

Pubblicato il 30/10/2023

N. 02540/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00724/2023 REG.RIC.



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 724 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

S.A.S.O.M. S.r.l. - Società Ambiente del Sud Ovest Milanese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Tempesta, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Giovenale 7;

contro

Comune di Vermezzo con Zelo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberta Bertolani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Azienda Multiservizi Abbiatense Gestioni Ambientali - Amaga S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sara Valaguzza, Eugenio Pizzaghi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio

Sara Valaguzza in Milano, piazza Duse n. 1;

per l'annullamento

-della deliberazione del Consiglio comunale di Vermezzo con Zelo del 13.4.2023, n. 2, con la quale è stato affidato il servizio di igiene ambientale ad AMAGA s.p.a., “con data del servizio fissata per il giorno 1 maggio 2023 fino al 30 aprile 2033”, non conosciuta;

-della determinazione del 18.4.2023, n. 137, ad oggetto: “contratto di servizio per lo svolgimento dei servizi di igiene ambientale 1.5.2023-30.4.2033 tra il Comune di Vermezzo con Zelo e AMAGA s.p.a.. Impegno di spesa”;

-di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

e per l'annullamento con i motivi aggiunti presentati da S.A.S.O.M. S.r.l. - Societa' Ambiente del Sud Ovest Milanese il 9/5/2023:

dei medesimi atti per vizi ulteriori;

e per l'annullamento, con i motivi aggiunti presentati da S.A.S.O.M. S.r.l. - Societa' Ambiente del Sud Ovest Milanese il 16/5/2023:

dei medesimi atti per vizi ulteriori;

e per l'annullamento, con i motivi aggiunti presentati da S.A.S.O.M. S.r.l. - Societa' Ambiente del Sud Ovest Milanese il 3/7/2023:

dei medesimi atti per vizi ulteriori.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Vermezzo con Zelo e di Azienda Multiservizi Abbiatense Gestioni Ambientali - Amaga S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2023 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La ricorrente, società *in house* del Comune di Vermezzo con Zelo, ha impugnato l'affidamento alla società *in house* dello stesso Comune Amaga S.p.A l'affidamento del servizio di igiene ambientale.

Con il ricorso introduttivo ha sollevato i seguenti motivi di impugnazione.

1)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 24, 97 e 113 Cost.; 31 d.lgs. 23.12.2022, n. 201; 192, d.lgs. 18.4.2016, n. 50; 1 l. 7.8.1990, n. 241; 124 d.lgs 18.8.2000, n. 267.

Violazione dell'obbligo di pubblicare tempestivamente la delibera di affidamento del servizio di igiene ambientale. Violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per omessa pubblicazione della delibera consiliare di affidamento del servizio di igiene ambientale ad AMAGA S.p.A., violazione dei principi di buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa, sviamento.

La ricorrente lamenta che la deliberazione del consiglio comunale non sia stata pubblicata alla data del ricorso e che di conseguenza il responsabile del servizio non avrebbe potuto adottare gli atti conseguenti per inefficacia dell'atto presupposto.

2)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 4, 5 e 16 d.lgs. n. 19.8.2016, n. 175; 192

d.lgs. n. 50/2016; 113 d.lgs. n. 267/2000; 14 d.lgs. n. 201/2022. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, inesistenza del presupposto legittimante, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, omessa motivazione, sviamento.

La ricorrente lamenta che il Comune , invece di procedere alla valutazione dei presupposti necessari per effettuare la scelta della

modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, ha effettuato una illegittima comparazione delle offerte economiche richieste alle società in house di cui è socio attraverso un avviso esplorativo e la comparazione delle offerte.

3)- Violazione dei principi generali in tema di affidamenti in house (artt. 5, 192 d.lgs.

50/2016; art. 11, 16 d.lgs. 175/2016; Linee guida ANAC n. 7/2017 di attuazione del D.Lgs.

18 aprile 2016, n. 50; art. 17 d.lgs. 201/2022;) Direttive UE 2014/23-24-24.

La ricorrente lamenta la mancanza del controllo analogo anche dopo le modifiche allo statuto approvate in data 12.4.2022.

4)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 42 d.lgs. n. 50/2016; Direttiva 2014/23/UE; Direttiva 2014/24/UE; 77, 107, 153 d.lgs. n. 267/2000; 97 Cost. Eccesso di potere per conflitto di interessi, difetto di istruttoria, sviamento. Violazione del principio di trasparenza e di buona amministrazione. Violazione del principio dell'affidamento.

La ricorrente lamenta la partecipazione alle decisioni della giunta comunale di Vermezzo con Zelo da parte dell'Assessore Paolo Giuliani, dipendente di AMAGA S.p.A.

