



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1210 del 2009, proposto da:  
C.O.N.U. Scarl, rappresentato e difeso dall'avv. Claudio Michelin, con domicilio  
eletto presso Claudio Michelin in Padova, Piazzale Stazione, 6;

***contro***

Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre, rappresentato e difeso  
dagli avv. Giuseppe Caia, Vincenzo Pellegrini, con domicilio eletto presso  
Emanuela Rizzi in Venezia, Santa Croce, 312/A; Consorzio Intercomunale Priula;

***nei confronti di***

Contarina Spa;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

della delibera n. 3 dell'Assemblea Consortile del Consorzio TV TRE prot. n. 2374  
del 16.4.2009, conosciuta dalla ricorrente in data 13.5.2009;.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2009 il dott. Riccardo Savoia 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 sentenza n.236/09 la sezione aveva accolto l'impugnazione dell'odierna ricorrente relativa alla sequenza procedimentale che aveva condotto all'affidamento alla controinteressata del servizio di smaltimento rifiuti.

Più precisamente gli atti impugnati consistevano:

nella deliberazione del Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre n. 13 dd. 29 settembre 2007, avente ad oggetto: “Approvazione del progetto di partecipazione del Consorzio TV3 in Contarina S.p.a.”;

nell'allegato sub “A” alla deliberazione medesima;

nella convenzione Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre – Contarina S.p.a. per l'affidamento del servizio pubblico di gestione dei rifiuti;

nella delibera del C.d.A. di Contarina S.p.a., di approvazione del secondo stralcio del Piano Industriale per il completamento e revisione parco mezzi della società;

nel bando di gara indetto da Contarina S.p.a. per la fornitura di automezzi di raccolta RSU per € 2.650.000,00;

- nella deliberazione di Assemblea Straordinaria di Contarina S.p.a. in data 27 dicembre 2007 Rep. n. 68169 del notaio Talice di Treviso e relativi allegati;

nella convenzione in data 27 dicembre 2007 stipulata tra il Consorzio Intercomunale di bacino Treviso Tre e Contarina S.p.a. avente per oggetto l'affidamento del servizio pubblico di gestione dei rifiuti;

- nel verbale del Consiglio di Amministrazione di Contarina S.p.a dd. 17 marzo 2008 e dell'assemblea congiunta Consorzio Treviso Tre e Consorzio Priula dd. 19 dicembre 2007;

- nella conseguente deliberazione di assemblea congiunta in data 19 dicembre 2007;

- nella deliberazione di Assemblea Consortile in data 19 dicembre 2007;

nell'atto di coordinamento tra A.A.T.O. "Marca Ambiente", Consorzio Priula e Consorzio TV3 in data 28 settembre 2007.

Con detta statuizione venivano annullati tutti gli atti impugnati dalla ricorrente nella parte in cui individuano Contarina S.p.a. quale affidataria in house del servizio di cui trattasi, eccettuata la deliberazione di Assemblea Straordinaria di Contarina S.p.a. in data 27 dicembre 2007 Rep. n. 68169 del notaio Talice di Treviso e relativi allegati, trattandosi di atto posto in essere da un soggetto societario in ordine al quale non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

Le ragioni dell'accoglimento del ricorso risiedevano nella fondatezza delle censure "con le quali la ricorrente ha puntualmente contestato l'assenza, nella specie, del requisito del "controllo analogo" su Contarina da parte dei soggetti pubblici che pur sono proprietari dell'intero capitale di tale Società, ossia il Consorzio Priula e il Consorzio Treviso Tre.

