

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello iscritto al NRG. 9534 dell'anno 2007 proposto dalla società S. S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Bozzini e Mario Sanino, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli, n. 180 (presso lo studio dell'avv. Sanino);

contro

COMUNE DI S., in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Pafundi e Giovanni Mariotti, con i quali è elettivamente domiciliato in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14 sc. A/4 (presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi);

e nei confronti di

S. C. S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, n. 5002 del 13 giugno 2007;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di S.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 17 marzo 2009 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi per le parti gli avvocati Sanino e Pafundi;

Visto il dispositivo di sentenza n. 228 del 20 marzo 2009;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La società S. s.r.l., che in data 24 ottobre 2005 aveva acquistato dalla N. s.r.l., affidataria della gestione dei servizi di igiene urbana del Comune di S., il ramo d'azienda avente ad oggetto l'espletamento dei servizi di igiene urbana presso i comuni di..., subentrando quindi nel relativo contratto di appalto con scadenza 30 giugno 2005, prorogato prima fino al 31 dicembre 2005 e poi, su richiesta dell'amministrazione comunale, fino al 31 marzo 2006, con ricorso giurisdizionale notificato il 21 febbraio 2006 chiedeva al Tribunale amministrativo regionale della Lombardia l'annullamento delle delibere consiliari del Comune di S. n. 82 del 30 novembre 2005, avente ad oggetto "Adesione alla S. S. C. S.p.A. con sede in via Roma n. 63 in Sarnico (BG) per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di igiene urbana" e n. 69 del 4 novembre 2005, avente ad oggetto "Approvazione delle linee di indirizzo per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali di igiene urbana ad una società a capitale interamente pubblico", nonché il risarcimento dei danni subito a seguito dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa.

Attraverso due articolati motivi di censura, la ricorrente lamentava:

1) "Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157 - Violazione dell'art. 1 l. 7 agosto 1990, n. 241, in relazione al principio di concorrenza - Violazione dell'art. 113, comma

5, lett. c) d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - Violazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione - Violazione del principio di parità di trattamento ex artt. 3 e 97 della Costituzione", in quanto, a suo avviso, andata deserta nel marzo 2005 la gara di rilevanza comunitaria per l'affidamento dei servizi di igiene urbana per un periodo di cinque anni (per un importo complessivo di €. 2.970.000), l'amministrazione comunale di Solari aveva inopinatamente deciso di procedere all'affidamento in house del servizio stesso ad una società pubblica, la Servizi Comunali S.p.A., cui aveva contestualmente aderito mediante l'acquisizione di una quota di capitale sociale pari allo 0,26%, violando così i fondamentali principi di concorrenza, tanto più che, proprio perché era andata deserta la gara pubblica, l'appalto ben poteva essere aggiudicato a trattativa privata, senza pubblicazione del bando, invitando così anche essa ricorrente; inoltre, sempre secondo quest'ultima, non sussistevano neppure i presupposti per poter procedere all'affidamento in house, mancando in capo al Comune di S. sia quel controllo sulla Servizi Comunali S.p.A. " analogo a quello esercitato sui propri servizi" in ragione della sua minima partecipazione a detta società, sia il requisito della "missione tipica" della Servizi Comunali S.p.A. il cui ambito territoriale di attività non poteva estendersi a dismisura, in mancanza di un'adeguata connessione tra gli enti che la costituivano e il nuovo ente aderente, penalizzato stravolgimento dello stesso istituto dell'affidamento in house;

2) "Violazione dell'art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241 per carenza di motivazione - Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed illogicità manifesta", in quanto la scelta dell'amministrazione comunale di S. di procedere all'affidamento in house dei servizi di igiene urbana, senza procedere, una volta andata deserta la gara comunitaria, alla trattativa privata per la sua esternalizzazione era arbitraria ed apodittica, priva di qualsivoglia giustificazione che facesse comprendere le effettive ragioni di tale nuova determinazione.

