



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 518 del 2010, proposto da:
Servicim s.r.l., in persona del legale rappresentante pro – tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con cui ha eletto domicilio in Milano presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

il Comune di Bollate, in persona del Sindaco pro – tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Andena e Fabio Romanenghi, presso i quali è elettivamente domiciliato in Milano, corso di Porta Vittoria 28;

nei confronti di

Gaia Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro – tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Loredana Bracchitta, presso cui è elettivamente domiciliata in Basiglio, via Renoncino 1/27;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

con tutti gli atti preordinati, conseguenziale e connessi, de:

- 1) la deliberazione della Giunta municipale n.251 del 21 dicembre 2009, pubblicata sull'albo pretorio del Comune di Bollate fino al 7 gennaio 2010 avente ad oggetto l'"Approvazione del contratto di servizio per la gestione dei cimiteri della città di Bollate e la società Gaia Servizi s.r.l.";
 - 2) la deliberazione del Consiglio comunale n.46 del 17 settembre 2007, conosciuta dalla ricorrente solo dopo aver preso conoscenza della delibera di giunta ut supra, se e nella misura in cui si ritenesse, come in realtà non è, che con la stessa sia stato fissato quale *modus gestionale* dei servizi cimiteriali quello dell'*in house providing*;
 - 3) se ed in quanto occorrer possa il "Contratto di servizio tra il Comune di Bollate e la società "Gaia Servizi s.r.l." per l'affidamento della gestione dei servizi cimiteriali" allegato alla deliberazione di G.C. n.251/2009, in quanto viziato per illegittimità derivata;
 - 4) ogni altro atto o provvedimento comunque risalente all'amministrazione comunale ed in particolare se ed in quanto esistente, il provvedimento con il quale viene disposto definitivamente l'affidamento del servizio di gestione dei cimiteri sul territorio comunale alla controinteressata
- e per la conseguente condanna del Comune di Bollate: in via principale ad indire una procedura competitiva ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione dei servizi cimiteriali del Comune di Bollate, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 23 *bis*, comma 2, L. 133/08; in subordine, stante l'impossibilità di reintegrazione ex art. 2058, comma 1, c.c. al risarcimento del danno ingiusto per equivalente da perdita di *chance* e curriculum, oltre interessi e rivalutazione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bollate;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gaia Servizi s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2010, i difensori avv. Maurizio Boifava per Servicim s.r.l., avv. Fabio Romanenghi per il Comune di Bollate e avv. Loredana Bracchitta per Gaia Servizi s.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, società operante nel settore dei servizi cimiteriali, impugna gli atti in epigrafe denunciando l'illegittimità dell'affidamento *in house*, alla società Gaia Servizi s.r.l., dei servizi cimiteriali, di cui è venuta a conoscenza soltanto con la pubblicazione della delibera giunta di approvazione del contratto di servizio.

Resistono al ricorso tanto il Comune di Bollate quanto la società controinteressata chiedendo entrambi, in via preliminare, declaratoria di irricevibilità del ricorso per tardività, nel merito, pronuncia di rigetto per infondatezza.

Alla camera di consiglio del 24 marzo 2010 la causa è stata rinviata al merito.

Le parti hanno depositato ulteriori documenti e scritti difensivi e, all'udienza pubblica del 21 aprile 2010, dopo ampia discussione, la causa è passata in decisione.

2. Con delibera consiliare n. 46 del 17 settembre 2007 il Comune di Bollate ha approvato il progetto di costituire la società Gaia Servizi s.r.l., società a totale partecipazione pubblica, ed il relativo statuto, alla quale affidare *in house*, ai sensi dell'art. 113 comma 5 TUEL, i servizi descritti nel piano di fattibilità allegato alla delibera, anch'esso approvato e contestualmente ha deliberato di trasferire alla costituenda società alcune attività (raccolta rifiuti e igiene urbana, servizio idrico integrato, manutenzione verde pubblico, gestione immobili ERP, pubblicità e pubbliche affissioni, trasporto pubblico) dando atto "che ulteriori attività

comprese nell'oggetto sociale dello statuto potranno essere trasferite, previo studio di fattibilità economica, con formale deliberazione di Giunta comunale”.

I contratti di servizio per le attività trasferite sono stati approvati con delibera di Giunta n. 70 del 23 aprile 2008.

