



[Torna alla pagina precedente](#)

**N. 01900/2016REG.PROV.COLL.
N. 10058/2015 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 10058 del 2015, proposto da:

Eco.Lan Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Costantino Tessarolo e Vincenzo Antonucci, con domicilio eletto presso l'avv. Costantino Tessarolo in Roma, via Cola di Rienzo, n. 271;

contro

Rieco Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dagli avv. Tommaso Marchese e Stefano Colombari, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

Comune di Orsogna, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Orsola Pierantoni, con domicilio eletto presso l'avv. Italo Castaldi in Roma, via Attilio Regolo, n. 12/D;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 00349/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento diretto del servizio pubblico di igiene urbana – Risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rieco Spa e del Comune di Orsogna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le

parti gli avvocati Tessarolo, Colombari, e Castaldi, domiciliatario dell'avv. Pierantoni;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Pescara, Sez. I, con la sentenza 14 agosto 2015, n. 349, ha accolto il ricorso proposto dalla Rieco S.p.A. per l'annullamento della deliberazione 26 febbraio 2015, n. 5, con la quale il Consiglio comunale del Comune di Orsogna aveva disposto l'affidamento diretto del servizio pubblico di igiene urbana alla società controinteressata in quanto asseritamente rispondente al modello in house providing.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- la scelta del modello di gestione del servizio viene orientata verso un determinato modello in quanto ritenuto in astratto preferibile all'affidamento ad un operatore privato, senza però verificare come tali paradigmi effettivamente corrispondessero alle caratteristiche di

concrete alternative di gestione;

- la stessa “convenienza” dell'affidamento diretto non risulta esplicitata negli atti;

- gli elementi riportati non danno sufficientemente conto della valutazione effettuata, essendo carente qualunque analisi relativa ai costi e alle modalità di gestione o di confronto con i costi correnti quali risultanti dai bollettini pubblicati da agenzie e istituti pubblici;

- pur dovendosi escludere un dovere di confronto con le “proposte” pervenute, resta comunque la necessità che nel procedimento siano acquisiti sufficienti elementi di giudizio affinché l'organo collegiale possa effettuare la scelta nella consapevolezza dei molteplici fattori che ad essa concorrono, ed in primo luogo dei costi (e della corrispondente qualità del servizio) di altre modalità di gestione;

- non è in tal senso sufficiente il mero raffronto con i costi di gestione del servizio sostenuti col precedente operatore, specialmente in assenza di precisazioni in ordine alla aderenza di

questi ai costi correnti e di valutazione dei rispettivi standard di servizio;

- in ordine al controllo analogo e all'attività dedicata, la relazione (come, del resto, la deliberazione consiliare) non entra mai nell'analisi delle clausole statutarie e di altri elementi rilevanti, limitandosi a riportare principi generali ed in particolare quello secondo cui nel caso di società partecipata da più enti, il controllo analogo “può essere esercitato in forma congiunta da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse”;
- l'organo di direzione non è costituito “da un rappresentante di ogni socio affidante”, bensì da sette sindaci eletti dall'assemblea “sulla base di liste di candidati... presentate dai soci” (art. 42.4), sicché sembra evidente che gli enti affidanti non hanno alcuna rappresentanza in quanto tali e quindi alcun controllo diretto sugli atti di cui all'art. 44.2 St.;
- anche sull'altro requisito (attività per la gran parte dedicata agli enti locali controllanti) la relazione riporta taluni

principi in materia senza fornire alcuna indicazione in ordine alla composizione del fatturato complessivo ECOLAN spa, alla presenza di attività dedicate a terzi e alla loro rilevanza quantitativa e qualitativa;

- nel caso di specie risulta che Ecolan s.p.a. trae una parte significativa del proprio fatturato dalla conduzione della discarica di Cerratina, così che oltre il 20% di tale fatturato deriva dal corrispettivo versato da soggetti diversi dagli Enti locali soci;

- sia che si consideri l'attività dal punto di vista esclusivamente quantitativo, sia che si introducano elementi qualitativi, i non contestati dati indicati in ricorso (servizi a terzi per euro 1.112.922,00 su un fatturato "tra i 4.000.000,00 e i 5.000.000,00 di euro") evidenziano che si tratta di attività che da un lato supera la soglia (non può infatti convenirsi con Ecolan che la suddetta "risulta sostanzialmente rispettata", posto che percentuali tra il 22% e il 28%, a seconda che si consideri l'estremo superiore o quello inferiore

del fatturato indicato dalla ricorrente, evidenziano scostamenti significativi rispetto al limite massimo) e che dall'altro si rivela niente affatto "marginale" e di consistenza tale da escludere il rispetto dei rigorosi limiti elaborati dalla stessa giurisprudenza comunitaria richiamata dalle parti resistenti;

L'appellante Eco.lan ha contestato tale sentenza, deducendone l'error in iudicando sotto diversi profili, tutti specificati nel corpo dell'atto d'appello, pur non rubricando specifici motivi di censura.

Si è costituito in giudizio il Comune di Orsogna, chiedendo l'accoglimento dell'appello; la controinteressata RIECO spa ha invece chiesto il rigetto del gravame.

All'udienza pubblica del 10 marzo 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La Sezione rileva in punto di fatto che l'oggetto del giudizio riguarda un affidamento diretto del servizio di smaltimento dei rifiuti effettuato dal

Comune di Orsogna, il quale, unitamente ad altri 52 Comuni della Provincia di Chieti, sin dal 1994 è stato membro del Consorzio Compresoriale Smaltimento dei rifiuti, con sede in Lanciano.

Nel 2010, con atto a rogito notaio Carabba n. 2937, i Comuni partecipanti hanno deciso di trasformare il consorzio in società per azioni, prevedendo espressamente che la stessa avrebbe avuto come oggetto la gestione dell'intero ciclo dei rifiuti nel territorio dei comuni soci.

Nel 2015 il Comune di Orsogna, con la impugnata deliberazione consiliare n. 5 del 26 febbraio 2015, considerata l'imminenza della scadenza del contratto con l'impresa Santa Lucia Service s.r.l., cui era fino ad allora affidato il servizio, si è determinato di affidare detto servizio direttamente alla Ecolan, società derivante dalla trasformazione del Consorzio citato, considerando che essa era da considerarsi una società in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house

providing.

La RIECO spa, deducendo di aver presentato al Comune di Orsogna un'offerta per la gestione del servizio, ha contestato la decisione del Comune di disporre in via diretta l'affidamento a favore della predetta ECOLAN spa.

2. Ciò premesso, deve essere in via preliminare disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di interesse e legittimazione, formulata dall'appellata Rieco spa e motivata dal fatto che gli enti locali soci in ECOLAN spa avrebbero espressamente riconosciuto che lo statuto societario vigente quando il Comune di Orsogna ha disposto l'affidamento diretto del servizio di gestione integrata dei rifiuti, non era idoneo a configurare la società come rispondente al modello in house providing, con delibera dell'Assemblea in data 28 settembre 2015, votata favorevolmente anche dallo stesso Comune di Orsogna.

E' sufficiente al riguardo rilevare che a tale delibera non ha fatto seguito alcun provvedimento di ritiro

dell'affidamento diretto di cui si discute ed inoltre ECOLAN spa, come emerge dalla sua memoria conclusiva, ha dichiarato l'attuale persistenza dell'interesse ad ottenere l'annullamento della decisione di primo grado e a vedersi riconosciuta la legittimità dell'affidamento disposto dal Comune di Orsogna.

Peraltro, deve comunque osservarsi che, come ha già statuito questo Consiglio, la legittimità dell'affidamento del servizio va valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione del provvedimento (in generale, da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 420 e Consiglio di Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n. 2154), restando indifferenti le sopravvenienze provvedimentali eventualmente accrescitive dei poteri di controllo in house.

All'epoca dell'affidamento, in altri termini, dovevano sussistere tutti i requisiti e presupposti legittimanti l'affidamento diretto, sotto tutti i profili contestati e rilevati dal TAR

(assenza dei due requisiti fondanti il controllo analogo e violazione dell'art. 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 per la valutazione circa la convenienza dell'affidamento), a prescindere dagli atti sopravvenuti sul punto.

3. Sempre in via preliminare, deve essere disattesa l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, reiterata dalla parte appellante, atteso che la mera partecipazione del Comune di Orsogna alla predetta ECOLAN spa, risalente come detto al 2010, non equivale di per sé all'automatico affidamento del servizio pubblico (cfr. sul punto, di recente, Consiglio di Stato, Sez. V, 11 settembre 2015, n. 4253), ancor più in considerazione del fatto che l'art. 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in L. 17 dicembre 2012, n. 221, norma sulla cui base è anche impostato il ricorso di primo grado, impone all'Amministrazione autonome valutazioni per l'affidamento del servizio, valutazioni che vengono espresse dall'amministrazione al

momento dell'affidamento e che ben possono essere sindacate.

4. Passando all'esame del merito, la Sezione è dell'avviso che esso sia infondato, potendo prescindersi dall'esame della questione concernente la controversa natura di società in house rivestita da ECOLAN spa, nella prospettiva di verificarne la rispondenza al modello di società in house come pretende parte appellante.

Infatti, ciò imporrebbe, sotto un primo profilo, un puntuale approfondimento delle clausole statutarie dedicate alla costruzione ed elaborazione di una struttura che sia idonea a realizzare il cd. "controllo congiunto" di più enti pubblici sulla direzione della società in house, secondo il paradigma del cd. in house pluripartecipato, in cui le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il controllo analogo in modo congiunto con le altre, a condizione che siano soddisfatte determinate condizioni.

Tali condizioni, peraltro, sono oggi codificate dall'art. 12 della Direttiva

appalti 2014/24/UE che, tuttavia, non è stata ancora recepita, essendo ancora in corso il termine relativo per l'incombente (nonostante i dubbi sulla sua eventuale immediata precettività emersi in giurisprudenza – cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298).

In ogni caso, già la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. III, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, che ha riconosciuto tale forma di controllo in house ha sostanzialmente dettato una serie di requisiti analoghi all'attuale disciplina normativa comunitaria, ovvero che:

- gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;
- i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato;
- l'organismo controllato non persegua

interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

Tali requisiti comportano delicate valutazioni da effettuarsi sul crinale dell'insindacabilità delle scelte amministrative da un lato e delle scelte imprenditoriali civilistiche dall'altro, da cui può prescindersi, per economia dei mezzi processuali, in considerazione dell'esame, come poi si dirà, della violazione l'art. 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in L. 17 dicembre 2012, n. 221

Parimenti, per le medesime ragioni e considerazioni, non risulta utile e necessario esaminare la composizione del fatturato complessivo ECOLAN spa, per verificarne il rispetto o il mancato rispetto della condizione delle prevalente attività dedicata agli enti affidanti che legittima l'affidamento in house.

Infatti, sotto questo profilo, deve rilevarsi che questa Sezione, con ordinanza 20 ottobre 2015, n. 4793, ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, rimettendo alla sua decisione le seguenti questioni pregiudiziali:

- se se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento all'attività imposta da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci;
- se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del cd. controllo analogo.

E' evidente che tali questioni si riverberano anche nel caso in esame, da cui tuttavia, come detto, si deve prescindere stante in ogni caso l'illegittimità dell'affidamento diretto, così come disposto nell'impugnata delibera del Consiglio comunale 26 febbraio 2015, n. 5.

5. Come rilevato l'appello è infondato. Al riguardo si deve premettere che la Corte Costituzionale con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199 ha dichiarato

l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 2011 (nel testo conseguente alle ulteriori modifiche apportate dall'art. 9, comma 2, lett. n), L. 12 novembre 2011, n. 138, dall'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, nonché dall'art. 53, comma 1, lett. h), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83), adottato successivamente all'abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133 del 2008.

Sulla scorta di tale pronuncia la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono in definitiva 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 o poi 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, in house - lungi dal configurarsi, alla stato attuale delle normative, come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - 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, costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale (Consiglio di

Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599).

Tale scelta discrezionale, 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; tuttavia, proprio in ossequio ai principi di trasparenza e democraticità dei processi decisionali pubblici (sanciti dalla norma cardine dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990) si impone che detta scelta debba essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano.

Tanto più nella specie in cui l'art. 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in L. 17 dicembre 2012, n. 221, a ribadire e specificare il principio summenzionato di trasparenza e democraticità delle decisioni pubbliche, impone un dettagliato e più aggravato onere motivazionale, subordinando la legittimità della scelta della concreta

modalità di gestione dei servizi pubblici locali proprio alla redazione di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

Nel caso di specie tale dettagliata e specifica motivazione non sussiste, né essa può desumersi (in applicazione dell'art. 3 l. n. 241-1990) da altri atti pur depositati in giudizio, dovendo pertanto convenirsi sulla fondatezza della censura relativa alla carenza o insufficiente o adeguata l'istruttoria, di cui deve ragionevolmente dubitarsi che sia stata compiuta in modo completo ed approfondito e che conseguentemente siano state effettivamente valutate tutte le possibili forme di gestione in astratto, che siano stati soppesati in specifico i pro e i contro; non risulta in definitiva che sia stato dato conto che la scelta sia

ricaduta sulla gestione in house sulla base di specifiche e distinte indicazioni di elementi concreti e riscontrabili o di valutazioni di interesse pubblico consistenti e pregnanti.

Al riguardo deve sottolinearsi che la relazione ex art. 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, che pure c'è, in realtà non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi per contro ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179.

Pertanto, un affidamento diretto siffatto è da ritenersi di per sé illegittimo, come ha ben rilevato il TAR, a prescindere, come detto, dalle questioni controverse circa la natura

giuridica del soggetto affidatario.

4. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe indicato, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti,

Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino,

Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2016

IL SEGRETARIO

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

© 2014 - giustizia-amministrativa.it

[Accessibilità](#) [Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Informativa privacy](#) [Regole di accesso](#)

[Condizioni di utilizzo](#)