



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2590 del 2014, proposto da:
Gelsia Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Danilo Tassan Mazzocco e Giorgio Lezzi, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio, in Milano via Amedei n. 8;

contro

Comune di Limbiate, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mauro Barberi ed Enrico Lubrano, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano via Turati n. 8;

nei confronti di

Brianza Energia Ambiente spa e Brianza Energia Ambiente Gestioni spa, ciascuna in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Adriano Giulio Carcano e Filippo Lubrano, con domicilio eletto presso lo studio del primo,

in Milano via Turati n. 8;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Limbiate n. 107 del 30 giugno 2014 recante l'individuazione del soggetto gestore del servizio integrato dei rifiuti e della relativa comunicazione alla società ricorrente;
 - della deliberazione del Consiglio Comunale di Limbiate n. 81 del 30 dicembre 2013;
 - della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Limbiate n. 200 del 18 dicembre 2013;
 - della determinazione dirigenziale S03/261 del 31 dicembre 2013 con cui è stato affidato il servizio di recupero e smaltimento rifiuti a BEA Gestioni spa;
 - di ogni atto connesso;
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto di servizio eventualmente stipulato dal Comune di Limbiate e per la dichiarazione di subentro nel contratto eventualmente stipulato, oltre che per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Limbiate e di Brianza Energia Ambiente S.p.A. e di Bea Gestioni S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2014 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Gelsia Ambiente s.r.l. ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone la illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e ne ha chiesto l'annullamento.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Limbiate e la controinteressata Bea Gestioni spa, eccependo l'infondatezza del ricorso avversario e chiedendone il rigetto.

Le parti hanno prodotto memorie e documenti.

Nel corso della camera di consiglio del 29 ottobre 2010, la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare, documentando l'impegno dell'amministrazione a non stipulare il contratto entro il 31.12.2014, con espressa riserva di ripresentazione della domanda cautelare in caso di stipulazione anteriore alla definizione del giudizio di merito.

All'udienza del 10 dicembre 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) L'esame delle domande e delle eccezioni proposte, richiede la ricostruzione della situazione di fatto posta a base dei provvedimenti

impugnati.

Dalla documentazione prodotta e dalle allegazioni delle parti risulta che:

- Gelsia Ambiente s.r.l. è una società a totale partecipazione pubblica, con quote distribuite tra una pluralità di enti locali della Provincia di Monza e Brianza, compreso il Comune di Limbiate;
- tale società gestisce, sulla base di un contratto stipulato in data 12.06.2000, oggetto di affidamento diretto, il servizio di raccolta, spazzamento e trasporto dei rifiuti;
- parimenti, Brianza Energia Ambiente s.p.a. è una società pubblica, cui partecipa anche il Comune di Limbiate, che si occupa dello smaltimento e del recupero di rifiuti, oltre che della produzione di energia elettrica e termica da fonti rinnovabili, per conto di enti pubblici partecipanti alla società e per conto di terzi;
- nel 2013 Brianza Energia Ambiente s.p.a. ha costituito una nuova società, la Brianza Energia Ambiente Gestioni spa, di cui detiene la totalità del capitale e alla quale ha, dapprima affittato, poi ceduto il ramo di azienda che gestisce l'impianto di smaltimento utilizzato per il trattamento dei rifiuti e ubicato nel Comune di Desio;
- da decenni la società Brianza Energia Ambiente s.p.a., a sua volta derivante dalla trasformazione in società per azioni del precedente Consorzio di Comuni costituito per la costruzione e gestione dell'impianto di incenerimento, gestisce, per conto del Comune di Limbiate, il servizio di conferimento e di smaltimento di diverse

tipologie di rifiuti;

- in definitiva, rispetto al servizio di raccolta e trattamento dei rifiuti nel territorio del Comune di Limbiate, la società Gelsia Ambiente s.r.l. esegue le attività di raccolta, spazzamento e trasporto dei rifiuti, mentre la società Brianza Energia Ambiente s.p.a. si occupa delle attività di conferimento e smaltimento di rifiuti attraverso l'impianto di incenerimento di Desio, con produzione di energia elettrica ed erogazione del servizio di teleriscaldamento;

- con deliberazione n. 200, del 18.12.2013, la Giunta Comunale di Limbiate, preso atto della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012, ha evidenziato come i modelli di gestione dei servizi pubblici locali individuati dalla disciplina comunitaria e direttamente riferibili all'ordinamento nazionale siano il ricorso al mercato, il partenariato pubblico- privato istituzionalizzato (PPPI) e l'affidamento in house. La delibera si sofferma sul secondo modello, riferibile alla società mista e da attuare attraverso una gara a doppio oggetto, diretta ad individuare il socio privato della società mista, il quale, nel contempo, assume la qualità di gestore del servizio. Il provvedimento effettua pure una sintetica ricognizione della situazione, fattuale e giuridica, esistente nel Comune di Limbiate rispetto alla gestione dei rifiuti, evidenziando la presenza di Gelsia Ambiente s.r.l., operativa nel Comune per il servizio di raccolta dei rifiuti, nonché di Brianza

