



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9468 reg. sent.
anno 2008

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sezione prima,
ha pronunciato la seguente

N. 1271 reg. gen.
anno 2007

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1271/07 reg. gen. proposto dal Consorzio Acque Bacini Idrologici Beneventani (CABIB), in persona del Presidente del Consiglio di amministrazione geom. Domenico Mortaruolo, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Giuliano, con lo stesso elettivamente domiciliato in Napoli alla via Morgantini n. 3 presso lo studio dell'avv. Bruno Mantovani,

c o n t r o

Comune di Vitulano, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Cancrini, con lo stesso elettivamente domiciliato in Napoli alla via Cinthia parco San Paolo n. 13 presso lo studio dell'avv. Giampiero Manzo,

e nei confronti di

GE.SE.SA. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Satta, Andrea Abbamonte, Anna Romano e Sheila Gargiulo, con gli stessi elettivamente domiciliata in Napoli alla via Melisurgo n. 4 presso lo studio del prof. Abbamonte,

per l'annullamento

della delibera del Consiglio comunale n. 41 del 30/11/2006 concernente la scelta della forma di gestione del servizio idrico integrato mediante società mista a capitale pubblico minoritario e l'adesione alla GE.SE.SA., nonché degli atti connessi.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune e della società GE.SE.SA.;

viste le memorie difensive ed i documenti prodotti dalle parti;

visti gli atti tutti di causa;

alla pubblica udienza del 4/6/2008, relatore il cons. Donadono, uditi gli avvocati presenti di cui al verbale di udienza.

F A T T O

Con ricorso notificato il 26/2/2007, il Consorzio Acque Bacini Idrologici Beneventani (CABIB), dopo aver premesso che nel 1977 numerosi comuni della provincia di Benevento, tra i quali quello di Vitulano, avrebbero costituito un consorzio tra enti locali, denominato CABIB, poi tra-

sformato in azienda speciale nel 1993, per la costruzione e gestione degli impianti idrici, contestava la determinazione con la quale il Comune di Vitulano avrebbe stabilito di aderire alla GE.SE.SA mediante l'acquisto di tre azioni e di affidare alla medesima la gestione del servizio idrico integrato.

Il Comune e la società GE.SE.SA si costituivano in giudizio resistendo all'impugnativa.

La domanda incidentale di sospensione è stata respinta con ordinanza n. 1017 del 4/4/2007.

DIRITTO

1. Preliminarmente le parti resistenti obiettano che il CABIB non avrebbe interesse all'impugnativa, contestandone la dedotta qualità di operatore del settore, in quanto il medesimo CABIB si occuperebbe esclusivamente di captazione ed adduzione di acque e non avrebbe la capacità di svolgere tutte le attività rientranti nel servizio idrico integrato, ivi compresi i servizi di fognatura e depurazione.

L'eccezione va disattesa. Il CABIB ha prodotto copia delle convenzioni regolanti la gestione del servizio idrico integrato per il Comune di Paupisi e per il Comune di Torrecuso.

E' inoltre incontestato che il Comune di Vitulano abbia tuttora una cointeressenza nell'ente ricorrente, costituito appunto per l'espletamento di servizi della specie per conto dei Comuni consorziati, per cui risulta evidente l'interesse concreto, attuale e qualificato del CABIB ricorrente a contestare la scelta da parte del Comune resistente di una diversa forma di gestione.

2. Nel merito il ricorrente deduce che:

- l'affidamento diretto del servizio ad una società mista a capitale pubblico minoritario, in mancanza di una procedura concorsuale, sarebbe in contrasto con l'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000 e con gli artt. 43, 49 e 86 del Trattato comunitario;
- la determinazione sarebbe priva di motivazione e non sarebbe sorretta da una congrua istruttoria;
- sarebbe mancata una preventiva comunicazione di avvio del procedimento, in base all'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

2.1. Giova premettere che, secondo quanto risulta, la GE.SE.SA. è una società costituita tra il Comune di Benevento (con il 40% del capitale) ed una società privata (con il restante 60%) scelta a suo tempo attraverso una procedura ad evidenza pubblica indetta nel 1990. Nel 2001, mediante

opportune modifiche statutarie, veniva aperta la partecipazione agli altri enti locali della provincia di Benevento.

E' quindi da escludere che nella specie l'affidamento diretto del servizio trovi sostegno nell'art. 113, co. 5, lett. c), del d. lgs. n. 267 del 2000, riguardante le società a capitale interamente pubblico sulle quali gli enti titolari del capitale sociale esercitano un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, con una operatività essenzialmente circoscritta a beneficio degli enti di riferimento.

E' questa l'ipotesi tipica dell'affidamento cd. "in house", nel quale l'ente pubblico si avvale di un organismo che, ancorché formalmente separato, presenta caratteristiche tali da qualificarlo come una derivazione, o una "longa manus", dell'ente stesso.

In ragione del "controllo analogo" e della destinazione dell'attività, la società affidataria in house non può essere considerata come terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma viene trattata come una articolazione propria dell'amministrazione stessa, il che esclude l'esigenza di porre in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti e giustifica nel contempo la deroga alla normativa in materia di concorrenza.

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria, a parte le ulteriori condizioni che dimostrano un'influenza dominante del socio pubblico, effettiva e non meramente formale o apparente.

Resta da esaminare se la fattispecie rientri nella ipotesi contemplata dallo stesso art. 113, co., lett. b), riguardante le società a capitale misto nelle quali il socio privato sia scelto attraverso l'espletamento di una gara, nell'osservanza della normativa interna e comunitaria in materia di concorrenza.

Al riguardo è da rilevare che la procedura a evidenza pubblica svolta per la scelta del socio privato della GE.SE.SA. non comprendeva la definizione e precisazione del servizio in questione. Manca cioè l'effettuazione di una gara che, con la scelta del socio, definisca anche l'affidamento del servizio operativo.

Infatti:

- a) il socio era stato scelto alcuni anni prima dell'affidamento del servizio alla società mista;
- c) la scelta del socio era stata effettuata da una amministrazione diversa

da quella che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito successivamente una percentuale minima del capitale sociale;
d) la società mista non è stata appositamente costituita solo per quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento.

Pertanto il contestato affidamento - avvenuto in via diretta e senza una previa procedura concorsuale – comporta la violazione dei principi comunitari, recepiti dall'ordinamento interno con rilevanza anche costituzionale, di concorrenza, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento (cfr. Cons. St., ad. plen., 3/3/2008, n. 1).

2.2. La fondatezza della esaminata doglianza è assorbente rispetto alle ulteriori censure dedotte.

3. Attesa la complessità delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per la compensazione delle spese di causa.

P. Q. M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sezione prima, in accoglimento del ricorso n. 1271/07, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate, fermo restando il rimborso a carico del Comune resistente del contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 4 giugno 2008, con l'intervento dei signori:

| | |
|------------------|-----------------------|
| Antonio Guida | Presidente |
| Fabio Donadono | consigliere estensore |
| Michele Buonauro | referendario |
| Il Presidente | |
| L'estensore | |