L'adito tribunale, sez. III, con la sentenza n. 5002 del 13 giugno 2007, nella resistenza del Comune di S. e della Servizi Comunali S.p.A., respingeva il ricorso, ritenendo infondati entrambi i motivi di censura: in sintesi, secondo i giudici lombardi, andata deserta la gara di rilevanza comunitaria, l'amministrazione comunale, cui la legge stessa riconosceva la possibilità di affidare il servizio a trattativa privata (e quindi in deroga ai principi di concorrenza), ben poteva optare, sulla scorta di opportune e pertinenti valutazioni e motivazioni (presenti, ragionevoli e logiche nel caso di specie), per l'affidamento in house del servizio ad una società pubblica.

La S. s.r.l. con atto di appello, notificato a mezzo del servizio postale il 23 novembre 2007, ha chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l'ingiustizia e l'erroneità alla stregua di quattro articolati motivi di gravame, rubricati rispettivamente, il primo "Violazione e falsa applicazione dell'art. 113, comma 5, lett. C), d.lgs. 267/2000 - Difetto di motivazione - Eccesso di potere per illogicità manifesta, motivazione erronea e contraddittoria, travisamento dei fatti, incompletezza e difetto dell'istruttoria - Sviamento"; il secondo "Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, comma 2, d. lgs. 157/95 - Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà ed erroneità nei presupposti, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione - sviamento dalla causa tipica"; il terzo "Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, comma 2, d. lgs. 157/1995 e degli artt. 30 e 34 d. lgs. 267/ 2000 - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità,

contraddittorietà ed errore nei presupposti sviamento"; il quarto "sul risarcimento del danno".

L'appellante ha sostanzialmente riproposto le censure svolte in primo grado, a suo avviso erroneamente interpretate e malamente apprezzate dai primi giudici e di conseguenza inopinatamente respinte con motivazioni erranee ed approssimative, frutto di un superficiale esame degli stessi documenti di causa.

Si è costituito in giudizio il Comune di S., deducendo innanzitutto l'inammissibilità dei nuovi motivi di illegittimità dei provvedimenti impugnati (con particolare riguardo alla presunta violazione degli articoli 30 e 34 del D. Lgs. 267/2000) non spiegati in primo grado, l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio per tardività e carenza di interesse e/o di legittimazione a ricorrere, nonché l'infondatezza nel merito del gravame.

Le parti hanno illustrato le proprie rispettive tesi difensive con apposite memorie.

All'udienza del 17 marzo 2009 la causa è passata in decisione.

#### DIRITTO

I. Deve innanzitutto essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo di primo grado per tardività, nonché per carenza di interesse e/o difetto di legittimazione, sollevata dall'appellato Comune di S..

Essa non è meritevole di favorevole considerazione.

I.1. Quanto al profilo di asserita tardività, il Consiglio comunale di S. ha sostenuto che la delibera consiliare n. 69 del 4 novembre 2005, con la quale l'amministrazione aveva deciso di gestire il servizio pubblico di igiene urbana attraverso l'affidamento ad una società di capitale interamente pubblico, era stata affissa all'albo pretorio il 15 novembre 2005 e vi era rimasta affissa, come di norma, per quindici giorni consecutivi, così che il termine per la sua impugnazione decorreva dal 30 novembre 2005 e sarebbe definitivamente scaduto il 29 gennaio 2006, trattandosi di atto generale per il quale non era necessaria la notifica individuale: rispetto a tale termine il ricorso introduttivo del giudizio era palesemente tardivo, essendo stato notificato solo il 21 febbraio 2006.

Al riguardo la Sezione osserva che con la ricordata delibera consiliare n. 69 del 4 novembre 2005 l'amministrazione comunale di S., come risulta inequivocabilmente dal suo stesso oggetto, conteneva l'approvazione delle linee di indirizzo per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di igiene urbana ad una società a capitale interamente pubblico: esso pertanto si configura come un atto, per un verso, programmatico, espressione dell'indirizzo politico - amministrativo, che tuttavia, proprio per la sua delineata natura, non risulta idoneo a ledere in modo diretto ed immediato gli interessi della società S. s.r.l.

E' significativo in tale ottica che nella predetta delibera, nella parte motiva, dopo aver dato atto che è andata deserta la gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio pubblico locale di raccolta di rifiuti e di igiene urbana, si afferma, tra l'altro, che la società di capitali a totale partecipazione pubblica costituisce il modello più adeguato per la gestione del predetto servizio e si aggiunge che debba essere perciò svolta un'indagine anche con riferimento ai soggetti gestori già esistenti e operanti del medesimo settore; nella parte dispositiva, poi, al punto 2 si dà atto che "...i suddetti indirizzi costituiscono riferimento per organi e responsabili

di servizio dell'Amministrazione in relazione ai processi di riassetto organizzativo dei servizi pubblici locali ad essa afferenti" e al punto 3 si precisa che "...con successivi atti degli organi e dei soggetti competenti si procederà alla formalizzazione dell'affidamento della gestione del suindicato servizio pubblico locale".

In definitiva deve negarsi che tale deliberazione abbia una valenza esterna alla stessa amministrazione, avendo in realtà il ben più specifico compito di fissare gli obiettivi strategici dell'amministrazione nel delicato campo del servizio di cui si discute, anche in considerazione del sostanziale fallimento della procedura di evidenza pubblica esperita per l'affidamento all'esterno del servizio stesso.

La lesione della posizione giuridica della S. s.r.l. deve, invece, ricollegarsi alla successiva delibera consiliare n. 82 del 30 novembre 2005, con la quale l'amministrazione comunale di S. ha approvato l'adesione alla Servizi Comunali S.p.A. (punto 2) ed il relativo statuto (punto 3): è, infatti, solo tale provvedimento che costituisce l'effettiva "causa", non solo dell'esaurirsi del rapporto in corso, ancorché prorogato, tra la S. S.r.l. e l'amministrazione comunale di S., ma anche della conseguente impossibilità della predetta società S. s.r.l. di poter partecipare ad eventuali procedure per l'affidamento del servizio pubblico locale di raccolta di rifiuti e di igiene urbana di quel comune.

Rispetto a tale deliberazione che, come risulta dalla documentazione in atti, è stata affissa all'albo pretorio il 19 dicembre 2005 e vi è rimasta per quindici giorni consecutivi, non può predicarsi alcuna tardività del ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 21 febbraio 2006.

I.2. Ugualmente infondata, ad avviso della Sezione, è l'eccezione di difetto di interesse e/o difetto di legittimazione a ricorrere della S. s.r.l. che, secondo l'appellato Comune di S., avrebbe dovuto comportare la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado.

In realtà la S. s.r.l. ha lamentato l'illegittimità della scelta del Comune di S. di gestire il servizio pubblico locale di igiene urbana attraverso l'adesione ad una società a capitale interamente pubblico, piuttosto che esternalizzare il servizio affidandolo a trattativa privata, essendo andata deserta una gara ad evidenza pubblica (cui era evidentemente sottesa la diversa scelta proprio dell'esternalizzazione del servizio).

L'interesse alla contestazione della scelta operata dall'amministrazione comunale non risiede quindi nella pretesa della ricorrente di "conservare" la gestione del servizio, attraverso un affidamento a trattativa privata eventualmente fondato su una sorta di diritto di insistenza (prospettiva che, del resto, neppure sembra emergere dalle difese della predetta società S. s.r.l.), quanto piuttosto nella circostanza che il servizio in questione poteva essere affidato all'esterno, attraverso l'esperimento di una procedura a trattativa privata, che ben avrebbe potuto essere avviata dopo l'infruttuosa procedura aperta di rilievo comunitario e a cui essa ricorrente avrebbe potuto essere invitata a partecipare.

Tale interesse, ancorché meramente strumentale, non può essere sconosciuto e giustifica l'ammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, irrilevante ed ininfluenza essendo, per converso, la circostanza della mancata partecipazione della stessa ricorrente alla precedente procedura concorsuale di rilievo comunitario.

Del tutto priva di consistenza, oltre che generica per la mancanza di puntuali e pertinenti deduzioni, è la asserita carenza di legittimazione a ricorrere.

