso il soggetto in house, sia la capacità del mercato di offrirne una equivalente, se non maggiormente apprezzabile, sotto i profili della "universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche". Sotto questo profilo, le valutazioni da esprimere (benefici per la collettività e fallimento del mercato) possono essere accorpate in un'unica motivazione che esponga in modo «ragionevole e plausibile le ragioni che, nel caso concreto», hanno condotto l'amministrazione «a scegliere il modello in house rispetto alla esternalizzazione (v. Cons. St., sent. 2102/2021).

16. Stanti i rassegnati limiti di sindacato, la verifica del giudice amministrativo dovrà, pertanto, arrestarsi allo scrutinio esogeno della funzione amministrativa esercitata, avuto riguardo alla idoneità delle modalità sottese alla scelta a fornire un quadro attendibile ed esaustivo della realtà fattuale rilevante nei sensi illustrati.

16.1. Naturalmente, la congruità dell'attività istruttorio posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso; ciò implica, e così si entra nel vivo della questione controversa, che non potrebbe escludersi la legittima possibilità per l'amministrazione di procedere secondo modalità che non si traducono nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo.

16.2. E invero, la peculiarità del caso concreto, l'esperienza di mercato vissuta in precedenza, l'elaborazione di specifici dati ben possono indurre alla ragionevole

valutazione che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati, traducendosi in plausibili, dimostrabili e motivate ragioni idonee a giustificare la scelta.

17. Chiarito il quadro dei principi in cui opera la scelta che deve effettuare l'amministrazione, si tratta, a questo punto, di verificare la bontà delle modalità con le quali l'Amministrazione ha concretamente assolto ai propri obblighi istruttori e motivazionali e se, pertanto, s'appalesano corrette le conclusioni raggiunte sul punto dal Tar.

18. La Sezione non condivide le conclusioni rese dal giudice di primo grado e reputa, pertanto, l'appello fondato muovendo dalle seguenti considerazioni di fatto desunte dalla versata documentazione e dalle motivazioni rese dal Comune a supporto della valutazione e scelta dallo stesso effettuata, sottoposte al vaglio critico nei limiti del sindacato esercitabile in "subiecta" materia.

19. Sul ricorso al mercato.

19.1. L'Amministrazione ha dimostrato che "rispetto alle 874 imprese registrate nelle CCIAA lombarde come gestori di rifiuti, solo quattro imprese hanno partecipato alla gara nel Comune di Albino negli ultimi venti anni.

E' questo un primo dato di cui ha tenuto presente correttamente il Comune, in grado di disvelare la volontà di indagare il mercato ma di coglierne la poca, gioco forza, appetibilità da parte degli operatori; ciò che disvela, sotto altro profilo, la non irragionevole valutazione di condizioni non a favore della concorrenza, tali cioè, da non permettere all'Ente di ottenere da quel mercato condizioni migliori, più vantaggiose in termini di vantaggi sociali ed economici, rispetto a quelle sino a quel momento praticate.

E' plausibile, dunque, la valutazione del Comune di ritenere che - in relazione al proprio caso specifico, in ragione dell'esperienza vissuta - la risposta ottenuta dal

mercato, nel periodo ventennale che ha proceduto il divisato affidamento, non sia stata pienamente soddisfacente.

19.2. Sulla offerta economica.

L'offerta economica del gestore entrante si è rivelata, sia pure per uno scorto minimo, migliore rispetto a quella praticata dal gestore uscente e si connota per l'implementazione di non secondari servizi gratuiti.

19.3. Sulla congruità dell'offerta (rectius, del ricorso all' "in house").

Dalla relazione ex art. 34. Comma 20, D.L. 176/2012 si evince che:

- sono state allegate le carenze di mercato in ordine alla possibilità di offrire un numero sufficiente di "competitors" tra loro indipendenti;
- sono stati esaminati, con metodo comparativo, i valori economici del rendiconto 2017 e previsionale 2018;
- sono stati valutati i costi di gestione dei servizi afferenti la raccolta indifferenziata e i costi di gestione della raccolta differenziata.
- sono state indicate, in una apposita tabella sinottica, le singole voci del servizio nonché specificati i costi attuali sostenuti dal Comune di Albino e quelli che l'Ente sosterrà per l'affidamento in house;
- nella ponderazione dei dati economico-contabili e finanziari, sono stati scorporati i costi di spazzamento stradale e svuotamento cestini, i costi fissi per la piattaforma e i costi per la gestione della raccolta e delle utenze nonché i costi totali di smaltimento e quello totale dei ricavi per la vendita dei materiali;
- sono stati comparati i costi praticati dall'affidataria "in house" con quelli medi rilevati attraverso l'osservatorio provinciale, constatandosene l'allineamento;
- sono stati, nello specifico, comparati i costi del servizio pro capite del Comune di Albino con i costi della Zona omogenea della Valle Seriana e della Provincia di Bergamo;
- è stato dato riscontro del minor costo medio per l'anno 2018 pari a euro 55,10 (inferiore ai costi medi della Zona Omogenea della Valle Seriana);

- è stata data evidenza ai servizi e attività aggiuntive, valutati dal Comune in termini qualitativamente migliorativi rispetto alle pregresse gestioni: id est, possibilità di adattare in ogni momento le condizioni di erogazione del servizio alle mutate esigenze del Comune, attivazione di nuove forme di raccolta dei rifiuti, nuovi servizi di igiene ambientale, cessione dei rifiuti recuperabili, servizio di emergenza per la rimozione degli oli su strada, organizzazione di interventi di comunicazione ambientale nelle scuole, devoluzione al Comune dei ricavi per la ri-collocazione sul mercato dei rifiuti riciclabili, distribuzione degli utili societari in favore del Comuni.

Tutte condizioni rilevanti sotto il profilo del miglioramento dello “standard qualitativo” del servizio, dei benefici per la collettività e in grado di assicurare, senza aggravii di costi e del procedimento, l’adattamento del servizio alle continue e mutevoli esigenze sociali della collettività, senza sopportazione di oneri aggiuntivi che invece il mercato avrebbe imposto a cagione del vincolo di cristallizzazione dell’offerta.

20. Il Collegio ritiene che il Comune abbia fatto buon governo della propria funzione amministrativa, avendo l’Ente preso in considerazione sia la soluzione organizzativa e gestionale praticabile attraverso il soggetto in house, sia la capacità del mercato di offrirne una equivalente, sotto i profili della “universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche».

La scelta effettuata risulta coerente con i presupposti di fatto acquisiti al procedimento, ovvero non irragionevole né affetta da travisamento dei fatti, nonché adeguatamente supportata in punto di valutazione della congruità economica, tenuto conto del metodo che si impone all’amministrazione nella circostanza.

21. Gli atti deliberativi avversati in primo grado s’appalesano, dunque, congruenti, alla stregua della ampia istruttoria e motivazione poste a corredo

della decisione di fare ricorso all'in house per l'affidamento del servizio in questione, avuto significativamente riguardo alla congruità dell'offerta ricevuta, alla sostenibilità finanziaria, alla convenienza economica, alla qualità ed efficienza del servizio nonché ai benefici per la collettività, e tenuto conto, altresì, della resa esplicitazione delle ragioni sottese al mancato ricorso al mercato.

22. Dalle argomentazioni sin qui esposte ne discende la fondatezza dell'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il rigetto del ricorso di primo grado.

23. La complessità della causa è giusto motivo per disporre la compensazione delle spese relative al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza del Tar per la Lombardia, sez. staccata di Brescia, 10 marzo 2021, n. 329, respinge il ricorso di primo grado, n.r.g. 485/2018.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

Emanuela Loria, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Rotondo

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO