



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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 495 del 2016, proposto da: Diodoro Ecologia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini C.F. CNCRTR55C13H501S, Francesco Vagnucci C.F. VGNFNC71S12H501P, Adriana Amodeo C.F. MDADRN77C45L049Z, Roberto Colagrande C.F. CLGRRT68T28A345B, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in L'Aquila, via Ulisse Nurzia, N. 26;

contro

Comune di Teramo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Gussago C.F. GSSLSN67C71L103D, Cosima Cafforio C.F. CFFCSM59P44E205F, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Federico Cinque in L'Aquila, viale della Croce Rossa 37; Anac non costituito in giudizio; Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in L'Aquila, Complesso Monumentale S. Domenico;

nei confronti di

Te.Am. Teramo Ambiente S.p.A., Enertech S.r.l. in Liquidazione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, non costituiti in giudizio;

Per l'annullamento

-degli atti e dei provvedimenti relativi alla procedura di gara indetta dal Comune di Teramo “per la selezione del socio privato e partner industriale della TE.AM S.P.A. alla quale sarà affidata la gestione del servizio di igiene ambientale nonché dei servizi cimiteriali, segnaletica stradale, manutenzione aree verdi e verifica impianti termici, pubblicato sulla G.u.r.i. V serie speciale, contratti pubblici, n.110 del 23.9.2016 e di tutti i documenti allo stesso allegati;

-della deliberazione della Giunta comunale del Comune di Teramo 29 agosto 2016, n.317, avente ad oggetto “selezione del socio privato e partner industriale della Te.Am s.p.a. alla quale sarà affidata la gestione del servizio di igiene ambientale, nonché dei servizi cimiteriali, segnaletica stradale, manutenzione aree verdi e verifica impianti termici- approvazione atti di gara”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Teramo e di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2017 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso spedito per la notifica in data 24 ottobre 2016 e depositato il 4 novembre 2016 la Diodoro Ecologia s.r.l., società operante nel settore dei servizi pubblici di igiene urbana, impugna il bando (pubblicato sulla G.u.r.i. V serie speciale, contratti pubblici, n.110 del 23.9.2016) con il quale il Comune di Teramo ha indetto una gara a “doppio oggetto”: per la selezione del soggetto che dovrà acquisire le quote del socio privato uscente della società mista a partecipazione pubblica TE.AM s.p.a., nonché per l’attribuzione al socio privato selezionato di compiti operativi per la gestione di servizi pubblici locali (servizio di igiene ambientale, servizi cimiteriali, di segnaletica stradale, di manutenzione aree verdi e verifica di impianti termici).

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

I) violazione e falsa applicazione dell’art. 3 legge 241/1990 anche alla luce dell’art. 5 del d.lgs **175/2016**, violazione art.97 Cost, eccesso di potere sotto vari profili, non avendo il Comune motivato, nel dettaglio, “le ragioni che l’hanno indotta a perseverare nella scelta dell’affidamento diretto ad una società mista pubblico-privata della totalità dei servizi pubblici di interesse generale (con conseguente sottrazione di tali servizi alle regole della libera concorrenza e del mercato)...” e non avendo il Comune dato atto della compatibilità di tale operazione con la normativa comunitaria, in particolare con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato; peraltro, il Comune non ha inviato l’atto deliberativo della gara a doppio oggetto alla Corte di conti, come richiesto dall’art. 5 del d.lgs **175/2016**;

II.a) illegittimità del bando di gara per genericità e indeterminatezza dell’oggetto sociale della TE.AM. s.p.a., con conseguente violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e dell’art. 107 TFUE in materia di aiuti di Stato, atteso che la TE.AM s.p.a., dopo una gestione monopolistica durata venti anni, continuerà a svolgere una serie eterogenea di servizi pubblici essenziali, senza che lo Statuto della TE.AM. contenga alcuna clausola di immodificabilità dell’oggetto sociale, con la

possibilità che in futuro tale oggetto sociale venga ulteriormente ampliato fino a comprendere ulteriori servizi attualmente non affidati alla società mista; peraltro, il bando quantifica economicamente solo alcuni dei servizi che rientrano nell'oggetto sociale della TE.AM. (servizio di igiene urbana, realizzazione impianto di cremazione, restauro, risanamento e gestione cimiteri, realizzazione segnaletica stradale, verifica degli impianti termici), mentre non risulta quantificato il valore economico dei restanti affidamenti, che pure rientrano nell'oggetto sociale della TE.AM. (depurazione, smaltimento e trattamento degli scarichi e dei fanghi sia civili che agricoli e/o industriali, studio, progettazione, realizzazione e gestione di impianti per lo stoccaggio e il trattamento dei rifiuti, nonché del compostaggio aerobico ed anaerobico, studio, progettazione, ricerca e sviluppo di nuove tecnologie e processi a minore impatto ambientale relativamente alle finalità sociali, reinserimento nel ciclo produttivo dei rifiuti mediante recupero, selezione e stoccaggio, nonché la commercializzazione degli stessi e dei relativi prodotti, produzione di energia derivante dal razionale reimpiego dei suddetti rifiuti, costituzione e gestione di impianti di cogenerazione e di impianti di incenerimento, di compostaggio aerobico e anaerobico; studio, progettazione, realizzazione, gestione e controllo delle opere ed impianti necessari al corretto e completo svolgimento dei servizi gestiti e da gestire; infrastrutture ed altre opere inerenti la pubblica igiene ed affidamento di qualsiasi altro servizio analogo); da ciò deriva che, alla gestione ventennale della TE.AM s.p.a. di un'ampia gamma di servizi pubblici, sottratti alla concorrenza, con i provvedimenti impugnati, si aggiungerebbe una gestione, con affidamento diretto, e quindi sottratta alla concorrenza di una quantità di lavori e servizi per una durata indeterminata;

II.b) il progetto esecutivo dell'impianto di cremazione non risulta validato, con conseguente difficoltà per l'operatore economico che intenda partecipare alla gara, di effettuare una ponderazione economica adeguata dell'intervento;

III) illegittimità punto 9.3 del bando di gara che vieta l'istituto dell'avvalimento, per violazione dei principi comunitari in tema di *favor participationis*, nonché per violazione e falsa applicazione degli articoli 30 e 89 del d.lgs. 50/2016 e degli articoli 1 e 17 del d.lgs. n. **175/2016**.

2.- Si costituiscono per resistere al ricorso sia l'Autorità nazionale anticorruzione sia il Comune di Teramo, il quale chiede il rigetto del ricorso, deducendo, con ampie argomentazioni, l'infondatezza di tutti i motivi di illegittimità formulati dalla ricorrente.

3.- Alla camera di consiglio del 21 dicembre 2016 tutte le parti chiedono l'abbinamento al merito e rinunciano espressamente alla sospensione dei termini processuali prevista dall'art.49 del D.L. 189/16, convertito nella Legge n. 229/16.

3.1.- All'udienza pubblica dell'8 marzo 2017 la causa è riservata per la decisione.

4.-In rito, si rileva la irricevibilità della memoria di replica, depositata dal Comune di Teramo in data 2 marzo 2017, e quindi, oltre il termine dimidiato di dieci giorni liberi prima dell'udienza, previsto dal combinato disposto degli articoli 73, comma 1 e 119, comma 2 c.p.a.. Secondo la consolidata e unanime giurisprudenza (ex multis: Consiglio di Stato sez. III 13 aprile 2016 n. 1453, Consiglio di Stato sez. III 13 novembre 2015 n. 5199) i termini fissati dall'art. 73 comma 1, c.p.a. per il deposito di memorie difensive e documenti hanno carattere perentorio, in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice, sicché la loro violazione conduce all'inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, che - salvo la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 54 comma 1 c.p.a. - vanno considerati *tamquam non essent*.

4.1.- Il giudizio ha ad oggetto l'impugnazione:

a) del bando con il quale il Comune di Teramo ha indetto una selezione competitiva ad evidenza pubblica da svolgersi tramite procedura ristretta ex articolo 61 del d.lgs

18 aprile 2016, n.50, per la selezione del “socio privato/ partner industriale non stabile”, della TE.AM. Teramo Ambiente s.p.a. Società mista, che dovrà acquistare la partecipazione societaria del socio privato uscente;

b) della deliberazione della Giunta comunale 29 agosto 2016, n.317, con la quale è stata approvata la documentazione posta a base di gara, tra cui lo Statuto sociale della TE.AM. s.p.a., il patto parasociale tra soci pubblici della TE.AM, gli schemi del contratto di servizio.

5.- Con il primo motivo di ricorso è dedotta la violazione dell’obbligo di motivazione analitica previsto dall’art. 5, comma 1 del D.Lgs. 19/08/2016, n. 175, nonché, in generale dell’art. 3 della legge 241 del 1990, in quanto il Comune di Teramo avrebbe ommesso di motivare: le ragioni della scelta, la convenienza economica e sostenibilità finanziaria dell’operazione, in considerazione della possibile destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa; la compatibilità dell’intervento finanziario con i trattati europei e, in particolare, con gli aiuti di Stato alle imprese. Peraltro, è dedotta l’illegittimità dell’operato del Comune per non aver inviato l’atto deliberativo della gara a doppio oggetto alla Corte di conti, come richiesto dall’art. 5 del d.lgs **175/2016**.

Il motivo è privo di pregio.

5.1.- Invero, la disciplina di cui all’art. 5, comma 1 del D.Lgs. 19/08/2016, n. 175, invocata da parte ricorrente a sostegno delle censure formulate non trova applicazione “ratione temporis”, in quanto l’art. 5 citato prevede l’obbligo di motivazione per “l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica” o “di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite” oppure per l’atto deliberativo di acquisto di partecipazioni da parte di privati in società a partecipazione mista già costituite (art. 17 d. lgs. n. **175/2016**).

L'obbligo di motivazione specifica è quindi previsto non per il bando, indetto per la selezione del socio privato della società mista pubblico-privata, ma per la scelta discrezionale, operata "a monte", dal Comune, del modello organizzativo della società mista per la gestione di determinati servizi pubblici locali. E' quindi in questa fase che l'Amministrazione è tenuta a dar conto delle ragioni che rendono più conveniente, alla luce dei principi di efficacia, efficienza ed economicità, il modello del partenariato pubblico privato piuttosto che la completa esternalizzazione dei servizi pubblici locali a soggetti privati o la gestione in economia.

Peraltro, alla luce dell'articolo 5 del d.lgs. 175 del 2016, l'obbligo di dare atto "della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese" è previsto non per il bando con cui è indetta la gara a doppio oggetto, ma per l'"atto deliberativo" concernente la scelta del modello gestionale del partenariato pubblico privato.

Ed infine, l'art. 5 del d.lgs **175/2016**, al comma 3, prevede che è solo l'"atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta" di quote, da parte della pubblica amministrazione, in una società mista già costituita, che deve essere inviato alla Corte di conti.

Nel caso di specie, dunque, le censure non possono trovare accoglimento, perché l'art. 5 del d.lgs **175/2016** non era ancora vigente al momento dell'adozione dell'"atto deliberativo"- peraltro non specificamente impugnato- costituito dalla deliberazione del consiglio comunale 30 aprile 2015, n.33, con il quale il Comune di Teramo, previa procura da parte del socio uscente della società mista TE.AM. s.p.a., decideva di alienare le azioni del socio privato uscente Enertech s.r.l., in liquidazione, e di affidare nuovamente alla società mista la gestione dei servizi pubblici locali in scadenza, previa selezione del nuovo socio privato tramite procedura ad evidenza pubblica.

Né può invocarsi la violazione dei principi di buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa e del corollario obbligo di motivazione degli atti amministrativi di cui all'art. 3 comma 2, l. n. 241 del 1990 sia perché tale motivazione deve riguardare l'atto deliberativo concernente la scelta del modello organizzativo della società mista sia perché il bando, in quanto atto generale, rivolto ad un numero incerto di destinatari, è sottratto all'obbligo della motivazione per espressa previsione del comma 2 dell'art. 3 della legge 241 del 1990.

Piuttosto, il principio di trasparenza e di democraticità delle decisioni pubbliche, andrà osservato nel successivo momento di affidamento dei servizi pubblici. Sarà, infatti, l'atto di affidamento dei servizi pubblici alla società mista nella sua nuova compagine societaria, che dovrà scontare un dettagliato e più aggravato onere motivazionale, come previsto dall'art. 34, 20° comma, d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012 n. 221. Tale norma, “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”, prevede che “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”.