II. Il Comune di S., nei propri scritti difensivi, ha eccepito l'inammissibilità dell'appello nella parte in cui, a suo avviso, con il terzo motivo di gravame, denunciando "Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, comma 2, d. lgs. 157/1995 e degli artt. 30 e 34. d. lgs. 267/2000 - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà ed errore nei presupposti - Sviamento" sono stati formulati nuovi motivi di censura dei provvedimenti impugnati, non spiegati in primo grado: ciò con particolare riferimento alla dedotta violazione degli articoli 30 e 34 del D. Lgs. n. 267/2000.

L'eccezione può essere respinta.

E' sufficiente rilevare che, come del resto si ricava dal suo esame, il motivo di gravame in questione censura sostanzialmente la scelta operata dall'amministrazione comunale di S. con la delibera consiliare n. 82 del 30 novembre 2005 di aderire alla società Servizi Comunali S.p.A. per le stesse ragioni già esposte nei due precedenti mezzi di gravame e nel ricorso introduttivo di giudizio, limitandosi in realtà ad ampliare le tesi difensive con mere argomentazioni che prendono spunto (per altro in maniera non del tutto chiara e pertinente) dagli articoli 30 e 34 del D. Lgs. n. 267 /2000, senza che le disposizioni in questi ultimi contenute (relative alle convenzioni tra enti locali e agli accordi di programma) vengano direttamente ad incidere nella controversia in esame e sui provvedimenti impugnati.

III. Sgomberato il campo dalle questioni preliminari, può procedersi all'esame dei motivi di gravame.

III.1. Per priorità logica devono innanzitutto esaminati il secondo ed il terzo motivo di gravame, intimamente connessi, con i quali lamentando, rispettivamente, "Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, comma 2, d. lgs. 157/1995 - Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà ed errore nei presupposti, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione - Sviamento della causa tipica" (secondo motivo), nonché "Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, comma 2, d. lgs. 157/1995 e degli artt. 30 e 34, d. lgs. 267/2000 - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà ed errore nei presupposti - Sviamento" (terzo motivo), la società S. s.r.l. ha denunciato la superficialità e la erroneità in diritto della motivazione con cui i primi giudici, respingendo le censure rivolte avverso i provvedimenti impugnati, hanno ritenuto legittima la scelta (invero irragionevole, contraddittoria ed immotivata, secondo le tesi dell'appellante) dell'amministrazione di affidare ad una società a capitale interamente pubblico il servizio pubblico di raccolta rifiuti e di igiene urbana, individuandola poi nella Servizi Comunali S.p.A.

Le doglianze non possono essere condivise.

III.1.1. Invero, secondo la tesi della società appellante, posto che il Comune di S. aveva precedentemente bandito una gara di rilievo comunitario per l'affidamento del servizio di raccolta rifiuti e di igiene urbana e che tale gara, com'è pacifico tra le parti, era andata deserta, la stessa amministrazione comunale avrebbe dovuto ricorrere alla trattativa privata per l'esternalizzazione del servizio: al contrario, nel caso di specie, del tutto immotivatamente e contraddicendo clamorosamente il proprio precedente indirizzo, essa aveva optato per l'affidamento del servizio stesso ad una società a

capitale interamente pubblico, violando in tal modo anche il fondamentale principio della concorrenza.

Senonché occorre rilevare che non può predicarsi in capo all'amministrazione appaltante l'esistenza di un obbligo giuridico, discendente dall'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, di procedere ad una trattativa privata per l'aggiudicazione di un appalto, allorchando sia andata deserta una precedente procedura aperta, nel caso di specie addirittura una gara di rilievo comunitario.

Il ricorso alla trattativa privata, come metodo di aggiudicazione di un appalto pubblico, è invero pur sempre considerato una modalità di carattere eccezionale e perciò residuale, comprimendo il principio della concorrenza e della più ampia partecipazione alla gara che costituiscono com'è noto corollari dei generali principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità, che presiedono all'esercizio dell'azione amministrativa.

L'amministrazione comunale di S., dunque, non era affatto obbligata ad avviare una trattativa privata per l'affidamento dei servizi di raccolta rifiuti e di igiene urbana una volta andata deserta la precedente gara di rilievo comunitaria, la norma invocata accordandole piuttosto la facoltà (e quindi un potere discrezionale) di procedere a tale scelta, ma solo qualora ricorressero i presupposti ivi indicati.

III.1.2. Proprio perché il ricorso alla trattativa privata costituisce frutto di una scelta discrezionale, non può ragionevolmente negarsi alla stessa amministrazione il potere di valutare la sussistenza di altri strumenti, anche diversi dall'affidamento in appalto, per la gestione del servizio di raccolta rifiuti e di igiene urbana e dunque anche il potere di modificare l'originaria scelta di fondo, passando cioè dall'esternalizzazione del servizio all'affidamento in house.

Sono queste scelte che impingono nel merito dell'azione amministrativa e come tali si sottraggono al sindacato di legittimità, salvo che non siano palesemente arbitrarie, irragionevoli, irrazionali, illogiche e fondate su di un macroscopico travisamento di fatto, elementi questi che non si rinvergono nel caso di specie.

Infatti, dalla lettura della delibera consiliare n. 69 del 4 novembre 2005, con la quale l'amministrazione comunale ha approvato le linee di indirizzo per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali di igiene urbana ad una società a capitale interamente pubblico, emerge che la scelta di abbandonare il sistema della esternalizzazione e di passare all'affidamento in house è stato determinato sia dal fatto che la procedura ad evidenza pubblica è sostanzialmente andata deserta, non essendo stata presentata alcuna domanda di partecipazione nei termini fissati dal bando di gara, sia dal fatto che lo stesso statuto comunale prevede (art. 60) che il Comune nella gestione dei servizi pubblici comunali ricerchi e promuova forme di collaborazione con altri enti pubblici per lo svolgimento, in ambiti territoriali idonei, di attività e servizi di comune interesse, con l'obiettivo di conseguire la migliore efficienza ed economicità, sia infine perché il modulo gestorio della società di capitali ad intera partecipazione pubblica offre adeguate garanzie sotto il profilo economico - strutturale, consente una corretta gestione del servizio e risulta quindi essere lo strumento più adeguato a rispondere alle esigenze dell'Amministrazione sotto il profilo operativo, consentendo altresì la possibilità di realizzare proficue interazioni operative con gli altri soggetti pubblici che partecipano alla predetta società di capitali pubblica.

Non trova quindi fondamento la tesi della società appellante secondo cui la scelta dell'amministrazione comunale di S. di passare

dall'esternalizzazione all'internalizzazione della gestione del servizio pubblico di raccolta dei rifiuti e di igiene urbana sia immotivato e contraddittorio, atteso che, al contrario, la nuova determinazione amministrativa risulta motivata in modo quanto meno non illogico ed irrazionale, né tanto meno contraddittorio, ispirandosi, nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, ad un conseguimento dell'interesse pubblico inteso non già in una visione meramente statica (limitata cioè esclusivamente al buon funzionamento del servizio di igiene urbana cittadina), ma dinamica in cui il nuovo approccio alla realizzazione dell'interesse pubblico attraverso l'internalizzazione e l'affidamento del servizio ad una società di capitali interamente pubblica possa costituire il momento iniziale e dialogo di confronto con gli altri enti, partecipanti alla società pubblica, per l'individuazione di nuove prospettive di tutela e di conseguimento dell'interesse pubblico.

III.1.3. In tale prospettiva non possono trovare ingresso neppure le doglianze di un presunto travisamento di fatti e di sviamento di potere che, evidentemente, nella prospettiva della società appellante, si radicherebbero in ragione dell'esistenza del precedente contratto di appalto per la gestione dei servizi in parola e per il precedente avviamento della gara di appalto di rilevanza comunitaria andata deserta che, però, come si è avuto modo di rilevare, non possono costituire ostacolo ad una nuova motivata e non irragionevole o illogica, come nel caso di specie, scelta amministrativa.

In definitiva le doglianze sollevate dalla società appellante costituiscono un mero inammissibile dissenso rispetto alle scelte di merito operate dall'amministrazione comunale di S..

III.1.4. Ciò posto, ad avviso della Sezione, le ulteriori considerazioni svolte dalla società appellante sulla modalità di scelta da parte dell'amministrazione comunale di S. della società di capitale a partecipazione interamente pubblica cui aderire sono del tutto inammissibili, difettando ogni interesse alla loro contestazione per la mancanza di una stessa posizione autonoma e differenziata, tale non potendo consistere nel fatto di essere la società cui era stato affidato precedentemente in appalto il servizio, tanto più che, com'è pure pacifico, il relativo contratto era ormai scaduto.

Sebbene tale ultima considerazione sia sufficiente di per sé ad escludere anche la fondatezza della doglianza circa la violazione del principio comunitario della concorrenza, è appena il caso di segnalare che il ricorso all'affidamento in house, proprio in quanto derogatorio alle regole generali del diritto comunitario, impone soltanto un'interpretazione restrittiva dei requisiti che lo consentono (requisiti che, come risulta dal successivo paragrafo, nel caso di specie ricorrevano sicuramente).

III.2. Anche l'altro motivo di gravame (il primo), con il quale è stato lamentato "Violazione e falsa applicazione dell'art. 113, comma 5, lett. c, d. lgs. 267/2000 - Difetto assoluto di motivazione - Eccesso di potere per illogicità manifesta, motivazione erronea e contraddittoria, travisamento dei fatti, incompletezza e difetto dell'istruttoria - Sviamento", non merita favorevole considerazione.

III.2.1. Invero l'appellante ha sostenuto che nel caso di specie non sussistevano i requisiti per l'affidamento in house del servizio in questione, innanzitutto a causa della minima partecipazione (quasi simbolica, pari allo 0,26% del capitale societario) del Comune di S. alla Servizi Comunali S.p.A., cosa che escludeva l'esistenza del necessario "controllo analogo", tanto più che non risultava che la governance sociale dipendesse dalla prevalenza dei rappresentanti

pubblici, né che vi fossero poteri di controllo o di diritti di voto particolari in capo all'ente pubblico per limitare la libertà d'azione degli organi di gestione della società; inoltre difettava anche il c.d. vincolo funzionale, in ragione del quale le società pubbliche devono svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, atteso che la partecipazione prevalente della Servizi Comunali S.p.A. apparteneva a comuni della provincia di Bergamo, alle cui comunità prevalentemente venivano erogati i servizi pubblici.

Orbene, non vi è dubbio che, secondo l'univoco orientamento della giurisprudenza comunitaria, deve considerarsi legittimo il ricorso all'affidamento in house solo allorché l'amministrazione pubblica eserciti sull'ente distinto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e qualora l'ente svolga la parte più importante della sua attività con l'amministrazione o con gli enti pubblici che lo detengono (ex multis, C.G.CE, 18 novembre 1999, causa C -107/98; 11 gennaio 2005, causa C - 26/03; 13 gennaio 2005, causa C - 84/03; 10 novembre 2005, causa C -29/04; 11 maggio 2006, causa C - 340-04; 19 aprile 2007, causa C - 295/05; 8 aprile 2008, causa C - 337/05; 17 luglio 2008, causa C - 371/05).