13.2. A tale riguardo il Collegio non sottace che nelle premesse la Convenzione di coordinamento conclusa tra il Consorzio Priula e il Consorzio Treviso Tre in data 27 dicembre 2007 reca, di per sé, un puntuale riferimento alla più recente giurisprudenza comunitaria e italiana intervenuta in tema di "in house providing",

del seguente tenore: “Preso ... atto dei principi giurisprudenziali comunitari, ma anche nazionali, che si sono venuti affermando e consolidando in materia di (legittimo)affidamento cd. “in house providing”, tra cui in particolare: a) la necessità della totale partecipazione pubblica (Corte di Giustizia europea; sez. V 18 novembre 1999 n. C. 107/98 Teckal, punto 50); b) il divieto, sancito statutariamente, di apertura al capitale privato (Corte di Giustizia europea, sez. I, 11 gennaio 2005 n. C-26/03 Stadt Halle, punto 49); c) la riserva in capo ai soci pubblici del potere di designare i componenti degli organi della società (Corte di Giustizia europea, sez. 1, 13 ottobre 2005 n. C-458/03 Parking Brixen ,punto 69; T.A.R. Lombardia, Brescia, 21 aprile 2006, n. 433); d) la possibilità di esercitare un’influenza determinante sia sugli obbiettivi strategici, sia sulle decisioni importanti della società (Corte di Giustizia europea, sez. 1, 13 ottobre C-458/03 Parking Brixen. punto 65 e Corte di Giustizia europea, sez. 1, 11 maggio C-340/04 Carbotermo, punto 36); e) la necessità che il controllo sia preventivo e non solo a posteriori (Corte di Giustizia europea, sez. V, 27 febbraio 2003, n. C. 373/00 Truley, punto 70; Consiglio di Stato sez. VI, 5 gennaio 2007, n. 5) e che siano previsti concreti poteri ispettivi (Corte di Giustizia. europea, sez. V, 27 febbraio 2003 n. C 373/00 Truley, punto 73) e d’intervento (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 aprile 2006 n. 5072, p. 22) f) la circostanza che l'impresa non deve acquisire una vocazione commerciale (Corte di Giustizia europea, Sez. 1, 13 ottobre 2005 n. 458/03 Parking \_Brixen, punto 67); g) la non sufficienza, per la configurazione del c.d. controllo analogo, degli ordinari strumenti di diritto civile (Consiglio di Stato, Sez. V; 5 gennaio 2007, n. 5); h) il carattere (speciale, rispetto a quelle disciplinate dal Codice Civile, delle società di capitali in house (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. 1, sentenza n. 8055/06) e nella necessità di predisporre un meccanismo di controllo coerente con la peculiarità della forma (societaria (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II ter, 16 ottobre 2007 n. 9988); i) la possibilità che il capitale sociale della

società in house sia partecipato da una pluralità di enti locali, purchè il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi sia realizzato, indipendentemente dalla quota di partecipazione propria di ciascun ente, attraverso la costituzione di un ufficio comune, cui sia attribuito il compito di realizzare il coordinamento e la consultazione tra gli enti locali (T.A.R. Abruzzo, Pescara, 7 novembre 2006 n. 687; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 12 aprile 2006 n. 1318); j) l'utilizzabilità dello strumento della convenzione ex art. 30 del D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e s.m.i. per l'esercizio del controllo analogo da parte di una pluralità di enti soci (T.A.R. Friuli Venezia Giulia 15 luglio 2007 n. 634”.

La difesa delle parti intimate si diffonde, quindi, in un'analitica disamina delle disposizioni contenute nello Statuto sociale di Contarina, nonché della disciplina contenuta nella stessa Convenzione di coordinamento stipulata tra i due Consorzi e oggettivamente riconducibile al contenuto di un vero e proprio patto parasociale concluso tra gli stessi, al fine di comprovarne la materiale conformità ai principi testè enunciati.

