



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2236 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consiag Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Leonardo Masi e Riccardo Bianchini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, lungarno degli Acciaiuoli 10;

contro

Comune di Prato, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Elena Bartalesi, Paola Tognini e Stefania Logli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Monica Dominici in Firenze, via XXIV Maggio, 14;

nei confronti di

Cofely Italia S.p.A.;

per l'annullamento

- della deliberazione della Giunta Comunale di Prato n. 466 del 26.10.2010, notificata alla ricorrente il giorno 8.11.2010, con la quale il Comune di Prato ha dato atto che il contratto di servizio del 27.3.2007 fra il Comune di Prato e Consiag Servizi Srl per la gestione manutentiva del patrimonio comunale è cessato a far data dal 4.1.2010 e contestualmente dato "mandato ai dirigenti dei servizi competenti di avviare le procedure per gestire diversamente i servizi attualmente affidati a Consiag Servizi nei tempi strettamente necessari all'espletamento di nuove gare, ovvero alla reinternalizzazione degli stessi, nel rispetto dei principi di economicità e convenienza, dando, altresì, atto che, fino alla messa a regime della nuova gestione, dovrà essere assicurata la continuità di detti servizi";
- di ogni altro atto ad essa delibera presupposto, connesso, consequenziale, ancorché incognito; nonchè con motivi aggiunti depositati il 25.1.2011;
- della deliberazione della Giunta Comunale di Prato n. 511 del 23.11.2010, pubblicata sino al 14.12.2010, con la quale sono state approvate le modalità di affidamento dell'appalto di fornitura di gas metano agli edifici di proprietà e/o in disponibilità del Comune di Prato, nonché dell'appalto del servizio di manutenzione ordinaria degli impianti termici, secondo la "Ipotesi 2" di cui alla narrativa;
- della deliberazione della Giunta Comunale di Prato n. 548 del 9.12.2010, pubblicata sino al 29.12.2010, con la quale è stato rettificato l'importo a base d'asta per l'appalto della fornitura di gas metano indicato nella precedente deliberazione G. C. 511/2010;
- del bando di gara, pubblicato il 28.12.2010 per l'affidamento dell'appalto per la fornitura di gas metano agli edifici di proprietà e/o in disponibilità del Comune di Prato (gara n. 516);

- della deliberazione della Giunta Comunale di Prato n. 600 del 21.12.2010, pubblicata sino al 7.1.2011, con la quale è stato approvato il progetto redatto dal servizio Lavori Pubblici per la nuova gestione manutentiva, ordinaria e straordinaria, del patrimonio comunale per quanto attiene ai lavori edili, di fabbro e idraulici, relativamente agli immobili compresi nelle circoscrizioni Nord e Ovest;
 - della deliberazione della Giunta Comunale di Prato n. 601 del 21.12.2010, pubblicata sino al 7.1.2011, con la quale è stato approvato il progetto redatto dal servizio Lavori Pubblici per la nuova gestione manutentiva, ordinaria e straordinaria, del patrimonio comunale per quanto attiene ai lavori edili, di fabbro e idraulici, relativamente agli immobili compresi nelle circoscrizioni Centro, Sud ed Est;
 - della determinazione dirigenziale n. 4 del 5.1.2011, con la quale è stato stabilito di esperire tre distinte gare d'appalto mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando per i lavori edili, di fabbro e idraulici per gli immobili comunali delle circoscrizioni Nord e Ovest, ai sensi dell'art. 122, commi 7 e 7-bis, D. Lgs. 163/2006;
 - della determinazione dirigenziale n. 5 del 5.1.2011, con la quale è stato stabilito di esperire tre distinte gare d'appalto mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando per i lavori edili, di fabbro e idraulici per gli immobili comunali delle circoscrizioni Centro, Sud ed Est, ai sensi dell'art. 122, commi 7 e 7-bis, D. Lgs. 163/2006;
 - di ogni altro atto ad essi presupposto, connesso, consequenziale, ancorché incognito;
- nonchè con motivi aggiunti depositati il 22.7.2011: - della deliberazione della Giunta Comunale di Prato n. 239 del 7.6.2011, pubblicata sino al 24.6.2011, con la quale è stato deliberato di affidare il servizio di pulizia degli uffici comunale, delle scuole materne e nido attraverso l'adesione alla convenzione Consip.
- della determinazione dirigenziale n. 1458 del 8.6.2011, pubblicata sino al 24.6.2011, con la quale è stata stabilita la tempistica dell'affidamento del servizio alla società Cofely Italia s.p.a;
 - della nota del 17.6.2011 n.prot. 76599, avente ad oggetto "Richiesta preventivo", con la quale l'amministrazione ha comunicato che il servizio di pulizie affidato a Consiag Servizi Srl sarebbe cessato il 30.6.2011, chiedendo, al contempo, una proroga del servizio riferito agli asili nido comunali fino al 14.7.2011;
 - di ogni altro atto ad essi presupposto, connesso, consequenziale, ancorché incognito.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato a mezzo del servizio postale il 7 dicembre 2010, e depositato il 21 dicembre successivo, la Consiag Servizi S.r.l. – società a totale partecipazione pubblica costituita da ventiquattro Comuni delle Province di Firenze, Pistoia e Prato per la gestione di attività inerenti i settori del gas, dell'acqua, dell'energia, dell'informatica e delle telecomunicazioni – proponeva impugnazione avverso al delibera di Giunta del 26 ottobre 2010 con cui il Comune di Prato, suo azionista di maggioranza, aveva dato atto dell'anticipata cessazione, a far data dal 4 gennaio 2010, del contratto di servizio quinquennale avente ad oggetto la gestione manutentiva del patrimonio comunale stipulato fra il Comune predetto e la ricorrente il 27 marzo 2007. Intimata in giudizio l'amministrazione procedente, sulla scorta di sette motivi in diritto la Consiag Servizi S.r.l. deduceva l'illegittimità della delibera impugnata e ne

chiedeva l'annullamento.

A seguito della costituzione in giudizio del Comune di Prato, che resisteva al gravame, con atto di motivi aggiunti depositato il 25 gennaio 2011 la società ricorrente estendeva l'impugnazione ad una prima serie di sopravvenute deliberazioni comunali, in epigrafe meglio identificate, aventi rispettivamente ad oggetto: l'approvazione delle modalità di affidamento della fornitura di gas metano e del servizio di manutenzione ordinaria degli impianti termici relativi agli edifici di proprietà o in disponibilità del Comune (deliberazione n. 511/2010); la rettifica dell'importo a base d'asta per la fornitura di gas metano anzidetta (deliberazione n. 548/2010); l'approvazione del progetto per la nuova gestione manutentiva del patrimonio comunale relativamente ai lavori edili, di fabbro e idraulici per gli immobili compreso nelle circoscrizioni nord e ovest (deliberazione n. 600/2010); dell'analogo deliberazione relativa agli immobili compresi nelle circoscrizioni centro, sud ed est (deliberazione n. 601/2010); l'esperimento di tre gare di appalto per l'affidamento dei lavori edili, di fabbro e idraulici relativamente agli immobili comunali (determinazioni dirigenziali nn. 4 e 5/2011). Quindi, con ulteriori motivi aggiunti, la ricorrente impugnava altresì: la deliberazione di Giunta n. 239/2011, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici comunali, delle scuole e degli asili nido mediante adesione alla convenzione CONSIP; la conseguente determinazione dirigenziale n. 1458/2011, che aveva stabilito la tempistica di affidamento del servizio; ed, infine, la nota del 17 giugno 2011 con cui il Comune di Prato aveva comunicato a Consiag Servizi S.r.l. che il servizio di pulizie da essa gestito sarebbe terminato il 30 giugno 2011, con contestuale richiesta di proroga fino al 14 luglio 2011 per i soli asili nido comunali.

La causa, istruita documentalmente, veniva discussa nella pubblica udienza del 7 novembre 2012 e decisa come da dispositivo, depositato il giorno seguente.

DIRITTO

1. Con l'atto introduttivo del giudizio Consiag Servizi S.r.l. impugna la delibera di Giunta del 26 ottobre 2010, n. 466, mediante la quale il Comune di Prato ha stabilito di dare atto dell'anticipata cessazione, a decorrere dal 4 gennaio 2010, del contratto quinquennale di affidamento della gestione manutentiva del patrimonio comunale (contratto di *global service*) sottoscritto fra le parti in data 27 marzo 2007; e, contestualmente, ha dato incarico ai dirigenti dei servizi comunali di avviare le procedure per gestire altrimenti i servizi già affidati a Consiag. In particolare, dalla lettura del provvedimento impugnato si ricava che le ragioni della determinazione risiedono nella ritenuta assenza del presupposto del "controllo analogo" che, a suo tempo, aveva giustificato l'affidamento diretto all'odierna ricorrente – quale soggetto operante *in house* – dei servizi in questione, e, comunque, delle condizioni stabilite dalla "cosiddetta Legge Bersani" per la prosecuzione dell'affidamento, oltre al rilievo di una serie di criticità di carattere tecnico-economico.

1.1. In via pregiudiziale, occorre osservare come la circostanza che, nelle more del giudizio, sia maturata la naturale scadenza dell'affidamento per cui è causa (il termine di scadenza contrattualmente stabilito è quello del 30 settembre 2011), se determina il venir meno dell'utilità pratica della richiesta pronuncia di annullamento, lascia nondimeno sopravvivere, ai sensi dell'art. 34 co. 3 c.p.a., l'interesse all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato in funzione delle pretese risarcitorie espressamente prospettate dalla ricorrente e delle quali, in questa sede, può essere al più delibata l'astratta proponibilità e non, come pretenderebbe l'amministrazione resistente, la fondatezza. Quanto all'eccepito difetto di giurisdizione del giudice adito, la questione, potenzialmente assorbente, sarà trattata unitamente al merito per ragioni di linearità espositiva.

2. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente sostiene innanzitutto che, nella specie, non troverebbe applicazione l'art. 13 del D.L. n. 223/2006, vale a dire la norma cui il Comune avrebbe inteso dare riferimento nel richiamare la "Legge Bersani". In ogni caso, se anche la norma si applicasse, fra le condizioni da essa previste per la

prosecuzione non vi sarebbe affatto la verifica delle condizioni di legittimità dell'originario affidamento, ovvero del grado di soddisfazione dell'ente affidante circa la gestione delle attività affidate; inoltre, trattandosi di contratto relativo ad attività consentite, perché attinenti alla produzione di beni e servizi strumentali in favore degli stessi enti pubblici detentori del capitale sociale di Consiag Servizi S.r.l., esso sfuggirebbe alla cessazione di efficacia sancita dal terzo comma della disposizione.

Con il secondo motivo, è dedotta la contraddittorietà della delibera impugnata per contrasto con le precedenti determinazioni con le quali il Comune di Prato aveva, invece, positivamente verificato ed attestato l'esistenza delle condizioni per l'affidamento *in house* a Consiag Servizi.

Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta che soltanto attraverso uno sforzo interpretativo sarebbe possibile ricavare l'intenzione del Comune di applicare l'art. 13 D.L. n. 223/2006, da cui il conseguente difetto di motivazione della delibera, oltretutto non preceduta da comunicazione di avvio del procedimento.

Con il quarto motivo, viene fatta valere l'incompetenza della Giunta comunale avuto riguardo al contenuto dell'atto adottato, ricadente fra le competenze del Consiglio in sede di indirizzi politico-amministrativi, o, secondo una prospettiva diametralmente opposta, fra le competenze dirigenziali in materia di atti di gestione.

Con il quinto motivo, Consiag Servizi deduce quindi che, a norma dello stesso contratto di *global service*, l'eventuale sopravvenienza di disposizioni normative implicanti l'impossibilità per la società di gestire in tutto o in parte i servizi ad essa affidati avrebbe dovuto dare luogo a revisione concordata del contratto medesimo, di modo che la condotta tenuta dal Comune sarebbe, oltre che in contrasto con le delibere pregresse di approvazione del contratto, altresì violativa del legittimo affidamento della società, e questo a maggior ragione stante il tempo trascorso fra la stipula del contratto, peraltro posteriore all'entrata in vigore dell'art. 13 D.L. n. 223/2006, e l'adozione della delibera impugnata.

Con il sesto motivo, la ricorrente censura sotto il profilo del difetto di istruttoria e di contraddittorio procedimentale, nonché per contraddittorietà, le conclusioni raggiunte dalla Giunta in ordine alle presunte criticità di carattere tecnico ed economico della gestione; e, con il settimo motivo, deduce lo sviamento nel quale il Comune sarebbe incorso con la declaratoria di cessazione degli effetti del contratto, al cui fondamento vi sarebbe, in realtà, la volontà di rimuovere gli effetti giuridici delle scelte politiche operate dalla precedente amministrazione comunale.

2.1. Le censure, che saranno esaminate congiuntamente, sono ammissibili e fondate per quanto di ragione.

L'impugnata deliberazione n. 466/2010, effettuata una sintetica ricostruzione delle vicende che hanno preceduto l'affidamento *in house* di tutti i servizi manutentivi a Consiag Servizi S.r.l., pone in evidenza il carattere strumentale dei servizi medesimi e la conseguente applicabilità al rapporto della disciplina dettata dalla "Legge Bersani", che, secondo il provvedimento, condizionerebbe la sopravvivenza degli affidamenti *in house* in essere alla verifica di una serie di requisiti, ivi compreso il "controllo analogo" del Comune di Prato su Consiag Servizi; e proprio la ritenuta assenza di tale requisito – ricavata dalla mancanza di un rapporto gerarchico idoneo a garantire al Comune un potere di direzione, coordinamento e supervisione della società, nonché dall'impossibilità per il Comune, detentore di un numero all'uopo insufficiente di quote societarie, di paralizzare le iniziative non conformi ai suoi interessi e di svolgere un adeguato controllo sull'operato della società – costituisce il primo capo motivazionale sul quale poggia la determinazione di reputare cessato per legge l'affidamento e di procedere pertanto all'individuazione delle nuove modalità di gestione dei servizi.

Tuttavia, gli argomenti adoperati dall'amministrazione contrastano irrimediabilmente con i consolidati indirizzi della giurisprudenza nazionale, modellata su quella europea, secondo cui, nel caso di affidamento *in house* conseguente alla istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per

la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (fra le altre, cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092; id., 26 agosto 2009, n. 5082; id., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514). E, nella specie, gli indici rivelatori del controllo riservato ai soci rispetto agli obiettivi strategici ed alle decisioni più rilevanti della società (cfr. Corte Giustizia CE, Sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05) sono rappresentati dalla devoluzione all'assemblea, da parte dello statuto di Consiag Servizi S.r.l., delle scelte aventi ad oggetto l'approvazione del piano industriale annuale e pluriennale, inclusi i budget economici, gli investimenti e le politiche finanziarie, e la verifica dei risultati, insieme ad ogni altra decisione significativa per la vita della società; nonché di poteri di indirizzo, coordinamento e controllo sulle specifiche attività affidate dai Comuni alla società medesima, poteri regolamentati di volta in volta dal relativo disciplinare di servizio. Allo stesso tempo, lo statuto di Consiag S.p.a., società interamente pubblica titolare del 93% delle quote di Consiag Servizi S.r.l. e partecipata al 37,88% dal Comune di Prato (socio di maggioranza relativa), riserva all'assemblea dei soci l'approvazione del piano programmatico di indirizzo e di sviluppo predisposto dal consiglio di amministrazione e l'autorizzazione preventiva sulle operazioni di cessione d'azienda o di rami d'azienda, di acquisto di partecipazioni di valore superiore al 2% del patrimonio netto in altre società aventi oggetto non affine, e l'assunzione e dismissione di partecipazioni di controllo in società, enti e associazioni, risultandone in tal modo soddisfatto il requisito del controllo sulle decisioni strategiche della società e, segnatamente, di quelle destinate a riflettersi sull'attività di Consiag Servizi S.r.l..

2.2. In ogni caso, è evidente che la verifica circa la configurabilità o meno del "controllo analogo" non è affatto imposta dalla disposizione *de qua*, dal momento che l'esistenza di legittimi affidamenti *in house* è il mero presupposto applicativo dell'art. 13 D.L. n. 23/2006 cit., il cui oggetto attiene, piuttosto, alla disciplina delle condizioni necessarie per consentire la prosecuzione delle attività di produzione di beni e servizi strumentali svolte in regime di affidamento diretto, onde evitare indebite distorsioni della concorrenza: condizioni tutte presenti nel rapporto originato dal contratto di global service stipulato fra il Comune di Prato e Consiag Servizi il 27 marzo 2007, e, del resto, non contestate dall'amministrazione resistente, la quale insiste unicamente sulla inconfigurabilità del "controllo analogo".

2.3. Alla luce della chiara volontà del Comune di far valere non tanto una (inesistente) causa di cessazione legale del rapporto, quanto un vizio originario dell'affidamento, neppure può parlarsi di esercizio del diritto di recesso contrattualmente stabilito, mancando, nell'atto, una corrispondente manifestazione di volontà, oltre che i presupposti (ai sensi dell'art. 12.3 del contratto, il recesso è da esercitarsi con riferimento al 31 dicembre di ogni singolo esercizio e con un preavviso minimo di novanta giorni). Di modo che, in definitiva, l'atto impugnato si traduce nella rimozione in autotutela della delibera di affidamento del servizio, assumendo una connotazione provvedimento di secondo grado che giustifica la devoluzione della controversia al giudice amministrativo. Sul piano dei vizi dedotti, ne discende peraltro che l'iniziativa avrebbe dovuto essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento nei confronti della società affidataria del servizio, la quale risulta invece essere stata indebitamente pretermessa dal contraddittorio procedimentale.

2.4. Quanto alle asserite criticità di carattere tecnico e di natura economica riscontrate dal Comune di Prato, pure menzionate nella delibera n. 466/2010, più che di un secondo capo motivazionale esse danno luogo, in effetti, ad

un'aggiunta *ad colorandum*, che non fonda la determinazione assunta, nella misura in cui l'amministrazione procedente non ne fa derivare alcuna autonoma conseguenza giuridica, quale avrebbe potuto essere, ad esempio, la risoluzione del contratto di servizio per inadempimento (anche a norma del già citato art. 12 del contratto): in questo senso, nessun dubbio lascia la parte dispositiva della delibera, che si limita a prendere atto dell'anticipata cessazione *ope legis* del rapporto in dipendenza della (malintesa) assenza del requisito del "controllo analogo", di talché la contestazione delle criticità finisce per rivelarsi, sul piano degli effetti giuridici, fine a se stessa. Anche in relazione a tali profili, che invero attengono all'esecuzione del contratto, non può peraltro non rilevarsi incidentalmente la assoluta apoditticità delle affermazioni del Comune, non supportate da adeguata istruttoria e motivazione, oltre che non precedute dal doveroso confronto con l'interessata (confronto che, secondo quanto previsto dall'art. 12.4 del contratto, avrebbe dovuto più in generale riguardare la stessa ipotesi, invocata dal Comune, di sopravvenienza normativa preclusiva della prosecuzione del rapporto).

2.5. Se infine, in forza delle considerazioni esposte, il provvedimento deve essere qualificato come ritiro in autotutela dell'affidamento, coglie altresì nel segno il motivo di gravame con cui è dedotta l'incompetenza della Giunta. Per il principio del *contrarius actus*, infatti, la titolarità del potere esercitato deve reputarsi nel caso concreto di spettanza del Consiglio comunale, dal quale proviene la delibera n. 107 del 28 giugno 2006, recante l'affidamento del servizio a Consiag Servizi.

3. L'acclarata illegittimità della deliberazione impugnata con il ricorso principale si estende all'attività amministrativa consequenziale posta in essere dal Comune di Prato sul presupposto dell'avvenuta cessazione degli effetti del contratto di *global service* con Consiag Servizi S.r.l.. Vengono in considerazione, al riguardo, gli atti impugnati mediante motivi aggiunti e finalizzati alla riallocazione e riorganizzazione dei servizi già gestiti da Consiag: la fornitura del gas metano e la manutenzione degli impianti termici; la manutenzione del patrimonio immobiliare comunale; il servizio di pulizia degli uffici e delle scuole materne e asili nido comunali. Il carattere assorbente del vizio di invalidità derivata esime il collegio dall'approfondire l'analisi dei vizi autonomi dedotti a carico di tali atti, relativamente ai quali resta fermo il difetto di interesse all'annullamento, allo stato non più suscettibile di produrre alcuna utilità per la ricorrente.

4. Con le precisazioni ed i limiti di cui si è dato conto, le domande proposte dalla ricorrente Consiag Servizi S.r.l. con l'atto introduttivo del giudizio e mediante motivi aggiunti possono trovare accoglimento.

La natura della controversia e dei contendenti giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie le domande proposte dalla società ricorrente nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)