

Pubblicato il 14/01/2022

N. 00065/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00581/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 581 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Cisa S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Quinto, Pietro Quinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

AGER e Aro Ba/1 in persona del Direttore Generale e Commissario ad Acta, legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Lancieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Comune di Terlizzi, Comune di Molfetta, Comune di Corato, Comune di Ruvo di Puglia, S.A.N.B. S.p.A. - Società Servizi Ambientali per il Nord Barese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Bitonto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Mercutello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bitonto, corso Vittorio Emanuele II, n.41;

Anac- Autorita' Nazionale Anticorruzione, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Corte dei Conti - Sezione Controllo Puglia, Regione Puglia, Arera - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, Agcm - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Azienda Servizi Municipalizzati S.r.l., Azienda Servizi Igiene e Pubblica Utilita' S.r.l., Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, Comitato di Sorveglianza del Piano Operativo Ambiente 20-14-2020, Asv Spa, Società Obiettivo Revisione S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

chiesto con il ricorso principale:

- di tutti gli atti -inclusi quelli prodromici e preparatori- preordinati all'affidamento diretto in favore della SANB S.p.A. dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento stradale e servizi correlati nel territorio dell'ARO BA/1 (comuni di Bitonto, Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi, comune Capofila), ivi inclusi:

- la deliberazione del Commissario ad acta n. 1 in data 25.3.2020;
- tutti gli atti e i provvedimenti in essa richiamati (ancorchè non conosciuti), tra cui, ove occorra e nei limiti dell'interesse, le deliberazioni con cui i comuni interessati hanno proceduto alla ricapitalizzazione della SANB e/o alla approvazione del Piano Industriale della ARO BA/1 o del relativo Addendum (tra cui i seguenti: Comune Bitonto: CC n. 85/2019, Comune Corato: CS 169/C/2019, Comune Molfetta: CC n. 52/2019, Comune Ruvo di

Puglia: CC 57/2019, Comune Terlizzi: CC n. 35/2019), le deliberazioni con cui l'ARO BA/1 ha disposto l'approvazione del Piano Industriale e del relativo Addendum, gli atti e i provvedimenti con i quali i comuni dell'Ambito e gli organi di governo dell'ARO hanno approvato la relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n.179/2012, convertito con L. n.221/2012, nonché la relazione medesima;

- tutti gli atti e i provvedimenti ai predetti comunque connessi, ancorché non conosciuti, ivi inclusa la determinazione del Liquidatore della SANB S.p.A. in liquidazione n. 5/2020, ad oggetto “acquisto licenza di trasporto cose per conto terzi con massa complessiva illimitata per accesso al mercato – determinazione a contrarre”;

- e tutti gli atti consequenziali, nonché la nota del Commissario ad acta pervenuta in data 12.5.2020, formulata in riscontro della diffida con contestuale istanza di accesso ai documenti intimata dalla ricorrente in data 09.4.2020;

chiesto con i I motivi aggiunti:

- di tutti gli atti -inclusi quelli prodromici e preparatori- preordinati all'affidamento diretto in favore della SANB S.p.A. dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento stradale e servizi correlati, nonché al trasferimento in capo a detta società della proprietà e della gestione degli impianti insistenti nel territorio dell'ARO BA/1, ivi espressamente compresi i documenti quelli trasmessi con in data 15.6.2020 e 14.7.2020 dal Commissario ad acta ARO BA/1 in parziale assolvimento degli obblighi previsti dagli artt. 22 e ss. L. n.241/1990, ed in particolare:

- della relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n.179/2012 approvata nelle sedute del 16.12.2014 e del 18.12.2014 dell'Assemblea dell'ARO BA/1 con deliberazioni nn. 5 e 9;

- della relazione di aggiornamento del Piano Industriale del 12.2.2018, come integrata in data 10.4.2018;

- dell'addendum al Piano Industriale approvato dall'Assemblea dell'ARO BA/1 nella seduta del 4.3.2019;

- del verbale di Assemblea dell'ARO BA/1 del 4.3.2019;

- del Piano Industriale approvato con deliberazione n. 6 del 16.12.2014 dell'Assemblea dell'ARO BA/1;

- delle deliberazioni con cui i Comuni di Terlizzi, Ruvo di Puglia, Corato, Bitonto e Molfetta hanno disposto la ricapitalizzazione della SANB (Comune Corato: C.S. 169/C/2019, Comune Ruvo di Puglia: C.C. 57/2019, Comune Terlizzi: C.C. n. 35/2019, Comune Molfetta: C.C. n. 52/2019, Comune di Bitonto n. 85/2020);

- di tutti gli atti e i provvedimenti ai predetti comunque connessi, ancorché non conosciuti, ivi inclusi i provvedimenti con cui sono stati approvati, dai vari livelli istituzionali, i documenti di cui innanzi, le deliberazioni dei Comuni ricompresi nell'ARO BA/1 e degli Organi della stessa ARO BA/1 e della SANB (incluso il verbale dell'assemblea del 27.4.2018) con cui sono stati disposti gli atti propedeutici e necessari alla costituzione, revoca della liquidazione e ricapitalizzazione della SANB, nonché le note del Commissario ad acta pervenute in data 15.6.2020, 6.7.2020 e 14.7.2020, nella misura in cui esse disattendono parzialmente il diritto di accesso ai documenti amministrativi della ricorrente, così come azionato con nota del 09.4.2020 e con successive comunicazioni, e integrano le motivazioni della deliberazione del Commissario ad acta n. 1/2020, ulteriormente gravata con i presenti motivi aggiunti;

chiesto con i II motivi aggiunti:

- di tutti gli atti -inclusi quelli prodromici e preparatori- preordinati all'affidamento diretto in favore della SANB S.p.A. dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento stradale e servizi correlati, nonché al trasferimento in capo a detta società della titolarità e della gestione degli impianti insistenti nel territorio dell'ARO BA/1, ivi espressamente compresi i seguenti provvedimenti:

-(in parte qua e nei limiti dell'interesse) deliberazione della G.R. della Regione Puglia 25.6.2020 n. 989 (così come modificata con DGR n.1312/2020, anche impugnata);

- deliberazione della G.C. del Comune di Molfetta 8.7.2020 n. 139;

chiesto con i III motivi aggiunti:

di tutti gli atti -inclusi quelli prodromici e preparatori- preordinati all'affidamento diretto in favore della SANB S.p.A. dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento stradale e servizi correlati nel territorio dell'ARO BA/1 (Comuni di Bitonto, Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi, Comune Capofila), ivi espressamente inclusi:

- la “Relazione illustrativa e confermativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani alla società in house S.a.n.b. spa” sottoscritta dal Commissario ad acta in data 14.10.2020, in uno alla relativa lettera di accompagnamento, priva di data;
 - la relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n.179/2012 approvata nelle sedute del 16.12.2014 e del 18.12.2014 dell'Assemblea dell'ARO BA/1 con deliberazioni nn. 5 e 9;
 - il Piano Industriale approvato con deliberazione n. 6 del 16.12.2014 dell'Assemblea dell'ARO BA/1;
 - la Relazione di aggiornamento del Piano Industriale del 12.2.2018, come integrata in data 10.4.2018;
 - l'Addendum al Piano Industriale approvato dall'Assemblea dell'ARO BA/1 nella seduta del 4.3.2019;
 - il verbale di Assemblea dell'ARO BA/1 del 4.3.2019;
 - le deliberazioni dei Comuni ricompresi nell'ARO BA/1 e degli Organi della stessa ARO BA/1 con cui sono stati disposti gli atti propedeutici e necessari alla costituzione della SANB, le deliberazioni con cui i C.C. dei Comuni dell'ARO hanno disposto la ricapitalizzazione della SANB e l'approvazione della Relazione ex art. 34, cit., del Piano Industriale, dell'Aggiornamento al P.I. e dell'Addendum al P.I. (tra cui i seguenti: Comune Bitonto: CC n. 85/2019, Comune Corato: CS n.169/C/2019, Comune Molfetta: CC n. 52/2019, Comune Ruvo di Puglia: CC n.57/2019, Comune Terlizzi: CC n. 35/2019);
 - la determinazione del Liquidatore della SANB S.p.A. in liquidazione n. 5/2020 e tutti gli atti consequenziali;
- tutti gli atti già in precedenza indicati;

chiesto con i IV motivi aggiunti:

- di tutti gli atti -inclusi quelli prodromici e preparatori- preordinati all'affidamento diretto in favore della SANB S.p.A. dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento stradale e servizi correlati nel territorio dell'ARO BA/1 (Comuni di Bitonto, Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi, Comune Capofila), nonché al trasferimento in capo a detta società della titolarità e della gestione degli impianti insistenti nel territorio dell'ARO BA/1, ivi espressamente inclusi:

- la deliberazione del Commissario ad acta n. 2/2020, priva di data, recante approvazione della “relazione illustrativa e confermativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani alla società in house S.A.N.B. Spa” sottoscritta dal Commissario ad acta in data 14.10.2020;
- della citata “relazione illustrativa e confermativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani alla società in house S.A.N.B. Spa” sottoscritta dal Commissario ad acta in data 14.10.2020;
- del verbale della riunione svoltasi il 10.12.2020 tra il Commissario ad acta e e Comuni dell'ARO BA/1;
- di ogni altro atto lesivo ai predetti comunque connesso, ancorché non conosciuto;

chiesto con riguarda i V motivi aggiunti:

-della delibera del Commissario ad Acta di ARO BA/1 n. 1 del 18.3.2021; della Asseverazione del PEF della SANB del 16.3.2021 da parte della società Obiettivo Revisione; della Relazione confermativa ex art. 34 co. 20 del D.L. n.179/2012, atti tutti conosciuti a seguito di deposito in data 1 giugno 2021;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Terlizzi; del Comune di Bitonto; del Comune di Molfetta; del Comune di Corato; del Comune di Ruvo di Puglia; del Direttore Generale Ager e Commissario Ad Acta Aro Ba/1 e di S.A.N.B. S.p.A. - Società Servizi Ambientali per il Nord Barese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15.12.2021 la dott.ssa Desirèe Zonno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso principale, notificato il 3.6.2020, la società istante - operatore economico attivo ed operante nel (solo) settore della gestione dei rifiuti, specializzata nella sezione impiantistica e iscritta nel registro dell'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali (ANGA) per la categoria 1 ("raccolta e trasporto di rifiuti urbani") – impugna, oltre a tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali, in epigrafe indicati, la deliberazione n.1 del 25.3.2020 con cui il Commissario ad acta dell'ARO (Ambito di Raccolta Ottimale) BA/1 ha affidato alla società Servizi Ambientali per il Nord Barese (SANB S.p.A., d'ora in poi SANB) – secondo il modello dell' "in house providing" e per una durata di 15 anni - la gestione del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati relativamente al territorio dell'ARO BA/1, comprendente i Comuni di Bitonto, Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi.

In breve, è accaduto che:

- per l'erogazione dei servizi di smaltimento, raccolta e trasporto rifiuti, giusta delibera della Giunta Regionale n. 2147 del 23.10.2012, è stato istituito l'ARO BA/1, comprendente i Comuni di Bitonto, Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi;
- allo scopo di gestire "in house" i "servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento stradale e servizi correlati nel territorio dell'ARO BA/1", in virtù delle motivazioni espresse nella Relazione ex art. 34, co. 20, d.l. n.179/2012 (approvata dall'Assemblea dei Comuni dell'ARO BA/1 il 18.12.2014), nonché alla luce del relativo Piano Industriale (approvato il 16.12.2014), in data 31.12.2014, è stata costituita dai Comuni di Bitonto, Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi la SANB, società a totale partecipazione pubblica;
- con determina n.10/2014, l'Assemblea dell'ARO BA/1 ha deliberato l'affidamento a «SANB della gestione associata dei servizi di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani nel territorio dei Comuni di Bitonto, Corato, Ruvo e Terlizzi»;
- tale società, fino al 2020, è rimasta sostanzialmente inattiva, sicché nel corso dei successivi esercizi finanziari (2015-2019) ha registrato perdite dovute, in buona sostanza, ai costi di remunerazione degli organi sociali, al punto da essere posta, in data 18.8.2017, in stato di liquidazione (cfr. deliberazione n. 87/2018 della Corte dei Conti – Sezione Controllo Puglia);
- nel corso del 2019, i Comuni soci, ognuno con propria delibera comunale, hanno approvato la ricapitalizzazione di SANB, contestualmente revocandone lo stato di liquidazione, sul presupposto della persistente opportunità e convenienza del progetto "in house providing", attesi: 1) gli ottimi risultati realizzati dai gestori pubblici operanti nel territorio dell'ARO, destinati a confluire in SANB, e segnatamente dalla società "in house" partecipata dal Comune di Corato - A.S.I.P.U. S.r.l. ("ASIPU") - la quale, nelle more dell'avvio delle attività della SANB, aveva operato per 5 anni anche nel territorio dei comuni di Ruvo di Puglia e Terlizzi, dando prova dell'esistenza di un modello gestionale virtuoso da estendere anche ai restanti Comuni del bacino dell'ARO BA/1, come riportato nella Relazione di aggiornamento (2018) del Piano Industriale predisposto nel 2014; 2) i possibili grandi vantaggi

derivanti dall'acquisizione al patrimonio societario di un impianto di smaltimento e riciclo dei rifiuti, localizzato nel Comune di Molfetta, messi in luce nell'Addendum al P.I. (2019);

- con deliberazione n. 1 del 25.3 2020, il Commissario ad acta dell'ARO BA/1 ha, quindi, assegnato alla SANB la gestione del Servizio nel territorio dei Comuni di Bitonto, Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi, secondo il modello dell'"in house providing" e per la durata di 15 anni;

- in seguito, la gestione del servizio da parte di SANB si è dimostrata efficiente e virtuosa, come testimoniato, in primis: dall'incremento del patrimonio netto quale conseguenza di un utile di esercizio pari ad € 341.733,00; dalla tutela dei livelli occupazionali, rimasti inalterati, fermo restando l'avvio di un procedimento di assunzione di nuovo personale stabile; dall'adozione di iniziative di formazione del personale e dall'applicazione ai lavoratori transitati alle proprie dipendenze dei trattamenti giuridici ed economici fruiti alle dipendenze dei precedenti gestori; dalle ottime percentuali in materia di raccolta differenziata di rifiuti e dalla programmazione di un processo di rinnovamento del parco mezzi con nuove tecnologie (cfr. le allegazioni delle parti resistenti in sede di memorie conclusionali, rilevanti ex art. 115 c.p.c., in quanto non contestate dalla società ricorrente, nonché la documentazione depositata da SANB e AGER rispettivamente il 31.5.2021 e 1.6.2021 in vista dell'udienza di discussione, e segnatamente il bilancio di esercizio di SANB al 31.12.2020, la sua nota integrativa e la relazione sul governo societario).

La società istante, quindi, con un unico motivo di ricorso articolato in plurimi profili di doglianza (che, per ragioni di sintesi, saranno debitamente esposti nel prosieguo motivazionale), insorge avverso l'assegnazione diretta alla SANB della gestione del Servizio nel territorio dei Comuni di ARO/BA 1, lamentando – questo, in breve, l'assunto principale su cui si fonda il ricorso – la violazione delle norme in materia di affidamenti diretti secondo il modello "in house providing", e principalmente l'elusione dell'onere di motivazione rafforzata ex art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, il difetto d'istruttoria, nonché l'illogicità e la contraddittorietà della scelta dell'affidamento del servizio ad una società, quale la SANB, che avrebbe dato «piena prova di una gestione fallimentare ed inerte».

Impugna, poi, le deliberazioni con cui i Comuni interessati hanno approvato la ricapitalizzazione e contestualmente revocato lo stato di liquidazione della SANB (in particolare: delibera CC n.85/2019 del Comune di Bitonto; delibera CS n. 169/C/2019 del Comune di Corato; delibera CC n. 52/2019 del Comune di Molfetta; delibera CC n. 57/2019 del Comune di Ruvo di Puglia; delibera CC. n. 35/2019 del Comune di Terlizzi), lamentandone l'illegittimità per violazione del "divieto di soccorso istruttorio delle società in perdita", nonché per plurimi vizi procedurali, sostenendo, peraltro, che tale operazione di finanziamento confliggerebbe con la normativa europea in materia di aiuti di Stato.

Il ricorso introduttivo è stato successivamente integrato da cinque ricorsi per motivi aggiunti, con i quali la società istante, riproponendo le censure svolte con ricorso principale, ha esteso l'oggetto della propria impugnativa anche ai documenti trasmessi dal Commissario ad acta dell'ARO BA/1 in riscontro alle istanze di accesso agli atti presentate dalla ricorrente medesima, nonché agli ulteriori atti medio tempore approvati dal Commissario e dagli organi sociali di SANB: tali atti, in tesi, si tradurrebbero nel tentativo di integrazione e correzione a posteriori della illogica e lacunosa motivazione sottesa all'affidamento diretto, stante «l'inadeguatezza, incompletezza, obsolescenza della Relazione ex art. 34, comma 20, risalente al 2014, e degli altri elaborati sottesi all'affidamento diretto impugnato».

In particolare:

- con il primo ricorso per motivi aggiunti (dep. 22.7.2020), la società istante lamenta l'inadeguatezza del quadro istruttorio su cui si è basato l'affidamento "in house", dolendosi dell'erroneità e lacunosità dei succitati elaborati tecnici, dell'omessa redazione della Relazione prescritta dall'art. 3-bis, comma 1-bis, d.l. n. 138/2011, e

dell'inattendibilità delle previsioni dell'“Addendum al P.I.” concernenti il settore dell'impiantistica, ambito che esula dalla competenza dei Comuni e dell'ARO;

- con il secondo ricorso per motivi aggiunti (dep. 23.9.2020), la società istante evidenzia come le sopravvenute deliberazioni della G.C. del Comune di Molfetta n. 139 dell'8.7.2020 e della G.R. della Regione Puglia n. 989 del 25.6.2020 prevedano un sensibile aumento dei costi di investimento e di gestione per l'impiantistica non debitamente valutati dagli Organi dell'ATO nella redazione del predetto “Addendum” (rispettivamente, la delibera comunale, nell'approvare la progettazione definitiva dell'impianto, individuerebbe un nuovo quadro economico dall'incidenza significativa sugli equilibri finanziari dell'operazione SANB, mentre la delibera della Giunta Regionale presupporrebbe erroneamente la disponibilità di finanziamenti pubblici, pur in assenza dei necessari requisiti);

- con il terzo e quarto ricorso per motivi aggiunti (dep. 23.11.2020 e 21.2.2021), la società istante impugna la Relazione illustrativa di accompagnamento alla nota del 14.10.2020 del Commissario ad acta di ARO BA/1, con cui si è proceduto ad aggiornare i dati tecnici e finanziari di cui alla Relazione ex art. 34, co. 20, d.l. n. 179/2012, nonché la Delibera del Commissario n. 2/2020 di approvazione della medesima, la quale rappresenterebbe un “tentativo di paralizzare l'iniziativa giudiziaria della CISA attraverso una azione correttiva postuma sulle motivazioni della deliberazione di affidamento del servizio; ciò che integra, di per sé, eccesso di potere per sviamento dell'atto dalla causa tipica”; tale Relazione, peraltro, viene contestata nel merito mediante parere tecnico di parte;

- infine, con il quinto ricorso per motivi aggiunti (dep. 7.7.2021), la ricorrente impugna la delibera n. 1 del 18.3.2021, con cui il Commissario ad Acta di ARO BA/1 ha preso atto dell'Asseverazione del Piano Economico Finanziario della SANB, nonché la Relazione confermativa ex art. 34, co. 20, d.l. n. 179/2012.

In data 1.7.2020 si è costituito in giudizio il direttore dell'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il Servizio di gestione dei rifiuti (AGER), in qualità di Commissario ad acta dell'ARO BA/1, il quale ha successivamente versato in atti una memoria difensiva (12.10.2020 - in vista dell'udienza pubblica del 28.10.2020), nonché, in occasione dell'udienza del 15.12.2021, depositato documenti (1.6.2021), memoria conclusionale (29.11.2021) e di replica (4.12.2021).

La società SANB, unitamente ai Comuni di Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi, si è dapprima costituita in giudizio con memoria del 3.7.2020, per poi depositare una memoria difensiva (12.10.2020 - in vista dell'udienza pubblica del 28.10.2020) e, in occasione dell'udienza del 15.12.2021, documenti (31.5.2021), memoria conclusionale (in data 29.11.2021) e di replica (3.12.2021).

Si è, inoltre, costituito in giudizio il Comune di Bitonto (memoria del 30.9.2020), il quale ha depositato una memoria difensiva (14.10.2020, in vista dell'udienza pubblica del 28.10.2020), nonché, in occasione dell'udienza del 15.12.2021, memoria conclusionale (26.11.2021) e di replica (2.12.2021).

In sintesi, le parti resistenti, con ampie e articolate deduzioni, hanno contestato la fondatezza dei ricorsi, chiedendone il rigetto nel merito, sollevando eccezioni in rito.

In particolare, eccepiscono l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse a ricorrere e difetto di legittimazione, poiché, in realtà, la ricorrente non eserciterebbe l'attività oggetto di affidamento (“servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento stradale e servizi correlati”), operando unicamente nel settore della gestione di impianti complessi per il trattamento dei RSU (rifiuti solidi urbani), e non sarebbe neppure in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento del servizio affidato (iscrizione all'ANGA nelle relative specifiche sottocategorie e dotazione dei mezzi adeguati); sostengono, poi, che la delibera n. 1/2020 oggetto di gravame non sarebbe autonomamente impugnabile, in quanto meramente confermativa della delibera n. 10/2014 dell'Assemblea dell'ARO BA/1 con cui veniva determinato l'affidamento a «SANB della gestione associata dei

servizi di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani nel territorio dei Comuni di Bitonto, Corato, Ruvo e Terlizzi», sicché anche la mancata tempestiva impugnazione di quest'ultima determinazione renderebbe i ricorsi, in ogni caso, inammissibili.

Deducendo, quindi, l'infondatezza del ricorso principale, sulla base dei seguenti assunti:

- l'autoproduzione del servizio pubblico rappresenta una forma ordinaria (e non eccezionale) di gestione, opzionale e nella disponibilità dell'Amministrazione, la cui scelta è discrezionale, e, quindi, sindacabile in sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta o altrettanto manifesto travisamento dei fatti;
- l'inapplicabilità, nella fattispecie de qua, dell'onere di motivazione rafforzata di cui all'art. 192, co.2, cit. per l'affidamento "in house", posto che il servizio di gestione dei rifiuti urbani non è disponibile sul mercato, poiché riservato ai Comuni "in regime di privativa", a mente dell'art. 198 del d.lgs. n. 152/2006 (cd. Codice Ambiente);
- l'onere di motivazione rafforzata sarebbe stato in ogni caso rispettato.

Infine, resistono ai ricorsi per motivi aggiunti con ampie argomentazioni, deducendone l'infondatezza, l'inammissibilità e, con particolare riferimento al quinto ricorso per motivi aggiunti, l'irricevibilità per tardività.

In vista dell'udienza pubblica del 15.12.2021, la società ricorrente ha depositato memoria conclusionale (29.11.2021) e di replica (3.12.2021) controdeducendo alle argomentazioni avverse; in particolare, sotto il profilo dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione, riferisce che, laddove l'iscrizione nella categoria generale 1 dell'ANGA ("raccolta e trasporto di rifiuti urbani") non sia ritenuto requisito sufficiente per lo svolgimento del servizio affidato, in quanto operatore del settore della gestione dei rifiuti, potrebbe comunque «partecipare alla futura gara in associazione con ditte ed operatori del settore che hanno quella specifica iscrizione», deducendo, peraltro, che l'affidamento avrebbe ad oggetto (benché in via futura ed eventuale) finanche la gestione di alcuni complessi impiantistici, ciò che radica senz'altro la propria legittimazione e interesse al ricorso, in qualità di società principalmente attiva nel settore dell'impiantistica.

All'udienza del 15.12.2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

I ricorsi non possono trovare accoglimento, poiché inammissibili e infondati.

Quanto al primo profilo, osserva il Collegio che costituisce ormai *ius receptum* il principio secondo cui qualsiasi impresa operante nel settore economico cui si riferisce l'oggetto della commessa (cd. operatore economico "di settore") è legittimata a contestare l'affidamento diretto o senza gara.

Ciò posto, dirimente, ai fini che ci occupano, è che la società ricorrente - come emerge dagli scritti difensivi, nonché dalla discussione in pubblica udienza del 15.12.2021 - opera esclusivamente nel settore della *gestione* degli impianti per il trattamento dei RSU, ossia in un segmento del ciclo dei rifiuti diverso da quello oggetto di affidamento diretto; di talché, non esercitando l'attività di "raccolta, spazzamento e trasporto" dei rifiuti urbani, non può qualificarsi "operatore di settore".

Irrilevante, poi, è la circostanza che il quadro istruttorio sotteso all'affidamento diretto prospetti (in via eventuale e, comunque, futura) la possibilità di gestire "in house", da parte di SANB, taluni impianti insistenti nel territorio dell'ARO BA/1, ciò che esula macroscopicamente dall'oggetto dell'affidamento diretto e, quindi, dal presente contenzioso.

D'altra parte, in giurisprudenza, s'intende per "operatore del settore" il soggetto fornito di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico e, dunque, in possesso dei requisiti d'idoneità professionale fissati dall'art. 83, d.lgs. n. 50/2016 (TAR Genova, n. 81/2020).

Ebbene, nel settore in esame, il possesso dell'iscrizione all'ANGA è pacificamente ritenuto un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori, a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. CDS n. 1308/2021).

Nel dettaglio, l'art. 1 della delibera n. 5 del 3.11.2016 (integrata dalla delibera n. 8/2017) del Comitato nazionale dell'Albo, nel dettare, a livello regolamentare, i requisiti minimi per l'iscrizione nelle categorie dell'Albo, stabilisce che:

“1. La dotazione minima di veicoli e di personale per l'iscrizione nella categoria 1 per lo svolgimento dell'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani è individuato nell'allegato A.

2. La dotazione minima di mezzi e personale per l'iscrizione nella categoria 1 per lo svolgimento dell'attività di spazzamento meccanizzato è individuata nell'allegato C” (ora all. B della delibera n. 8/2017).

Dunque, gli appositi ed autonomi requisiti per lo svolgimento dell'attività di spazzamento, parte integrante del complessivo servizio oggetto di affidamento, sono previsti dall'allegato B alla delibera n. 8/2017 e - il rilievo è decisivo - sono diversi da quelli che consentono l'iscrizione per l'attività di mera raccolta e trasporto, riportati nell'all. A della delibera n. 8/2017.

Pertanto, come evidenziato anche dalla giurisprudenza, l'iscrizione nella Categoria principale 1, relativa all'attività di “raccolta e trasporto rifiuti” non consente, da sola, “l'espletamento di servizi che sono, sì, inseriti nel contesto della 1^a Categoria, ma che necessitano di apposite ed ulteriori valutazioni in particolare in riferimento alle dotazioni effettivamente possedute (essenzialmente di mezzi e di personale), da parte dell'autorità preposta, con conseguente rilascio di iscrizione (solo) in caso di effettivo riscontro positivo” (cfr. TAR Cagliari, n. 234/2017, rimasta inappellata).

In altri termini, la mancata iscrizione per l'esercizio (anche) dell'attività secondaria di “spazzamento meccanizzato” implica la carenza di un necessario requisito di idoneità professionale e, per l'effetto, la società ricorrente non può, neppure astrattamente, ottenere il conferimento del complessivo servizio (esteso a raccolta e trasporto/spazzamento/servizi correlati), posto che, dato il carattere unitario del medesimo, non è revocabile in dubbio la necessaria riferibilità dell'imprescindibile requisito idoneativo dell'iscrizione all'ANGA ad ognuna delle attività in cui esso si sostanzia.

Infine, non è condivisibile l'assunto secondo cui la ricorrente potrebbe “partecipare alla futura gara in associazione con ditte ed operatori del settore che hanno quella specifica iscrizione”, poiché l'iscrizione all'Albo, proprio in quanto requisito di idoneità professionale, è intrinsecamente legato al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione e, pertanto, “deve essere posseduto direttamente dalle imprese che partecipano alla gara, senza possibilità di mediazione attraverso il ricorso a rapporti negoziali di avvalimento né a contratti di consorzio” (TAR Bari, n. 1126/2016).

Benché le suesposte considerazioni abbiano carattere assorbente, il Collegio, per ragioni di completezza motivazionale ed effettività della tutela, ritiene di esaminare anche nel merito le censure articolate dalla società istante.

I ricorsi, scrutinabili congiuntamente stante la loro stretta interrelazione specifica, sono infondati.

La tesi della ricorrente s'impenna su un assunto di fondo: la violazione dell'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, e segnatamente la carenza istruttoria e motivazionale del provvedimento di affidamento “in house”, quanto alle “ragioni del mancato ricorso al mercato” atte a giustificare l'applicazione del modulo gestionale di carattere internalizzato, da considerarsi eccezionale rispetto all'acquisizione tramite gara dei servizi disponibili sul mercato; in particolare, deduce l'omesso espletamento di indagini di mercato idonee a consentire un raffronto tra le condizioni economiche e tecniche offerte dalla SANB e quelle rinvenibili sul mercato, nonché la mancata analisi della affidabilità della società affidataria e delle chance di superamento delle criticità che l'hanno paralizzata per anni, ad assetto societario, “mission” e bacino di utenza invariati (anche alla luce dei rilievi formulati dalla Corte dei Conti - Sezione Controllo Puglia - deliberazione n. 87/PRSP/20 18), lamentando, peraltro, che la motivazione della delibera commissariale impugnata sarebbe imperniata su assunti assiomatici,

generici e stereotipati, nonché fondata sul richiamo di elaborati e documenti risalenti, obsoleti ed inattuali (la Relazione ex art. 34, comma 20, cit., il P.I. del 2014 e le sopraccitate successive verifiche di aggiornamento e adeguamento delle condizioni di maggiore vantaggiosità).

Pur senza potersi considerare pacifico l'assunto che l'onere motivazionale rafforzato sia, per il servizio in esame, dovuto, essendo la tesi delle resistenti tutt'altro che peregrina, ritiene il Collegio che non sia necessario soffermarsi su tale questione di diritto, risultando la motivazione esposta rispondente ai canoni reclamati dalla ricorrente.

In primis, deve rilevarsi che, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, l'opzione dell'affidamento diretto "in house" è sorretta da un'adeguata esposizione delle sottostanti ragioni, e ciò in coerenza con l'onere di istruttoria e motivazione imposto alle Amministrazioni dai sopra richiamati artt. 34, co. 20, d.l. n. 179 del 2012, e 192, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016.

A tal riguardo, è d'uopo ricordare che l'art. 192, co. 2, cit. prevede un onere motivazionale rafforzato che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego di risorse pubbliche.

Orunque, la delibera impugnata richiama, per relationem, le valutazioni riportate nei seguenti atti: la Relazione ex art. 34, co. 20, d.l. n. 179/2012 (2014), il Piano Industriale (2014), la Relazione di aggiornamento al Piano Industriale (2018) e l'Addendum al Piano Industriale (2019).

In particolare, la Relazione ex art. 34, co. 20, d.l. n.179/2012 svolge una comparazione delle tre soluzioni gestionali (affidamento tramite gara/affidamento a società mista/affidamento "in house", cfr. pag. 25), soffermandosi sui punti di forza e di debolezza delle possibili scelte, alla luce degli obiettivi avuti di mira dall'Amministrazione.

Nel dettaglio, viene messo in luce che l'affidamento "tramite gara, pone di fronte ad una forte incertezza sul risultato finale che non permette di salvaguardare a priori, né il livello occupazionale, né il know-how acquisito nel tempo, né tanto meno la flessibilità finora garantita dall'attuale gestore".

Al contrario, "la gestione in house (...) non pone problemi di governance essendo la compagine costituita interamente da soci di tipo pubblico", consentendo una partecipazione e un controllo sulla gestione più penetranti rispetto ad altre soluzioni gestionali, nonché una maggiore flessibilità nell'organizzazione delle attività, insita nel rapporto organico tipico dell'"in house providing".

Viene sottolineato, poi, che la società "in house" avrebbe "ereditato" il patrimonio e i beni delle società pubbliche già presenti ed operanti nel territorio di riferimento individuate in ASIPU ed ASV, ciò che si traduce nell'apporto del know-how e delle competenze acquisite nelle precedenti (virtuose) esperienze di gestione "in house" del servizio.

Inoltre, fermo restando che il ricorso al mercato, per definizione, implica per l'amministrazione un onere economico corrispondente all'utile di impresa richiesto dal socio, diversamente dalla società "in house", la quale opera non già per fini di lucro, ma per realizzare gli obiettivi d'interesse pubblico della medesima amministrazione, viene svolto un compiuto esame delle tariffe previste mettendo a confronto uno scenario di gestione unitaria mediante società unica dell'ARO/BA1 con uno scenario di appalto unitario dei servizi nei 5 Comuni dell'ARO (pagg. 21 ss.), simulando, in pratica, una comparazione tipica di una procedura di gara alla quale abbia partecipato anche la società "in house" (senza peraltro tralasciare, sotto questo profilo, i benefici in ottica di abbattimento dei costi del servizio e la prospettiva di "ulteriori economia di scala a livello dell'intero ARO", dovuti allo sviluppo della capacità produttiva di società "in house" già esistenti).

In definitiva, tutti questi aspetti concorrono a fornire la prova della ragionevolezza della scelta compiuta che, pertanto, resiste alle censure svolte dalla ricorrente.

Peraltro, neppure coglie nel segno il rilievo d'inattualità del quadro istruttorio sotteso alla determina impugnata, in quanto le dette valutazioni sono state attualizzate e confermate alla luce della virtuosità della gestione dei servizi affidati alle società "in house" all'interno del territorio dell'ARO (ASIPU di Corato ed ASM di Molfetta), unitamente agli ottimi risultati tecnici ed economici medio tempore raggiunti in particolare dall'azienda ASIPU sia a Corato sia a Ruvo di Puglia.

In altri termini, posto che i citati gestori pubblici locali sarebbero confluiti in SANB, il loro raggiungimento di obiettivi di efficienza (la limitazione della crescita dei rifiuti, il valore degli indici di raccolta differenziata, ai vertici dei risultati ottenuti a livello regionale, con superamento della soglia del 70%) ed economicità (cfr. i citati prospetti tariffari riportati nella Relazione ex art. 34), conferma la ragionevolezza della scelta (compiuta nel 2014) di affidamento diretto del servizio.

D'altra parte, con la Relazione illustrativa del 14.10.2020 (approvata dalla deliberazione n. 2/2020 del Commissario ad acta e impugnata con il terzo e il quarto ricorso per motivi aggiunti) l'Amministrazione ha provveduto ad aggiornare i dati tecnici e finanziari di cui alla precedente relazione ex art. 34 co. 20, cit., senza perciò incorrere nella violazione del divieto di motivazione postuma, per le ragioni di seguito esposte.

Anzitutto, la Relazione del 2020 "si pone in continuità con l'originaria relazione ex art. 34, co. 20, d.l. n. 179/2012", e cioè specifica elementi già sinteticamente anticipati negli atti gravati con il ricorso introduttivo, dei quali costituisce il naturale sviluppo e articolazione; deve rilevarsi, poi, che la deliberazione n. 2/2021 (con cui il Commissario ad acta dell'ARO ha approvato la Relazione durante lo svolgimento del presente giudizio) rappresenta una vera e propria espressione di riedizione (nel senso del suo "aggiornamento" all'attualità, sulla scorta degli ulteriori dati acquisiti nel corso degli anni) del potere, consentita in base al principio di continuità e d'immanenza del potere medesimo, e segnatamente un provvedimento di conferma - e non già meramente confermativo -, sicché devono respingersi altresì il terzo e quarto ricorso per motivi aggiunti.

In ogni caso ed in via dirimente, qualunque onere motivazionale è superato, nella specifica fattispecie, dall'adeguatezza e congruità della scelta operata, dimostrata dalla buona gestione del servizio (rispetto al quale la ricorrente neppure allega di poter fornire un progetto tecnico migliore sotto il profilo gestionale o economico - né potrebbe farlo, visto che non svolge l'attività in questione).

A tal riguardo, non ignora il Collegio che l'obbligo di motivazione assurge a principio fondamentale volto a soddisfare esigenze diverse, di trasparenza e democraticità, così pure di legalità e buona amministrazione, rappresentando una garanzia di controllo giurisdizionale effettivo sull'esercizio del potere amministrativo che, nell'ambito dell'attività discrezionale, si traduce nel vaglio di ragionevolezza e correttezza della scelta della PA, seppure nei noti limiti dettati dal principio di separazione dei poteri.

A tali principi la Sezione non intende derogare, ponendosi con essi in continuità.

Ciò nondimeno, nel caso di specie, l'onere motivazionale, nel senso della doverosa redazione ed espressione discorsiva delle ragioni sottese alla scelta dell'affidamento diretto, risulta superato dalla prova dei fatti, messi in risalto dalle evidenze processuali: il funzionamento della società affidataria, dimostratasi un operatore virtuoso nel settore, convince della correttezza della scelta operata, che, dunque, va esente da vizi di legittimità, sicché deve ritenersi raggiunto il fine ultimo dell'onere motivazionale, che, per sua natura, costituisce lo strumento tipico per l'analisi funzionale del provvedimento.

Nel dettaglio, come si evince dai documenti versati in atti e dalle allegazioni delle Amministrazioni resistenti (rilevanti alla stregua del principio di non contestazione ex art. 115 c.p.c., in quanto non avversate dalla ricorrente), la SANB ha dato prova di un graduale rafforzamento sul piano strutturale ed organizzativo, mentre sul piano dei risultati economici, si rileva che l'attuale gestione del servizio è caratterizzata da un significativo utile di esercizio, che ne rivela l'andamento positivo ed oculato.

In tale ottica, non è affatto dirimente la circostanza che la deliberazione di affidamento diretto e gli atti ivi richiamati non si diffondano sulle ragioni che hanno causato la sostanziale inattività della SANB nel periodo precedente alla delibera di affidamento (2014-2019), inattività, peraltro, non dovuta ad una inadeguatezza strutturale dell'ente sociale, come dimostrano i risultati ottenuti dalla società "in house" una volta avviato il servizio, bensì meramente congiunturale.

Per quanto precede, è evidente che la ricorrente utilizza il prescritto onere motivazionale solo in modo strumentale, sicché, giova soggiungerlo, le suesposte considerazioni si pongono in modo coerente con il principio di effettività della tutela, posto che quest'ultima (ragionando per assurdo e cioè ammettendone la legittimazione a ricorrere) non otterrebbe comunque l'indizione della gara come effetto conformativo della sentenza, bensì l'obbligo per l'Amministrazione di motivare in modo più congruo, ciò che significa, nel caso di specie, prendere atto della virtuosa gestione del servizio da parte di SANB, cosa peraltro già avvenuta con la documentazione depositata in giudizio.

Quanto ai motivi aggiunti, poi, valgano le seguenti considerazioni.

Relativamente ai motivi aggiunti nn. 1 e 2 con cui la ricorrente ha impugnato gli atti procedurali presupposti alla delibera di affidamento diretto, va osservato che gli stessi prospettano, in buona sostanza, le medesime censure di carenza istruttoria e motivazionale formulate con ricorso principale, sicché ne seguono la sorte, risultando, invero, del tutto vano il tentativo della ricorrente di articolare un inammissibile percorso di completo riesercizio della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, attraverso profili di censura che impingono nel merito della scelta delle modalità di organizzazione e gestione del servizio (in disparte la circostanza che la ricorrente, peraltro, non svolge attività di spazzamento e raccolta rifiuti, sicché non è neppure nelle condizioni di confrontare costi e piano operativo con il servizio che sarebbe in grado di fornire).

Inoltre, quanto al quinto ed ultimo ricorso per motivi aggiunti, è del tutto fuori mira la censura con cui la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 3-bis, co. 1-bis, d.l. n. 138/2011, recante l'obbligo di integrare la necessaria Relazione ex art. 34, co. 20, con un Piano Economico-Finanziario asseverato, in quanto la norma in esame trova applicazione unicamente laddove occorra "assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario", ipotesi che esula dalla fattispecie de qua.

Infine, analoga sorte merita la censura con cui la ricorrente contesta l'operazione di ricapitalizzazione e la conseguente revoca dello stato di liquidazione della SANB, realizzata dai Comuni dell'ARO/BA 1 allo scopo di organizzare "in house" la gestione del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti, deducendo la violazione del divieto di soccorso finanziario (art. 14, co. 5, d.lgs. 165/2016) e delle norme sovranazionali e interne in materia di aiuti di stato, nonché l'omissione degli adempimenti procedurali e pubblicitari prescritti dalla normativa di settore.

Il profilo di doglianza si appalesa fuori mira, poiché, anche laddove venisse accolto, non consentirebbe alla ricorrente di conseguire il risultato utile perseguito (chiaramente evincibile dall'impianto del ricorso principale e dei successivi motivi aggiunti), ossia la rivalutazione da parte dell'Amministrazione della scelta del modello di gestione del servizio pubblico, atteso che l'eventuale caducazione delle delibere comunali di ricapitalizzazione (atti amministrativi "prodromici") non condurrebbe all'automatica sterilizzazione degli effetti della delibera societaria di ricostituzione del capitale sociale, né, a fortiori, alla caducazione della determinazione di affidamento "in house" oggetto di gravame.

Depone in tal senso la circostanza che, in tema di contratti pubblici, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione definitiva (atto amministrativo prodromico), l'inefficacia automatica del contratto (atto negoziale di cui l'ente ha valutato e approvato il contenuto) discende - quale regola e non come conseguenza necessaria ed indefettibile - esclusivamente in casi tassativi ("gravi violazioni", art. 121 c.p.a.), così realizzando

un bilanciamento tra l'interesse alla certezza dei rapporti giuridici ed alla stabilità del contratto e l'interesse al rispetto delle regole di evidenza pubblica; ebbene, in materia di invalidità delle deliberazioni dell'assemblea delle società di capitali, l'interesse alla conservazione dell'atto si fa più stringente, come dimostra l'inversione dei principi applicabili in materia d'invalidità contrattuale, sicché vige la regola generale dell'annullabilità, mentre la previsione della nullità è limitata ai soli casi disciplinati dall'art. 2379 c.c.; peraltro, e il rilievo ha portata decisiva, con particolare riferimento all'ipotesi di ricapitalizzazione, il principio di conservazione e di certezza del diritto trova un'ancora più marcata tutela nell'art. 2379 ter (invalidità delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale): la norma, nel consentire l'impugnativa esclusivamente entro "centottanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese o, nel caso di mancata convocazione, novanta giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione è stata anche parzialmente eseguita", risponde, da una parte, ad una esigenza pratica consistente nella irreversibilità o nella costosissima reversibilità delle modifiche patrimoniali e organizzative in concreto prodotte dalle deliberazioni in questione e, dall'altra, ad una esigenza sostanziale rappresentata dalla necessità di tutelare l'affidamento riposto dai creditori, dai soci e dai terzi in genere in occasione di operazione sul capitale di rischio e obbligazionario.

Pertanto, sulla scorta dei principi di certezza del diritto e di conservazione degli effetti degli atti compiuti, che ancor più valgono con riferimento all'impugnativa di delibere di ricapitalizzazione, deve osservarsi che l'eventuale invalidità della determinazione amministrativa "prodromica" alla manifestazione di volontà estrinsecatasi nella delibera societaria, nel caso di specie, non possiederebbe un effetto caducante.

Conclusivamente, i ricorsi non possono trovare accoglimento.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li dichiara inammissibile e, nel merito, infondati.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali in favore delle parti resistenti che così liquida:

-euro 4.000,00 per AGER e Aro Ba/1, in solido;

- euro 4000,00 per Comune di Terlizzi, Comune di Molfetta, Comune di Corato, Comune di Ruvo di Puglia, S.A.N.B. S.p.A. in solido;

-euro 2000,00 per il Comune di Bitonto.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 15.12.2021 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirée Zonno, Consigliere, Estensore

Angelo Fanizza, Consigliere

L'ESTENSORE
Desirée Zonno

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO

