

T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 12 maggio 2004, n. 1685
Reg.Sent.N.1685/04 Reg. Ric.N.3470/03REPUBBLICA ITALIANAIN NOME DEL POPOLO ITALIANOil Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3a ha pronunciato la seguente SENTENZA sul ricorso n. 3470/03, proposto da COLOMBO SPURGHY s.n.c. di Colombo Ruggero e Colombo Fabio con sede in Concorezzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio ex lege (art.35 R.D. n.1054/24) presso la segreteria del TAR in Milano, via Conservatorio 13 contro COMUNE di LOCATE TRIULZI in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Brambilla Pisoni, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Visconti di Modrone 6 e nei confronti di AREA SUD MILANO s.p.a., con sede in Rozzano, in persona del suo legale rappresentante pro tempore rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Bassani, Enzo Robaldo e Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso lo studio dei primi in Milano via privata Maria Teresa 8 per l'annullamento della deliberazione n.42 del 24 settembre 2003, con cui il Consiglio comunale di Locate Triulzi ha affidato ad Area Sud Milano s.p.a. la gestione del servizio di igiene urbana con decorrenza dal 1° ottobre 2003; di ogni atto preordinato, connesso e attuativo, tra cui, in particolare, la proposta n.5 allegata alla deliberazione, a firma congiunta del Direttore generale e del Responsabile dell'area tecnica; e per la condanna mediante reintegrazione in forma specifica o, in subordine, al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'affidamento impugnato, previa declaratoria dei relativi criteri; visto il ricorso notificato in data 18 novembre 2003 e depositato in data 26 novembre 2003; visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie difensive del comune di Locate Triulzi e di Area Sud Milano s.p.a.; uditi alla pubblica udienza del 4 marzo 2004, relatore il cons. Domenico Giordano, l'avv. Enzo Giacometti, in delega, per la ricorrente, l'avv. Barbara Alessandro, in delega per il comune di Locate Triulzi e l'avv. Mario Bassani per la società controinteressata; visti gli atti tutti della causa; ritenuto quanto segue in: FATTO e DIRITTO 1) Il ricorso in epigrafe è rivolto avverso la delibera con cui il Consiglio comunale di Locate Triulzi ha affidato la gestione del servizio di igiene urbana ad AREA SUD MILANO s.p.a., società mista partecipata dal comune medesimo con una quota pari al 10% del capitale sociale. A sostegno del gravame si deduce che: -l'art.113 D.Lgs. n.267/00 vigente alla data di adozione (e di esecutività) della delibera impugnata imponeva l'esperimento di procedura ad evidenza pubblica e vietava all'amministrazione di conferire la titolarità del servizio mediante affidamento diretto; -contrariamente a quanto ritenuto dall'amministrazione, tale disciplina ha portata immediatamente precettiva e la sua applicazione non è preclusa dall'omessa emanazione del regolamento attuativo previsto dall'art.35 l.n.448/01;-il regime normativo sopravvenuto, di cui al d.l. n.269/00, oltre a risultare inapplicabile ratione temporis, conferma il principio della concorsualità e consente l'affidamento diretto solo alle società istituite allo scopo e controllate dal singolo ente locale per l'erogazione dei servizi pubblici di sua esclusiva pertinenza, senza legittimare l'esercizio extra meonia in favore di diverso ente locale che detenga una minima partecipazione sociale. Il comune intimato si è costituito in giudizio per sostenere l'infondatezza del ricorso. Anche la controinteressata resiste in giudizio, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'impugnazione. All'udienza la controversia è stata affidata alla decisione del Collegio. 2) La società ricorrente, attiva nel settore dei servizi di igiene ambientale, ha impugnato la delibera del Consiglio comunale di Locate Triulzi, che ha disposto l'affidamento diretto del servizio di igiene urbana alla società mista, a prevalente capitale pubblico il cui socio privato è stato selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica, cui il Comune medesimo partecipa con una quota pari al 10% del capitale azionario (poi ridotta al 7% a seguito dell'aumento di capitale). Detta partecipazione è

stata costituita con precedente deliberazione (n.47/02), nota alla ricorrente ma da questa non fatta oggetto di impugnazione, che è stata assunta al fine specifico di procedere al successivo conferimento alla società mista della gestione del servizio di cui trattasi. Da ciò consegue, secondo un recente indirizzo condiviso dal Collegio, l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse.3) Devono, infatti, qualificarsi come immediatamente lesivi gli atti che definiscono conclusivamente l'opzione dell'ente locale per il peculiare modello dell'affidamento diretto alla società mista, quale regolato ed autorizzato dalla vecchia formulazione dell'art.113 D.Lgs. n.267/00, sottraendo al confronto concorrenziale l'attribuzione del servizio e precludendo, dunque, alle imprese interessate di accedere alla relativa contrattazione. Ed invero, gli atti di costituzione della società mista o, come nella specie, quelli successivi di acquisizione della partecipazione da parte di un altro ente locale si rivelano i provvedimenti concretamente idonei a sottrarre dal mercato di riferimento la possibilità di accesso alla contrattazione con l'amministrazione che ha optato per quella peculiare forma di gestione diretta del servizio, posto che il conferimento della sua titolarità vale quale atto meramente consequenziale rispetto a quelli di formazione della società e, per certi versi, automatico e vincolato in relazione alla presupposta scelta del modulo in questione (CdS V 30 giugno 2003 n.3864). E' proprio con la prima categoria di provvedimenti, in conclusione, che l'ente locale manifesta e cristallizza l'opzione del modulo gestorio considerato, mentre con il successivo atto di affidamento si limita a dare esecuzione (necessitata) alla presupposta scelta organizzativa, di talché la lesione effettiva ed immediata degli interessi delle imprese che aspirano alla gestione del servizio risale all'adozione delle delibere di costituzione o di acquisizione della quota di partecipazione nella società mista, tenuto conto del carattere conclusivo della determinazione organizzativa che esse implicano. La ricorrente aveva quindi l'onere di impugnare immediatamente la delibera con la quale il Comune ha stabilito di acquisire la partecipazione nella società, non potendo conseguire alcun vantaggio dalla sola impugnazione del conseguente atto di affidamento del servizio avente carattere meramente consequenziale al primo e risultando, come tale, privo di autonoma portata lesiva. Tale conclusione risulta, peraltro, confermata ed avvalorata dall'esame, nel caso di specie, del contenuto della delibera in questione, che manifesta inequivocabilmente l'intenzione di finalizzare la partecipazione alla società mista all'unico scopo del successivo conferimento alla stessa della titolarità del servizio di cui trattasi, al di fuori di procedure selettive ad evidenza pubblica; il che non consentiva di dubitare, già al momento dell'adozione della delibera di acquisizione della quota della società mista, che a quest'ultima sarebbe stato affidato il servizio comunale di igiene urbana. Non può, in definitiva, negarsi il carattere immediatamente lesivo della delibera n.47/02 e della connessa inammissibilità dell'impugnazione, risultando dalla documentazione in atti che il ricorso introduttivo del giudizio è stato notificato tardivamente rispetto alla conoscenza legale (coincidente con il 27 dicembre 2002 ultimo giorno della pubblicazione nell'albo comunale) della delibera relativa all'acquisizione della quota da parte del Comune qui resistente e tempestivamente (ma inutilmente) rispetto alle sole determinazioni di affidamento del servizio alla società controinteressata.4) A voler prescindere dalla questione procedurale, può comunque osservarsi che alla fattispecie in esame si attaglia un recente orientamento assunto in materia, che la Sezione ritiene di poter condividere (cfr. CdS V 19 febbraio 2004 n.679). In particolare, il Consiglio di Stato, nella decisione citata, ha ritenuto di poter attribuire alla nuova formulazione dell'art.113 t.u. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 236, una portata retroattiva con valore di sostanziale "sanatoria" anche degli affidamenti precedentemente disposti in violazione delle

norme di evidenza pubblica. Con particolare riferimento ai servizi di rilevanza industriale, che assumono la nuova denominazione di servizi di "rilevanza economica", il nuovo testo dell'art. 113, comma 5, - a differenza dalla previgente disposizione, che ammetteva solo procedure ad evidenza pubblica - dispone (lett. b) che l'erogazione possa avvenire anche a mezzo di "società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche." La fattispecie descritta, che si adatta alla vicenda oggi in esame, non è destinata a valere soltanto per il futuro, ma viene presa in considerazione anche con riferimento al passato. La novella introduce infatti nell'art. 113 del d.lgs n. 267/2000 un comma 15-bis, secondo cui "nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione della disposizioni previste dal presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano." Si tratta, al di là di ogni ragionevole dubbio, di una norma di salvezza destinata a conferire legittimità a provvedimenti posti in essere sotto il vigore di una diversa disciplina e a escludere l'applicazione della regola dell'anticipata cessazione alle concessioni di cui sia titolare la società a capitale misto. Ne consegue che appare irrilevante, nella specie, l'approfondimento circa la fondatezza dei motivi di ricorso volti a sostenere l'obbligo di esperimento di procedura ad evidenza pubblica, posto che l'efficacia retroattiva della richiamata normativa obbligherebbe comunque alla loro reiezione. Vi è solo da soggiungere che la nuova normativa non esclude la possibilità, per la società mista a dominanza pubblica che sia partecipata da più enti locali e ad essi unita da legame funzionale, di ottenere l'affidamento diretto del servizio negli ambiti territoriali degli enti di riferimento, con il solo vincolo ostativo alla partecipazione alle gare indette per l'affidamento al di fuori del territorio degli enti soci. Il termine plurale utilizzato al comma 15 bis, laddove si ammette che la società mista realizzi la propria attività con gli enti pubblici che la controllano, evidenzia come, diversamente da quanto affermato dalla ricorrente, non si debba necessariamente trattare di società istituite allo scopo dal singolo ente locale per l'erogazione del solo servizio di sua esclusiva pertinenza. In conclusione il ricorso non può trovare accoglimento. Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti. P.Q.M. il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 3470/03 così dispone: - respinge il ricorso in epigrafe; - compensa le spese tra le parti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Milano il 4 marzo 2004 in camera di consiglio con l'intervento dei magistrati: Italo Riggio - presidente Domenico Giordano - cons.est. Gianluca Bellucci - refer.