

Publicato il 06/11/2024

N. 08898/2024REG.PROV.COLL.  
N. 04457/2024 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4457 del 2024, proposto dalla società Gelsia Ambiente S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Vivani ed Elisabetta Sordini, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

***contro***

il Comune di Cesano Maderno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, piazza Eleonora Duse, n. 4;

la società Brianza Energia Ambiente S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Enzo Robaldo in Milano, piazza Eleonora Duse, n. 4;

***nei confronti***

della società Servizi Comunali S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Coppetti e Andrea

Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33;  
della società Servizi Comunali Milano Monza Brianza S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Salvadori, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza n. 536 del 2024 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Prima.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cesano Maderno, della Servizi Comunali S.p.a., della Brianza Energia Ambiente S.p.a. e della Servizi Comunali Milano Monza Brianza S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2024 il Cons. Eugenio Tagliasacchi e viste le conclusioni delle parti anche quanto al passaggio in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe, la Gelsia Ambiente S.r.l. – società del Gruppo AEB, partecipato da A2A S.p.a. – affidataria del servizio di gestione dei rifiuti del Comune di Cesano Maderno fino al 2028 ha impugnato la sentenza del T.a.r. Lombardia n. 536 del 2024 che ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo dalla medesima proposto per l'annullamento della deliberazione del Consiglio Comunale dell'anzidetto Comune n. 78 del 29 luglio 2021 recante la trasformazione della BEA Gestioni S.p.a. da società mista a società *in house* per il futuro svolgimento dei servizi comunali in materia di rifiuti e ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse i motivi aggiunti proposti per l'annullamento della

deliberazione n. 126 del 26 ottobre 2023 del medesimo Consiglio Comunale, avente il seguente oggetto: “*Società BEA S.p.A. e BEA Gestioni S.p.A. – Approvazione schemi di statuti e di patti parasociali per l’esercizio del controllo analogo*”.

2. Più precisamente, nell’ambito del giudizio di primo grado, la Gelsia Ambiente S.r.l., ricorrente e odierna appellante, ha impugnato gli atti con cui il Comune di Cesano Maderno avrebbe, a suo dire, deciso di aderire al modello dell’*in house providing* “a cascata”, approvando conseguentemente la trasformazione delle società Brianza Energia Ambiente o BEA S.p.a. e BEA Gestioni S.p.a., al fine di consentire la gestione in regime di *in house providing* del servizio attualmente affidato alla società appellante. Con riferimento all’assetto societario, va ancora rilevato che la BEA S.p.a. è una società partecipata dalla Provincia di Monza e Brianza e da undici Comuni lombardi, mentre la Bea Gestioni S.p.a. è una società controllata dalla prima che risulta attualmente a capitale misto pubblico e privato, avendo come socio operativo la Comef S.r.l..

3. In punto di fatto, occorre premettere, in estrema sintesi, che la società odierna appellante e la società Acsm Agam Ambiente S.r.l. unipersonale avevano impugnato, con ricorso proposto davanti al T.a.r. Lombardia, la deliberazione del Consiglio Comunale di Solaro – a sua volta socio di BEA S.p.a. – n. 23 del 26 marzo 2021, avente un contenuto sostanzialmente analogo a quello della richiamata deliberazione del Comune di Cesano Maderno n. 78 del 2021 che è stata impugnata con il ricorso introduttivo del presente giudizio e tale delibera del Comune di Solaro era stata annullata dal T.a.r. con le sentenze n. 2535 del 2022 e n. 2536 del 2022, passate in giudicato. Tali delibere n. 23 del 2021 del Comune di Solaro e n. 78 del 2021 del Comune di Cesano Maderno erano volte, in sostanza, a trasformare la BEA Gestioni S.p.a. in una società *in house* attraverso un’integrazione – per effetto di partecipazioni incrociate – con Servizi

Comunali S.p.a., che, a sua volta, è una società *in house* con sede in Sarnico (BG) alla quale sarebbe stata ceduta la partecipazione in Bea Gestioni S.p.a. già detenuta dal socio privato Comef S.r.l..

Con le anzidette pronunce, il T.a.r. Lombardia ha ritenuto, in primo luogo, che il modello previsto dalla delibera non corrispondesse ai parametri di legge, non potendosi configurare un'ipotesi di *in house* "a cascata", dal momento che la società BEA Gestioni S.p.a. non poteva essere considerata una società *in house* rispetto agli enti locali in questione (come il Comune di Solaro). Inoltre, ad avviso del T.a.r., rispetto alla BEA Gestioni S.p.a. non sussisteva un effettivo controllo analogo congiunto dei Comuni interessati dal momento che difettava "*il primo presupposto del controllo analogo congiunto, ossia la rappresentanza delle amministrazioni aggiudicatrici negli organi decisionali della società in house, da un lato, perché tali enti restano estranei all'organo assembleare, dall'altro, perché la loro rappresentanza nel Comitato e, tramite quest'ultimo, nell'organo di amministrazione è regolata da una disciplina incompleta e non chiara, che non consente di ritenere certa la rappresentatività, secondo i parametri posti dalla richiamata giurisprudenza interna ed eurounitaria*".

A seguito di queste due pronunce rese dal T.a.r. Lombardia, pertanto, il Consiglio Comunale di Cesano Maderno ha adottato la deliberazione n. 126 del 26 ottobre 2023, sopra menzionata (cfr. doc. 1 depositato nell'ambito del primo grado di giudizio), per il cui tramite sono state apportate talune modifiche all'operazione societaria delineata con la precedente delibera n. 78 del 2021, al fine di configurare un modello di *in house providing* "a cascata", attraverso la trasformazione sia di BEA S.p.a. che di BEA Gestioni S.p.a. in società sottoposte a controllo analogo congiunto e, a fronte dell'adozione di tale nuova delibera, la Gelsia Ambiente S.r.l. ne ha chiesto l'annullamento attraverso il ricorso per motivi aggiunti.

Ad avviso della società ricorrente, infatti, con quest'ultima delibera, il Comune avrebbe approvato tutte le modifiche societarie di BEA S.p.a. e BEA Gestioni S.p.a., trasformandone radicalmente la natura al fine di affidare a quest'ultima il servizio integrato di gestione dei rifiuti secondo il modello *in house*, senza, tuttavia, valutare previamente la convenienza economica e organizzativa di siffatta soluzione. In altri termini, la scelta di ricorrere al modello *in house* non sarebbe stata assunta sulla base di un'adeguata istruttoria tecnica, economica e organizzativa.

4. Con l'impugnata sentenza n. 536 del 2024, il T.a.r. Lombardia ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo del giudizio, avendo rilevato come la delibera n. 78 del 2021 sia stata sostituita dalla delibera n. 26 del 2023 (adottata, come illustrato, all'esito delle sentenze del T.a.r. Lombardia n. 2535 del 2022 e n. 2536 del 2022) e ha dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti. Con riferimento ai motivi aggiunti, infatti, il T.a.r. ha rilevato che la delibera non sarebbe lesiva per la ricorrente poiché siffatta lesione si sarebbe concretizzata solo in seguito all'affidamento diretto del servizio. Sul punto, il T.a.r. ha ritenuto che *“la scelta del modello di gestione sia sindacabile da un'impresa del settore solo nel momento in cui la società in house sia posta in grado di operare sul mercato con l'atto di affidamento del servizio, in quanto solo in quel momento si crea quel danno concorrenziale che comporta la lesività degli atti per gli altri operatori del settore”*.

5. Avverso tale sentenza ha proposto appello la Gelsia Ambiente S.r.l., formulando un unico motivo di gravame e riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le censure già prospettate con il ricorso introduttivo del giudizio e assorbite dal T.a.r..

5.1. Con l'anzidetto unico motivo di appello, la Gelsia Ambiente S.r.l. ha censurato il capo della sentenza che ha dichiarato l'inammissibilità dei motivi aggiunti per carenza di interesse, sostenendo che, pur non essendo ancora intervenuto l'affidamento del servizio secondo il nuovo modello

dell'*in house providing*, la scelta di tale modello da parte dell'amministrazione era stata ormai già assunta.

Sul punto, l'appellante ha richiamato la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui *“la lesione della sfera giuridica del gestore uscente si è avuta non appena il comune (sia con la delibera giuntale n. 111 del 22 luglio 2020 che con quella consiliare n. 40 del 10 settembre 2020) si è univocamente e chiaramente determinato nel senso di affidare il servizio di igiene urbana alla società in house, acquistando le relative azioni. Ebbene, in quel preciso istante il gestore uscente ha avuto la piena e immediata percezione della capacità lesiva offerta dei provvedimenti assunti dal Comune, univocamente indirizzati alla precipua finalità di procedere per l'affidamento in house del servizio, abbandonando ogni volontà di procedere mediante gara ad evidenza pubblica. In altri termini, una volta adottate le delibere in questione, agli originari ricorrenti (gestore uscente) era ormai preclusa ogni possibilità di aspirare a partecipare ad una gara, atteso che la scelta del Comune era ormai già chiara, precisa, univoca e concordante nel senso di non ricorrere al mercato bensì di procedere in house”* (Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7022).

In altri termini, secondo l'appellante, la lesione si sarebbe già concretizzata, essendo ravvisabile nella decisione del Comune di adottare il modello *in house* per il servizio integrato di gestione dei rifiuti e di approvare l'operazione societaria volta a permettere l'affidamento del servizio all'anzidetta società *in house* anziché ricorrere al mercato.

5.2. Dopo aver formulato tale motivo di gravame, l'appellante ha riproposto le censure prospettate nell'ambito del giudizio di primo grado.

In particolare, ha riproposto le considerazioni concernenti l'illegittimità della delibera per violazione degli artt. 5 e 7 del d.lgs. n. 175 del 2016 che impongono all'amministrazione una congrua istruttoria e un'analitica motivazione circa le ragioni e le finalità idonee a giustificare, in concreto, la scelta di optare per l'*in house* a cascata, anche sul piano della

convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, dal momento che il Comune di Cesano Maderno, ad avviso dell'appellante, si sarebbe limitato, sul punto, a esprimere generiche considerazioni sulla “preferibilità” di tale modello rispetto a quello della società mista e dell'affidamento mediante gara.

Sotto un diverso profilo, secondo la Gelsia Ambiente S.r.l., difetterebbero le condizioni prescritte dalla legge con riferimento al controllo analogo congiunto a cascata, a tutela dei soci di minoranza di BEA S.p.a., e difetterebbero altresì i presupposti del controllo analogo avuto riguardo alla Bea Gestioni S.p.a..

6. Si è costituita in giudizio Brianza Energia Ambiente S.p.a. chiedendo la conferma dell'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, in considerazione della circostanza che rispetto all'originario modello *in house* delineato dalla delibera del Consiglio Comunale n. 78 del 29 luglio 2021, per l'appunto impugnata mediante l'anzidetto ricorso introduttivo, sono intervenute le già citate sentenze del T.a.r. Lombardia alle quali i soci di BEA S.p.a. hanno deciso di conformarsi. Conseguentemente, i Comuni, sulla base delle indicazioni del T.a.r., hanno rivisto la scelta precedente, con la quale si era previsto di assicurare il controllo analogo da parte dei Comuni soci di BEA S.p.a. direttamente nei confronti della società affidataria del predetto servizio BEA Gestioni S.p.a., senza prevedere analoghi strumenti di controllo anche nei confronti di BEA S.p.a., la quale, a sua volta, detiene le partecipazioni di BEA Gestioni S.p.a..

In secondo luogo, la società ha osservato che la procedura per la correzione del precedente modello risulta ancora *in itinere* perché il Comune di Cesano Maderno e gli altri Comuni soci non hanno ancora disposto l'affidamento di alcun servizio secondo il modello *in house* ed è per tale ragione che non sono state ancora compiute le valutazioni tecnico economiche per la redazione della relazione prevista dalla legge delle quali

l'appellante lamenta la mancanza. Ad avviso della difesa di BEA S.p.a., infatti, *“la delibera impugnata con motivi aggiunti costituisce solo l'avvio di un procedimento che si concluderà con l'affidamento se e in quanto sussistano le condizioni economiche che verranno esaminate e approfondite nei prossimi mesi”*.

La BEA S.p.a. ha poi rilevato che le domande dell'appellante sarebbero inammissibili anche per difetto di legittimazione dal momento che la Gelsia Ambiente S.r.l. è un operatore economico legittimato a impugnare i soli atti con cui le sia sottratta la possibilità di gestire un servizio riconducibile al suo oggetto sociale, ma non può essere considerata titolare di un interesse giuridicamente tutelato a censure le decisioni delle amministrazioni dirette a realizzare un nuovo assetto delle società nelle quali le stesse detengono partecipazioni.

Da ultimo, i motivi aggiunti sarebbero inammissibili anche ai sensi dell'articolo 34, comma 2, c.p.a., poiché volti a inibire l'esercizio di poteri amministrativi non ancora esercitati o, comunque, a incidere in via preventiva sugli stessi.

La società ha poi replicato alle censure ritenendole infondate anche nel merito.

7. Si è costituito in giudizio anche il Comune di Cesano Maderno, prospettando le medesime argomentazioni già rappresentate dalla BEA S.p.a..

8. Si è costituita altresì la società Servizi Comunali S.p.a. – che, come già rilevato, è una società *in house* con sede in Sarnico (BG) che risulta partecipata da una pluralità di Comuni – evidenziando come l'appellante non abbia censurato il capo della sentenza relativo alla dichiarazione di improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, capo che, pertanto, è passato in giudicato.

La società Servizi Comunali S.p.a. ha poi sostenuto l'inammissibilità dei motivi aggiunti poiché la deliberazione consiliare n. 126 del 2023 non



sottrae alcun servizio al mercato essendo state approvate mere modifiche statutarie delle società alle quali il Comune di Cesano Maderno partecipa direttamente (ossia BEA S.p.a.) o indirettamente (ossia BEA Gestioni S.p.a.), mentre l'affidamento in favore di quest'ultima *“del servizio integrato di gestione dei rifiuti e/o del servizio di teleriscaldamento”* sarebbe una mera ipotesi, dal momento che è stato precisato che la scelta per la forma di gestione dell'*in house providing* *“potrà avvenire”* solo *“qualora ricorrano i requisiti previsti dalla normativa in materia”* e *“solo a seguito delle valutazioni previste dal comma 2 dell'articolo 14 del D. Lgs. n. 201/2022 e della redazione della relazione di cui al comma 3 del medesimo articolo”*.

9. Si è costituita, infine, la società Servizi Comunali Milano Monza Brianza S.p.a., partecipata integralmente dalla società Servizi Comunali S.p.a., rilevando la carenza di interesse dell'appellante in considerazione della circostanza che, in ogni caso, non potrebbe trarre alcun beneficio dall'annullamento degli atti impugnati.

10. Con la memoria del 17 settembre 2024, l'appellante ha insistito nel sostenere il proprio interesse a impugnare la delibera censurando la scelta del Comune di optare per tale forma di gestione del servizio pubblico, senza previa valutazione – all'esito di una compiuta istruttoria tecnico-economica – dell'effettiva convenienza della stessa.

11. Tanto premesso, il Collegio reputa che l'appello non sia fondato, per le ragioni che di seguito si espongono.

12. Preliminarmente, va rilevato che non essendo stato impugnato il capo della sentenza che ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo del giudizio con cui è stato chiesto l'annullamento della delibera del Consiglio Comunale di Cesano Maderno n. 78 del 29 luglio 2021 – in quanto superata dalla delibera n. 126 del 2023 – lo stesso risulta passato in giudicato ed è dunque da ritenersi estraneo al perimetro del presente giudizio.

13. L'unico motivo di gravame formulato dall'appellante è infondato, dovendo reputarsi corretta la valutazione del T.a.r. circa il difetto del requisito dell'attualità della lesione e, dunque, dell'interesse a ricorrere, atteso che il Comune di Cesano Maderno non ha ancora disposto alcun affidamento dei servizi secondo il modello di gestione dell'*in house providing*.

Risulta decisivo, in tal senso, il tenore letterale dell'impugnata delibera n. 126 del 2023 dalla quale si desume come la scelta per il modello *in house* non sia stata ancora concretamente assunta.

La delibera, infatti, si limita a prevedere il ricorso al modello di gestione dell'affidamento diretto secondo il modello dell'*in house providing* quale mera ipotesi futura, ossia "*qualora ricorrano i requisiti previsti dalla normativa in materia*", facendo, peraltro, un esplicito rinvio a una "*successiva delibera di affidamento del servizio*".

Al punto 9 della delibera, inoltre, il Comune ha precisato che "*l'affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti e/o del servizio di teleriscaldamento potrà avvenire solo a seguito delle valutazioni previste dal comma 2 dell'articolo 14 del D.lgs. n. 201/2022 e della redazione della relazione di cui al comma 3 del medesimo articolo*", con la conseguente conferma che, al momento, non è stata assunta alcuna decisione circa l'affidamento del servizio, che risulta, per l'appunto, rinviata a valutazioni future.

Del resto, soltanto qualora la delibera fosse risultata già di per sé vincolante per il futuro affidamento del servizio, la stessa avrebbe potuto essere ritenuta immediatamente lesiva. In tal senso, infatti, questa Sezione ha affermato quanto segue: "*Senonché, la lesione di questo specifico bene della vita per realizzarsi in modo attuale, concreto e diretto implica, non già l'emanaione di alcuni degli atti prodromici e strumentali alla predisposizione dell'apparato asseritamente preordinato al conseguimento di questo risultato - di cui gli atti impugnati costituiscono soltanto un*

*limitato, parziale ed incompleto segmento -, bensì i provvedimenti che dispongono i concreti affidamenti diretti delle commesse alle quali si è poc'anzi fatto cenno, in spregio alla normativa euro-unitaria e nazionale, oppure, al limite, quegli atti che preordinano in modo vincolante la necessità di consimili affidamenti in violazione di ogni normativa concorrenziale” (Cons. Stato, Sez. IV, 3 giugno 2021, n. 4235).*

In altri termini, affinché si ravvisi un interesse concreto e attuale all'impugnazione della delibera, è necessario che sia stato adottato il provvedimento che dispone l'affidamento diretto alla società *in house* ovvero un atto che sia in grado di vincolare il Comune in ordine al futuro affidamento attraverso l'anzidetto modello, mentre nel caso di specie non solo non è previsto alcun affidamento diretto ma le stesse valutazioni in ordine alla sussistenza delle condizioni previste dal comma 2 dell'articolo 14 del d.lgs. n. 201 del 2022 sono state espressamente rinviate a un momento successivo, con la conseguenza che l'affidamento *in house* configura, allo stato, una mera ipotesi.

A tale proposito, oltre al tenore letterale della delibera – che, come sopra evidenziato, risulta già di per sé decisiva ai fini della valutazione circa il carattere non concreto e non attuale della lesione – vi è un'ulteriore considerazione che depone per il rigetto dell'appello. Sul punto, si deve osservare, infatti, che sindacare la delibera in questione per difetto di motivazione in ragione dell'omessa valutazione dei presupposti necessari per optare per il modello *in house*, quando l'amministrazione ha espressamente rinviato tale valutazione a un momento successivo, si tradurrebbe in un'interferenza rispetto a poteri amministrativi non ancora esercitati.

14. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va pertanto respinto.

15. Tenuto conto della natura della vicenda in questione, sussistono giuste ragioni per l'integrale compensazione delle spese processuali del presente

grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese processuali del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere

Eugenio Tagliasacchi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Eugenio Tagliasacchi**

**IL PRESIDENTE**

**Gerardo Mastrandrea**

**IL SEGRETARIO**