5)- Violazione dei principi generali dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di buon andamento, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza; artt. 97 Cost.; 1, l. n. 241/1990; Violazione dei principi generali in tema di contratti pubblici: economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità; art. 4 d.lgs. n. 50/2016. Violazione del principio della par condicio. Violazione dell'art. 107 TUEL. Incompetenza.

L'amministrazione intimata in spregio dei principi e delle norme che disciplinano l'affidamento in house ha deciso di avviare una procedura

comparativa tra le due società senza nulla specificare: a) in base a quale procedura si sarebbe svolta detta comparazione; b) quale sarebbe stato l'oggetto della stessa; c) quali i criteri di selezione. Inoltre la delibera del Consiglio comunale n. 2 del 13.4.2023 è viziata da incompetenza.

6)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 17, co. 3, d.lgs. n. 201/2023; 32 d.lgs. n.

50/2016, 121 CPA, 97 Cost. Eccesso di potere per insussistenza dei presupposti legittimanti, travisamento dei fatti, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, omessa motivazione, sviamento.

La ricorrente denuncia che il contratto di servizio sarebbe stato stipulato con la controinteressata prima del decorso sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione, ai sensi dell'art. 31, co. 2,

della deliberazione di affidamento alla società in house sul sito dell'ANAC.

II. Con il primo ricorso per motivi aggiunti proposti a seguito della consegna della "relazione ex art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 ed ex art. 14, co. 3, d.lgs. 201/2022", allegata alla delibera consiliare del 13.4.2023, n. 2, ha sollevato i seguenti ulteriori motivi di impugnazione.

1)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 17 d.lgs. n. 201/2022; 4, 16 e 20 d.lgs. n.

175/2016; 5 e 192, 59 e 76 d.lgs. 50/2016; 1 l. n. 241/1990 s.m.i.; 97 Cost. Violazione dei principi in materia di affidamenti in house providing. Eccesso di potere per illogicità manifesta, insussistenza dei presupposti legittimanti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, sviamento.

Secondo la ricorrente la disciplina legislativa non consente all'ente affidatario di avere partecipazioni in più società aventi il medesimo oggetto sociale.

Inoltre la procedura svolta dal Comune di Vermezzo ha violato

molteplici

disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, in particolare quelle concernenti la scelta della procedura

e il loro svolgimento (artt. 59 – 76 d.lgs. n. 50/2016).

2)- Violazione e falsa applicazione di legge: 4, 16 e 20 d.lgs. n. 175/2016; 5 e 192 d.lgs. n.

50/2016; 1 e 3 l. n. 241/1990 s.m.i.; 97 Cost. Violazione dei principi in materia di affidamenti *in house providing*. Eccesso di potere per illogicità manifesta, insussistenza dei presupposti legittimanti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, sviamento.

L'Amministrazione intimata ha omesso di adottare il piano di razionalizzazione delle

partecipazioni, avendo una partecipazione in due società pubbliche con lo stesso oggetto sociale. Detto piano doveva essere necessariamente adottato preventivamente rispetto alla decisione di affidare il servizio di igiene urbana in house providing.

3)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 107 d.lgs. 18.8.2000, n.267 s.m.i.; 4, 16,

20 d.lgs. 175/2016; 5 e 192 d.lgs. n. 50/2016; 1 3 l. 241/1990 s.m.i.; 97 Cost. Eccesso di potere per insussistenza dei presupposti legittimanti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, violazione del principio di buona amministrazione, sviamento. Incompetenza.

Il funzionario comunale ha rimesso alla Giunta comunale la scelta della “migliore” offerta tra quelle acquisite all’esito della valutazione comparativa, violando le disposizioni in materia di competenza.

4)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 14, 17, 24 d.lgs. n. 201/2002; 192 d.lgs. n. 50/2016; 4, 16, 20 d.lgs. n. 175/2016; 1 e 3 l. n.

241/1990 s.m.i.; 97 Cost. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, difetto di istruttoria, omessa motivazione, irrazionalità e illogicità, sviamento. Violazione dei principi di trasparenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

La relazione di cui all'art. 14, co. 2 e 3, d.lgs. n. 201/2022 deve essere, dunque, redatta

“prima dell'avvio della procedura”, “ai fini della scelta della modalità di gestione di servizio

e della definizione del rapporto contrattuale”, viceversa, nel caso di specie, è stata redatta

all'esito della procedura e allegata alla delibera di affidamento del servizio ad AMAGA s.p.a.

