GIUSTAMM
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO

Sulle caratteristiche del controllo analogo in materia di affidamento in house.

30 Marzo 2022

Contratti della p.a. – Affidamento in house – Controllo analogo – Influenza determinante – Autonomia gestionale – Incompatibilità

Ai sensi dell'art. 1, comma 8 della citata L.R. n. 9/2011 l'ERSI esercita, tra le varie funzioni, "*il controllo analogo sui gestori in house del Servizio*". Inoltre l'"*ERSI coordina le Società di gestione del Servizio per promuovere le azioni per la tutela del carattere demaniale delle stesse, avendo cura di salvaguardare gli equilibri di bilancio degli Enti Locali e delle Società ad oggi totalmente partecipate dagli stessi*" (art. 1, comma 28 della L.R. n. 9/2011). L'art. 1 della legge regionale in argomento al secondo periodo del comma 16 prevedeva che "*il controllo analogo è esercitato, nel rispetto dell'autonomia gestionale del soggetto gestore, attraverso parere obbligatorio sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house*.". Detta previsione normativa è stata oggetto di impugnativa ad opera del Governo e, benché sia stata abrogata dalla L.R. Abruzzo n. 34 del 2012, la Corte costituzionale, non potendo escludere che la norma avesse avuto applicazione nel periodo di vigenza, con sentenza n. 50 del 2013, ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.. A giudizio della Corte costituzionale "*il comma 16 dell'art. 1 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2011 deve ritenersi costituzionalmente illegittimo sia per la previsione del rispetto dell'autonomia gestionale del soggetto affidatario in house, sia per la prescrizione di pareri obbligatori, ma non vincolanti, sugli atti fondamentali del soggetto gestore*". La Corte ha, quindi, chiarito che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea il cd. "*controllo analogo*" deve consentire all'autorità pubblica concedente di influenzare le decisioni sul soggetto concessionario. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (sentenza 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, Parking Brixen). Ciò non significa che siano annullati tutti i poteri gestionali dell'affidatario in house, ma che la «possibilità di influenza determinante» è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale, senza distinguere – in coerenza con la giurisprudenza comunitaria – tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione. Inoltre il condizionamento stretto, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere assicurato da pareri obbligatori, ma non vincolanti, resi peraltro – come esplicitamente prevede la norma impugnata – «sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house».

GIUSTAMM
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO

Pres. U. Realfonzo; Est. G. Giardino

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 402 del 2021, proposto da
Plangreen 2e S.R.L, Plangreen S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Lirosi, Pietro De Corato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ruzzo Reti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Amedeo Di Odoardo, Fabio Caprioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'accertamento

dell'illegittimità dell'omessa stipula del contratto da parte della società Ruzzo, a seguito dell'aggiudicazione in favore dell'ATI della gara bandita dalla Ruzzo, avente ad oggetto l'"*affidamento in concessione mediante project financing, ai sensi dell'art. 183, c. 15, del d.lgs. n. 50/16, degli interventi di efficientamento energetico (mediante realizzazione e gestione degli impianti illuminotecnici LED, sistemi integrati di gestione dei carichi, adeguamenti edili ed elettrici, realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici) e di installazione, messa a disposizione e monitoraggio di centrifughe di drenaggio dei fanghi di depurazione, in n. 4 (quattro) impianti di depurazione gestiti da Ruzzo Reti S.p.A.*"

e per la condanna

della Ruzzo alla stipula del contratto entro il termine stabilito dal TAR e, comunque, non oltre trenta giorni,

nonché, ove occorra, per la nomina

di un commissario ad acta nell'ipotesi di perdurante inerzia della Ruzzo oltre il termine assegnato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ruzzo Reti S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2022 il dott. Giovanni Giardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.§- Con il gravame in decisione la società PLANGREEN 2E S.r.l., premesso di aver partecipato in qualità di unica concorrente alla gara bandita dalla RUZZO RETI S.p.A. per l'"*affidamento in concessione mediante project financing, ai sensi dell'art. 183, c. 15, del d.lgs. n. 50/16, degli interventi di efficientamento energetico (mediante realizzazione e gestione degli impianti illuminotecnici LED, sistemi integrati di gestione dei carichi, adeguamenti edili ed elettrici, realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici) e di installazione, messa a disposizione e monitoraggio di centrifughe di drenaggio dei fanghi di depurazione, in n. 4 (quattro) impianti di depurazione gestiti da Ruzzo Reti S.p.A.*", e di essersi aggiudicata la predetta gara, insorge per la dichiarazione dell'illegittimità del silenzio rifiuto formatosi in relazione alla mancata stipula del contratto da parte della Ruzzo.

La ricorrente insta, quindi, per la condanna della resistente alla stipula del contratto entro il termine stabilito da questo Tribunale e, comunque, non oltre trenta giorni, nonché ove occorra, per la nomina di un commissario ad acta nell'ipotesi di perdurante inerzia della Ruzzo oltre il termine assegnato.

In punto di fatto la ricorrente deduce di aver sollecitato più volte la resistente alla stipula del contratto di concessione ai sensi dell'art. 32, comma 8, del Codice dei Contratti.

Con nota in data 13/8/2021, la Ruzzo ha tuttavia comunicato alla ricorrente che l'Ente Regionale per il Servizio Idrico integrato (ERSI), in qualità di soggetto che esercita il cd. "*controllo analogo*" nei confronti della Ruzzo, con nota del 10/8/21, avrebbe espresso parere non favorevole alla stipula del contratto.

La resistente ha, quindi, chiesto alla ricorrente la disponibilità a prorogare il termine per la stipula della

convenzione, affermando di aver richiesto all'ERSI un riesame del parere reso.

Ad oggi, nonostante i ripetuti solleciti e diffide, l'Amministrazione intimata non ha proceduto a convocare l'impresa per la stipulazione del contratto.

La ricorrente chiede, quindi, l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dalla Ruzzo, nonché l'accertamento del conseguente obbligo di provvedere ai sensi dell'art. 32, comma 8 del D. Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

Si è costituita per resistere al ricorso la RUZZO RETI S.p.A. opponendone l'infondatezza.

Deduce in particolare la resistente di essere sottoposta a c.d. "*controllo analogo*" da parte dell'ERSI ai sensi dell'art. 2 lett. c) del D. Lgs. n.175/2016, della L.R. Abruzzo n. 9/2011, del Regolamento per il controllo analogo, nonché della Convenzione per la Regolazione dei rapporti tra ente affidante e gestore del servizio idrico integrato. In forza di detto controllo sarebbe, quindi, tenuta a conformarsi ai pareri resi dall'ente di governo dell'ambito unico regionale abruzzese, che si connoterebbero per il loro carattere obbligatorio e vincolante.

Alla camera di consiglio del 9 marzo 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

2.§- Come sopra esposto, il gravame ha ad oggetto l'accertamento dell'obbligo della intimata amministrazione di provvedere sulla diffida finalizzata ad ottenere la stipula del contratto conseguente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione di cui innanzi in favore della ricorrente.

2.1.§- In premessa occorre osservare che per costante giurisprudenza, anche di questo Tribunale (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sentenza n. 140/2021), la posizione del privato aggiudicatario in ordine alla stipulazione del contratto di appalto può qualificarsi come di interesse legittimo, con la conseguenza che l'impresa può esperire l'azione avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di ottenere la declaratoria dell'obbligo di provvedere per la stazione appaltante.

Ciò in quanto le controversie concernenti la legittimità di atti o comportamenti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti non solo prima dell'aggiudicazione, ma anche nel successivo spazio temporale compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione amministrativa perché attengono all'esercizio di potestà amministrativa sottoposto a norme di carattere pubblicistico, a fronte del quale la posizione giuridica dell'interessato ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo in quanto la stazione appaltante, sia pure intervenuta l'aggiudicazione, conserva sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto a causa di valide e motivate ragioni di interesse pubblico.

3.§- Ebbene, tutto ciò preliminarmente chiarito occorre verificare se, nel caso di specie, il silenzio serbato dalla società Ruzzo abbia assunto contenuti di illegittimità.

A giudizio del Collegio al quesito deve darsi risposta negativa.

Il gravame non infatti è meritevole di positivo apprezzamento, in quanto inammissibile oltre che infondato.

3.1.§- Va anzitutto rilevato che la resistente Ruzzo Reti S.p.a. è una società per azioni a capitale interamente pubblico che gestisce il servizio idrico integrato in tutti i Comuni della Provincia di Teramo ed è sottoposta al "*controllo analogo*" da parte dell' Ente Regionale per il Servizio Idrico Integrato (ERSI) istituito ai sensi della L.R. 12 aprile 2011, n. 9, quale soggetto dell'Ambito Territoriale Unico Regionale coincidente con l'intero territorio regionale a cui sono state attribuite tutte le funzioni già assegnate alle soppresse Autorità d'ambito.

3.2.§- L'art. 2 lett. c) del D. Lgs. n.175/2016 definisce il "*controllo analogo*" come "*la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*".

Ai sensi dell'art. 1, comma 8 della citata L.R. n. 9/2011 l'ERSI esercita, tra le varie funzioni, "*il controllo analogo sui gestori in house del Servizio*". Inoltre l'"*ERSI coordina le Società di gestione del Servizio per promuovere le azioni per la tutela del carattere demaniale delle stesse, avendo cura di salvaguardare gli equilibri di bilancio degli Enti Locali e delle Società ad oggi totalmente partecipate dagli stessi*" (art. 1, comma 28 della L.R. n. 9/2011).

L'art. 1 della legge regionale in argomento al secondo periodo del comma 16 prevedeva che "*il controllo analogo è esercitato, nel rispetto dell'autonomia gestionale del soggetto gestore, attraverso parere obbligatorio sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house*.". Detta previsione normativa è stata oggetto di impugnativa ad opera del Governo e, benché sia stata abrogata dalla L.R. Abruzzo n. 34 del 2012, la Corte costituzionale, non potendo escludere che la norma avesse avuto applicazione nel periodo di vigenza, con sentenza n. 50 del 2013, ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost..

A giudizio della Corte costituzionale "*il comma 16 dell'art. 1 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2011 deve ritenersi costituzionalmente illegittimo sia per la previsione del rispetto dell'autonomia gestionale del soggetto affidatario in house, sia per la prescrizione di pareri obbligatori, ma non vincolanti, sugli atti fondamentali del soggetto gestore*".

La Corte ha, quindi, chiarito che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea il cd. "*controllo analogo*" deve consentire all'autorità pubblica concedente di influenzare le decisioni sul soggetto concessionario. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle

decisioni importanti (sentenza 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, Parking Brixen). Ciò non significa che siano annullati tutti i poteri gestionali dell'affidatario in house, ma che la «possibilità di influenza determinante» è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale, senza distinguere – in coerenza con la giurisprudenza comunitaria – tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione. Inoltre il condizionamento stretto, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere assicurato da pareri obbligatori, ma non vincolanti, resi peraltro – come esplicitamente prevede la norma impugnata – «sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house».

3.3.§- Sempre in tema di controllo analogo deve richiamarsi, nella vicenda per cui è causa, il "*Regolamento per l'esercizio del controllo analogo*" sulla Società Ruzzo Reti S.p.A. approvato con delibera del Consiglio di Amministrazione in data 2 settembre 2011, quindi anteriormente all'abrogazione del suddetto periodo di cui al comma 16 dell'art. 1 della L.R 9/2011 ad opera della L.R. Abruzzo n. 34 del 2012 ed alla citata sentenza della Corte Costituzionale.

L'art. 2, comma 4 del predetto Regolamento prevede che tutti gli atti inerenti alla gestione e all'amministrazione adottati dagli organi di gestione della società Ruzzo Reti S.p.A., comportanti disposizioni di somme superiori complessivamente a € 20.000,00 (Euro ventimila) siano oggetto di "*presa d'atto*" ed "*eventuale richiesta di chiarimenti*" ovvero "*invito al riesame*". Nel caso di richiesta di chiarimenti o di invito al riesame è previsto che l'efficacia degli atti di gestione ed amministrazione è sospesa e priva di effetti giuridici fino alla decisione definitiva da parte dell'Ente d'Ambito (ora ERSI).

4.§- Orbene, chiarito nei termini surrichiamati il quadro normativo di riferimento, deve rilevarsi primariamente l'inammissibilità del gravame per mancata impugnazione, ad opera della ricorrente, del parere non favorevole espresso dall'ERSI di cui al Prot. n. 2896 del 10/08/2021.

4.1.§- Detto parere, alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, come richiamati dalla citata sentenza della Corte costituzionale, non può che avere carattere *obbligatorio* e *vincolante* in quanto solo se si connota in tali termini può assicurarsi quell'"*influenza determinante*" sulle scelte gestionali della società affidataria del servizio tipica espressione del potere di controllo analogo, fermi restando i poteri gestionali dell'affidatario in house.

Come correttamente rilevato nello stesso parere il controllo analogo esercitato dall'ERSI "*è finalizzato alla verifica che le decisioni assunte dalla società non comportino impatti negativi sulla gestione del SII, e sul connesso mantenimento dell'equilibrio economico finanziario della gestione*".

Per queste ragioni l'art. 2, comma 4 del "*Regolamento per l'esercizio del controllo analogo*", nella misura in cui

introduce una forma per così dire "*debole*" di controllo analogo attraverso la previsione soltanto di "*eventuale richiesta di chiarimenti*" ovvero di "*invito al riesame*" senza contemplare invece maggiori e più incisivi strumenti di controllo, appare in *parte qua* in distonia con i principi eurounitari in materia come sopra enunciati.

Al di là della qualificazione giuridica e del *nomen iuris* che all'atto in questione vorrebbe dare la ricorrente, sotto il profilo sostanziale, lo stesso deve qualificarsi quale "*atto di controllo negativo*" idoneo ad interrompere la sequenza procedimentale tesa alla stipulazione del contratto ed a cui pertanto non deve seguire alcuna ulteriore attività amministrativa, nemmeno in autotutela, della stazione appaltante.

Sebbene gli atti endoprocedimentali (quali i pareri) non siano di regola autonomamente impugnabili, essi devono invece costituire oggetto di tempestiva impugnativa allorché siano suscettibili di creare, in danno del destinatario, un arresto procedimentale.

In definitiva, atteso che il parere reso dall'ERSI, che ha una indubbia rilevanza esterna contrariamente a quanto assunto dalla ricorrente, si caratterizza per la sua *vincolatività* ed *obbligatorietà* interrompendo l'iter procedimentale con efficacia lesiva degli interessi della ricorrente, quest'ultima aveva l'onere di impugnarlo nei termini di decadenza.

Da quanto sopra consegue quindi l'inammissibilità del gravame.

4.2.§- Ad ogni modo, seppur si potesse prescindere dal suddetto assorbente rilievo in punto di rito, il ricorso è comunque infondato nel merito.

Dalla ricostruzione dei fatti, come desumibile dagli atti di causa, emerge con meridiana evidenza che la resistente Ruzzo Reti S.p.a. si sia adoperata per procedere alla stipula della convenzione definitiva fornendo all'ERSI i chiarimenti richiesti per superare le criticità rilevate.

Sennonché è il frapposto parere negativo dell'ERSI, che la resistente non può disattendere in forza del vincolo derivante dal rapporto di controllo analogo con l'ERSI, a rappresentare sotto il profilo normativo, "*la giusta causa*" ovvero "*la valida e motivata ragione di interesse pubblico*" ostativa alla stipulazione del contratto.

5.§- Per le ragioni esposte il ricorso in epigrafe deve essere respinto.

Sussistono, comunque, i giusti motivi per compensare interamente tra le parti spese ed onorari del giudizio, considerate anche la peculiarità e la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

GIUSTAMM
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Consigliere

Giovanni Giardino, Referendario, Estensore