Il Collegio, tuttavia, evidenzia che a ragione la difesa di C.O.N.U. ha rimarcato che lo Statuto sociale di Contarina in realtà non si conforma ai principi enunciati dalla pur dianzi citata sentenza di T.A.R. Lazio, Sez. II – ter n. 9988 del 2007, la quale – per l'appunto – richiede al fine della sussistenza del requisito del “controllo analogo” la previsione di un diritto di veto da parte di ciascun Ente partecipante alla società nei confronti delle deliberazioni assunte dagli organi sociali in modo difforme dalle proposte, nonché della competenza dell'assemblea ordinaria della trattazione di argomenti inerenti a pretese della società sugli Enti locali che ad essa partecipano scaturenti dal contratto di servizio e corrispondente al diritto di veto di ciascun Ente locale interessato sulle relative determinazioni; e, soprattutto, del diritto di recesso dalla società nei casi in cui l'Ente socio abbia diritto a far valere la risoluzione o, comunque, lo scioglimento del contratto di servizio con la Società;

quest'ultima ipotesi, non è contemplata dall'art. 9 dello Statuto di Contarina, il quale si limita ad affermare al riguardo che “il recesso è ammesso soltanto nei casi consentiti dalla legge”.

Inoltre, se è vero che l'esercizio di attività extraterritoriali da parte della Società controllata non pare – di per sé – precluso in linea di principio dalla previsione contenuta nell'attuale testo dell'art. 113 del T.U. approvato con D.L.vo 267 del 2000 laddove – per l'appunto – testualmente si afferma che la società deve “realizzare la parte più importante della propria attività” (e, quindi, non tutta la propria attività) “con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”, nel caso di specie né lo statuto di Contarina, né il patto parasociale concluso tra i Consorzi contemplano criteri di sorta per evitare che le risorse aziendali della società controllata siano utilizzate in modo prevalente su attività di impresa esterne al territorio degli Enti partecipanti.

Sul punto la difesa delle parti intimete si limita a richiamare T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 23 giugno 2006 n. 2533, peraltro relativa alla ben diversa ipotesi della società mista pubblico – privata e in ordine alla quale è ivi enunciata la necessità di una mera “verifica sul piano concreto ... che l'impegno di assumere extra moenia non comporti una distrazione di mezzi e risorse tale da poter arrecare pregiudizio sia alla collettività locale ... sia al principio generale di libera e paritaria concorrenza del mercato”.

Si tratta, quindi, di un “controllo debole” rispetto alla ben diversa esigenza propria del “controllo analogo”, la quale deve essere, viceversa, espressamente normata in sede di statuto sociale e di patti parasociali garantendo al riguardo la necessaria unanimità degli Enti soci in ordine all'assenso all'esercizio dell'attività esterna con garanzia anche in questo caso del recesso per l'Ente eventualmente dissenziente.

Né va sottaciuto, da ultimo, che l'affidamento in house deve logicamente essere disposto allorquando il soggetto affidatario ha l'effettiva possibilità, all'interno del

proprio contesto organizzativo, di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto dell'affidamento medesimo o, comunque, una sua parte significativamente consistente.

Se, per contro, l'affidatario in house deve a sua volta rivolgersi a soggetti esterni – sia pure nelle necessarie forme dell'evidenza pubblica quale “organismo di diritto pubblico” a' sensi dell'art. 2, comma 26, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 – per reperire risorse non marginali al fine dell'espletamento del servizio reso oggetto di affidamento, risulta ben evidente che l'Amministrazione affidante realizza nei propri confronti non già un vantaggio economico, ma una vera e propria diseconomia, non solo finanziaria in quanto il costo dello svolgimento del servizio stesso sarà intuitivamente aggravato dall'intermediazione dell'affidatario c.d. “in house”, ma anche – per così dire – “funzionale” sotto il profilo dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa, all'evidenza appesantita dall'ingresso di un soggetto che funge da mero tramite tra l'Amministrazione affidante e l'imprenditore che materialmente svolge il servizio.

Il caso di specie risulta oltremodo significativo, posto che Contarina, non disponendo di mezzi propri sufficienti per disimpegnare il servizio di cui trattasi, ha poi affidato lo stesso mediante procedura negoziata alla predetta De Vizia S.p.a., ossia al precedente gestore nella precedente concessione rilasciata dal Consorzio Treviso Tre.