Energia Ambiente s.p.a., operativa nel settore dello smaltimento dei rifiuti. Rispetto a questa seconda società, si dà atto che, con delibera n. 65 del 2011, il Consiglio Comunale ne ha definito i nuovi assetti strategici, sulla base della separazione “tra patrimonio e gestione, con costituzione di una nuova società di gestione e la conseguente collocazione sul mercato di una quota non inferiore al 40% del capitale sociale”, precisando come in attuazione di tali indirizzi sia stata costituita la società Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., cui è stata affidata la gestione degli impianti (in primo luogo l’inceneritore) e una parte dei servizi di igiene urbana. La delibera riferisce che, in data 19.11.2013, la società da ultimo richiamata ha avviato una gara per la scelta del socio privato, cui affidare alcuni compiti operativi per la durata di 15 anni. Muovendo da tali premesse, la delibera di Giunta fissa gli indirizzi per la gestione del servizio rifiuti, stabilendo che si addivenga ad una gestione integrata del servizio affidandolo ad un unico soggetto industriale partecipato dal pubblico, che valorizzi le società pubbliche presenti sul territorio e operanti in materia di rifiuti, con la precisazione che tale nuovo assetto sarebbe già in corso di realizzazione attraverso la costituzione di Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., che dovrà procedere all’espletamento della gara per l’individuazione del socio privato. Rispetto alla posizione delle società pubbliche operanti in Limbiate, la delibera evidenzia l’intenzione di “promuovere iniziative politiche ed istituzionali” al fine di realizzare “la fusione o in alternativa”

forme di aggregazione consortili tra tali società, in vista della realizzazione del ciclo integrato dei rifiuti;

- in data 20.12.2013, il Dirigente responsabile del settore territorio del Comune di Limbiate ha predisposto la relazione, necessaria ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, ai fini dell'affidamento del servizio rifiuti. La relazione ricostruisce la situazione di fatto esistente nel Comune di Limbiate, distinguendo le attività svolte, rispetto al servizio in esame, da Gelsia Ambiente s.r.l. e da Brianza Energia Ambiente s.p.a., precisando come quest'ultima abbia poi costituito la Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., la quale ha attivato le procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato. Per il futuro, la relazione distingue un assetto transitorio e uno definitivo. Il transitorio è caratterizzato dal mantenimento della distinzione operativa preesistente, con previsione, da un lato, della proroga per sei mesi del contratto in corso con Gelsia Ambiente s.r.l. per le attività di raccolta dei rifiuti, gestione della piattaforma ecologica e la pulizia delle strade, dall'altro, dell'affidamento del servizio di recupero e smaltimento dei rifiuti a Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., con verifica in data 30.06.2014 del completamento dell'iter di individuazione del socio privato operativo. Quanto all'assetto definitivo, la relazione prevede "l'affidamento del servizio integrato dei rifiuti ad un unico soggetto industriale partecipato dal pubblico che, attraverso l'integrazione delle diverse funzioni, valorizzi le società pubbliche presenti sul

nostro territorio, che operano nel campo dei rifiuti. Qualora entro il 31.03.2014 non siano state poste in atto effettive azioni finalizzate all'integrazione delle stesse, l'affidatario del servizio integrato sarà la società mista in corso di costituzione”;

- con deliberazione n. 81, datata 30 dicembre 2013, il Consiglio Comunale ha approvato integralmente la relazione appena richiamata;

- con determinazione n. S03/261, del 31.12.2013, il Dirigente responsabile del settore territorio del Comune di Limbiate ha disposto l'affidamento del servizio per lo smaltimento ed il recupero di rifiuti urbani alla società Brianza Energia Ambiente s.p.a., approvando il relativo schema di contratto e le tariffe allegate. Il provvedimento specifica che “il contratto di servizio avrà la durata di 15 anni secondo quanto statuito nel bando di gara per la selezione del socio privato di BEA Gestioni e che alla scadenza, o cessazione per qualsiasi motivo, ovvero a seguito di istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 1 dell'articolo 3 bis del decreto legge del 13 agosto 2011 n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge del 14 settembre 2011, n. 148 o qualora entro il 31.12.2014 (con verifica al 30.06.2014) non sia stato individuato il socio privato operativo, l'affidamento dei servizi ivi contenuti in favore di BEA Gestioni deve intendersi ad ogni effetto di legge cessato”;