Peraltro con una recente pronuncia (13 novembre 2008, causa C - 324/07) la Corte di Giustizia, sez. II, ha anche precisato che: a) innanzitutto i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza non ostano a che un'autorità pubblica senza gara affidi una concessione di servizi pubblici ad una società cooperativa intercomunale, di cui facciano parte solo autorità pubbliche, qualora queste ultime esercitino su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e qualora la società svolga la parte essenziale della sua attività con tali autorità pubbliche; 2) l'accertamento della sussistenza del requisito del controllo analogo deve essere compiuto alla stregua non solo di tutte le disposizioni normative, ma anche delle specifiche circostanze di fatto, dovendo risultare che sull'ente concessionario è esercitata una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni più importanti; 3) tra le specifiche circostanze di fatto pertinenti deve essere considerata la detenzione del capitale dell'ente concessionario, la composizione degli organi decisionali e la portata dei poteri riconosciuti al consiglio di amministrazione; 4) il fatto che l'autorità pubblica concedente detenga, da sola o insieme ad altre autorità pubbliche, l'intero capitale della società concessionario, ancora non decisiva di per sé, costituisce tuttavia un ragionevole indice del fatto che la prima esercita sulla seconda un controllo analogo a quello esercitato dai propri servizi, cosa che invece deve essere esclusa qualora un'impresa privata detiene una partecipazione nel capitale dell'ente concessionario; 5) se un'autorità pubblica si associa ad una società cooperativa comunale per trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo esercitato dalla prima sulla seconda, ai fini della sussistenza del requisito del controllo analogo, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse anche attraverso delibere assunte a maggioranza.

III.2.2. Applicando tali principi al caso di specie le impugnate delibere dell'amministrazione comunale di S. si sottraggono alle censure spiegate.

Nessun dubbio, infatti, può sussistere sul fatto che la società Servizi Comunali S.p.A. fosse una società a capitale interamente pubblico, facendone parte quaranta comuni ed una comunità montana, come emerge dalla visura in data 18 febbraio 2006 (doc. 10 produzione di primo

grado della società ricorrente) della Camera di Commercio Industria, Artigianato e Agricoltura di Bergamo (Ufficio Registro delle Imprese): del resto l'articolo 5 dell'originario statuto di tale società prevedeva che il capitale sociale dovesse essere detenuto nella misura minima dell'80% da enti pubblici locali, mentre il successivo articolo 5 bis consentiva l'adesione solo di nuovi soci pubblici (nuovi comuni, altri enti pubblici locali, loro associazioni, imprese, aziende, società e consorzi) nella misura massima del 20% del capitale sociale e previa deliberazione dell'organo amministrativo.

Al riguardo la Sezione deve rilevare, per completezza ed al fine di dissipare ogni dubbio, che non solo l'appellante non ha mai messo in dubbio la circostanza che la Servizi Comunali S.p.A. fosse effettivamente ad intero capitale pubblico, per quanto non ha neppure dedotto o provato fatti che facciano supporre che si fosse verificata la fattispecie prevista dall'articolo 5 bis dello statuto e che cioè fossero entrati a far parte della predetta società nuovi soci pubblici, a capitale misto, così da scalfire la partecipazione totalitaria pubblica.

Peraltro il nuovo statuto sociale della società, approvato dall'assemblea del 20 dicembre 2007, ha modificato il precedente articolo 5 bis, escludendo che nuovi soci pubblici possano entrare a far parte della società nell'ambito del 20% del capitale sociale, il quale deve essere detenuto interamente da enti pubblici locali che, per aderire alla società, devono far pervenire all'organo amministrativo apposita richiesta scritta.

Sotto altro profilo, poi, occorre rilevare che l'articolo 4 dello statuto individua l'oggetto sociale (tra cui per quanto qui interessa sono compresi alla lettera a) "la raccolta, differenziata e non, di qualsivoglia genere di rifiuto, il suo trasporto, smaltimento o recupero..." e alla lettera b) "la salvaguardia ambientale e la sua sanificazione, l'igiene urbana e le attività inerenti", precisando tra l'altro che al fine del relativo conseguimento la società può compiere qualsiasi operazione industriale, commerciale, mobiliare, immobiliare e finanziaria che sia necessaria o utile, con la precisazione che l'attività finanziaria non potrà essere mai prevalente e che nei confronti del pubblico l'attività finanziaria non potrà essere svolta neppure saltuariamente o sporadicamente; inoltre, ai sensi dell'articolo 13 l'assemblea, che rappresenta l'universalità dei soci (art. 8) nomina l'organo amministrativo (il consiglio di amministrativo).

Il nuovo statuto, poi, oltre alle modifiche di cui all'articolo 5 bis, ha introdotto anche l'articolo 8 bis, rubricato "Esercizio del controllo analogo - gestione in house contenute", prevedendo ulteriori accorgimenti tesi a chiarire e precisare le modalità per la sussistenza del requisito del controllo analogo.

In particolare è stato previsto (comma 2) che "le decisioni relative a specifiche modalità di esecuzione dei servizi sul territorio dei singoli Comuni Soci devono essere validamente assunte solamente dopo aver ottenuto il parere favorevole del Comune Socio territorialmente interessato. Il Comune deve esprimere il proprio parere entro sessanta giorni dalla richiesta e in forma scritta per lettera raccomandata a.r. o anche con altri mezzi, escluso il fax e la posta elettronica non certificata, che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento. Il mancato rispetto del termine e delle modalità equivale di fatto alla espressione di un parere favorevole", aggiungendo inoltre (comma 3) che "per consentire ai soci l'esercizio del controllo analogo previsto dagli articoli 113 e 113 bis del d.lgs. 267/2000 e successive modifiche

e la loro formulazione degli indirizzi di gestione, di programmazione, di vigilanza e di controllo sia sulla gestione ordinaria sia sulla gestione straordinaria della società, l'organo amministrativo della società deve convocare, in aggiunta alla assemblea ordinaria..., entro il 31 dicembre di ogni anno, almeno un'altra assemblea ordinaria a cui dovrà riferire: a) sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione; b) sulle operazioni di maggior rilievo, per dimensioni e caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate o che si intende effettuare; c) sullo stato di attuazione dei servizi svolti nel corso dell'esercizio e sulla loro prevedibile evoluzione; e a cui dovrà sottoporre, per la sua approvazione, il programma di gestione dell'esercizio successivo con particolare riferimento agli investimenti e alla loro copertura finanziaria" e demandando altresì (ultimo comma) "alla deliberazione della assemblea ordinaria l'autorizzazione per il compimento da parte del consiglio di amministrazione di singoli atti di amministrazione straordinaria e/o di singoli atti anche ordinaria non ricompresi nel programma di gestione approvato dalla assemblea dei soci che comportino obbligazioni a carico della società per un ammontare non inferiore al valore del Patrimonio Netto risultante dall'ultimo bilancio di esercizio approvato".

Dalla lettura di tali disposizioni, ad avviso della Sezione, tanto più in virtù delle precisazioni e delle ulteriori stringenti previsioni apportate con il nuovo statuto, non può dubitarsi che sussista il requisito del controllo analogo, a nulla rilevando la esiguità della partecipazione del Comune di S. al patrimonio della Servizi Comunali S.p.A..

Né alcun dubbio sembra poter sussistere circa la missione tipica della società e sul fatto che effettivamente il servizio di raccolta rifiuti e di igiene urbana sia correttamente espletato in favore dell'amministrazione comunale di S., quale esplicazione dello stesso scopo sociale, a nulla rilevando che la maggior parte dei comuni facenti parte della società appartenga alla provincia di Bergamo.

IV. La infondatezza dei primi tre motivi dell'appello e la conseguente legittimità delle impugnate delibere dell'amministrazione comunale di S. esime la Sezione dall'esame del quarto motivo di gravame, con cui la S. s.r.l. ha riproposto la domanda di risarcimento del danno connesso all'asserita illegittimità dell'azione amministrativa che, invece, come emerge dalle osservazioni precedenti non sussiste.

V. In conclusione l'appello deve essere respinto.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica tuttavia la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla S. s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, n. 5002 del 13 giugno 2007, così provvede:

- respinge l'appello;
- spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 17 marzo 2009, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Stefano BACCARINI - Presidente  
Filoreto D'AGOSTINO - Consigliere

Claudio MARCHITIELLO - Consigliere  
Aniello CERRETO - Consigliere  
Carlo SALTELLI - Consigliere,est.  
ESTENSORE IL PRESIDENTE  
F.to Carlo Saltelli F.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
Il 28/09/2009  
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)  
IL DIRIGENTE  
f.to Antonio Natale