



FEDERCULTURE

Consiglio di Stato

Sentenza del 11 settembre 2015, n. 4253

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 2037 del 2015, proposto da: Ambiente Servizi s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Caia e Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

contro

Snua s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Maria Fracanzani, con domicilio eletto presso l'avvocato Eugenio Picozza in Roma, via San Basilio n. 61;

nei confronti di

Comune di Spilimbergo, in persona del Sindaco in carica, non costituito in questo grado del giudizio;

sul ricorso in appello numero di registro generale 2040 del 2015, proposto da: Comune di Spilimbergo, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Caia e Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

contro

Snua s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Maria Fracanzani, con domicilio eletto presso l'avvocato Eugenio Picozza in Roma, via San Basilio n. 61;



FEDERCULTURE

nei confronti di

Ambiente Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante, non costituito in questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo del Friuli – Venezia Giulia n. 00629/2014, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani ed assimilati.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Snua s.r.l.;

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 9 luglio 2015 il consigliere Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino ed Eugenio Picozza su delega dell'avvocato Marcello Maria Fracanzani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo del Friuli Venezia Giulia, S.N.U.A. s.r.l. impugnava la deliberazione n. 25 in data 26 maggio 2014 con la quale il Consiglio comunale di Spilimbergo aveva deciso l'adesione del Comune ad Ambiente Servizi s.p.a. per affidarle il servizio di gestione dei rifiuti urbani ed assimilati a partire dal 1° luglio 2014; l'impugnazione era estesa alla delibera n. 96 in data 19 giugno 2014 con la quale la Giunta comunale di Spilimbergo aveva autorizzato il Segretario comunale a sottoscrivere gli atti necessari a dare attuazione alla predetta delibera ed alla delibera consiliare n. 33 in data 16 giugno 2014 concernente l'approvazione del piano finanziario per l'esercizio 2014 (costi di gestione dei rifiuti).

La ricorrente deduceva i seguenti motivi:

- 1) difetto di motivazione e falsa rappresentazione della realtà;
- 2) difetto di istruttoria in quanto la deliberazione consiliare principalmente impugnata è stata assunta sulla base di una relazione istruttoria inficiata da numerose carenze;



3) la diversità dei servizi offerti dalla ricorrente e da Ambiente Servizi non sono comparabili, anche in relazione alla diversità dei tempi di somministrazione delle prestazioni richieste; manca la convenienza economica ed al Consiglio comunale non è stata adeguatamente prospettata la scelta alternativa;

4) mancato rispetto dei principi comunitari in tema di *"in house providing"* per la genericità delle finalità di Ambiente Servizi e per la partecipazione di privati al suo capitale sociale.

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Con la sentenza in epigrafe, n. 629 in data 4 dicembre 2014, il Tribunale amministrativo del Friuli Venezia Giulia accoglieva il ricorso, per l'effetto annullando gli atti impugnati.

2. Avverso la predetta sentenza propongono appello Ambiente Servizi s.p.a. (ricorso n. 2037/2015) ed il Comune di Spilimbergo (ricorso n. 2040/2015), contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado.

In entrambi i giudizi si è costituita SNUA s.r.l., chiedendo che gli appelli vengano dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse ovvero respinti nel merito ovvero ancora, in caso di accoglimento dell'appello, venga dichiarata la nullità della delibera n. 25/2014 per difetto assoluto di attribuzione; in estremo subordine, chiede l'accoglimento delle censure assorbite dal primo giudice e riproposte nel presente grado.

Gli appellanti hanno depositato memoria.

I ricorsi sono stati congiuntamente discussi e assunti in decisione alla pubblica udienza del 9 luglio 2015.

3. Gli appelli in epigrafe devono essere riuniti onde definirli con unica sentenza in quanto sono rivolti avverso la stessa sentenza di primo grado.

3.a. Non può essere accolta l'eccezione di improcedibilità sollevata dalla parte appellata.

Il primo giudice ha accolto l'impugnazione proposta dall'odierna appellata affermando che Ambiente Servizi s.p.a. non può essere affidataria diretta di appalti, in questo caso di servizi in quanto manca il requisito del cosiddetto "controllo analogo" da parte dell'Amministrazione di riferimento che legittima il ricorso a tale sistema di attribuzione degli appalti della Pubblica Amministrazione secondo i principi dell'*"in house providing"*.

Nella compagine della predetta Società è infatti ricompreso il Consorzio per la Zona Industriale Ponte Rosso del quale – il dato è pacifico – all'epoca facevano parte soggetti privati.

L'appellata riferisce che dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado la s.p.a. appellante ha proceduto all'acquisto delle azioni di proprietà del suddetto Consorzio, con un notevole esborso,



in tal modo dimostrando la volontà di modificare la propria compagine per adeguarla ai principi dettati dalla sentenza oggetto degli appelli ora in trattazione.

Tale ragionamento, come anticipato, non può essere condiviso.

In primo luogo, l'accoglimento dell'appello escluderebbe la proponibilità di azioni risarcitorie da parte dell'appellata, e tale profilo è di per sé sufficiente a fondare l'interesse alla proposizione del gravame.

In secondo luogo, la riforma della sentenza di primo grado consentirebbe agli appellanti di procedere ad una nuova attribuzione di quote al suddetto Consorzio e ad un nuovo affidamento diretto dell'appalto alla s.p.a. appellante secondo lo schema dell'*"in house providing"*.

Inoltre, la delibera 29 dicembre 2014, n. 78, con cui il Comune ha proceduto alla riapprovazione dell'affidamento e dei relativi atti, è stata impugnata dalla Snua s.r.l. con ricorso al T.A.R., la cui udienza di discussione risulta fissata il 7 ottobre 2015.

Gli appelli devono pertanto essere esaminati nel merito.

3.b. Gli stessi sono peraltro infondati.

Gli appellanti sostengono in primo luogo che il ricorso di primo grado doveva essere dichiarato inammissibile in quanto l'atto effettivamente lesivo degli interessi dell'odierna appellata è costituito da quello con il quale è stata costituita la s.p.a. Ambiente Servizi, ovvero dalla deliberazione con la quale l'assemblea di coordinamento intercomunale ha stabilito la prosecuzione delle gestioni affidate alla predetta Società fino al 31 dicembre 2030.

La tesi non può essere condivisa.

La controversia ora sottoposta al Collegio riguarda esclusivamente la gestione dei rifiuti urbani del Comune di Spilimbergo, affidata alla s.p.a. appellante solo con la deliberazione di quel Consiglio Comunale n. 25 in data 26 maggio 2014, tempestivamente impugnata.

Deve quindi essere condiviso l'orientamento del primo giudice, il quale ha sottolineato come alla ricorrente non potesse essere accolto l'onere di impugnare atti non direttamente incidenti sull'affidamento del servizio alla cui gestione aspira e di cui ora si tratta.

3.c. Vanno poi condivise le argomentazioni del primo giudice, che rileva come la presenza di un socio privato nell'ambito della compagine sociale della s.p.a. appellante esclude che nei suoi confronti la stazione appaltante eserciti un controllo analogo a quello che esercita nei confronti dei propri uffici.

La tesi del primo giudice è, invero, conforme a giurisprudenza sostanzialmente pacifica.



C. di S., A.P., 3 marzo 2008, n. 1, che il Collegio condivide, ha infatti affermato che solo la partecipazione totalitaria delle amministrazioni pubbliche, e la totale assenza di soggetti privati nella compagine sociale, consentono di ravvisare nel soggetto affidatario la sottoposizione al cosiddetto “controllo analogo” (l’orientamento consacrato dall’Adunanza Plenaria è pacificamente seguito dalla giurisprudenza successiva: da ultimo, C. di S., III, 27 aprile 2015, n. 2154).

La stessa sentenza dell’Adunanza Plenaria ha inoltre affermato espressamente che esula dal sistema dell’*“in house providing”* il diverso fenomeno del cosiddetto *“partenariato pubblico – privato”* al quale sembra riconducibile l’assetto della s.p.a. appellante.

Il principio affermato dall’Adunanza Plenaria è applicabile al caso che ha originato la presente controversia, nel quale è pacifico che le amministrazioni che l’hanno costituita non esercitano, sulla s.p.a. appellante, un controllo totalitario, in quanto fra di esse se ne trova una partecipata, all’epoca, da soggetti privati.

Le parti appellanti obiettano, sulla base del parere della Seconda Sezione di questo Consiglio di Stato 30 gennaio 2015, n. 298, che il principio affermato dall’Adunanza Plenaria non è ulteriormente applicabile in quanto l’art. 12, par. 1, della direttiva 2014/24 ammette l’esistenza del controllo analogo anche in casi in cui il soggetto che opera in regime privatistico è partecipato da soggetti privati, purché tale partecipazione sia ristretta nei limiti ivi stabiliti.

Ad avviso della Seconda Sezione, fatto proprio dagli appellanti, il richiamato art. 12, par. 1, avendo contenuto sufficientemente preciso, è immediatamente applicabile nel nostro ordinamento.

L’orientamento espresso dalla Seconda Sezione non è condiviso dal Collegio che condivide, invece, quanto diversamente affermato dalla Sesta Sezione con la sentenza 26 maggio 2015, n. 2660.

Osserva, infatti, il Collegio che il legislatore comunitario ha individuato un termine per il recepimento della suddetta direttiva nei diversi ordinamenti nazionali, e che tale termine è ancora pendente.

Il legislatore comunitario ha quindi attribuito ai legislatori nazionali una sfera di discrezionalità nell’individuazione dei tempi per la trasposizione dei nuovi principi nei diversi ordinamenti, e per il necessario coordinamento con la normativa interna vigente.

Tali elementi impongono di escludere che i nuovi principi acquistino immediata efficacia nei singoli ordinamenti nazionali, fermo restando che gli stessi diventeranno immediatamente applicabili (ove suscettibili di utilizzazione immediata in ragione della loro sufficiente specificazione).

Tra l’altro, in forza dell’art. 12 della nuova direttiva appalti, le “forme di partecipazione di capitali privati” devono essere “prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati”. Nella specie, tale ulteriore condizione non sussiste.

Il ragionamento degli appellanti non può, in conclusione, essere condiviso.



FEDERCULTURE

4. Gli appelli devono, di conseguenza, essere respinti; deve essere assorbito l'esame degli ulteriori profili proposti nel presente grado dalla parte appellata.

Le spese di entrambi i gradi del giudizio devono essere integralmente compensate fra le parti, in ragione della complessità della controversia e degli elementi di dubbio introdotti dal richiamato parere della Seconda Sezione.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) riunisce i ricorsi in appello n. 2037/2015 e 2040/2015 e, definitivamente pronunciando sui medesimi, li respinge.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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