- con una successiva relazione (doc. B2 di parte ricorrente), il

Dirigente responsabile del settore territorio del Comune di Limbiate ha delineato l'assetto conseguente alla deliberazione consiliare n. 81 del 2013. La relazione, dopo avere descritto nuovamente le modalità esistenti di gestione del servizio rifiuti, evidenzia come Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. abbia preso contatti con Gelsia Ambiente s.r.l. al fine di attuare l'indirizzo consiliare rivolto all'integrazione delle funzioni svolte dalle società pubbliche presenti sul territorio, contatti che non avrebbero sortito effetti concreti, in quanto i due soggetti non avrebbero obbiettivi comuni. Quindi il Dirigente, richiamando la delibera n. 81/2013 – i cui contenuti emergono, nella sostanza, dalla precedente relazione del medesimo Dirigente datata 20.12.2013 – dà atto sia dell'impossibilità di “giungere ad una fusione/integrazione dei diversi soggetti” a partecipazione pubblica operanti sul territorio in materia di rifiuti, visti gli esiti negativi dei contatti intercorsi tra marzo e giugno 2014, sia dell'attivazione della procedura diretta all'individuazione del socio privato di Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a.. La relazione contiene la proposta rivolta alla Giunta Comunale di individuare la società Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a come soggetto affidatario della gestione del servizio integrato dei rifiuti con decorrenza dal 1° gennaio 2015, anche in ragione della dichiarata disponibilità da parte di tale società ad assumere anche il servizio di raccolta e trasporto rifiuti. Si evidenzia, infine, che la scelta prospettata avrebbe l'effetto di razionalizzare la gestione dell'intero

ciclo integrato dei rifiuti e di consentire la completa esternalizzazione della gestione del servizio ad un unico soggetto;

- con deliberazione n. 107, del 30 giugno 2014, la Giunta Comunale di Limbiate ha approvato la proposta da ultimo richiamata, assegnando la gestione del servizio integrato dei rifiuti alla società Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., con decorrenza dal 1° gennaio 2015;

- dalla documentazione prodotta e dalle allegazioni del ricorrente, non contestate sul punto dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata, risulta che la società Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. abbia indetto una gara, pubblicando il relativo bando in data 27 febbraio 2014, diretta alla scelta di uno o più soci privati cui cedere una quota pari al 40% del capitale sociale e cui affidare compiti operativi. La gara, secondo quanto riferisce la ricorrente, non smentita sul punto dalle controparti, è articolata in tre lotti, il primo relativo alla progettazione, costruzione e gestione di un impianto per il recupero dei rifiuti provenienti dalla raccolta differenziata della frazione organica e della frazione verde dei rifiuti effettuata nel territorio dei Comuni soci, il secondo per la fornitura, l'installazione e la gestione di una turbina da collocare presso l'impianto di termovalorizzazione di proprietà di Brianza Energia Ambiente s.p.a. e gestito da Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., il terzo per l'ammodernamento e la gestione dell'impianto esistente. La società ricorrente ha documentato (cfr. doc. 21) che, alla data del 15.09.2014,

la gara per la selezione dei soci privati di minoranza di Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. ha avuto il seguente esito: lotto 1: deserto; lotto 2: in corso di definizione; lotto 3: deserto e neppure questo dato di fatto risulta contestato dalle allegazioni avversarie;

- del resto, la stessa Gelsia Ambiente s.r.l., sinora a partecipazione interamente pubblica, ha documentato l'attivazione di un processo di privatizzazione, al fine di dare vita ad una nuova società mista con socio operativo privato da scegliersi all'esito di una gara a doppio oggetto, processo cui hanno aderito, sin dal mese di dicembre 2013, numerosi comuni ad essa partecipanti, sempre in vista della gestione unitaria del servizio integrato dei rifiuti.

2) Tanto il Comune resistente, quanto le società contro interessate, eccepiscono l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

Si afferma che "la preferenza accordata alla BEA Gestioni" nell'individuazione del gestore del servizio rifiuti non sarebbe basata, come sosterebbe il ricorrente, sull'avvenuto avvio da parte della medesima società della gara per la individuazione del socio privato, ma sull' "esigenza pratica di utilizzare, in ogni caso, l'impianto di incenerimento sito in Desio, di proprietà di BEA, quale società in house dello stesso Comune di Limbiate".

Se ne desume che la società Gelsia Ambiente s.r.l. avrebbe potuto aspirare a divenire gestore unico del servizio integrato dei rifiuti solo attraverso la fusione o la creazione di un consorzio con Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., ma tale ipotesi è stata rifiutata

dalla ricorrente.

Il ricorso, quindi, sarebbe inammissibile in ragione della mancata contestazione, da parte della ricorrente, della scelta dell'amministrazione di utilizzare l'inceneritore di Brianza Energia Ambiente s.p.a. e, pertanto, l'eventuale accoglimento del gravame non potrebbe permettere a Gelsia Ambiente s.r.l. di conseguire l'affidamento della gestione unica del servizio integrato dei rifiuti.

L'eccezione è infondata e deve essere respinta.

Dalla documentazione già richiamata emerge che, in ragione del quadro normativo interno e comunitario vigente in ordine alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, l'amministrazione ha deciso di utilizzare una società mista, pubblica e privata, quale forma di partenariato pubblico e privato, muovendo dalla necessaria valorizzazione delle società pubbliche già operanti nel settore.

Certo, le delibere richiamate ricordano che Brianza Energia Ambiente s.p.a. è proprietaria di un termovalorizzatore la cui gestione è poi stata affidata a Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., ma la scelta del modulo gestionale del servizio integrato dei rifiuti non si è basata su tale dato, che attiene solo alla struttura patrimoniale e gestionale delle due società suindicate e che non integra un presupposto cui correlare l'attivazione di uno dei modelli gestionali del servizio rifiuti comunitariamente compatibili e reiteratamente richiamati nelle delibere del Consiglio, della Giunta e nelle determinazioni del Dirigente responsabile del settore territorio

del Comune di Limbiate.

Il tentativo delle parti resistenti di enucleare una ragione politica, astrattamente insindacabile come tale, consistente nella volontà di utilizzare in ogni caso il termovalorizzatore di proprietà di Brianza Energia Ambiente s.p.a., si risolve in una inammissibile nuova motivazione, fornita a posteriori, che non trova riscontro nei provvedimenti dell'amministrazione diretti alla scelta del gestore unico del servizio.

La deliberazione di Giunta n. 200, del 18.12.2013, dà atto di come il Consiglio con deliberazione n. 65 del 2011 abbia delineato le modalità del riassetto strategico di Brianza Energia Ambiente s.p.a., prevedendo la creazione di una nuova società cui affidare la gestione del patrimonio della prima, compreso il termovalorizzatore, ma non basa su questo dato le direttive impartite per la futura gestione del servizio rifiuti, che sono centrate sulla necessità di dare vita ad una società mista, con socio privato operativo di minoranza, scelto all'esito di un'apposita gara, al fine dichiarato di valorizzare le società pubbliche presenti sul territorio e operanti nel settore dei rifiuti, così da realizzare un completa autonomia dell'ente locale nella gestione dei rifiuti, anche attraverso l'impiego delle risorse a disposizione, quali "impianti e competenze del personale".

Sul punto è significativo che la già citata determinazione dirigenziale n. S03/261 del 31.12.2013 abbia disposto, interinalmente, l'affidamento del servizio per lo smaltimento ed il recupero di rifiuti

urbani alla società Brianza Energia Ambiente s.p.a., richiamando la previsione della successiva gestione da parte di Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., subordinata, però, non tanto alla conservazione della gestione del termovalorizzatore, quanto al completamento della gara per la individuazione del socio privato operativo, tenuto materialmente ad eseguire il servizio.

Anche la proposta dirigenziale sfociata nella deliberazione di Giunta n. 107, del 30 giugno 2014, richiama espressamente l'obiettivo, definito dal Consiglio Comunale con la delibera del 30.12.2013, di realizzare la gestione del rifiuto attraverso un ciclo integrato, che consenta la realizzazione di economie di scala, da attuare attraverso l'integrazione delle società pubbliche preesistenti, ma non menziona l'esigenza di utilizzare un determinato impianto di incenerimento.

Anzi, la proposta descrive i benefici attesi in termini di razionalizzazione della gestione dell'intero ciclo integrato dei rifiuti, con riduzione dei costi, semplificazione dei modelli organizzativi e miglioramento del rapporto tra qualità e costi dei servizi erogati; si evidenzia, inoltre, che l'esternalizzazione integrale del servizio ad un solo soggetto, così da superare la suddivisione tra le due società pubbliche, avrebbe comportato semplificazioni in tema di individuazione di eventuali responsabilità derivanti dall'erogazione del servizio medesimo ed effetti positivi sul bilancio comunale.

Ne deriva l'infondatezza dell'eccezione in esame, in quanto dalle determinazioni impugnate non risulta che l'individuazione del

gestore sia avvenuta in ragione della volontà di utilizzare un determinato impianto di incenerimento, sicché la circostanza che la ricorrente non abbia contestato questa ipotetica decisione amministrativa è del tutto in linea con il contenuto degli atti impugnati e non esprime alcuna carenza di interesse alla definizione del giudizio.

3) La ricorrente articola più censure, da trattare congiuntamente perché strettamente connesse sul piano logico e giuridico, con le quali contesta, in termini di violazione di legge ed eccesso di potere, il fatto che l'amministrazione, affidando direttamente il servizio integrato dei rifiuti alla società Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., ha disatteso gli atti di indirizzo adottati dal Consiglio comunale, dando vita ad una modalità gestionale non compatibile con il modello prescelto del partenariato pubblico e privato istituzionalizzato e, comunque, irragionevolmente discriminatoria per Gelsia Ambiente s.r.l..

Le censure sono fondate.

3.1) La ricostruzione della situazione di fatto sottesa agli atti impugnati (punto 1 della motivazione) evidenzia che il Comune di Limbiate per anni ha gestito il servizio rifiuti suddividendolo in due parti ed assegnando, con affidamento diretto, l'attività di raccolta dei rifiuti a Gelsia Ambiente srl e l'attività di smaltimento dei rifiuti a Brianza Energia Ambiente spa, cui è subentrata, sempre in affidamento diretto, Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a.,

divenuta titolare del relativo ramo di azienda.

Nel 2013, la Giunta Comunale adotta nuovi indirizzi, con la citata deliberazione n. 200, che si limita ad indicare l'obiettivo della gestione integrata del rifiuto, da realizzare attraverso la valorizzazione delle società pubbliche preesistenti, con la precisazione che tale obiettivo è "in parte già attuato" attraverso la costituzione di una nuova società di gestione, derivata da Brianza Energia Ambiente spa e destinata ad aprirsi al mercato dovendo scegliere con gara pubblica il socio privato operativo.

Tale atto di indirizzo esprime una chiara opzione per la scelta del modello gestionale rappresentato dalla società mista, ma pone due condizioni, la prima costituita dalla necessaria valorizzazione delle società pubbliche già operanti nel settore, rispetto alle quali prevede l'attivazione di iniziative politiche ed istituzionali dirette a realizzarne la fusione o la riunione in organismi di tipo consortile, la seconda consistente nella necessaria individuazione di un socio privato operativo cui affidare il servizio rifiuti unitariamente inteso.

L'atto di indirizzo nulla prevede per il caso che il primo passaggio dell'iter delineato, ossia la fusione o la riunione in consorzio delle società pubbliche preesistenti, non trovi attuazione.

In particolare, l'atto di indirizzo non esprime alcuna preferenza né in ordine all'affidamento dell'intero servizio rifiuti all'una o all'altra delle società preesistenti, per il caso di mancata integrazione tra le società medesime, né in ordine alla soluzione praticabile qualora non

si addivenga all'individuazione del socio privato operativo entro i termini stabiliti.

Solo la relazione del Dirigente di settore datata 20.12.2013 introduce una possibile ulteriore opzione, prevedendo che, qualora non fosse raggiunta l'integrazione tra Gelsia Ambiente s.r.l. e Brianza Energia Ambiente s.p.a., allora "l'affidatario del servizio integrato sarà la società mista in corso di costituzione".

Come già evidenziato, il Consiglio Comunale ha fatto propria quest'ultima opzione, approvando integralmente la relazione dirigenziale appena richiamata, con deliberazione n. 81, datata 30 dicembre 2013.

Insomma, la delibera consiliare n. 81, censurata sul punto dalla ricorrente, interviene sulle linee direttive già formulate e sino a quel momento seguite, perché compie una precisa scelta per il caso di mancata integrazione delle società pubbliche preesistenti, optando per l'assegnazione del servizio alla costituenda società mista derivante dalla collocazione sul mercato di Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a..

Tale determinazione e la relazione dirigenziale ad essa sottesa sono censurate dalla ricorrente perché non coerenti con i precedenti indirizzi, nonché prive di una adeguata motivazione e irragionevolmente discriminatorie per Gelsia Ambiente s.r.l..

Le doglianze meritano condivisione.

Non è dubitabile che l'amministrazione possa scegliere, tra quelle

ammesse dalla legge, la modalità di gestione del servizio rifiuti che ritiene più opportuna, ma resta ferma l'esigenza di garantire la coerenza, l'imparzialità e il carattere non discriminatorio dell'azione amministrativa.

Con la delibera n. 81 l'amministrazione, senza riferire di modificazioni della situazione di fatto o dei rapporti con le preesistenti società pubbliche, e pur ribadendo la necessità di valorizzare le società pubbliche preesistenti e di ricorrere al PPPI per la gestione del servizio integrato dei rifiuti, non si limita più ad un richiamo al modello della società mista, ma stabilisce che, in caso di mancata integrazione tra le società preesistenti, si sarebbe optato per l'affidamento ad una particolare società mista, ossia quella derivante dall'apertura al mercato di Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a.. Si tratta, allora, di verificare se tale nuovo orientamento sia coerente con le direttive già espresse dall'amministrazione e aderente ai principi di imparzialità e non discriminazione.

A ben vedere, l'atto di indirizzo del 2013, confermato in parte qua dalle determinazioni, anche consiliari, che lo hanno seguito, prevedeva un iter articolato per passaggi successivi, consistenti in primo luogo nella realizzazione di forme di integrazione tra le società pubbliche preesistenti, non necessariamente consistenti nella fusione di esse o nell'incorporazione di una nell'altra, potendo tradursi anche nella costituzione di organismi consortili di aggregazione.

E' evidente che tale indirizzo ha creato un legittimo affidamento in

capo alle società pubbliche preesistenti, in ordine all'attivazione di concrete iniziative da parte dell'amministrazione tese alla realizzazione di tale integrazione.

Nondimeno, dalla documentazione versata in atti non risulta alcuna concreta iniziativa dell'amministrazione comunale finalizzata all'attuazione dell'obiettivo prefigurato.

Solo nella relazione dirigenziale, prodromica alla deliberazione di Giunta n. 107 del 30 giugno 2014, si evidenzia come l'amministrazione abbia chiesto a Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. di indicare "le effettive azioni messe in atto dalle società" al fine di realizzare l'integrazione delle diverse società pubbliche; tali azioni sarebbero consistite in una non meglio precisata iniziativa di Brianza Energia Ambiente s.p.a., che Gelsia Ambiente s.r.l. avrebbe rifiutato perché non coerente con i progetti industriali già intrapresi.

E' evidente che l'amministrazione, in palese violazione dell'indirizzo assegnatasi, non ha posto in essere alcuna documentata iniziativa politica ed istituzionale diretta a realizzare la fusione o la riunione in organismi di tipo consortile delle società preesistenti, preferendo spostare su Brianza Energia Ambiente s.p.a. l'onere di verificare la praticabilità di forme di aggregazione.

Non solo, il riferimento e la valorizzazione di una specifica società mista - quella che sarebbe derivata da Brianza Energia Ambiente Gestione s.p.a. - di cui l'amministrazione sino a quel momento aveva

solo previsto la costituzione, nel quadro della realizzazione del piano complessivo di nuova gestione dei rifiuti, non tiene in alcuna considerazione il parallelo percorso di apertura al mercato che sin dal 2013 è stato attivato da Gelsia Ambiente s.r.l..

Si badi, non si tratta di escludere in radice che l'amministrazione potesse optare per la società derivata da Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., ma di evidenziare come tale scelta sia stata compiuta disattendendo le legittime aspettative di Gelsia Ambiente s.r.l., la cui posizione doveva essere valorizzata in base alle linee di indirizzo e che pure ha dimostrato l'attivazione di un percorso di privatizzazione verso la forma giuridica della società mista, con socio scelto all'esito di una gara a doppio oggetto, in piena coerenza con il modello gestionale prescelto dal Comune.

Neppure è comprensibile, secondo parametri di ragionevolezza, il motivo per cui l'amministrazione non abbia adottato alcuna iniziativa concreta tesa a promuovere direttamente l'integrazione tra le due società, disattendendo così un criterio operativo che essa stessa si era assegnata.

In ogni caso, non risponde a criteri di razionalità, ipotizzare l'assimilazione della generica iniziativa di una delle società pubbliche preesistenti all'attivazione da parte del Comune di iniziative istituzionali dirette a realizzare una forma di integrazione societaria, sia perché gli strumenti di cui dispone l'amministrazione sono diversi da quelli utilizzabili da una società per azioni, sia perché la scelta

dello strumento da attivare sottende valutazioni di opportunità amministrativa, cui il Comune non può abdicare.

Viceversa, l'amministrazione ha posto in essere, senza alcuna concreta e documentata ragione giustificativa, un'azione del tutto sbilanciata in favore di Brianza Energia Ambiente s.p.a. e della società da essa derivata, ossia Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a..

Né tale dato è superabile dal riferimento, effettuato dalle parti resistenti con le memorie processuali, all'esistenza di un interesse economico dell'amministrazione a preferire Brianza Energia Ambiente s.p.a. in ragione degli ingenti investimenti economici effettuati rispetto all'impianto di incenerimento di Desio, atteso che, come già evidenziato, le determinazioni dell'amministrazione nulla dicono in relazione a questo profilo e, in particolare, non giustificano in questo modo la scelta del particolare modello di gestione del servizio integrato dei rifiuti.

Insomma, la decisione di favorire, in caso di mancata integrazione tra gli enti preesistenti, la società mista derivata da Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., è stata effettuata, da un lato, disattendendo gli indirizzi operativi che l'amministrazione aveva assegnato a sé stessa, così autolimitando la propria discrezionalità, dall'altro, senza tenere conto del processo di privatizzazione attivato anche da Gelsia Ambiente s.r.l. e della prevista valorizzazione di tutte le società pubbliche già operanti a livello comunale nel settore dei rifiuti.

Ne consegue che la decisione espressa con gli atti in esame risulta, senza alcuna ragione concreta di giustificazione, irragionevolmente favorevole per Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a e, corrispondentemente, discriminatoria per Gelsia Ambiente s.r.l.

Ne deriva la fondatezza delle censure esaminate,

3.2) Con un altro gruppo di censure la ricorrente contesta la decisione, espressa nella delibera della Giunta Comunale di Limbiate n. 107 del 30 giugno 2014, di assegnare la gestione del servizio integrato dei rifiuti alla società Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., con decorrenza dal 1° gennaio 2015.

In particolare, si lamenta che tale decisione, oltre a violare gli originari criteri direttivi fissati dall'amministrazione, contrasti anche con quelli dettati dalla deliberazione consiliare n. 81, datata 30 dicembre 2013 ed integri una scelta non coerente con il modulo gestionale prescelto e non aderente ai principi interni e comunitari in materia di gestione dei servizi pubblici locali.

Le censure sono fondate.

La successione delle determinazioni della Giunta, del Consiglio e del Dirigente di settore evidenziano in modo netto la decisione dell'amministrazione di assegnare il servizio integrato dei rifiuti ad una società mista, con socio privato operativo scelto sulla base di una gara a doppio oggetto, finalizzata cioè all'individuazione del socio e all'assegnazione del servizio.

Si tratta di un modulo operativo del tutto coerente con il quadro

normativo interno e comunitario.

Nondimeno, l'amministrazione aveva previsto la verifica, secondo scadenze successive, del processo di apertura al mercato intrapreso da Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., al fine di accertare l'effettiva attuazione del modello previsto.

In tal senso, già la determinazione dirigenziale n. S03/261 del 31.12.2013 ha disposto l'affidamento del servizio per lo smaltimento ed il recupero di rifiuti urbani alla società Brianza Energia Ambiente s.p.a., richiamando però il procedimento in corso per la selezione del socio privato di BEA Gestioni e precisando che qualora entro il 31.12.2014 (con verifica al 30.06.2014) non fosse stato individuato il socio privato operativo, l'affidamento del servizio in favore di BEA Gestioni spa "deve intendersi ad ogni effetto di legge cessato".

Vale precisare che le successive relazioni e deliberazioni dell'amministrazione ribadiscono la necessità di verificare l'iter della gara.

E' evidente che la verifica prevista ha significato nella misura in cui non si traduca in un adempimento meramente formale, ma comporti l'accertamento dello svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica che, per l'oggetto cui si riferisce, sia concretamente idonea ad individuare un socio operativo capace di svolgere il servizio che l'amministrazione intende assegnare.

Nondimeno, dalla documentazione prodotta e dalle allegazioni della ricorrente, non contestate sul punto dall'amministrazione resistente e

dalle controinteressate, risulta che la società Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. ha pubblicato, in data 27 febbraio 2014, il bando della procedura ad evidenza pubblica diretta alla scelta di uno o più soci privati cui cedere una quota pari al 40% del capitale sociale e cui affidare compiti operativi.

La gara risulta articolata in tre lotti, il primo relativo alla progettazione, costruzione e gestione di un impianto per il recupero dei rifiuti provenienti dalla raccolta differenziata della frazione organica e della frazione verde dei rifiuti effettuata nel territorio dei Comuni soci, il secondo per la fornitura, l'installazione e la gestione di una turbina da collocare presso l'impianto di termovalorizzazione di proprietà di Brianza Energia Ambiente s.p.a. e gestito da Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., il terzo per l'ammodernamento e la gestione dell'impianto esistente.

E' evidente che si tratta di una gara che, per il suo oggetto, non è coerente con le determinazioni dell'amministrazione in ordine alle modalità di gestione del servizio rifiuti.

In particolare, l'aggiudicatario non potrebbe divenire socio operativo assegnatario della gestione integrata dei rifiuti, perché tale gara non ha ad oggetto lo svolgimento di questa attività, ma, a seconda del lotto, la progettazione, la realizzazione e la gestione di un impianto termovalorizzatore, l'ammodernamento di quello già esistente, nonché la fornitura, l'installazione e la gestione di una turbina destinata all'impianto preesistente

Insomma, la gara bandita, pur formalmente diretta alla individuazione del socio privato di minoranza di Brianza Energia Ambiente s.p.a., presenta un oggetto non coerente con il servizio che l'amministrazione intende affidare e, pertanto, non può condurre ad individuare il soggetto in grado di gestire il servizio integrato dei rifiuti.

Nulla esclude che la società pubblica che ha bandito la gara abbia un concreto interesse a conseguire i servizi, la fornitura e le opere oggetto della procedura, ma resta fermo che si tratta di una procedura inidonea a soddisfare le esigenze del Comune di Limbiate, rispetto alla realizzazione del modello gestionale del servizio rifiuti integrato dal partenariato pubblico privato istituzionalizzato.

Emerge così la fondatezza delle censure in esame, in quanto l'amministrazione, con la deliberazione di Giunta n. 107 del 30 giugno 2014, ha assegnato la gestione del servizio integrato dei rifiuti alla società Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., con decorrenza dal 1° gennaio 2015, anche se la gara bandita per la scelta del socio privato presentava un oggetto del tutto diverso e tale da non consentire l'attuazione del modello gestionale prefigurato dal Comune.

Del resto, la deliberazione n. 107/2013 si limita ad approvare la relazione del dirigente di settore, cui rinvia integralmente e tale relazione neppure ribadisce, nonostante sia finalizzata ad una nuova assegnazione del servizio integrato dei rifiuti e non all'affidamento

solo di una porzione di esso, la condizione risolutiva già fissata nella determinazione dirigenziale n. S03/261 del 31.12.2013, nella quale, rispetto all'affidamento di una porzione del servizio, si precisava che, qualora entro il 31.12.2014 (con verifica al 30.06.2014) non sia stato individuato il socio privato operativo, l'affidamento del servizio in favore di Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. “deve intendersi ad ogni effetto di legge cessato”.

L'effetto derivante dal provvedimento è dunque quello di radicare, in ogni caso, in capo a Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. la titolarità del servizio integrato dei rifiuti, a prescindere dall'esito della gara diretta ad individuare il socio privato, ferma restando la già rilevata incoerenza dell'oggetto della gara con l'attuazione del modulo operativo della società mista.

Insomma, il provvedimento è costruito in modo da consentire, comunque, l'affidamento del servizio a Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., sia perché non muove da una concreta verifica dei contenuti e dell'adeguatezza della gara bandita per la scelta del socio privato, sia perché non condiziona l'affidamento all'effettiva trasformazione dell'ente in una società mista con socio privato operativo.

In tal modo, si realizza l'assegnazione diretta del servizio ad una particolare società pubblica, al di fuori di qualunque meccanismo concorrenziale ed in assenza dei presupposti, neppure allegati dall'amministrazione, per un affidamento in house, con palese

violazione dei modelli giuridici, interni e comunitari, utilizzabili per lo svolgimento dei servizi pubblici locali.

Del resto, l'effetto finale ora evidenziato non integra una mera ipotesi, atteso che la società ricorrente ha documentato (cfr. doc. 21) che, alla data del 15.09.2014, la gara per la selezione dei soci privati di minoranza di Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. è andata deserta per il lotto 1 e per il lotto 3, mentre è in corso di definizione per il lotto 2, finalizzato all'affidamento della fornitura, installazione e gestione di una turbina da collocare presso l'impianto di termovalorizzazione di proprietà di Brianza Energia Ambiente s.p.a. e gestito da Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a..

E' evidente che, quand'anche la gara per il lotto 3 si concludesse con l'individuazione di un affidatario, non si tratterebbe di un soggetto selezionato per svolgere operativamente il servizio integrato di gestione dei rifiuti.

Ciò nonostante in base alla delibera n. 107, il servizio resterebbe radicato in capo a Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a., con conseguente alterazione del modello di gestione prefigurato dall'amministrazione.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza delle censure in esame.

4) Deve essere respinta la domanda di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente, presentata dalla ricorrente, trattandosi di una domanda del tutto generica e non supportata dalla dimostrazione dei presupposti della responsabilità

risarcitoria ex art. 2043 c.c..

La circostanza che non sia stata dimostrata la stipulazione del contratto tra l'amministrazione e Brianza Energia Ambiente Gestioni s.p.a. esclude l'assunzione di determinazioni giurisdizionali sul punto.

5) La palese violazione dei modelli configurati dal diritto interno e comunitario per lo svolgimento dei servizi pubblici locali, nonché l'evidente disparità di trattamento realizzata dall'amministrazione nell'adottare le determinazioni sopra esaminate e, infine, il fatto che l'amministrazione abbia ommesso di verificare l'effettiva praticabilità del modello almeno formalmente prescelto per la gestione del servizio integrato dei rifiuti, conducono a disporre la trasmissione degli atti alla Procura presso la Corte dei Conti di Milano e alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, per quanto di eventuale competenza.

6) In definitiva il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

1) accoglie la domanda di annullamento contenuta nel ricorso e per l'effetto annulla: a) la deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Limbiate n. 107 del 30 giugno 2014; b) la deliberazione del Consiglio Comunale di Limbiate n. 81 del 30 dicembre 2013;

- 2) respinge la domanda di condanna al risarcimento del danno formulata dalla ricorrente;
- 3) condanna l'amministrazione resistente e le società controinteressate, in solido tra loro, al pagamento delle spese della lite in favore della parte ricorrente, liquidandole in Euro 6.000,00 (seimila), oltre alla restituzione del contributo unificato e accessori di legge;
- 4) dispone, a cura della Segreteria del Tribunale, la trasmissione degli atti alla Procura presso la Corte dei Conti di Milano e alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, per quanto di eventuale competenza.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2015

IL SEGRETARIO

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