L'omissione procedimentale ha compromesso le valutazioni che devono essere poste a

base di una valida e ponderata scelta di affidamento in house di un servizio di pubblico di

interesse economico generale.

Inoltre le valutazioni effettuate in sede di istruttoria e fatte proprie dal consiglio comunale sono totalmente erranee in quanto le offerte non sono confrontabili, la struttura dell'offerta a di AMAGA s.p.a. determina problemi in fase di controllo successivo dei canoni annuali ed il sistema tariffario non è corretto.

III. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16/05/2023 la ricorrente ha sollevato ulteriori motivi aggiunti la cui necessità deriverebbe dalla piena conoscenza dei documenti trasmessi dal Comune in data 08.05.2023.

1)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 17 d.lgs. n. 201/2022; 4, 16 e 20 d.lgs. n.

175/2016; 5 e 192, 59 e 76 d.lgs. 50/2016; 1 l. n. 241/1990 s.m.i.; 97

Cost. Violazione dei principi in materia di affidamenti in house providing. Eccesso di potere per illogicità manifesta, insussistenza dei presupposti legittimanti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, sviamento.

anche nella prospettiva dell'affidamento in house, l'Amministrazione intimata, con

l'illegittimo ed erroneo procedimento svolto, ha mistificato la "valutazione sulla congruità

economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della

prestazione", che deve essere svolta "preventivamente", rispetto all'affidamento, secondo

la norma di cui all'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016.

Il Comune di Vermezzo, infatti, ha acquisito, in un primo momento, le proposte tecnico

economiche delle società pubbliche e, una volta conosciuti gli importi, ha adottato un

"avviso esplorativo" che ha ristretto l'indagine fissando una base d'asta vicina all'offerta di AMAGA s.p.a., alterando, così irrimediabilmente, la verifica della congruità delle offerte delle società in house.

2)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 17, 19 e 24, d.lgs. n. 201/2022; 4, 16, 20

d.lgs. 175/2016; 5 e 192 d.lgs. n. 50/2016; 1 3 l. 241/1990 s.m.i.; 97

Cost.

Eccesso di potere per insussistenza dei presupposti legittimanti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, violazione del principio di buona amministrazione, sviamento.

Incompetenza.

Secondo la ricorrente la durata decennale del contratto sarebbe

illegittima in quanto in contrasto con l'art. 19, d.lgs. n. 201/2022 e comunque non motivata.

La ricorrente impugna, altresì, la decisione dell'Amministrazione intimata di non inserire nell'affidamento del servizio di igiene urbana anche quello relativo alla manutenzione del verde pubblico.

IV. Con il terzo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 03/07/2023 la ricorrente solleva ulteriori vizi con riferimento agli atti depositati in giudizio in data 19.06.2023 dal Comune.

1.- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 15, d.lgs. 18.8.2000, n. 267; 1, co. 133, l.

7.4.2014, n. 56; 5, 7, 8 e 20 d.lgs. 19.8.2016, n. 175; 4, 7 e 11 l.r. Lombardia 15.12.2006, n. 29; l.r. Lombardia 4.2.2019, n. 1. Violazione dei principi in materia di acquisizione di partecipazioni in società pubbliche, nonché in materia di affidamenti in house providing. Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti legittimanti, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, omessa motivazione, sviamento.

La deliberazione consiliare n. 45/2022 di ricognizione di tutte le partecipazioni possedute dal Comune di Vermezzo con Zelo alla data del 31.12.2021, è inficiata dai vizi di legittimità indicati in rubrica e, inficia, in via derivata, la deliberazione n. 2/2023, recante l'affidamento del servizio di

igiene ambientale ad AMAGA s.p.a., "con data del servizio fissata per il giorno 1 maggio

2023 fino al 30 aprile 2033".

Secondo la ricorrente, poiché alla data di entrata in vigore della l.r. Lombardia n. 1/2019 (8.2.2019) di fusione dei due Comuni soltanto il Comune di Vermezzo aveva deliberato la partecipazione in AMAGA s.p.a., il nuovo Comune avrebbe dovuto deliberare, dopo la fusione dei

comuni originari, una partecipazione in AMAGA s.p.a. che comprendesse l'intero territorio e popolazione risultanti dalla fusione dei due comuni, "analiticamente motivata".

In mancanza di tale deliberazione la partecipazione comunale nella società AMAGA s.p.a. è invalida.

2.- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 1, co. 133, l. 7.4.2014, n. 56; 5, 7, 8 e 20

d.lgs. 19.8.2016, n. 175; 4, 7 e 11 l.r. Lombardia 15.12.2006, n. 29; l.r. Lombardia 4.2.2019,

n. 1. Violazione dei principi in materia di acquisizione di partecipazioni in società pubbliche,

nonché in materia di affidamenti in house providing. Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti legittimanti, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, omessa motivazione, sviamento.

In subordine la ricorrente lamenta che la partecipazione sarebbe invalida in quanto non è stata effettuata la "razionalizzazione" delle società prevista dall'art. 1, co. 133, l. n. 56/2014.

3.- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 4, 16, 20 d.lgs. n. 175/2016; 5 e 92 d.lgs.

n. 50/2016; 1 e 3 l. n. 241/1990 s.m.i.; 97 Cost. Violazione dei principi in materia di affidamenti in house providing. Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti legittimanti, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, omessa motivazione, sviamento.

La ricognizione delle società partecipate impugnata sarebbe illegittima in quanto il Comune di Vermezzo con Zelo ha alterato l'esito della "ricognizione".

4.- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 42 d.lgs. n. 50/2016; 77, 107, 153 d.lgs.

n. 267/2000; 97 Cost.; Direttiva 2014/23/UE; Direttiva 2014/24/UE.

Violazione del principio di trasparenza e di buona amministrazione.
Violazione del principio dell'affidamento. Eccesso di potere per conflitto di interessi, difetto di istruttoria, sviamento.

La deliberazione di ricognizione è illegittima in quanto l'assessore e consigliere comunale Paolo Giussani dipendente di AMAGA s.p.a. ha espresso voto favorevole all'approvazione della suddetta deliberazione.

La difesa del Comune ha eccepito l'inammissibilità dell'azione in quanto proposto da società in house e per la mancata impugnazione degli atti della partecipazione sociale e di ricognizione delle partecipazioni societarie a partire dalla prima partecipazione; nel merito ha chiesto la reiezione dei ricorsi. La controinteressata eccepisce l'inammissibilità dei ricorsi e la tardività di diversi motivi per la mancata impugnazione della deliberazione di giunta comunale n. 36 del 12.5.2022, della deliberazione del consiglio comunale n. 45/2022 e n. 7/2015. Nel merito chiede la reiezione nel merito.

All'udienza del 18/10/2023 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. L'eccezione di inammissibilità dei ricorsi in quanto proposti da società *in house* in contrasto con il vincolo di controllo da parte del Comune è infondata in quanto non vi è prova che dell'invalidità del mandato *ad litem* conferito. Infatti, benchè le società *in house* siano o debbano essere caratterizzate da un vincolo così stretto con l'ente di appartenenza che questo esercita un 'controllo analogo' quello esercitato sui propri servizi, ciò non vale a dequotare il rapporto tra i due enti ad un rapporto interorganico e quindi non è inammissibile l'azione proposta tra soggetti distinti.

3. Il ricorso introduttivo è infondato.

3.1 Il primo motivo di ricorso è infondato, per quanto attiene al perfezionamento della deliberazione in quanto la giurisprudenza (T.a.r.

Puglia, Bari, sez. I, 13 dicembre 2004 n. 5882) ha chiarito, con riferimento agli enti locali, che “è la decisione dell'organo collegiale assunta in forma orale che esaurisce “il profilo amministrativo” del procedimento e costituisce, pertanto, il vero atto amministrativo. Tanto che il supporto cartaceo della decisione (verbale) altro non rappresenta che la documentazione di una decisione già assunta, di una volontà già espressa. Il che porta a concludere che le impugnate deliberazione si sono perfezionate nel momento stesso della loro assunzione in forma orale, all'esito del riscontro della votazione (deroga al principio della forma scritta ad substantiam valevole, in linea di principio, esclusivamente per gli atti degli organi monocratici). Naturalmente, la documentazione per iscritto si rende indispensabile in quanto ad essa si ricollegano alcune, imprescindibili, funzioni quali (a) la memoria (storica) dell'atto (b) la sua conoscibilità (c) la decorrenza di efficacia (altrimenti non avendosi percettivamente la visione di cosa dovrebbe portarsi ad esecuzione e da che cosa occorrerebbe tutelarsi) (d) l'assicurazione della tutela giurisdizionale nei suoi confronti (impugnazione). Ne consegue che per una ragione tecnica specifica, propria degli organi collegiali, è normale che ci sia un momento (riscontro della votazione) in cui l'atto si assume ed è valido (perfezionamento) ed un altro momento (documentazione per iscritto) dal quale decorre l'efficacia dell'atto medesimo e, specularmente, il termine per l'esercizio della tutela. Il momento perfezionativo del procedimento amministrativo, come sopra individuato nell'adozione delle delibere, segna anche il momento in cui i provvedimenti assumono la capacità di produrre l'effetto costitutivo cui sono preordinati; sicché, ogni successiva manifestazione di volontà di segno contrario e revocatorio diventa irrilevante ed ininfluyente sull'economia del rapporto pubblicistico”.

Per quanto attiene poi alla pubblicazione la giurisprudenza (TAR Lombardia, Milano, II, 29/04/2009 n. 3596) è ferma nell'affermare che *le deliberazioni del Comune e della Provincia sono pubblicate mediante affissione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni di legge; tale norma, che prevede una forma tipica di conoscenza, rileva tuttavia per la decorrenza dell'impugnazione degli atti dei comuni da parte di soggetti non direttamente contemplati dall'atto.*

La pubblicazione della deliberazione del consiglio comunale di Vermezzo con Zelo del 13.4.2023, n. 2 solo il giorno prima del deposito del ricorso e dopo l'adozione di alcuni atti esecutivi non è causa di illegittimità degli atti emanati dal Comune ma semmai legittima la proposizione di motivi aggiunti di cui la ricorrente ha fatto ampio uso.

Occorre altresì rilevare il difetto d'interesse della Sasom a far valere la regola della decorrenza dei sessanta giorni dalla pubblicazione della delibera di affidamento del servizio ai fini della conclusione del contratto. Poiché la ricorrente ha concluso il periodo di proroga gestionale del servizio nel settembre 2022 nessuna lesione a posizioni in atto può derivarle in ragione della sola tempistica di affidamento alla controinteressata Amaga conseguente all'adozione della delibera consiliare 13.4.2023 n. 2.

3.2 Il secondo motivo di ricorso non può considerarsi tardivo, come affermato dalla difesa di Amaga, in quanto la deliberazione della giunta comunale n. 36 del 12.5.2022 è un mero atto di avvio del procedimento.

Il motivo è però infondato in quanto la procedura di confronto "para concorrenziale" tra le due società *in house* del Comune, quella gestrice del servizio (Sasom) e quella che ha nello Statuto la possibilità di svolgere anche il servizio in oggetto, non è una gara atipica tra due società *in house*, quanto un rinnovo dell'affidamento *in house* nel quale

il Comune ha inteso valutare le potenzialità di tutte le società alle quali partecipa.

Infatti la deliberazione della giunta comunale n. 36 del 12.5.2022 dà atto che sono stati uniformati “di fatto al 30/9/2022 la data di scadenza dei contratti di igiene urbana con Sasom srl a suo tempo sottoscritti dall'ex Comune di Zelo Surrigone e dall'ex Comune di Vermezzo” per cui provvede a valutare la possibilità di procedere all'affidamento diretto (in house) del servizio di igiene

urbana (servizio pubblico locale di rilevanza economica) a una delle due società partecipate dal

Comune in previsione della suddetta scadenza.

3.3 Il terzo motivo di impugnazione, relativo alla mancanza di controllo analogo, non è inammissibile per mancata impugnazione delle deliberazioni del consiglio comunale n. 9 del 29-03-2022 avente per oggetto ” approvazione modifiche del vigente statuto della società partecipata amaga spa in recepimento delle indicazioni espresse dai soci in materia di controllo analogo congiunto” e n.10 del 29-03-2022 avente per oggetto “ approvazione modifiche della vigente convenzione ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 267/2000 per lo svolgimento delle funzioni e dei servizi attinenti al controllo analogo congiunto su Amaga spa”, come sostenuto dal Comune. Infatti la ricorrente ha impugnato direttamente lo Statuto di Amaga nella forma vigente all'atto dell'impugnazione e quindi implicitamente anche le deliberazioni di consiglio comunale che lo hanno approvato. Né in senso opposto il Comune ha contestato che le suddette delibere abbiano introdotte norme statutarie diverse da quelle contestate dalla ricorrente.

Nel merito il motivo deve essere esaminato anche alla luce delle nuove linee guida sul controllo analogo approvate dall'apposito organo il 9 maggio 2023.

Considerata, dunque, la nuova disciplina il motivo appare destituito di fondamento.

La ricorrente si limita a contestare l'art. 15 c. 3 e 4 dello Statuto vigente di Amaga perché non permetterebbe al Comune di Vermezzo con Zelo di avere un peso societario analogo a quello dei Comuni maggiori, sia perché il CdA è composto da soli tre membri sia perché il sistema di nomina dell'amministratore che rappresenta la minoranza non garantirebbe un effettivo peso al Comune.

L'analisi della sola direzione societaria però non è sufficiente.

In merito occorre rilevare che ai fini della configurabilità di un "controllo analogo", non è necessaria la ricorrenza, in capo ad un socio pubblico, di un potere di controllo individuale del singolo socio affidante sulla società-organo assimilabile a quello, individuale, delineato dai primi due commi dell'art. 2359 c.c. o dall'art. 2383 c.c. con riferimento alla nomina degli amministratori; ciò che è imprescindibile è solo che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario sia effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati, anche se ottenuto tramite strumenti diversi.

Pertanto, “nel caso di società partecipata da più enti pubblici è consentito nell'ambito e ai fini dell'*in house* istituire organi speciali, come un comitato unitario per l'esercizio del controllo analogo” (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2599; Cons. di Stato, sez. V, 16 luglio 2020, n. 8028; Cons. di Stato, sez. IV, 22 ottobre 2021 n. 7093).

Nel caso di specie in primo luogo la ricorrente non ha valutato che l'organo amministrativo non è necessariamente costituito da tre membri ma può essere costituito anche da cinque membri e quindi i soci di minoranza hanno diritto di nominare 2 rappresentanti con conseguente maggiore peso dei Comuni piccoli.

A ciò si aggiunge che è previsto un Organo di controllo analogo nel

quale il Comune di Vermezzo è rappresentato e tale organo è dotato di penetranti poteri di controllo che non sono stati contestati.

Inoltre gli organi societari subiscono comunque limitazioni importanti nella decisione autonoma delle modalità di svolgimento del servizio a vantaggio dei singoli Comuni partecipanti.

In merito la ricorrente non tiene conto che l'art. 14 dello Statuto approvato con deliberazione del consiglio comunale n. 9 del 29 marzo 2022, prevede che ogni Comune esprime indirizzi vincolanti per il proprio territorio e le decisioni di competenza dell'assemblea straordinaria e di approvazione del budget possono essere assunte solo previa autorizzazione dei Comuni soci e debbono rispettarne gli indirizzi.

Inoltre il Comune ha diritto di veto da esercitarsi in Assemblea dei Soci sulle materie che lo riguardano con riferimento ai servizi affidati di competenza del proprio territorio, e più esattamente: 1) modifiche del proprio contratto di servizio; 2) modifiche della carta dei servizi; 3) modifiche delle tariffe/corrispettivi; 4) modifiche all'eventuale voto di lista per la designazione dei componenti degli organi societari; 5) operazioni di investimento, disinvestimento, patrimoniali che riguardano beni o attività prettamente riconducibili al singolo Comune socio; 6) operazioni non conformi agli indirizzi vincolanti espressi dagli enti locali soci.

Il motivo dev'essere quindi respinto.

3.4 Il quarto motivo di ricorso è infondato in quanto l'atto di affidamento è stato deliberato dal consiglio comunale in una seduta nella quale l'Assessore Giussani risulta assente.

3.5 Anche il quinto motivo di ricorso è infondato.

3.5.1 Per quanto riguarda la parte del motivo con il quale la ricorrente contesta le modalità del confronto concorrenziale tra le società *in house*

in quanto non conforme ai principi in materia contrattuale, occorre rammentare che, come sopra indicato, il Comune non ha esperito una gara soggetta alle regole dell'evidenza pubblica stabilite dal Codice dei contratti o dai principi generali dell'attività amministrativa, ma ha disposto il rinnovo dell'affidamento *in house* di un servizio pubblico locale di rilevanza economica secondo la disciplina di settore.

Ne consegue che non era necessario provvedere allo svolgimento di una gara pubblica nelle forme previste dal Codice dei contratti o dai principi generali in materia di gara.

In merito alla possibile valutazione della convenienza economica dell'affidamento *in house*, rispetto all'alternativa del ricorso al mercato, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente una comparazione tra dati, da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio attraverso la quale si riesca a dimostrare che il servizio fornito dalla società *in house* è il più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 6456 del 16.11.2018); la verifica della convenienza può effettuarsi anche attraverso la

dimostrazione dell'inadeguatezza degli operatori presenti sul mercato a garantire un livello adeguato di efficienza del servizio (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 5444 del 31.7.2019) o comunque attraverso la prova, anche in caso di indisponibilità a reperire un operatore economico che renda il servizio alle stesse condizioni richieste dall'amministrazione affidante nel proprio territorio, di avere effettuato un'indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della

società *in house* con un *benchmark* di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società *in house* operanti nel territorio limitrofo (Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 1564 del 3.3.2020).