6.- Con il secondo motivo parte ricorrente lamenta che: la TE.AM. s.p.a. “*dopo una gestione in regime di monopolio durata venti anni, continuerà a svolgere, in affidamento diretto, per ulteriori dieci anni, una serie amplissima ed eterogenea di servizi pubblici essenziali?*” e ciò senza che lo Statuto della TE.AM. contenga alcuna clausola di immodificabilità dell'oggetto sociale, con la possibilità che in futuro tale oggetto sociale venga ulteriormente ampliato fino a comprendere ulteriori servizi attualmente non affidati

alla società mista; il bando quantifica economicamente solo alcuni dei servizi che rientrano nell'oggetto sociale della TE.AM.

Il motivo non merita accoglimento.

6.1.- La fattispecie per cui è causa va riportata nell'ambito dell'affidamento (*recte*: nella scelta del "socio operativo" per l'affidamento) dei servizi pubblici locali a società a capitale misto pubblico privato.

In ordine alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali alla società mista, la giurisprudenza amministrativa si è assestata sui principi affermati dal Consiglio di Stato nel parere n. 456/2007, ripresi e fatti propri dall'Adunanza plenaria 3 marzo 2008, n. 1.

La legittimità della procedura in oggetto deve pertanto essere vagliata alla luce dei principi elaborati dalle citate pronunce giurisprudenziali e di seguito sinteticamente riportati.

A) Non è condivisibile la posizione "estrema" della giurisprudenza secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura ad evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto.

B) Tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste "aperte", nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società "generalista", alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico.

C) E' ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società; in questo caso, ove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad una esternalizzazione integrale dei servizi

pubblici locali, è legittimo configurare il modello organizzativo della società mista, purché ricorrano due condizioni:

1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara, che, con la scelta del socio, definisca anche l'affidamento del servizio operativo;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, prescrivendo, sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato, le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

6.2.- Tali principi giurisprudenziali sono stati recepiti dall'art. 17 del d.lgs 175 del 2016, commi 1 e 3, laddove prevede che: deve essere espletata una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato delle società miste costituite per la gestione di un servizio pubblico o per la realizzazione di un'opera pubblica; la durata della partecipazione privata alla società non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione.

6.3.- Nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, si verificano entrambe le condizioni per la legittimità del modello di gestione tramite società mista.

6.4.- In primo luogo, al fine di verificare che non vi sia stata elusione del principio euro-unitario di tutela della concorrenza, occorre accertare che vi sia una biunivoca corrispondenza tra i servizi pubblici oggetto della procedura ad evidenza pubblica indetta per la scelta del socio privato e i servizi pubblici da affidare in gestione alla società mista nella sua nuova composizione.

E' quindi irrilevante, ai fini della verifica del rispetto dei principi eurounitari di tutela della concorrenza e parità di accesso al mercato, l'ampiezza ed eterogeneità dei

servizi indicati nell'oggetto sociale della TE.AM s.p.a.. Sarebbe, invece, lesivo dei citati principi, l'affidamento diretto alla società mista di quei servizi, inclusi nell'oggetto sociale della società mista, che non sono stati mai oggetto di una procedura ad evidenza pubblica. Ma non è questa l'ipotesi che si verifica nel caso in esame, ove il bando impugnato definisce, in modo preciso, la durata (decennale) e la tipologia dei servizi operativi da affidare alla società mista, all'esito della scelta del socio privato operativo:

- “servizio di igiene ambientale”;
- “servizi cimiteriali”, ivi compresi: la “realizzazione dell'impianto di cremazione”, il restauro e il risanamento conservativo, nonché ampliamento del cimitero urbano di Cartecchio e dei cimiteri frazionali del Comune di Teramo;
- servizi “di segnaletica stradale”;
- “manutenzione aree verdi”;
- “verifica impianti termici”.

Vi è, nella specie, una sostanziale corrispondenza tra i servizi pubblici sopra indicati, oggetto della procedura competitiva, e i servizi da affidare al "socio industriale od operativo" della società mista.

Ne deriva, quindi, oltre all'assoluta irrilevanza dell'ampiezza dell'oggetto sociale della TE.AM. s.p.a., che non era necessario che il Comune di Teramo quantificasse l'importo di quei servizi e attività, che, sebbene inclusi nell'oggetto sociale della TE.AM. s.p.a., erano diversi da quelli messi a gara con la procedura in esame.

6.5.- Verificata la sussistenza della prima condizione per il legittimo utilizzo da parte del Comune del modello gestionale operativo della società mista, dall'esame del bando impugnato, emerge anche il rispetto della seconda condizione costituita dall'impossibilità, per il socio privato selezionato, di diventare socio stabile della società mista.

La *lex specialis* prevede, infatti, che “la partecipazione del socio privato alla TE.AM s.p.a. avrà termine alla scadenza dei contratti di servizio” (art. 7 del bando) e rinvia allo Statuto sociale allegato al bando per le modalità di liquidazione del socio privato al momento della scadenza del periodo di affidamento.

6.6.- Non merita accoglimento neanche la censura con la quale parte ricorrente si duole della mancata validazione del progetto esecutivo per la realizzazione dell’impianto di cremazione, in quanto le avrebbe impedito di effettuare, ai fini della partecipazione alla gara, una ponderazione economica adeguata, atteso che il bando all’art. 5 “nella prospettiva di fornire sin d’ora un quadro indicativo dei profili tecnici, gestionali ed economici della gara...” rinvia, per quanto riguarda la realizzazione dell’impianto di cremazione alla scheda numero 3 allegata al bando.

7.- Con l’ultimo motivo di ricorso è dedotta l’illegittimità del bando di gara, nella parte in cui (punto 9.3) vieta l’istituto dell’avvalimento, in violazione dei principi comunitari in tema di *favor participationis*, nonché per violazione e falsa applicazione degli articoli 30 e 89 del d.lgs. 50/2016 e degli articoli 1 e 17 del d.lgs. n. **175/2016**. Il motivo è infondato.

7.1.-Alla luce di un’interpretazione coordinata delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, deve ritenersi esclusa la possibilità di applicare l’istituto dell’avvalimento alle gare, come quella in esame, indette ai sensi dell’art.179 del d.lgs 50/2016 nell’ambito del partenariato pubblico privato, quale quella indetta per la selezione del socio operativo della società mista affidataria del servizio pubblico.

Dal combinato disposto dell’art. 179, commi 1 e 2, del d.lgs 80/2016 e art. 164, comma 2, del d.lgs. 50/2016, al quale rinvia l’art. 179, comma 2 citato, si desume che prevede che alle procedure di affidamento disposte nell’ambito del partenariato pubblico privato si applicano:

- “*in quanto compatibili*”, le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI e della parte II, limitatamente al titolo I;

-le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice limitatamente ai *“principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”* (art. 164, comma 2, del d.lgs. 50/2016, richiamato dall’art. 179, comma 2 dello stesso decreto legislativo).

Dalla lettura della norma emerge che, mentre il richiamo della parte I, III, V e VI e alla parte II, titolo I, costituisce un rinvio interno “aperto” ovvero a tutte le disposizioni in tali parti e titoli contenute, fatta salva la compatibilità delle stesse con la disciplina del partenariato pubblico privato, invece, il richiamo alla parte I e alla parte II costituisce un rinvio interno “chiuso” ovvero circoscritto ad un elenco tassativo di ipotesi.

Orbene, l’art. 89 del d.lgs n. 50/2016, che disciplina l’avvalimento, è collocato nella parte II, titolo III, e, ancorché tale titolo sia denominato “Procedura di affidamento”, l’istituto in questione non è annoverabile in alcuno degli ambiti disciplinari nominativamente elencati, non potendo farsi rientrare né tra le “modalità” di affidamento né tra le “procedure di affidamento” *strictu sensu* intese, né tra i “requisiti generali e speciali”, trattandosi di un istituto che soccorre alla carenza dei requisiti tecnici, organizzativi e finanziari da parte di un concorrente.

L’esclusione dell’avvalimento nelle gare indette per la selezione del socio privato della società mista trova conferma anche dall’esame della specifica disciplina delle società miste, contenuta nell’art. 17, comma 2, del d.lgs **175/2016**, ai sensi del quale è il socio privato che “deve possedere i requisiti di qualificazione” in relazione alle prestazioni per cui la società è stata costituita.

8.3.- D'altra parte, la decisione del Comune di Teramo di vietare l'avvalimento, è compatibile con il modello organizzativo, prescelto a monte, per la gestione del servizio pubblico di igiene ambientale e degli altri servizi e lavori accessori.

Invero, il partenariato pubblico-privato costituisce una modalità organizzativa di tipo istituzionalizzato (termine utilizzato dalla Commissione europea nel "Libro verde" presentata il 30 aprile 2004), alternativa alla gestione in economia e alla completa esternalizzazione della gestione delle funzioni e dei servizi pubblici, che trova espressione nel principio di libera organizzazione, sancito dall'art. 2 della direttiva n. 2014/23/UE. Secondo tale principio "le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione" e "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".

Dunque, la scelta dell'ente locale di adottare il modello organizzativo del partenariato pubblico-privato per la gestione di determinati servizi pubblici si realizza con la costituzione di una società, partecipata congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato.

La società mista, a differenza della esternalizzazione del servizio ad operatori economici estranei alla pubblica amministrazione, realizza una collaborazione stabile e di lunga durata tra la pubblica amministrazione ed il privato, attraverso l'istituzione di un'organizzazione comune con la "missione" di assicurare determinati servizi (e/o funzioni e/o opere) in favore della comunità locale.

Alla base della decisione della pubblica amministrazione di optare per il modello gestionale della società mista (oggi disciplinato dal d.lgs. 19 agosto 2016, n.175, che ha consolidato una serie di norme contenute in frammentarie disposizioni legislative

e ha codificato i principi elaborati dalla giurisprudenza) vi è, infatti, l'esigenza di creare un'organizzazione comune con un soggetto privato appositamente selezionato, al fine di dotarsi del patrimonio di esperienza, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturate dal privato, il quale, con il proprio apporto organizzativo e gestionale, dovrà contribuire all'arricchimento del "Know how" pubblico, e, con il proprio apporto finanziario, ad alleggerire gli oneri economico finanziari che l'ente territoriale deve sopportare la gestione dei servizi pubblici.

Tale esigenza, nella specie, è manifestata dal Comune di Teramo all'art. 4.3 del bando, che richiede ai concorrenti di "presentare una proposta di piano industriale per la TE. Am. S.p.a., apportando il proprio Know how tecnico, gestionale, organizzativo nel settore del servizio di igiene ambientale, nonché la propria capacità tecnica manageriale per il migliore conseguimento degli obiettivi di crescita e sviluppo della società". In particolare, il bando richiede che la proposta di piano industriale "dovrà essere indirizzata al concreto miglioramento dell'efficienza e dell'economicità aziendale, anche attraverso interventi di integrazione organizzativa/gestionale, inerenti le attività specifiche di trattamento finalizzato al recupero e/o alla valorizzazione dei rifiuti ivi compreso lo smaltimento degli stessi". Orbene, se il privato, al fine di aggiudicarsi un contratto pubblico, ha la necessità di avvalersi dell'esperienza e dei requisiti tecnico-organizzativi di un altro soggetto (c.d. ausiliario nel contratto di avvalimento), perché non li possiede, non potrà evidentemente apportare alcun "Know how" alla pubblica amministrazione. Né tale "Know how" potrà essere apportato dall'impresa ausiliaria, la quale non è una concorrente né diventa parte del contratto di società stipulato con l'ente locale.

Ne deriva, alla luce delle considerazioni svolte, la legittimità, della volontà negoziale dell'ente locale, espressa nel bando di gara, di richiedere il possesso dei requisiti di capacità, tecnica e organizzativa in capo all'aspirante socio in proprio e di non

consentire la partecipazione a soggetti non singolarmente in possesso di detti requisiti.

8.- In conclusione, il ricorso deve essere complessivamente respinto.

9.- La assoluta novità delle questioni trattate consente, ai sensi dell'art. 92, comma 1, c.p.c., richiamato dall'art. 26 c.p.a., l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite. Tuttavia, le spese relative al pagamento del contributo unificato, a norma dell'art. 13, comma 6-bis, del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, restano a carico dalla parte ricorrente soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Amicuzzi, Presidente

Maria Abbruzzese, Consigliere

Paola Anna Gemma Di Cesare, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paola Anna Gemma Di Cesare

IL PRESIDENTE
Antonio Amicuzzi

IL SEGRETARIO