I servizi cimiteriali sono contemplati nel piano di fattibilità allegato a tale delibera ma non inclusi nell'elenco di servizi trasferiti innanzi riportato: a tale data la gestione esterna di detti servizi era affidata alla società Saie s.r.l. in forza di contratto di servizio n. 9758 del 27 febbraio 2007, sottoscritto per subentro nel servizio all'esito di pronuncia giurisdizionale, con scadenza al 16 ottobre 2009, rinnovato, per il periodo 17 ottobre 2009 – 16 gennaio 2010, con determinazione dirigenziale n. 2053 del 26 ottobre 2009.

Nel corpo di tale determinazione si dà atto dell'intenzione del Comune di trasferire la gestione dei servizi cimiteriali alla società comunale, per mezzo di contratto di servizio, a far data dal 17 gennaio 2010.

Con delibera di Giunta n. 251 del 21 dicembre 2009 è stato approvato il contratto di servizio di gestione dei cimiteri con Gaia Servizi s.r.l.; si tratta di contratto: ricomprensivo delle attività ivi elencate, tra cui il servizio di illuminazione votiva; di durata ventennale; con canone annuo di € 329.000,00 oltre IVA.

3. Il ricorso è affidato a cinque motivi di seguito sintetizzati.

I) Incompetenza: la Giunta è incompetente ad adottare atti fondamentali in ordine all'organizzazione dei servizi pubblici, non potendosi qualificare la delibera del dicembre 2009 come atto esecutivo atteso che manca, nella delibera consiliare del 17 settembre 2007, la specificazione dei “servizi ulteriori” pur ricompresi nell'oggetto sociale.

II) Violazione della delibera di C.C. n. 46/07 ed eccesso di potere: la delibera di Giunta n. 251/09 non reca alcuna traccia del preventivo studio di fattibilità.

III) Violazione dell'art. 23bis L. 133/2008 e successive modifiche: la delibera giuntale impugnata è stata adottata dopo l'entrata in vigore della L. 166/2009 che ha modificato l'art. 23bis L. 133/2008 limitando gli affidamenti *in house* di servizi pubblici locali di rilevanza economica a situazioni eccezionali che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato e subordinandolo, comunque, all'adempimento di una serie di obblighi; la delibera n. 251/2009, adottata nella vigenza della richiamata normativa, non ne rispetta, tuttavia, le prescrizioni essendo mancata sia l'analisi di mercato, sia l'invio degli esiti all'AGCM per l'espressione del parere obbligatorio e vincolante, sia la adeguata pubblicità.

IV) Violazione e falsa applicazione dei principi comunitari in materia di *in house*: dall'oggetto sociale della Gaia Servizi s.r.l. si ricava una indubbia vocazione commerciale, ostativa già di per sé all'affidamento diretto che è, in ogni caso, indice dell'assenza del "controllo analogo" da parte del Comune di Bollate tale da impedirne l'attribuibilità dei requisiti per l'*insourcing*.

V) Violazione sotto diverso profilo dell'art. 23bis L. 133/2008 e successive modifiche: il comma 9 della norma in discorso ha vietato l'acquisibilità, da parte di società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, così come lo svolgimento di servizi o attività per altri enti pubblici o privati, anche partecipando a gare; la Gaia Servizi s.r.l. invece è già affidataria diretta di altri servizi pubblici locali, sicchè non può ottenere anche la gestione dei servizi cimiteriali fino alla scadenza degli altri affidamenti.

4. Il Comune di Bollate e Gaia Servizi s.r.l. svolgono difese tra loro analoghe che di seguito si sintetizzano.

In via preliminare eccepiscono l'irricevibilità del ricorso per tardività atteso che l'effettivo affidamento dei servizi cimiteriali sarebbe avvenuto con la delibera consiliare n. 46 del 17 settembre 2007, regolarmente pubblicata all'albo pretorio

del Comune, laddove l'impugnata delibera giunta del 21 dicembre 2009 si limita a dare esecuzione, mediante la mera approvazione del contratto di servizio, a quanto deciso in sede consiliare, ove si era approvato lo studio di fattibilità riguardante anche i servizi in discorso.

In ogni caso obiettano che la decisione del Comune di organizzare il servizio in autoproduzione deve considerarsi conosciuta, quanto meno, a far data dalla determinazione dirigenziale n. 2053 del 26 ottobre 2009 (recante proroga del servizio all'allora gestore), anch'essa regolarmente pubblicata all'albo pretorio.

In subordine e nel merito contestano ciascun motivo di ricorso obiettando quanto segue:

- i servizi cimiteriali sono stati effettivamente affidati a Gaia Servizi s.r.l. dal Consiglio comunale con la delibera del n. 46/2007;
- a tale delibera era allegato lo studio di fattibilità comprendente anche i servizi in discorso;
- risalendo l'effettivo trasferimento del servizio al settembre 2007 la disciplina di cui all'art. 23bis L. 133/2008 non è applicabile *ratione temporis*, pur osservandosi che, in ogni caso, non vi è stata violazione di legge alcuna dal momento che nel piano allegato a tale delibera sono estrinsecate le ragioni di opportunità dell'affidamento *in house*, che la delibera è stata regolarmente pubblicata, che la comunicazione all'AGCM è obbligo non ancora vigente stante la mancata emanazione del regolamento attuativo;
- la Gaia Servizi s.r.l. risponde a tutti i requisiti per essere destinataria di affidamenti *in house* in quanto l'eventuale svolgimento di attività commerciali, contemplate nello statuto, rientra tra quelle di natura collaterale ed accessoria all'espletamento dei servizi pubblici elencati nell'art. 4; inoltre essa è soggetta al cd. "controllo analogo" da parte del Comune attesa l'ampiezza dei poteri assembleari statutariamente fissata;

- il divieto di conseguire nuovi affidamenti, stabilito dal comma 9 dell'art. 23^{bis} cit., non riguarda le società *in house*, che sono *longa manus* dell'amministrazione, bensì le sole imprese private o miste che sono privilegiate per aver ottenuto affidamenti diretti.

5. Preliminarmente va scrutinata l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività.

In proposito osserva il Collegio che l'eccezione non è di mero rito ma impinge nel merito degli atti su cui la stessa poggia, postulandone l'esame complessivo già in questa fase.

L'eccezione si fonda, come già detto, sul presupposto che l'effettivo trasferimento dei servizi in discorso sarebbe avvenuto con la delibera consiliare del settembre 2007, mentre la Giunta, nel dicembre 2009, si sarebbe limitata ad approvare il contratto di servizio.

La riferita impostazione non è condivisibile e non trova riscontro negli atti.

Nel corpo della delibera consiliare n. 46/2007 non si rinviene, nell'elenco delle attività "trasferite" elencate al punto 6) della parte dispositiva, la voce "servizi cimiteriali"; in tale sede si dà solamente atto che le ulteriori attività pur ricomprese nell'oggetto sociale "potranno essere trasferite...": in altri termini, indipendentemente dai presupposti (piano di fattibilità) sulla base dei quali effettuare i futuri trasferimenti, è evidente che le "ulteriori attività pur ricomprese nell'oggetto sociale" sarebbero state oggetto di trasferimento in forza di provvedimento futuro, di contenuto e paternità analoghi a quelli della delibera n. 46/2007.

Tale ricostruzione non è smentita, diversamente da quanto opinato all'unisono dalle parti resistenti (Comune e controinteressata), né dall'inclusione dei servizi cimiteriali nel piano di fattibilità approvato (punto 1 della parte dispositiva), né dall'approvazione del progetto di costituire una società pubblica interamente di

proprietà del Comune di Bollate, “alla quale affidare *in house*, ai sensi dell’art. 113, comma 5, lett. c) del TUEL, i servizi descritti nel piano allegato” (punto 2 id.): non dalla prima perché la mera approvazione del piano di fattibilità non implica ex se un trasferimento, necessitando, a tal fine, apposito atto; non dalla seconda perché, come si evince dal dato testuale, tale punto contiene l’approvazione di un “progetto” con indicazione della relativa finalità (affidare i servizi), ma non determina punto il “trasferimento” delle attività elencate.

Peraltro, osserva il Collegio come la conclusione che precede sia avvalorata da due elementi fattuali che le parti resistenti richiamano, invece, come dati a sostegno della loro tesi.

Nella delibera n. 46/2007, al primo “considerato”, è riportato l’elenco dei servizi pubblici locali del Comune di Bollate e il relativo sistema di gestione in atto; in tale elenco i servizi cimiteriali figurano come unica voce affidata in appalto. Da ciò consegue che l’effettivo trasferimento di tali attività postulava, necessariamente, il preventivo spirare del termine di naturale scadenza del contratto di appalto, fissata per il 16 ottobre 2009.

Se ne deve inferire, da un lato, che ove la delibera del 2007 avesse realmente inteso trasferire, da allora per il futuro, anche i servizi cimiteriali, avrebbe dovuto esplicitamente specificare che l’affidamento doveva intendersi effettuato con decorrenza a far data dalla scadenza del contratto di appalto; d’altra parte che, se i servizi in discorso fossero stati già giuridicamente trasferiti, con mero differimento della data di inizio della gestione *in house* - *id est* senza necessità di appositi atti di natura organizzatoria - non vi sarebbe stata ragione di chiedere alla gestione in corso la disponibilità a proseguire il servizio e di adottare la determinazione dirigenziale n. 2053 del 26 ottobre 2009 di proroga dello stesso fino al 16 gennaio 2010.

E' dirimente, infine, che, ancora nell'atto da ultimo richiamato, il Dirigente si esprima in termini di "intenzione" dell'amministrazione di provvedere al trasferimento della gestione dei servizi in discorso (cfr. doc. 4 controinteressata): si tratta di atto privo di portata lesiva sul punto limitandosi a richiamare una semplice intenzione.

In definitiva, al di là delle espressioni più o meno corrette in concreto adoperate, dalla lettura coordinata e sistematica degli atti che hanno interessato la vicenda risulta evidente che, con la delibera consiliare n. 46/2007, è stata approvata la costituzione della Gaia Servizi s.r.l. e sono stati trasferiti effettivamente soltanto i servizi elencati al punto 6 del dispositivo della stessa laddove, per tutti gli altri, l'organo consiliare in tale sede ne contempla la mera possibilità rinviando, comunque, ad atti futuri.

In conclusione il ricorso in epigrafe, notificato il 5 marzo 2010, è stato tempestivamente proposto in quanto l'effettivo affidamento dei servizi cimiteriali all'odierna controinteressata è avvenuto soltanto in data 21 dicembre 2009, con delibera di Giunta n. 251 pubblicata all'Albo pretorio, mentre gli atti precedenti esplicitano mere possibilità o intenzioni.

6. Nel merito il ricorso è fondato e va accolto nei termini di seguito esplicitati.

Da quanto esposto al punto che precede discendono, a cascata, le seguenti conseguenze.

6.1. L'affidamento dei servizi cimiteriali a Gaia Servizi s.r.l. è stato attuato da organo incompetente e con atto inidoneo atteso che, come avvenuto per gli altri servizi nel 2007, la delibera giuntale di approvazione del contratto di servizio può essere intesa soltanto come atto di esecuzione di apposita delibera consiliare di trasferimento dei servizi in discorso, che nel caso di specie è mancata.

Ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs 18 agosto 2000 n. 267, il Consiglio è l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo ed ha competenza su atti

fondamentali espressamente indicati tra i quali l'organizzazione dei pubblici servizi, la costituzione di istituzioni e aziende speciali, la concessione dei pubblici servizi, la partecipazione dell'ente locale a società di capitali, l'affidamento di attività o servizi mediante convenzione (cfr. comma 2, lett. e).

E' principio indiscusso che la competenza dei consigli comunali, ai sensi dell'art. 42, D.Lgs. 267/2000, è circoscritta agli atti fondamentali di natura programmatica o aventi un elevato contenuto di indirizzo politico, mentre spettano alle giunte comunali tutti gli atti esecutivi rientranti nelle funzioni degli organi di governo (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 25 febbraio 2008, n. 430).

Ne consegue che la decisione di affidare la gestione di servizi pubblici locali a società *in house*, in quanto atto di natura programmatica incluso nell'elenco tassativo di cui all'art. 42 TUEL - che postula la verifica, in concreto ed attualizzata al momento dell'effettivo trasferimento, della sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive di legge per avvalersi di siffatto modulo gestionale – rientra nella competenza del Consiglio comunale residuando, in capo alla Giunta, la susseguente competenza generale esecutiva da attuarsi sulla base delle scelte e degli indirizzi forniti dall'organo consiliare.

6.2. La collocazione del *dies* di affidamento del servizio alla data del 21 dicembre 2009 comporta, *de plano*, l'applicazione *ratione temporis*, alla fattispecie in esame, della norma di cui all'art. 23**bis** L. 133/2008 nel testo modificato dalla L. 166/2009.

Ne discende che, in disparte l'ascrivibilità, in capo alla Gaia Servizi s.r.l. dei requisiti per l'*in house* la cui trattazione, per quanto di sicuro interesse, non appare dirimente ai fini del presente giudizio, il Comune avrebbe dovuto assolvere agli obblighi imposti dai commi 3 e 4 della citata norma che, nel caso di specie, risultano violati in radice stante la mancanza strutturale, per le ragioni innanzi tratteggiate, dell'atto con cui l'amministrazione concretamente e correttamente

esprime la volontà (e non già la mera intenzione o possibilità) di affidare il servizio e, per l'effetto, lo trasferisce.

L'art. 23**bis**, d.l. n. 112 del 2008, costituisce una disposizione completamente innovativa nel quadro della tematica dei così detti affidamenti *in house*, e 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 deve essere restrittivamente intesa (cfr. T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 8 febbraio 2010, n. 336).

Ne discende che trattandosi, nel caso di specie, di procedimento che inizia nella vigenza della citata norma lo stesso va necessariamente assoggettato al regime dell'articolo 23**bis**, con conseguente necessità della sussistenza dei requisiti di cui al comma 3 della richiamata disposizione nonché di acquisizione dei pareri da parte delle Autorità.

Tale norma, infatti, prevale sugli ordinamenti di settore con esso incompatibili, compreso il d.lgs n. 152 del 2006 nonché sull'art. 113 del T.U.E.L..

Pertanto, ove non si intenda vanificarne la portata innovativa nel senso della liberalizzazione del mercato, 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, 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 (cfr. giurisprudenza da ultimo citata).

Tanto più se si considera che, nel caso di specie, come emerge dagli atti, il Comune di Bollate ha preteso trasferire mediante affidamento *in house* anche la gestione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale.

Invero l'art. 113 T.U.E.L. nella sua attuale formulazione, vigente nella parte non in contrasto con l'art. 23**bis**, D.L. n. 112 del 2008, non prevede l'affidamento diretto come modalità di gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica, come quello d'illuminazione votiva cimiteriale, stante la necessità di applicare la disciplina comunitaria ai servizi pubblici locali a rilevanza economica (in tal senso: T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 460).

6.3. Discende ulteriormente che, essendo provato *per tabulas*, in quanto presupposto di tutto l'impianto dell'operazione, che la Gaia Servizi s.r.l. è già affidataria diretta di servizi pubblici locali, l'applicabilità *ratione temporis* della disciplina prevista nell'art. 23**bis**, comma 9, della citata legge, comporta il divieto per la stessa di conseguire ulteriori affidamenti, anche partecipando a gare.

Invero, la tesi propugnata dalle parti resistenti per cui detta norma non troverebbe applicazione per le società *in house* non appare, alla luce di quanto innanzi tratteggiato, confortata dal dato normativo.

L'art. 23**bis**, comma 9, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni in legge 6 agosto 2008, n. 133, nel testo modificato dal D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni in legge 20 novembre 2009, n. 166, così recita: "Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), 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 primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti”.

In proposito deve richiamarsi la puntuale ricostruzione esegetica, pienamente condivisibile, secondo cui i nuclei concettuali portanti dell'art. 23bis, comma 9, cit. sono sostanzialmente quattro: a) la disposizione in discorso si applica, per quanto in questa sede interessa, ai “soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive”; b) la capacità d'agire ad essi riconosciuta è circoscritta nel ristretto perimetro delineato da alcuni divieti tra i quali, segnatamente e per quanto di interesse, il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori, c) i divieti di assunzione di ulteriori servizi o attività concernono sia ipotesi di affidamento diretto sia ipotesi di affidamento mediante la partecipazione a gare, che è quindi inibita; d) va aggiunto, anche se non pertinente alla fattispecie in esame, che i divieti in discorso riguardano sia direttamente i soggetti titolari di servizi pubblici locali non affidati mediante gara sia società che siano da essi controllate o che siano loro controllanti o comunque che siano da loro partecipate (cfr. TAR Toscana Firenze, 2 febbraio 2010, n. 169).

Tale disciplina pare al Collegio sicuramente applicabile alla fattispecie in esame dal momento che la Gaia Servizi s.r.l. è già affidataria diretta di servizi pubblici locali per averli conseguiti in forza della delibera di C.C. n. 46/2007 per cui, per tutta la

durata degli affidamenti in corso, non potrebbe conseguire la gestione di servizi ulteriori né con affidamento diretto, anche laddove in ipotesi astrattamente rispondente ai requisiti per l'*in house providing*, né partecipando a gare.

La suesposta conclusione, peraltro, non trova confutazioni nella contraria tesi, quanto mai debole e laconica, della controinteressata, imperniata esclusivamente sull'obiezione della inapplicabilità *ratione temporis* della disciplina in discorso alla fattispecie in esame.

Quanto ai rilievi di segno contrario mossi dal Comune, secondo cui, stante il principio *ubi voluit dixit*, l'inapplicabilità dell'art. 23bis, comma 9, alla fattispecie per cui è causa, è ricavabile dal mancato richiamo, in detto comma, della nozione di *in house*, come viceversa presente nei commi 3, 8 e 10 della stessa norma, non solo non appare convincente ma avvalorata la conclusione cui perviene il Collegio.

Invero l'invocato comma 8, nel dettare il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3, stabilisce, per quanto qui rileva, che “le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta *in house* cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2”.

In altri termini il legislatore, con la disposizione in discorso, così come con quelle contenute negli ulteriori commi invocati, ha *expressis verbis* precisato che la norma in discorso si applica anche alle gestioni *in house* tanto da dettare per le stesse una disciplina transitoria e prescrivere l'adozione di uno o più regolamenti governativi, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine, tra l'altro, di “prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti *in house* di

servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8” (comma 10, lett. a).

In conclusione, per le suesposte considerazioni e assorbite le ulteriori censure, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullata la deliberazione della Giunta municipale n.251 del 21 dicembre 2009 e, in parte qua, la deliberazione del Consiglio comunale n.46 del 17 settembre 2007, quale atto presupposto ad un eventuale affidamento *in house* a Gaia Servizi s.r.l. anche dei servizi cimiteriali, dovendo tali servizi essere affidati mediante gara ai sensi del più volte richiamato art. 23**bis** D.L. 25 giugno 2008, n. 112, come convertito in legge e successivamente modificato.

7. Alla pronuncia di annullamento che precede, consegue, in applicazione dell'art. 245ter del D.lgs. n. 163/2006, come introdotto dall'art. 10, comma 1, del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, l'inefficacia del contratto stipulato con decorrenza dalla pubblicazione della presente decisione, in considerazione sia della sussistenza dei presupposti per la configurazione della responsabilità in capo al Comune concedente, ed in particolare dell'elemento soggettivo della colpa, avendo l'amministrazione ritenuto di poter affidare la gestione di un servizio pubblico locale senza gara bensì avvalendosi di società *in house* in violazione delle norme cogenti di derivazione comunitaria anche per detto tipo di affidamento, sia dell'interesse della società ricorrente di partecipare alla gara per l'affidamento del servizio così da vedere reintegrata la *chance* di conseguirne l'aggiudicazione.

Milita a favore della declaratoria di inefficacia del contratto di servizio anche lo stato di esecuzione dello stesso, che si protrae da pochi mesi a fronte di una durata contrattuale ventennale come previsto nella delibera di approvazione dello stesso.

Va ribadito in proposito l'orientamento espresso dal Collegio in una recente pronuncia per cui la norma succitata, attesa la sua natura processuale e in difetto di diversa disciplina transitoria, sia applicabile anche in giudizi, come quello di specie,

instaurati in data antecedente alla sua entrata in vigore (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 17 maggio 2010 n. 1524).

D'altra parte, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione illegittima annullata - che, dopo pronunce giurisprudenziali di segno contrastante, è stata definitivamente affermata dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 10 febbraio 2010 n. 2906, - deve ritenersi estesa, per le ragioni sostanziali sottese al richiamato arresto delle Sezioni Unite, anche a fattispecie, come quella in esame, in cui manchi l'aggiudicazione da annullare, essendo mancata del tutto la gara che avrebbe dovuto precederla, e la pronuncia di annullamento riguardi il provvedimento illegittimo di affidamento diretto di servizi pubblici locali.

Come opinato dal Giudice della giurisdizione, "l'esigenza della cognizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, possa conoscere anche della domanda del contraente pretermesso illecitamente dal contratto di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo".

L'opportunità della concentrazione delle due domande dinanzi il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva si fonda, ad opinione della Suprema Corte, sulla direttiva CE n. 66/2007, che riconosce peculiare rilievo in tal senso alla connessione tra le due indicate domande.

"Tale soluzione" prosegue la Corte "è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data

dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo delle stesse nelle materie di giurisdizione esclusiva e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dalla stazione appaltante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara”.

8. Va, invece, respinta l'ulteriore domanda risarcitoria mancando agli atti la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie aquiliana, primo fra tutti il danno ingiusto che non sia quello derivante dal non aver potuto partecipare alla gara, già oggetto di reintegrazione in forma specifica in forza del *decisum* che precede.

9. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei termini e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata, in solido tra loro, alla rifusione, in favore della ricorrente, di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila), oltre rimborso forfetario spese generali, oneri previdenziali e fiscali come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 21 aprile e del 15 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Mauro Gatti, Referendario

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2010

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

IL SEGRETARIO