A ciò si aggiunge che secondo la giurisprudenza di questo Tribunale

(TAR Lombardia-Milano, Sez. I, con la sentenza 04.01.2022 n. 12) *la mancanza di una previa indagine di mercato per la verifica di congruità del contratto non inficia l'onere di motivazione rafforzato, con riferimento alle ragioni del mancato ricorso al mercato e alla convenienza dei costi del servizio. Questo perché l'onere di cui trattasi, imposto dall'articolo 192, comma 2, del dlgs 50/2016 per evitare l'abuso dell'affidamento diretto, può ritenersi soddisfatto ove l'ente affidante abbia cura di indicare le plausibili e specifiche ragioni preferenziali a sostegno della convenienza globale dello strumento pubblico.*

Ne deriva un quadro di piena discrezionalità dell'amministrazione nello svolgimento di questo confronto, soprattutto se svolto tra società che sono controllate dal Comune stesso ed hanno con esso una relazione di controllo così stretto da sfiorare la relazione interorganica.

Nel merito la scelta dell'amministrazione di effettuare un confronto tra le condizioni praticate da altre società private operanti nel territorio limitrofo e tra le società *in house* avendo come *benchmark* il Metodo tariffario Rifiuti (MTR-2) di ARERA non pare una modalità macroscopicamente irragionevole.

3.5.2 Anche il vizio di incompetenza del consiglio comunale, denunciato anche nel terzo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti, è infondato in quanto, non trattandosi di gara pubblica, ma di rinnovo dell'affidamento *in house* si applica la competenza del consiglio comunale in materia di affidamento dei servizi pubblici prevista dall'art. 42 del D. Lgs. 267/2000 secondo il quale il consiglio comunale ha competenza in materia di: *“e) organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione”*.

3.6 Il sesto motivo di ricorso è infondato in quanto il contratto di

servizio non è stato stipulato.

4. Anche il primo ricorso per motivi aggiunti è infondato.

4.1 Il primo motivo di ricorso, secondo il quale la disciplina legislativa non consente all'ente affidatario di avere partecipazioni in più società aventi il medesimo oggetto sociale, è infondato in quanto il Comune di Vermezzo con Zelo non ha acquisito partecipazioni ma ha ereditato quelle dei Comuni precedenti. A ciò si aggiunge che il conflitto tra l'oggetto sociale delle due società era al momento dell'acquisto solo potenziale in quanto svolgevano servizi diversi, essendo AGAM una multiutility che svolgeva altri servizi.

Né si può affermare, come fa la ricorrente, che la procedura svolta dall'Amministrazione intimata è soggetta alla disciplina del codice dei contratti pubblici in quanto, come sopra indicato, il confronto concorrenziale svolto dal Comune è avvenuto nell'ambito del rinnovo dell'affidamento *in house* alla scadenza, che si svolge secondo le modalità stabilite per l'affidamento dei servizi pubblici locali di interesse economico fissate dal decreto legislativo 201/22.

4.2 Il secondo motivo di impugnazione, secondo il quale l'Amministrazione intimata ha omissso di adottare il piano di razionalizzazione delle partecipazioni, è infondato in quanto tale ricognizione è stata effettuata con la deliberazione del consiglio comunale n. 45 del 21 dicembre 2022 non impugnata.

4.3.1 Il quarto motivo di impugnazione, nella parte in cui denuncia la violazione all'art. 14, co. 3, d.lgs. n. 201/2022, è infondato in quanto la valutazione di cui al comma 2 dello stesso articolo è validamente adottata prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio quando la relazione è allegata alla deliberazione di affidamento del servizio, come nel caso di specie. Infatti l'anteriorità temporale rispetto alla deliberazione di affidamento è garantita dalla sua presentazione al

consiglio comunale che deve affidare, con un unico atto, il servizio.

4.3.2 Nel merito della correttezza del confronto di convenienza economica, di efficienza e qualità del servizio, occorre rammentare che secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093) *“trattandosi di valutazione unitaria e complessa, in quanto finalizzata a sintetizzare entro un quadro unificante (rappresentato dai vantaggi insiti nell'affidamento in house rispetto a quelli derivanti dal meccanismo concorrenziale) dati molteplici e variegati (secondo lo spettro valoriale dianzi richiamato), il sindacato del giudice amministrativo non potrà che svolgersi secondo le coordinate tipiche del potere discrezionale, rifuggendo quindi da una analisi di tipo atomistico e parcellizzato della decisione amministrativa portata alla sua cognizione, ma orientandolo verso una valutazione di complessiva logicità e ragionevolezza del provvedimento impugnato”*.

In merito assume rilievo assorbente la mancata presentazione da parte della ricorrente di un'offerta decennale, come richiesto dall'amministrazione, avendo ritenuto opportuno presentarne una solo quinquennale. Si tratta di un profilo decisivo in quanto l'offerta è così lontana, sotto il profilo della durata, da quanto richiesto che il confronto con l'altra offerta diventa impossibile.

5. Il secondo ricorso per motivi aggiunti è infondato.

5.1 Il primo motivo, con il quale si contesta il carattere bifasico della valutazione di economicità, è infondato.

Il carattere preventivo della richiesta effettuata alle società *in house* si giustifica con il rapporto di stretta compartecipazione del Comune con le società in questione. Il fatto che al privato sia stata inviata una richiesta di offerta con un prezzo vicino a quello offerto da Amaga si giustifica con il fatto che si trattava del prezzo più basso, come tale idoneo a sollecitare il privato ad effettuare un'offerta vantaggiosa sul piano

economico.

5.2 Il secondo motivo è infondato in quanto il servizio di igiene ambientale è un servizio a rete e quindi non si applica il limite quinquennale previsto dall'art. 19 c. 1 del D. Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201. Né tantomeno occorre motivare in merito all'ammortamento degli investimenti, richiesto solo per estendere oltre i cinque anni l'affidamento di servizi non a rete.

5.3 Il motivo è infondato anche nella parte in cui contesta il mancato inserimento nell'affidamento della manutenzione del verde pubblico in quanto si tratta di una scelta discrezionale dell'amministrazione che non si presenta come macroscopicamente irragionevole, trattandosi di un servizio diverso da quello dei rifiuti.

6. Anche il terzo ricorso per motivi aggiunti è infondato.

6.1 Il primo motivo di ricorso, con il quale si contesta che il Comune risultante dalla fusione avrebbe dovuto estendere espressamente la partecipazione in Amaga all'intero territorio comunale è infondata.

Infatti la fusione tra enti locali costituisce un fenomeno di successione *in universum ius* degli enti preesistenti in quello nuovo, con la conseguenza che le partecipazioni societarie si trasferiscono *ex lege* al nuovo ente senza che sia necessaria una deliberazione motivata in proposito. Gli atti che riguardano le partecipazioni societarie adottati in sede di fusione hanno quindi carattere solo ricognitivo.

Né la fusione impedisce alle società partecipate di operare anche sul territorio che in precedenza era di un altro Comune in quanto l'eliminazione dei precedenti Comuni impedisce di parlare di extraterritorialità del servizio reso da una partecipata di uno solo dei Comuni che si fondono.

6.2 Il secondo motivo di ricorso, con il quale si contesta la mancata razionalizzazione delle partecipazioni dopo la fusione ai sensi dell'art. 1

c. 133 della legge 56/2014, è inammissibile in quanto dall'inottemperanza del termine non discende l'invalidità della partecipazione in Amaga.

Infatti l'estensione dell'invalidità dei provvedimenti presupposti ai provvedimenti successivi si verifica solo quando l'atto presupposto costituisce il fondamento del provvedimento successivo, nel senso che il secondo non sarebbe stato emanato o sarebbe stato diverso senza il primo.

Invece la razionalizzazione delle partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, è un'attività altamente discrezionale con la conseguenza che non esiste alcuna relazione di presupposizione logico-giuridica tra la razionalizzazione ed una partecipazione tale da comportare un'invalidità derivata di una sola di esse.

Lo conferma la procedura di razionalizzazione prevista dall'art. 20 del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, la quale sfocia in un "piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione" che è un atto pianificatorio delle successive scelte organizzative a contenuto altamente discrezionale con riferimento alla scelta delle possibili dismissioni. Ne deriva che non è possibile stabilire un rapporto di presupposizione tra il piano ed una sola partecipazione societaria, né tantomeno tra il piano ed i servizi svolti da una società.

6.3 Il terzo motivo di impugnazione, con il quale si denuncia l'illegittimità della razionalizzazione effettuata con la deliberazione del consiglio comunale n. 45/2022, a prescindere dai profili di inammissibilità, è infondato in quanto nessuna norma impone che la razionalizzazione sia effettuata prima del rinnovo dell'affidamento di un servizio pubblico locale di rilievo economico.

6.4 Il quarto motivo di impugnazione, con il quale si denuncia la partecipazione del consigliere Paolo Giussani alla deliberazione del consiglio comunale n. 45/2022 sulla razionalizzazione è inammissibile per carenza di interesse in quanto non esiste alcuna relazione di presupposizione logico-giuridica tra l'affidamento del servizio rifiuti e la razionalizzazione societaria.

7. In definitiva i ricorsi proposti vanno respinti.

8. La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Luca Iera, Referendario

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO