

L'affidamento in house anche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici

di Riccardo Marletta

Data di pubblicazione: 15-10-2016

1. L'affidamento *in house* della gestione di un servizio rappresenta una scelta discrezionale dell'amministrazione nell'ambito delle diverse possibilità previste dall'ordinamento; tale scelta deve, tuttavia, essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano rispetto alle altre possibili opzioni^[1].

2. Le disposizioni processuali di cui agli articoli 119 e 120 del Codice del Processo Amministrativo sono applicabili anche alle procedure di affidamento dei servizi di concessione^[2].

3. In forza dell'articolo 133 del Codice del Processo Amministrativo, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'affidamento diretto operato a favore della società *in house*.

^[1] In senso conforme: Consiglio di Stato, sezione V, 12 maggio 2016, n. 1900; Consiglio di Stato, Sezione V, 10 settembre 2014, n. 4599; TAR, Friuli-Venezia Giulia, Sezione I, 18 gennaio 2016, n. 15; per un caso in cui si è affermato che non fosse necessaria una stringente esternazione motivazionale circa il ricorso al sistema di affidamento *in house*: TAR Puglia - Lecce, Sezione II, 11 febbraio 2008, n. 432.

^[2] In senso conforme: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 luglio 2016, n. 22; Consiglio di Stato, Sezione V, 1° agosto 2015, n. 3775; Consiglio di Stato, Sezione III, 29 maggio 2015, n. 2704; Consiglio di Stato, Sezione VI, 29 gennaio 2015, n. 416; Consiglio di Stato, Sezione V, 28 luglio 2014, n. 3989; Consiglio di Stato, Sezione V, 12 febbraio 2013, n.811.

In senso contrario: Consiglio di Stato, Sezione VI, 28 maggio 2015, n. 2679; Consiglio di Stato, Sezione V, 14 ottobre 2014, n. 5065; Consiglio di Stato, Sezione VI, 21 maggio 2014, n. 2620; Consiglio di Stato, Sezione VI, 16 gennaio 2014, n. 152.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il tema dell'affidamento *in house* dei servizi pubblici di rilevanza economica, sotto il duplice profilo dell'onere motivazionale e delle norme processuali applicabili in tale ipotesi.

Il TAR Lombardia ha specificato che l'affidamento *in house* rappresenta, nel novero delle possibilità previste dall'ordinamento, una scelta discrezionale dell'amministrazione, che, per essere legittima, deve tuttavia contenere adeguata motivazione circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano.

Ciò in forza dell'articolo 34, comma 20, del D.L. 18 ottobre 2012, ai sensi del quale i servizi di rilevanza economica devono essere affidati sulla base di una relazione che dia conto "*delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta*".

Il TAR Lombardia ha ritenuto che tale onere motivazionale "*rafforzato*" trovi altresì riscontro nell'art. 192, comma 2, del Nuovo Codice degli Appalti, il quale stabilisce che il provvedimento con cui si dispone l'affidamento *in house* di un servizio di rilevanza economica deve esplicitare "*le ragioni del mancato ricorso al mercato*", "*i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta*", nonché "*l'ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

Con riferimento alle disposizioni processuali, il TAR Lombardia ha ritenuto applicabili alle controversie relative alle procedure di affidamento di servizi in concessione gli articoli 119, comma 1, lett. a) e 120 c.p.a. sulla base della considerazione che il termine "*affidamento*" contenuto in tali articoli deve essere inteso genericamente come l'atto con cui la Pubblica Amministrazione individua il soggetto contraente.

Secondo la sentenza in commento, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche sull'istanza di declaratoria di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'affidamento diretto in favore della società *in house*.

Ciò sulla scorta del rilievo che la previsione contenuta nell'art. 133, comma 1, lett. e) del c.p.a. secondo la quale il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva sulla dichiarazione di inefficacia del contratto "*a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*" deve ritenersi

applicabile anche nel caso in cui sia intervenuto l'annullamento di un provvedimento di affidamento diretto.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1102 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ASPEM S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Colombari, Giuseppe Caia e Maria Carla Minieri, con domicilio eletto presso lo Studio di quest'ultima in Milano, Via San Damiano, n. 2;

contro

Provincia di Varese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Albertini, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar Lombardia, in Milano Via Corridoni, n. 39;

Ufficio d'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Varese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Capecchi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar Lombardia, in Milano Via Corridoni, n. 39;

Conferenza dei Comuni dell'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Varese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito;

nei confronti di

Regione Lombardia, in persona del Presidente della Giunta *pro tempore*, non costituita;

Amsc - Azienda Multiservizi Comunali S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

Comune di Gallarate, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Capecchi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar Lombardia, in

Milano Via Corridoni, n. 39;

ALFA Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Colombo, con domicilio eletto presso lo Studio della stessa in Milano, via Durini, n. 24;

per l'annullamento

1) quanto al ricorso introduttivo

- della delibera del Consiglio di amministrazione dell'Ufficio d'Ambito P.V. 19 del 30 marzo 2015 prot. n. 1838 del 1° aprile 2015, pubblicata all'Albo Pretorio della Provincia di Varese dal 2 aprile 2015 al 16 aprile, 2015, non comunicata alla ricorrente, recante "Conferma della forma di gestione *in house* del servizio idrico integrato nell'ambito della Provincia di Varese";

- della deliberazione della Conferenza dei Comuni n. 7 del 9 aprile 2015 pubblicata all'Albo Pretorio della Provincia di Varese dal 14 aprile 2015 al 28 aprile 2015, non comunicata alla ricorrente, recante "Espressione del parere obbligatorio e vincolante, ai sensi dell'art. 48 comma 3 della legge regionale 26/2003 e s.m.i., in merito alla conferma della forma di gestione *in house* del servizio idrico integrato nell'ATO della Provincia di Varese";

- della deliberazione del Consiglio della Provincia di Varese n. 9 del 23 aprile 2015 di conferma della forma di gestione *in house* del servizio idrico integrato nell'ambito della Provincia di Varese, non comunicata alla ricorrente;

- della Relazione "La forma di gestione *in house* - rispetto e compatibilità con il Piano d'Ambito approvato con delle deliberazioni dell'Ufficio d'Ambito P.V. n. 12 del 26 marzo 2014, della Conferenza dei Comuni n. 7 del 15 aprile 2014 e del Commissario straordinario della Provincia di Varese n. 20 del 18 aprile 2014, e comprensivo del Piano economico e finanziario (PEF), così come aggiornato con deliberazione del consiglio provinciale della Provincia di Varese n. 5 in data 27/02/2015, previa deliberazione del consiglio di amministrazione dell'Ufficio di ambito P.V. 2 del 29/01/2015 e dall'acquisizione del parere favorevole della Conferenza dei Comuni con deliberazione n. 3 del 26/02/2015", approvata con le tre delibere sopra citate e ad esse allegata;

- della delibera del Consiglio di amministrazione dell'Ufficio d'Ambito P.V. 23 del 22 aprile 2015, pubblicata all'Albo Pretorio della Provincia di Varese dal 29 aprile 2015 al 13 maggio 2015, non comunicata alla ricorrente, recante "Lettura e approvazione deliberazioni seduta del Consiglio di Amministrazione del 30/03/2015";

di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti anche non conosciuti dalla ricorrente;

2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2015:

- della delibera del Consiglio provinciale di Varese P.V. n. 28 del 29 giugno 2015 recante "Affidamento del servizio idrico integrato per l'ambito territoriale ottimale della Provincia di Varese alla società *in house* ALFA s.r.l.; decadenza gestioni esistenti; disciplina del periodo transitorio fino al subentro effettivo del gestore di ambito", pubblicata all'Albo Pretorio della

Provincia di Varese per 15 giorni consecutivi dal 7 luglio 2015, nonché di tutti gli atti ivi approvati e allegati e in particolare di: A) Documento di sintesi costituito dai seguenti atti: A1) La ricognizione aggiornata delle gestioni esistenti nell'ATO della Provincia di Varese; A2) La individuazione delle gestioni esistenti che decadono anticipatamente rispetto alla loro naturale scadenza ai sensi della normativa statale e regionale, in quanto affidate in contrasto con le normative sulla tutela della concorrenza o sulla riorganizzazione per ambiti territoriali ottimali del servizio idrico integrato (Relazione sulla cessazione anticipata delle gestioni esistenti); A3) La definizione dei criteri per il trasferimento dei beni e del personale delle gestioni esistenti; B) Osservazioni sugli atti di intervento nel procedimento; C) Relazione ai sensi del comma 1-bis dell'art. 3-bis del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, e dell'art. 34, comma 20, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 nonché degli ivi allegati Piano Economico Finanziario ai sensi dell'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 s.m.i. nonché Relazione di asseverazione della società di revisione sul Piano Economico Finanziario; D) Schema di contratto di servizio per regolare i rapporti tra l'Ufficio d'Ambito della Provincia di Varese e la società ALFA s.r.l. affidataria della gestione del servizio idrico integrato con i relativi allegati: D1) Piano d'Ambito e Piano Economico Finanziario, approvati con deliberazione del Commissario straordinario della Provincia di Varese P.V. 20 del 18/04/2014 e del Consiglio Provinciale P.V. 5 del 27/02/2015, delibere che anch'esse per quanto occorrer possa si impugnano; D2) Carta del servizio idrico integrato; D3) Regolamento per il servizio di acquedotto; D4) Regolamento per il servizio di fognatura; E) Atto costitutivo e statuto della società ALFA s.r.l.;

- della nota del Direttore dell'Ufficio d'Ambito prot. n. 4209 del 7 agosto 2015 recante "Comunicazione di chiusura del procedimento di affidamento del servizio idrico integrato nel territorio della Provincia di Varese";

-di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti anche non conosciuti dalla ricorrente e in particolare:

- della delibera della Conferenza dei Comuni n. 13 del 24 giugno 2015 recante "Espressione parere obbligatorio e vincolante ai sensi dell'art. 48, comma 3 della legge regionale 26/2003 in merito all'affidamento del servizio idrico integrato per l'ambito territoriale ottimale della Provincia di Varese alla società *in house* ALFA s.r.l.; decadenza gestioni esistenti; disciplina del periodo transitorio fino al subentro effettivo del gestore di ambito", pubblicata all'Albo Pretorio della Provincia di Varese per giorni consecutivi dal 7 luglio 2015", nonché dei relativi allegati corrispondenti ai documenti allegati all'impugnata delibera del Consiglio provinciale;

-della delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Ufficio d'Ambito P.V. 45 del 16 giugno 2015 recante "Affidamento del servizio idrico integrato per l'ambito territoriale ottimale della Provincia di Varese alla società *in house* ALFA s.r.l.; decadenza gestioni esistenti; disciplina del periodo transitorio fino al subentro effettivo del gestore di ambito", pubblicata all'Albo Pretorio della Provincia di Varese per 15 giorni consecutivi dal 6 luglio 2015, nonché dei relativi allegati corrispondenti ai documenti allegati all'impugnata delibera del Consiglio provinciale;

- della delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Ufficio d'Ambito P.V. 42 dal 12 giugno 2015, non comunicata ad ASPEM s.p.a., recante "Relazione relativa all'aspetto economico patrimoniale della società *in house* ai sensi dell'art. 3-bis del d.l. 138/2011 convertito nella

legge 148/2011 e recentemente modificato dalla legge 190/2014" nonché della Relazione ivi allegata;

- della delibera del Consiglio provinciale di Varese P.V. n. 47 del 26 agosto 2015 recante "Delibera quadro per il trasferimento da parte della Provincia di Varese delle quote detenute nella società ALFA s.r.l. ai Comuni dell'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Varese" (doc. 16), pubblicata all'Albo Pretorio della Provincia di Varese per 15 giorni consecutivi dall'1 settembre 2015;

3) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16 febbraio 2016:

- della delibera del Consiglio Provinciale di Varese P.V. n. 53 del 2 dicembre 2015 recante "Contratto di servizio approvato con deliberazione del Consiglio provinciale P.V. 28 del 29 giugno 2015 - Richiesta modifica di alcuni termini temporali ivi contenuti", pubblicata all'Albo pretorio della Provincia di Varese dal 18 dicembre 2015 al 1° gennaio 2016;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti anche non conosciuti dalla ricorrente e in particolare:

- della delibera del Consiglio di amministrazione dell'Ufficio d'Ambito P.V. 53 del 23 ottobre 2015 recante "Contratto di servizio approvato con deliberazione del Consiglio provinciale P.V. 28 del 29 giugno 2015 - Richiesta proroga di alcune scadenze temporali ivi contenute";

- della deliberazione della Conferenza dei Comuni n. 17 del 5 novembre 2015 recante "Parere obbligatorio e vincolante ai sensi dell'art. 48 comma 3 delle legge regionale 26/2003 e s.m.i. in riferimento al Contratto di servizio approvato con deliberazione del Consiglio provinciale P.V. 28 del 29 giugno 2015 - Richiesta proroga di alcune scadenze temporali ivi contenute";

nonché per la declaratoria della caducazione e/o dell'inefficacia

del contratto di servizio e relative modificazioni sottoscritto tra l'Ente di Governo dell'ATO e ALFA s.r.l.:

4) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 10 marzo 2016:

- della delibera del Consiglio provinciale di Varese P.V. n. 2 del 22 gennaio 2016 recante "Servizio Idrico Integrato nell'Ambito ottimale della Provincia di Varese - Atto di indirizzo e principali obiettivi per il periodo 2016 - 2017", pubblicata all'Albo Pretorio della Provincia di Varese per 15 giorni consecutivi dal 27 gennaio 2016 nonché delle ivi allegate tabelle Tab.1 Acquedotti, Tab.2 Fognatura, Tab.3 Depurazione;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti anche non conosciuti dalla ricorrente

nonché per la declaratoria della caducazione e/o dell'inefficacia

del contratto di servizio e relative modificazioni sottoscritto tra l'Ente di Governo dell'ATO e

ALFA s.r.l.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Varese, dell'Ufficio d'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Varese, del Comune di Gallarate e di ALFA Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2016 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo ASPEM s.p.a. dichiara di essere la società, derivante dalla trasformazione della precedente azienda speciale, che gestisce il servizio di acquedotto nel territorio del Comune di Varese e di altri 33 Comuni della Provincia di Varese (precisamente i Comuni di Arcisate, Azzate, Binago, Bisuschio, Brinzio, Cagno, Cantello, Caravate, Caronno Varesino, Casciago, Cazzago Brabbia, Comerio, Cunardo, Daverio, Germignaga, marzo, Lozza, Luino, Luvinata, Maccagno, Malnate, Marzio, Monvalle, Porto Ceresio, Sangiano, Solbiate, Barasso, Besnate, Bodio Lomnago, Carnago, Castronno, Cittiglio, Galliate Lombardo, Induno Olona, Jerago con Orago, Morazzone).

La società ha intrapreso un vasto contenzioso con la Provincia di Varese e con l'Ufficio d'Ambito Territoriale Ottimale della stessa Provincia.

Più precisamente la società, con il ricorso RG 3193/2013 ha impugnato la deliberazione del Consiglio comunale di Varese n. 55 del 28 novembre 2013, avente ad oggetto l'approvazione della partecipazione alla società *in house* per la gestione del servizio idrico integrato nell'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Varese. Il giudizio si è concluso con la sentenza di questo Tribunale n. 3005/2014 con cui, in accoglimento del ricorso proposto, è stato disposto l'annullamento della deliberazione, per assenza della previa adozione del Piano d'ambito, in violazione dell'art. 150 del D. Lgs. n. 152 del 2006, vigente *ratione temporis*.

Con il presente ricorso la società ha impugnato gli atti indicati in epigrafe che attengono, in sintesi e schematicamente:

- all'individuazione della società *in house* quale forma di gestione del servizio idrico integrato,

confermando la scelta già intrapresa dagli enti competenti nella questione (provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo);

- all'affidamento diretto alla società *in house* ALFA s.r.l. del servizio idrico integrato dell'ATO della Provincia di Varese nonché alla contestuale dichiarazione di decadenza delle gestioni esistenti (atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2015);

- alla concessione della proroga di alcune scadenze previste nel contratto di servizio sottoscritto dalla società ALFA s.r.l. (provvedimenti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16 febbraio 2016);

- all'atto di indirizzo relativo al servizio idrico integrato (impugnato con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 10 marzo 2016).

Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Varese, l'Ufficio di ATO, il Comune di Gallarate nonché la società ALFA s.r.l., resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

Indi all'udienza pubblica del 25 maggio 2016 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Viene all'esame di questo Tribunale la complessa vicenda, sinteticamente ricostruita in fatto, che ha condotto, attraverso una pluralità di atti, tra loro intimamente e funzionalmente collegati, alla scelta della Provincia di Varese e dell'Ufficio dell'Ambito Territoriale Ottimale della stessa Provincia di individuare nel modello della società *in house* la forma di gestione del servizio idrico integrato, all'affidamento alla società *in house* del predetto servizio e alla dichiarazione di decadenza della ricorrente quale attuale gestore del servizio di acquedotto.

2. La scelta del modello gestionale costituisce il presupposto logico e giuridico delle conseguenti determinazioni (l'affidamento alla società *in house* del predetto servizio e la dichiarazione di decadenza della ricorrente quale attuale gestore del servizio di acquedotto).

Deve quindi essere fatto oggetto di scrutinio, prioritariamente, il ricorso introduttivo, con il quale, come esposto in fatto, la società ricorrente ha impugnato le determinazioni, dei diversi enti competenti, circa l'individuazione della forma di gestione del servizio.

3. In relazione al ricorso introduttivo la società ALFA s.r.l. ne ha eccepito l'inammissibilità per omessa impugnazione della deliberazione del Commissario straordinario della Provincia di Varese n. 20 del 18 aprile 2014 di approvazione del Piano d'Ambito, essendo già contenuta in tale provvedimento la determinazione circa la forma di gestione del servizio idrico integrato.

3.1. L'eccezione non è fondata.

Va rammentato che con la sentenza n. 3005/2014 questo Tribunale ha annullato la deliberazione del Consiglio del Comune di Varese n. 55 del 28 novembre 2013 avente ad oggetto “Approvazione della partecipazione alla società *in house* per la gestione del servizio idrico integrato nell’Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Varese e relativo statuto” nonché gli atti presupposti tra i quali, in particolare, *“quelli che hanno individuato la forma di gestione del servizio idrico integrato nella Provincia di Varese e disposto la cessazione anticipata delle gestioni attualmente in essere, compresa quella in capo alla società ricorrente”*, avendo rilevato che tali atti erano stati assunti in assenza della previa adozione del Piano d’Ambito, avvenuta, soltanto in corso di giudizio, con la deliberazione n. 20 del 18 aprile 2014.

3.2. A seguito della predetta decisione, gli enti interessati (in particolare l’Ufficio d’Ambito e la Provincia di Varese) hanno assunto i provvedimenti (rispettivamente la deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 19 del 30 marzo 2015 e la deliberazione del consiglio provinciale n. 9 del 23 aprile 2015) – impugnati con il ricorso introduttivo – con i quali è stata “confermata” la forma di gestione *in house* del servizio idrico integrato.

In entrambi i provvedimenti viene rilevato che la scelta del modello gestionale *in house* si fonda “non solo sulle motivazioni contenute nelle deliberazioni del Commissario Straordinario della Provincia di Varese n. 20 del 18 aprile 2014 e n. 18 del 26 luglio 2013 e relativi allegati”, ma anche sulla base delle argomentazioni contenute nel documento, successivo al Piano d’Ambito, redatto dall’Ufficio d’Ambito dal titolo “La forma di gestione *in house* – rispetto e compatibilità con il Piano d’Ambito...”.

3.3. I provvedimenti impugnati, quanto alla scelta del modello gestionale, non hanno natura di atti meramente confermativi del Piano d’Ambito, ma scaturiscono all’esito di una rinnovata istruttoria e di una più articolata manifestazione di volontà che si fondano su documenti e provvedimenti successivi al già approvato Piano d’Ambito (in particolare l’aggiornamento del Piano economico e finanziario e l’apposita relazione dell’Ufficio d’Ambito).

In altri termini la scelta della forma di gestione del servizio idrico integrato – profilo su cui si appuntano le censure della società ricorrente – è stata confermata con nuovi provvedimenti, successivi all’approvazione del Piano d’Ambito.

Tale lettura è dichiaratamente riconosciuta dalla stessa Amministrazione provinciale, che, nell’allegato A2 alla deliberazione n. 28 del 29 giugno 2015 – impugnata con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2015 – afferma espressamente che *“L’ente di governo della Provincia di Varese ha approvato il Piano d’ambito in epoca antecedente alla data del 13 settembre 2014, ma la scelta della forma di gestione in house del servizio idrico integrato è avvenuta, da ultimo, con deliberazione del consiglio provinciale della Provincia di Varese n. 9 del 23 aprile 2015”* (cfr. punto 19.3) e che *“la delibera di conferma della scelta della forma di gestione in house è stata adottata anche al fine di eliminare qualsiasi dubbio in merito all’ambito oggettivo di efficacia della sentenza del TAR Lombardia, Sezione Terza, n. 3005/2014 (se, cioè, tale sentenza avesse annullato, oltre alla precedente deliberazione di scelta della forma di gestione in house da parte del Commissario straordinario della Provincia di Varese n. 18 del 26.7.2013, anche quella dello stesso Commissario n. 20 del 18.4.2014)”* (cfr. punto 19.4).

Risulta quindi evidente *per tabulas* che la scelta definitiva in ordine alla forma di gestione del servizio sia avvenuta con gli atti successivi all'approvazione del Piano d'Ambito, tutti tempestivamente impugnati.

3.4. Ne discende che l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del Piano d'Ambito (a margine del rilievo che tale atto è stato comunque impugnato con ricorsi per motivi aggiunti proposti nell'ambito dei giudizi RG 2135/2012 e RG 2136/2012) non può trovare accoglimento, avendo le autorità competenti confermato la scelta del modello gestionale alla luce di rinnovate valutazioni, "sostituendo" la relativa determinazione contenuta nel Piano d'Ambito.

3.5. Sempre in via preliminare con riferimento al ricorso principale, la società controinteressata ha eccepito l'inammissibilità per carenza di interesse in quanto i provvedimenti impugnati ad oggi non avrebbero effetti lesivi della posizione di ASPEM che avrebbe diritto a gestire il servizio per tutto il periodo transitorio e, in ogni caso, fino al 31 dicembre 2017.

Anche tale eccezione non è meritevole di accoglimento.

Con il ricorso principale ASPEM ha contestato la scelta della modalità di gestione del servizio.

Come anche di recente affermato (cfr. Consiglio di Stato sez. III 26 maggio 2016 n. 2228), deve essere riconosciuto l'interesse strumentale a ricorrere in capo a qualsiasi imprenditore del settore e potenziale concorrente, che contesti il modulo organizzativo dell'*in house providing* e, dunque, la scelta della stazione appaltante di disporre un affidamento diretto anziché ricorrere al mercato concorrenziale.

4. Ritenute infondate le relative eccezioni, si può quindi procedere a scrutinare nel merito il ricorso introduttivo, affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

I) eccesso di potere: gli atti impugnati porrebbero a proprio fondamento gli atti già annullati dalla sentenza TAR n. 3005/2014;

II) violazione degli artt. 149 e 150 comma 1 del D.lgs. n. 152/2006 nonché dell'art. 49 comma 1 della legge regionale n. 26/2003: la conferma della scelta della forma di gestione del servizio idrico integrato reitererebbe i vizi acclarati con la sentenza n. 3005/2014. Infatti sarebbe palese che l'individuazione della forma di gestione è avvenuta prima dell'approvazione del Piano d'Ambito, il quale dunque sarebbe stato piegato alle esigenze della predetta forma di gestione. Ne conseguirebbe la violazione delle norme in epigrafe, che invece impongono che prima intervenga il Piano d'Ambito e poi, sulla base di esso, la scelta della forma di gestione.

III) violazione dell'art. 34 del D.L. n. 179/2012 nonché dell'art. 3-bis, comma 2-bis del D.L. n. 138/2011. Eccesso di potere sotto il profilo della carenza d'istruttoria, del travisamento e della contraddittorietà: l'art. 34 del D.L. n. 179/2012 richiede che gli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica vengano accompagnati da una relazione dell'Ente affidante che dia conto della coerenza della forma di gestione con i requisiti previsti dall'ordinamento europeo nonché della concreta fattibilità ed economicità della stessa. Con riferimento ai servizi

pubblici locali a rete di rilevanza economica, l'art. 3-bis, comma 1-bis del D.L. n. 138/2013 come modificato dall'art. 1, comma 609, lett. a) della legge n. 190/2014, in caso di affidamento *in house* richiede che la relazione comprenda un piano economico-finanziario che contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Nel caso di specie l'Ente di governo dell'Ambito, prima di scegliere la forma di gestione *in house*, non avrebbe svolto l'analisi di economicità ed efficienza richiesta dall'ordinamento, circostanza che sarebbe confermata dall'affermazione secondo cui "le diseconomicità della società *in house* potranno venire recuperate mediante l'aumento delle tariffe all'utenza". Nella Relazione – impugnata con il ricorso all'esame – non si darebbe conto delle verifiche dei costi del modello organizzativo gestionale scelto, né verrebbero valutati i costi di costituzione e funzionamento della società *in house*. Mancherebbe, inoltre, il piano economico finanziario asseverato richiesto dall'art. 3-bis, comma 1-bis del d.l. n. 138/2011, che non potrebbe essere confuso con il PEF allegato al Piano d'Ambito. Dagli atti impugnati non emergerebbe che sia stato valutato l'ammontare degli accantonamenti che gli Enti locali soci dovranno effettuare tutte le volte in cui la società *in house* assume impegni finanziari e, di conseguenza, non emergerebbe che sia stata valutata l'effettiva possibilità per gli Enti locali di ospitare nei propri bilanci siffatti accantonamenti. In sostanza non sarebbe stata valutata la stessa sostenibilità del modello *in house* per gli Enti locali soci. Allo stesso modo, negli atti impugnati non vi sarebbe alcun riferimento all'art. 18, comma 2-bis del d.l. n. 112/2008 e successive modificazioni che limita fortemente le facoltà assunzionali per le società *in house*, imponendo il rispetto del principio di contenimento dei costi del personale in conformità a quanto la legge stabilisce per gli Enti locali soci. Considerato che nella Relazione allegata alla deliberazione n. 9/2015 della Provincia di Varese si afferma che il modello organizzativo gestionale e la struttura organizzativa andranno a regime dal terzo anno dell'affidamento, sarebbe contraddittorio sostenere che la scelta di un privato aggiudicatario avrebbe reso più difficoltoso e differito l'attuazione del gestore unico a livello di ATO.

In conclusione, l'Ente di governo dell'Ambito non avrebbe effettuato alcuna valutazione in ordine: a) alla capacità della società *in house* di gestire il servizio idrico integrato in condizioni di economicità ed efficienza anche nell'interesse dell'utenza; b) alla effettiva possibilità per la società *in house* di dare attuazione al Piano d'Ambito in ragione dei vincoli sull'assunzione del personale e dell'assoggettamento al patto di stabilità interno; c) alla concreta possibilità per gli Enti locali soci di effettuare gli accantonamenti di bilancio imposti per legge a fronte dell'affidamento del servizio alla società *in house*.

IV) Violazione dell'art. 34 del D.L. n. 179/2012 nonché dell'art. 3-bis, comma 2-bis del D.L. n. 138/2011. Eccesso di potere sotto il profilo della carenza d'istruttoria, del travisamento e della contraddittorietà: non sarebbe chiaro sulla base di cosa gli atti impugnati valutino la coerenza tra il modello *in house* previsto dall'ordinamento europeo e quello da attuare nel caso concreto, con particolare riferimento al requisito del controllo analogo.

V) Violazione dell'art. 832 c.c. Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità. Violazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza: nella Relazione impugnata si legge che il soggetto gestore unico *in house* sarà costituito dalla somma dei rami d'azienda delle società di gestione esistenti. Dunque, l'Ente di governo dell'Ambito vorrebbe imporre ai gestori esistenti - siano essi interamente pubblici o con partecipazione di soci privati - operazioni di scorporo di rami d'azienda e quindi sottrarre ad essi i predetti rami d'azienda, di cui sono legittimamente titolari.

Si tratterebbe di un'operazione illegittima perché l'ordinamento non consente né ai Comuni, né all'Ente di governo dell'Ambito di incidere sugli assetti proprietari facenti capo a soggetti privati.

VI) Eccesso di potere sotto i profili dell'irragionevolezza, dell'illogicità e della contraddittorietà: secondo quanto illustrato nella relazione impugnata la partecipazione al capitale della società *in house* verrebbe ripartita tra i Comuni in base al numero degli abitanti e che il soggetto gestore unico *in house* sarebbe costituito dalla somma dei rami d'azienda delle società di gestione esistenti. Se la costituzione del nuovo soggetto *in house* deve avvenire in attuazione di operazioni societarie su soggetti esistenti, dovrebbero essere rispettate le disposizioni del Codice civile in materia le quali non consentirebbero di attribuire ai soci quote di capitale in misura diverse dai valori patrimoniali dei predetti soggetti esistenti, di rispettiva pertinenza dei soci medesimi, quanto meno nel caso di società tra enti pubblici.

5. Quanto al primo e al secondo motivo di ricorso il Collegio ritiene che non possano essere accolti, nei termini in cui sono stati prospettati.

Come già rilevato al precedente punto 3, successivamente alla sentenza n. 3005/2014 e comunque dopo l'approvazione del Piano d'Ambito gli enti competenti hanno provveduto a convalidare la scelta del modello di gestione del servizio idrico integrato, esercitando il relativo potere sulla base di ulteriori elementi istruttori. Gli atti precedenti (compresi quelli annullati dalla richiamata sentenza) sono sì stati considerati nell'ambito della nuova istruttoria ma alla luce di ulteriori elementi, non potendosi concludere per una mera convalida di atti annullati.

Piuttosto si tratta di verificare se l'istruttoria condotta e le valutazioni effettuate siano complete e coerenti con le disposizioni normative applicabili in materia.

6. Tale osservazione porta il Collegio ad esaminare, quindi, il terzo motivo di ricorso, il cui esame è prioritario rispetto a quelli successivi. Tale mezzo di gravame è sostanzialmente analogo al primo motivo del ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2015 avverso la deliberazione n. 28/2015 di affidamento del servizio alla società ALFA. Sia per la sostanziale identità delle censure sia per l'intimo e funzionale collegamento esistente tra gli atti gravati (la scelta della forma di gestione di cui alla delibera n. 9/2015 e l'affidamento alla società *in house*, di cui alla delibera n. 28/2015) ritiene il Collegio di dover esaminare tali motivi congiuntamente, anticipando che gli stessi sono fondati.

6.1. Con i sopra ricordati motivi di ricorso (il terzo del ricorso introduttivo e il primo del ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2015) la società ricorrente deduce, in

sintesi, che la scelta del modello di gestione *in house*, in realtà, sarebbe stata effettuata ben prima dell'approvazione del piano d'ambito, in assenza di un'approfondita analisi di economicità ed efficienza, e senza alcun confronto con le altre possibili modalità gestionali previste dall'ordinamento (affidamento a terzi o a società mista, previa gara).

6.2. Per una migliore chiarezza espositiva si riportano di seguito le norme di riferimento.

L'art. 34 comma 20 del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, dispone che *“Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*.

L'art. 3 bis comma 1 bis del D.L. 13 agosto 2011, introdotto dall'art. 34, comma 23, D.L. n. 179/2012, successivamente modificato dall'art. 1, comma 609, lett. a), L. 23 dicembre 2014, n. 190 stabilisce che: *“Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 90, della legge 7 aprile 2014, n. 56...omissis... Gli enti di governo di cui al comma 1 devono effettuare la relazione prescritta dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179...omissis...Nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*”*.

6.3. Va rammentato che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all'esito di una gara ad evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico - privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio), ovvero, ancora, attraverso l'affidamento diretto, *in house*, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) analogo (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano.

Ora, è vero che l'affidamento *in house* rappresenta una scelta discrezionale all'interno delle possibilità previste dall'ordinamento, ma altrettanto vero è che tale scelta deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano rispetto alle altre opzioni (cfr. Cons. Stato sez. V n. 4599/2014).

Tanto più nella specie in cui l'art. 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in L. 17 dicembre 2012, n. 221 impone un dettagliato e più aggravato onere motivazionale, subordinando la legittimità della scelta della concreta modalità di gestione dei servizi pubblici locali proprio alla redazione di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste (cfr. Cons. Stato sez. V 12 maggio 2016 n. 1900).

La relazione che supporta la scelta di operare mediante affidamento *in house*, di cui al richiamato art. 34 comma 20 del D.L. 179/2012, è finalizzata a rendere trasparenti e conoscibili agli interessati tanto le operazioni di riscontro delle caratteristiche che fanno dell'affidataria una società *in house*, quanto il processo d'individuazione del modello più efficiente ed economico alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti (T.A.R. Friuli Venezia Giulia – 26/10/2015 n. 468; T.A.R. Abruzzo Pescara – 14/8/2015 n. 349).

I riferiti canoni interpretativi trovano oggi positiva rispondenza nell'art. 192 del D.lgs. 50/2016 ("Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture") che, al comma 2, dispone che "*Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*". Come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato

nell'Adunanza della Commissione speciale sullo schema di decreto legislativo recante il Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (parere n. 855 del 1° aprile 2016) *“Si tratta di un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche”*.

Ciò a testimonianza di una linea di tendenza dell'ordinamento che, pur ammettendo quale forma di gestione dei servizi pubblici l'affidamento diretto alla società *in house*, richiede la dimostrazione che tale scelta, preferita rispetto a quelle del ricorso al mercato, sia supportata da ragioni di convenienza sotto il profilo dei benefici per la collettività.

6.4. Ora, nel caso oggetto del presente giudizio la relazione allegata alla deliberazione n. 9 del 23 aprile 2015 è definita dalla stessa deliberazione come <<documento redatto dall'Ufficio d'Ambito dal titolo “La forma di gestione *in house* – rispetto e compatibilità con il Piano d'Ambito approvato con le deliberazioni dell'Ufficio d'Ambito P.V. n. 12 del 26 marzo 2014, della Conferenza dei Comuni n. 7 del 15 aprile 2014, e del Commissario straordinario della Provincia di Varese n. 20 del 18 aprile 2014, e comprensivo del Piano economico e finanziario (PEF), così come aggiornato con deliberazione del consiglio provinciale della Provincia di Varese n. 5 del 27 febbraio 2015, previa deliberazione del consiglio di amministrazione dell'Ufficio d'Ambito P.V. n. 2 del 29 gennaio 2015 e acquisizione del parere favorevole della Conferenza dei Comuni con deliberazione n. 3 del 26 febbraio 2015”>>.

A margine della dubbia rispondenza di tale relazione a quella prevista dall'art 34 comma 20 del DL 179/2012 (su cui si tornerà al successivo punto 6.5), la stessa in realtà non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi ad apodittici riferimenti alla gestione *in house* che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179. In altri termini nella relazione si dà per presupposta e scontata la scelta circa la forma di gestione del servizio senza che ne vengano illustrate le ragioni e gli elementi concreti su cui si fonda.

6.5. Va ancora osservato che solo successivamente alla deliberazione di conferma della scelta della forma di gestione, con la deliberazione n. 28 del 29 giugno 2015 è stata approvata la “relazione ai sensi del comma 1 bis dell'art. 3 bis del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138 e dell'articolo 34 comma 20 del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179” (cfr. allegato C).

Con la richiamata deliberazione n. 28/2015 la Provincia ha disposto l'affidamento del servizio alla società *in house* ALFA s.r.l., segmento che, giuridicamente e logicamente, è successivo alla scelta della forma di gestione.

Pertanto al momento della determinazione circa la scelta del modello gestionale l'ente competente non aveva predisposto la relazione richiesta dalla normativa richiamata. Tale circostanza, lungi dal costituire una mera omissione formale o una discrasia temporale, testimonia l'assenza di un elemento essenziale nel processo decisionale dell'ente. In altri

termini e più semplicemente, non può avere alcuna concreta portata – sotto il profilo dei necessari elementi di valutazione – la relazione di cui all'art. 34 comma 20 del D.L. 179/2012 predisposta quando la scelta della forma di gestione è già stata compiuta, potendo al più “giustificare” a posteriori la manifestazione di volontà.

Ma in concreto la relazione di cui alla richiamata deliberazione n. 28/2015 non fornisce elementi congruenti, sotto il profilo motivazionale, della scelta tra le possibili forme di gestione, soffrendo della stessa genericità di cui alla relazione allegata alla deliberazione n. 9/2015, cui, peraltro, si richiama espressamente.

Invero non è sufficiente a fornire valutazioni concrete l'apodittica e teorica affermazione che “il modello *in house* offre garanzie identiche ai diversi modelli della gara e della società mista”. Ciò infatti è il presupposto nell'ambito del quale va compiuta la scelta discrezionale, che, proprio in quanto tale, deve essere congruamente motivata. Proprio perché i teorici modelli gestionali offrono identiche garanzie, è necessario che gli enti coinvolti esplicitino le ragioni della scelta dell'uno o dell'altro “*con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio*”.

Nessun confronto viene operato – in relazione ai suddetti obiettivi – tra le diverse opzioni offerte dall'ordinamento.

Va poi aggiunto che, quanto al piano economico finanziario richiesto dall'art. 3 bis comma 1 bis del D.L. 138/2011 in caso di realizzazione di interventi strutturali, l'Istituto di revisione incaricato dell'asseverazione ha dichiarato che “*nello svolgimento del nostro lavoro ci siamo basati su ipotesi, dati e documentazione da voi fornitici che non sono stati sottoposti ad alcuna verifica di congruità. Non ci assumiamo pertanto alcuna responsabilità circa la veridicità, adeguatezza e correttezza delle ipotesi e dei dati suddetti e dei documenti presentati al riguardo, nonché, più in generale, di qualsivoglia altra informazione che ci avete comunicato ai fini della redazione del presente documento, di cui vi assumete pertanto ogni responsabilità*”.

Tale dichiarazione svuota l'asseverazione, pur attestata, della sua concreta portata e funzione, limitandosi ad una verifica di coerenza interna di dati che tuttavia non sono stati verificati nella loro veridicità, correttezza e congruità.

6.6. Va quindi conclusivamente rilevato che la scelta e il conseguente affidamento diretto fondati su determinazioni che non forniscono alcuna ragione dell'opzione esercitata a monte, sono da ritenersi di per sé illegittimi, potendosi prescindere dalle questioni controverse circa la natura giuridica del soggetto affidatario (cfr. Cons. Stato n. 1900/2016 cit.).

Per quanto esposto, il ricorso introduttivo nonché il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2015 meritano accoglimento e per l'effetto va disposto l'annullamento degli atti con gli stessi impugnati, anche nella parte in cui dispongono la cessazione anticipata della gestione della ricorrente del servizio, avendo tale determinazione quale presupposto l'affidamento alla società *in house*, venuto meno per effetto della presente statuizione giurisdizionale.

7. Quanto agli atti impugnati con gli ulteriori ricorsi per motivi aggiunti (quello depositato in data 16 febbraio 2016, con cui la ricorrente ha impugnato i provvedimenti, indicati in epigrafe, con cui è stata autorizzata, a favore di ALFA srl, la proroga dei termini previsti nel contratto di servizio, e quello depositato in data 10 marzo 2016 avverso l'atto di indirizzo dettato dalla Provincia di Varese, che ha confermato la cessazione delle gestioni in corso) deve disporsi il loro annullamento, in quanto affetti da invalidità derivata, essendo venuto meno il presupposto genetico della loro legittimità.

8. Va infine esaminata la domanda volta alla dichiarazione di caducazione o di inefficacia del contratto di servizio sottoscritto dall'Ufficio d'Ambito e dalla società ALFA s.r.l., formulata con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16 febbraio 2016.

Pur non essendo stata sollevata da nessuna delle parti, il Collegio ritiene di esaminare d'ufficio la questione relativa alla sussistenza della giurisdizione, che, ad avviso della Sezione, deve essere risolta positivamente.

Invero, come recentemente precisato dall'Adunanza Plenaria (cfr. decisione n. 22/2016), l'espressione "procedure di affidamento" di cui all'art. 119 comma 1 lett. a) e all'art. 120 c.p.a. deve essere letta alla luce della definizione di cui all'art. 3 comma 36 del d.lgs. n.163 del 2006 (replicata, nei medesimi termini, dall'art.3, lett. rrr, nel d.lgs. n.50 del 2016): *"Le «procedure di affidamento» e l'«affidamento» comprendono sia l'affidamento di lavori, servizi, o forniture, o incarichi di progettazione, mediante appalto, sia l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione, sia l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee."* Oltre al riferimento ad un'ermeneusi letterale – che porta a ritenere che con "procedure di affidamento" debba intendersi anche l'affidamento di servizi mediante concessione - l'Adunanza Plenaria aggiunge che il termine "affidamento" dev'essere inteso come riferito all'atto *"con cui, contestualmente, la pubblica amministrazione sceglie il suo contraente e gli attribuisce la titolarità del relativo rapporto. La valenza generale del termine, quindi, deve intendersi come comprensiva di tutte le tipologie contrattuali in relazione alle quali resta logicamente concepibile un affidamento e, quindi, sia degli appalti che delle concessioni"*.

Sulla base di tali rilievi il Consiglio di Stato è giunto ad affermare che le disposizioni processuali di cui agli artt. 119 e 120 del c.p.a. sono applicabili anche alle procedure di affidamento di servizi in concessione.

Ora, il Collegio osserva che l'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a. utilizza la stessa locuzione ("procedure di affidamento") per attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non solo le controversie relative, appunto, alle procedure di affidamento, ma anche quelle riguardanti la dichiarazione di inefficacia del contratto. La locuzione che segue, ovvero "a seguito di annullamento dell'aggiudicazione", va letta in coerenza con l'interpretazione ampia che si dà al termine affidamento, secondo quanto sopra precisato, ossia l'atto con cui si sceglie il contraente e gli si affida il rapporto "negoziale".

Nel caso di specie quindi deve ritenersi sussistente la giurisdizione di questo Tribunale sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'affidamento diretto operato a favore della società *in house*.

La domanda proposta merita accoglimento.

Invero tra l'affidamento del servizio e la stipulazione del relativo contratto sussiste un rapporto di immediata presupposizione, tale per cui il disposto annullamento dell'affidamento comporta necessariamente la perdita di efficacia del conseguente contratto stipulato, dal momento della pubblicazione della presente decisione.

9. Per la complessità delle questioni trattate sussistono eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- accoglie il ricorso introduttivo e per l'effetto annulla i provvedimento impugnati;
- accoglie i ricorsi per motivi aggiunti depositati in data 21 settembre 2015, 16 febbraio 2016 e 10 marzo 2016 e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con la società controinteressata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2016 e del giorno 7 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Referendario, Estensore