In sostanza, quindi, nulla è cambiato rispetto all'assetto precedente: e la circostanza testè descritta rende, dunque, di per sè evidente che quanto avvenuto non risulta riconducibile, nella sostanza, ad un'ipotesi di affidamento di pubblico servizio locale in house.

14. Conclusivamente, devono dunque essere annullati tutti gli atti impugnati dalla ricorrente nella parte in cui individuano Contarina S.p.a. quale affidataria in house del servizio di cui trattasi.”

Fin qui la sentenza della sezione di cui l'atto impugnato costituisce esecuzione.

2. Il consorzio Treviso Tre ha preso atto dell'esecutività della sentenza del Tar Veneto 236 del 2009- pur impugnata- e con la delibera dell'assemblea n.3 del 16 aprile 2009 vi ha dato seguito.

Per la precisione, ripreso il procedimento di affidamento a partire dal primo degli atti non annullati, ha stabilito la continuazione della gestione del servizio rifiuti a mezzo della società Contarina Spa "nel presupposto della tuttora esistente ed efficace partecipazione del Consorzio a Contarina spa avendo quale altro e unico ulteriore socio il Consorzio intercomunale Priula", sulla base delle considerazioni tecniche ed economiche esplicitate nella relazione tecnico economica allegata alla deliberazione.

3. Con il ricorso in epigrafe tale delibera viene impugnata insieme a ogni altro atto presupposto assumendo che nelle more della pendenza del ricorso che ha originato la sentenza n.236 del 2009 veniva promulgato l'articolo 23 bis del decreto-legge n.112/2008, convertito in legge n.133 del 2008 il quale prevede espressamente quanto segue:

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la piu' ampia diffusione dei principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonche' di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalita' ed accessibilita' dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarieta', proporzionalita' e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel



presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. È consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

8. Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e) le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3.

9. I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre

2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:

- a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;
- b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;
- c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;
- d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;
- e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle

gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;

h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;

i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;

m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.”

3.1. Assume la ricorrente come dalla lettura del provvedimento normativo emergano alcuni principi:

la necessità dell'esistenza di situazioni del tutto particolari che non permettono un'efficace utile ricorso al mercato, derivanti da peculiari caratteristiche

economiche sociali ambientali e geomorfologica del contesto territoriale di riferimento, ai fini di consentire la deroga alle modalità di affidamento ordinaria, pur sempre nel rispetto della disciplina comunitaria;

-la necessità, in tali casi, da parte dell'ente affidante di dare pubblicità alla scelta motivandola in base a un'analisi del mercato;

la necessità, in tali casi, di contestuale trasmissione di una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all' Autorità garante della concorrenza del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da render entro 60 giorni dalla ricezione della relazione.

Orbene, ad avviso della ricorrente tutte e tre le precondizioni esistenti risulterebbero violate, posto che dalla lettura della delibera impugnata non risulterebbero le peculiari caratteristiche surrichiamate, nè risulterebbe la trasmissione alla Autorità garante per l'adozione dei prescritti pareri, né la correlata attività di pubblicità della scelta.

3.2 Contestano l'assunto ora illustrato le difese delle amministrazioni consortili costituite, secondo le quali nel caso di specie non verrebbe in questione l'applicazione dell'articolo 23 bis, posto che il comma ultimo della disposizione prevede espressamente che “restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto”, e quindi, trattandosi di riedizione del potere o meglio di ripresa di una procedura di gara già avviata, il Consorzio non avrebbe dovuto richiedere i pareri previsti dalle Autorità sia perché la vicenda non ricade nel campo di applicazione dell'articolo 23 bis, sia perché, comunque, il testo dell'articolo 23 bis comma quarto, vigente al momento dell'assunzione degli atti impugnati, contemplava pareri successivi e non preventivi da parte delle Autorità indicate, e ciò troverebbe conferma dal decreto legge n.135 del 2009, che intervenendo a modifica dell'articolo 23 bis introduce espressamente il parere preventivo della sola Autorità garante della concorrenza del mercato,

prevedendosi un'ipotesi di silenzio assenso in caso di mancata esplicitazione del parere:” 4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.»”

3.2.1. Per altro verso il ricorso sarebbe inammissibile per difetto di interesse attuale concreto, in quanto l'unico soggetto investito della gestione dei rifiuti alla quale deve provvedere direttamente sarebbe il Consorzio Treviso 3, quale ente responsabile di bacino costituito dai comuni in forma di azienda speciale, e quindi dall'accoglimento del ricorso non deriverebbe l'obbligo per il Consorzio di bandire una gara, ma unicamente quello dell'azienda speciale di riassumere in via diretta l'espletamento del servizio pubblico fino alla diversa organizzazione che verrà stabilita dall'autorità d'ambito.

3.2.2. Il ricorso sarebbe inammissibile, peraltro, in quanto non sarebbe impugnata la statuizione secondo la quale l'affidamento alla gara è stato escluso non essendo praticabile il ricorso per la selezione dell'affidatario in quanto non sarebbe possibile stabilire la durata del rapporto con l'eventuale aggiudicataria, a meno di non voler preconstituire situazioni che illegittimamente interferirebbero con le competenze dell'Autorità d'Ambito una volta insediata e operante, ritenendo dunque unica soluzione praticabile l'autoproduzione del servizio pubblico, anche considerato che tale forma di gestione potrà senza ostacoli venire immediatamente interrotta al momento del legittimo esercizio, da parte dell'Autorità d'Ambito, delle funzioni a essa assegnate dall'ordinamento.(confronta delibera impugnata , pagina 10).

3.2.3. Nel merito, assumono le difese resistenti che l'articolo 23 bis riguarderebbe esclusivamente gli affidamenti a regime del servizio di gestione integrata dei rifiuti ma non anche quelli da effettuarsi nella fase transitoria, che rimarrebbero regolati dall'articolo 198, comma uno del decreto legislativo 3 aprile 2006 n.152, e non potrebbe interpretarsi nel senso che l'accesso alla gestione in causa risulti praticabile solo in assenza di mercato.

4. Dopo il deposito di memorie illustrative e discussione, all'odierna udienza la causa è passata in decisione.

5. Devono anzitutto essere respinte le eccezioni di inammissibilità proposte.

5.1 Quanto alla carenza di interesse a ricorrere, risulta convincente l'assunto della ricorrente relativo al fatto che è l'eventuale sussistenza delle condizioni che conducono alla deroga dell'affidamento mediante gara previste dall'articolo 23 bis, la cui accertata applicabilità al caso in esame costituisce proprio il presupposto legittimante la proposizione del ricorso, a radicare l'interesse a che una ditta partecipante potenziale possa essere garantita sulla correttezza della scelta effettuata dall'amministrazione, a tacer del fatto che l'odierna ricorrente lo era anche il giudizio che ha dato origine alla sentenza n.236 del 2009 di cui il provvedimento impugnato costituisce applicazione.

5.2 Quanto all'eccezione relativa alla mancata impugnazione della delibera del 25 febbraio 2009, si rileva come la stessa costituisca la presa d'atto della sentenza di questa sezione, senza tuttavia che vi emerga esplicitamente, ma soprattutto incontrovertibilmente, la volontà di affidare il servizio nelle modalità poi prescelte.

6. La tesi avanzata in ricorso è sostanzialmente riassunta nell'ultima pagina del medesimo: l'affidamento in house costituisce un nuovo affidamento, di conseguenza la procedura va assoggettata alla normativa di cui all'articolo 23 bis, e avendo le controparti omesso in toto i necessari adempimenti ivi previsti avrebbero adottato un atto illegittimo e pertanto da annullarsi.

La tesi invece sostenuta dalle difese resistenti si fonda sull'inapplicabilità dell'articolo 23 bis in quanto non si tratterebbe di nuovo affidamento ma di ripresa di una precedente procedura già iniziata, e pertanto sottratta espressamente dall'ultimo comma della disposizione alla nuova procedura da essa introdotta.

6.1 Tale ultima considerazione appare priva di pregio.

L'articolo 23 bis costituisce una disposizione completamente innovativa nel quadro della tematica dei così detti affidamenti in house, in relazione alla legittimità dei quali, conformandosi via via alle sempre maggiormente affinate letture derivanti dall'ordinamento comunitario, la normativa interna ha adottato varie discipline.

Al fine di esplicitare la evidente eccezionalità rispetto al normale affidamento previa gara la disposizione in parola ha previsto significative innovazioni rispetto alla disciplina previgente, consentendo il ricorso all'affidamento solo in presenza non già dei riconosciuti requisiti consistenti nella totale partecipazione pubblica, nel cosiddetto controllo analogo, nella rilevanza prevalente dell'attività svolta in house e relativi corollari, bensì anche di eccezionali ragioni derivanti dal particolare contesto territoriale: dispone il terzo comma, infatti, che “ In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.”

Del resto l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici dei lavori servizi forniture, nella valutazione degli aspetti problematici della norma in sede di audizione del 10 novembre 2008, rilevava come la disposizione avesse definito la nuova disciplina di servizi pubblici locali a rilevanza economica finalizzata a un nuovo assetto del settore, che dovrà essere regolato da principi omogenei così da essere trasversale rispetto a quelle settoriali, soprattutto con riferimento al profilo dell'affidamento della gestione del servizio, rilevando come il principio di fondo



della riforma fosse quello di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi di tutti gli operatori economici interessati della gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, con modalità tali da garantire il diritto di universalità e accessibilità di servizi per tutti gli utenti nonché il livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'articolo 117 comma due lettere e) m) della Costituzione.

In tale quadro è evidente che la disposizione di cui all'ultimo comma che prevede la persistenza del regime precedentemente in vigore relativamente alle sole procedure già avviate all'entrata in vigore della legge di conversione del decreto consentendo pertanto di avviare procedure "in deroga" nel periodo intercorrente tra il decreto-legge e sua conversione – deve essere restrittivamente intesa, da un lato, e, dall'altro, legittimare le sole procedure già avviate ma non concluse nell'impero della nuova disciplina.

Dunque quid iuris per una procedura conclusa ma annullata – perché a ciò si riduce la questione giuridica all'esame del collegio-?

La resistente richiama l'impostazione giurisprudenziale secondo cui in caso di annullamento del provvedimento, il procedimento riparte dall'ultimo atto legittimo adottato, ovvero dall'ultimo atto endoprocedimentale, ingenerandosi per tal modo non un nuovo procedimento ma la prosecuzione di quello annullato.

Tale assunto, peraltro del tutto pacifico, la resistente afferma essere stato sostanzialmente accolto dalla sezione che in un ricorso relativo alla medesima procedura ha parlato di rinnovazione della stessa.

In realtà proprio il richiamo all'ordinanza della sezione conferma, utilizzando il termine di rinnovazione, che appunto di un nuovo procedimento si tratta e non della continuazione di quello annullato dalla sentenza n.236 del 2009, e ciò per la concludente ragione che l'applicazione dei principi contenuti nella sentenza comportava per l'amministrazione non già una sorta di sanatoria del procedimento

prima seguito emendandolo dai vizi che lo rendevano illegittimo, bensì una nuova verifica della conformità all'interesse pubblico della scelta effettuata in ordine all'affidamento in house, ove suffragata da positiva individuazione delle ragioni tecniche economiche che accertavano, da un lato, l'impossibilità di procedere all'affidamento con gara, dall'altro, la diseconomicità della stessa, e ciò alla luce delle statuizioni che questa sezione aveva affermato proprio in relazione alla non congruità sotto il profilo dell'interesse pubblico dell'affidamento diretto a un soggetto che poi, non avendo la possibilità di espletare in proprio il servizio, era stato obbligato ad affidare il servizio medesimo al precedente affidatario, il quale aveva chiesto all'amministrazione un adeguamento del corrispettivo.

La qualificazione di nuovo procedimento reca con sé necessariamente l'assoggettamento della procedura al regime dell'articolo 23 bis, con conseguente necessità di acquisizione dei pareri da parte delle Autorità, ovvero della sussistenza dei requisiti di cui al comma tre della richiamata disposizione.

7. Afferma tuttavia sul punto la difesa resistente che anche in caso di applicabilità dell'articolo 23 bis, la procedura in esame sarebbe comunque legittima in quanto la disposizione non prevede l'adozione di pareri preventivi, e ciò sarebbe dimostrato dal fatto che la locuzione "parere preventivo" sarebbe contenuta solamente nel decreto-legge 135 del 2009, che modifica l'articolo 23 bis.

7.1 Invero tra le significative modifiche introdotte con decreto-legge in corso di conversione vi è certamente anche quella della esplicitazione della natura preventiva del parere, oggi limitato alla sola Autorità garante della concorrenza del mercato, mentre prima era esteso a tutte le autorità competenti, ove costituite, con espunzione dunque, per esempio, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici lavori servizi forniture fra i destinatari della disposizione, con l'ulteriore previsione che in caso di silenzio venga attribuito valore di assenso all'inerzia.

7.2 Ma ciò ad avviso del Collegio non sarebbe appunto altro che una esplicitazione di ciò che già pianamente risultava dalla lettura della norma, come del resto interpretato dall'Autorità garante della concorrenza del mercato, la quale nella sua comunicazione 16 ottobre 2008 aveva indicato quale procedura questa scansione:

“l'ente locale che intenda affidare un servizio pubblico locale sensi dell'articolo 23 bis, comma tre, del decreto-legge 112 del 2008 deve presentare una richiesta di parere, utilizzando l'apposito formulario, corredata dalle informazioni dai documenti rilevanti, prima della delibera con la quale l'ente locale stesso affiderà il servizio e in ogni caso in tempo utile per il rilascio del prescritto parere. L'ente locale deve fornire all'Autorità almeno:

- a) una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura evidenza pubblica;
- b) informazioni circa le modalità con le quali sono state resi pubblici gli elementi di cui al punto sub a);
- c) tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa interessata;
- ... f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore e del mercato tali da giustificare l'affidamento in house.”

7.3 Dunque è ben chiaro il carattere preventivo del parere dell'Autorità, che conclude il proprio avviso specificando che "l'Autorità ritiene che l'ente locale è chiamato a tenere nella dovuta considerazione le valutazioni espresse nel parere rilasciato”, il che vale a qualificare il parere come obbligatorio ma non vincolante, pur in qualche modo obbligando l'amministrazione a spiegare le ragioni che eventualmente la inducano a disattendere le indicazioni contenute nel parere.

7.4 Dunque anche nel caso di specie il Consorzio avrebbe dovuto procedere all'acquisizione del parere, quanto meno dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e il non averlo fatto comporta l'illegittimità del procedimento.

8. Tuttavia, sostiene ancora la difesa delle resistenti, l'articolo 23 bis non sarebbe comunque applicabile perché riguarderebbe gli affidamenti a regime del servizio di gestione integrata dei rifiuti ma non anche quelli da effettuarsi nella fase transitoria, che rimarrebbero regolati dall'articolo 198, comma primo del decreto legislativo 152 del 2006.

9. L'eccezione, pur di estremo interesse e rilevanza, per le sue implicazioni, non risulta tuttavia fondata.

E' vero infatti che il decimo comma lettera m) dell'articolo 23 bis della legge n.133 del 2008 prevede l'adozione da parte del governo di uno o più regolamenti al fine di individuare esattamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo, sicché, afferma la resistente, in attesa della piena operatività dell'Autorità d'Ambito e dell'approvazione del Piano d'Ambito continuerebbe ad applicarsi la disciplina del T.U.Ambiente.

Ma la sezione nella citata sentenza già aveva escluso tale ultrattività, affermando come l'art.23 bis prevale sugli ordinamenti di settore con esso incompatibili, compreso il D.Lgs. n.152/06.

Inoltre la giurisprudenza ha già affermato la prevalenza dell'art.23 bis sull'art.113 del T.U. E. L.

Con perspicua decisione, la prima sezione del Tar Toscana ha affermato:” Ai fini della verifica di legittimità del provvedimento impugnato, si tratta, dunque, di scrutinare altresì il grado di compatibilità tra l'art. 113 d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e l'art. 23 bis d.l. n. 112/08.

Come precisato, l'art. 23 bis prevede, quale modalità ordinaria, l'affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (comma 2); quale modalità eccezionale, derogatoria rispetto al modello dell'evidenza pubblica, l'affidamento “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”, previo accertamento di peculiari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento, che non permettono

un efficace e utile ricorso al mercato (comma 3); in tal caso, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per il parere di competenza (comma 4).

Posto che, come già precisato, è stato abrogato dall'art. 23 bis solo nei limiti di incompatibilità con la norma sopravvenuta, si tratta di accertare se il comma 5 dell'art. 113 d.lgs. 267/2000, che interessa nella fattispecie e che contempla come modalità di gestione anche il sistema dell'"in house providing", sia compatibile con la nuova disciplina.

Da una parte, si ritiene che l'art. 23 bis abbia inteso solo disciplinare le modalità dell'affidamento esterno, laddove l'ente abbia prescelto tale formula organizzativa, ma non abbia anche precluso la scelta discrezionale dell'ente locale di preferire una diversa modalità di gestione.

Invero, interpretata nel senso testé precisato – come qui sostenuto dalla difesa del comune – la norma non sembra avere alcuna significativa portata innovativa, contrariamente a quanto prefigurato dalle finalità concorrenziali enunciate nel corpo della stessa.

Infatti, già dall'art. 113 del t.u. enti locali e dall'art. 30 del d. lgs. n. 163/2006 si desumeva la necessità del rispetto dei principi comunitari nei casi di affidamento esterno dei servizi pubblici locali.

Nel quadro normativo previgente l'unico modulo gestionale non concorsuale era contemplato dalla lettera c) del 5° comma, che consente l'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici a società a capitale interamente pubblico, purché le stesse soddisfino la condizione della gestione "in house providing",....Sulla base delle considerazioni che precedono, ove non si intenda vanificare la portata innovativa, nel senso della liberalizzazione del mercato, dell'art. 23 bis deve

ritenersi che la norma sia destinata ad incidere sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i quali, in via ordinaria, vanno esternalizzati previa gara e non possono essere oggetto di affidamenti “in house”.

Tale conclusione si pone in linea con la giurisprudenza che afferma la natura eccezionale del sistema dell’”in house providing”, al quale gli enti locali possono ricorrere previa specifica motivazione laddove le condizioni di mercato non consentono di assicurare lo svolgimento efficiente di un determinato servizio.

L’elaborazione giurisprudenziale ha, infatti, evidenziato il carattere eccezionale del modello “in house”, da utilizzare motivatamente e con cautela, laddove si tratti di un servizio di rilevanza economica e cioè di servizio che possa essere ordinariamente soddisfatto mediante ricorso al mercato, “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria” (Tar Toscana, sez.I, n.174/09).

Conseguentemente il ricorso va accolto, con assorbimento degli ulteriori motivi perché tali da involgere profili confluenti con quelli accolti, e annullamento della delibera impugnata.

Data la novità della questione, sussistono giusti e particolari motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l’effetto annulla l’atto impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2009 con l’intervento dei Magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO