

## Il regime speciale degli affidamenti in house: onere di istruttoria e motivazione rinforzati per la P.A.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 3-8-2022

La seconda parte della sentenza attiene, invece, alla diversa questione della valutazione della congruità economica dell'offerta della -OMISSIS-, ai sensi dello stesso art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, primo inciso, laddove appunto la disposizione del Codice dei contratti pubblici specifica che la valutazione di congruità dell'offerta della partecipata debba essere fatta "preventivamente" rispetto all'affidamento in house.

Si tratta di una valutazione sempre necessaria a sorreggere il giudizio di valutazione complessiva della convenienza del ricorso all'affidamento in house.

Con la **pronuncia n. 3562** dello scorso 6 maggio, la **V Sezione del Consiglio di Stato** è tornata ad occuparsi dell'istituto dell'*in house*, con particolare riferimento alla valutazione della congruità economica dell'offerta, ai sensi dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016.

La disposizione appena citata 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*".

Si tratta, a parere della Corte, di una **valutazione sempre necessaria a sorreggere il giudizio di valutazione complessiva della convenienza del ricorso all'affidamento in house**.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa è univoca nel richiedere: *i*) per un verso, una **valutazione di convenienza della scelta di internalizzazione che tenga conto di tutti i parametri individuati dall'art. 192, comma 2, cit.**, di modo che ciascuno di essi deve sussistere per supportare l'affidamento *in house*, compreso quello di economicità della gestione; è infatti imposto all'amministrazione di dare conto, attraverso una valutazione complessa ed articolata, quali elementi fondanti la decisione di ricorrere all'*in house providing*, di una serie di parametri afferenti alla qualità del servizio (quali i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "universalità e socialità" del servizio, nonché di "efficienza" e di "qualità" del servizio, oltreché di "ottimale impiego delle risorse pubbliche"), esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro; *ii*) per altro verso, **il giudizio di convenienza economica, riferito all'offerta, così come in concreto formulata dalla società partecipata, con specifico riferimento all'affidamento di che trattasi** (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062, in specie laddove si osserva che "*deve dubitarsi che il profilo della economicità della scelta di internalizzazione costituisca solo un tassello della valutazione complessiva di convenienza di tale opzione organizzativa, la cui contestazione, pur*

*se per ipotesi fondata, lascerebbe intatto il suo supporto giustificativo, affidato con carattere di asserita autosufficienza agli altri parametri presi in considerazione dalla predetta disposizione: infatti, anche laddove si ritenga che i suddetti parametri abbiano carattere equiordinato, assumendo pari dignità nell'ambito del percorso motivazionale atto a giustificare la soluzione organizzativa de qua, deve ritenersi che ciascuno di essi debba parimenti sussistere al fine di legittimarne l'adozione, con la conseguenza, processualmente rilevante, che, accertata l'inesistenza (o errata valutazione) di uno di essi, con particolare riguardo a quello inerente alla economicità della gestione in house, debba automaticamente cadere la scelta complessiva").*

Volgendo l'attenzione alla specifica situazione rimessa alla sua attenzione, i Giudici affermano che la sentenza appellata è conforme a diritto nella parte in cui ha ritenuto che, a causa della carente istruttoria, sia rimasto violato il particolare onere motivazionale richiesto, quando la pubblica amministrazione decida di ricorrere all'affidamento *in house*, dagli artt. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, così come interpretati dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, la quale ha avuto modo di evidenziare che: **i) l'obbligo di redigere la relazione discende da disposizioni particolarmente stringenti, già presenti nell'ordinamento, e da ultimo ribadite dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2019, n. 2275, nella cui motivazione si sottolinea come l'amministrazione sia chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge, esercitando i propri poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli "*obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio*", ma con valutazioni che "*riguardando l'organizzazione del servizio e la praticabilità di scelte alternative da parte del Comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso*"); **ii) che i sopra richiamati artt. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, e 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici – conformi al diritto dell'Unione Europea**, come accertato dalla Corte di giustizia nella ordinanza del 6 febbraio 2020, C-89/19 e 91/19 (Rieco spa) – **pongono alle amministrazioni un onere di istruttoria e motivazione "rafforzati" per l'*in house providing*** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596); **iii) che, in particolare, con specifico riferimento alla prospettiva economica, si richiede all'amministrazione di valutare la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'*in house* rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società *in house* è il servizio più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456, secondo cui "*è onere dell'autorità amministrativa affidante quello di rendere comunque comparabili i dati su cui il confronto viene svolto*", con necessaria allegazione di "*dati di dettaglio*", richiamato da Cons. Stato Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, cui si rinvia anche per i profili di compatibilità costituzionale dell'attuale disciplina).

LEGGI LA SENTENZA

N. 03562/2022REG.PROV.COLL.

N. 06232/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6232 del 2021, proposto da Comune di Catanzaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Saverio Molica, Giacomo Farrelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giacomo Farrelli in Catanzaro, via Giovanni Jannoni, 68;

contro

Edilcat Costruzioni S.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo e mandataria dell'a.t.i. con Verrino Domenico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Falzea, Andrea Lollo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Catanzaro Servizi S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 01111/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Edilcat Costruzioni S.r.l. in proprio e nella qualità di capogruppo e mandataria dell'a.t.i. con Verrino Domenico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Fortunato, in sostituzione dell'avv. Farrelli per dichiarata delega, e Falzea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria ha accolto in parte il ricorso proposto dalla società Edilcat Costruzioni s.r.l. contro il Comune di Catanzaro e nei confronti della società *in house* Catanzaro Servizi s.p.a. per l'annullamento:

- della deliberazione del Consiglio Comunale di Catanzaro del 22 dicembre 2020, n. 155, con cui si è deciso di affidare *in house* la gestione dei servizi cimiteriali comunali alla Catanzaro Servizi s.p.a.;

- ove occorra, della deliberazione del Consiglio Comunale di Catanzaro del 30 settembre 2020, n. 120, con la quale si è deliberato come atto di indirizzo di predisporre, in presenza dei presupposti giuridici e delle necessarie verifiche di carattere tecnico e contabile e ferma restando la scadenza naturale di eventuali contratti di appalto in essere, quanto necessario per affidare alla Catanzaro Servizi s.p.a., tra l'altro, la gestione globale dei servizi cimiteriali, ivi compreso il nuovo impianto di cremazione in via di realizzazione;

- ove occorra, della nota a firma del dirigente del Settore partecipate dell'11 dicembre 2020, prot. n. 122567, con la quale, richiamando il contenuto del verbale del Comitato di controllo analogo del 9 dicembre 2020, il dirigente ha espresso parere in ordine all'affidamento del servizio di gestione dei servizi cimiteriali comunali alla Catanzaro Servizi s.p.a.;

nonché di ogni altro atto presupposto, successivo, connesso e consequenziale e per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto di servizio per la gestione dei servizi cimiteriali *medio tempore* stipulato tra il Comune di Catanzaro e la Catanzaro Servizi s.p.a.

1.1. La società ricorrente, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con Domenico Verrino, affidataria del servizio sin dal 2017 (con scadenza dell'ultimo rapporto contrattuale fissata per il 19 gennaio 2021), aveva dedotto con un unico, articolato, motivo la violazione dell'art. 106 TFUE; la violazione degli artt. 1 e 3 l. 7 agosto 1990, n. 241, per mancanza di trasparenza e di adeguata motivazione; la violazione dell'art. 192, comma 2 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dell'art. 34, comma 20 d.l. 18 ottobre 2012, n. 170, conv. con mod. con l. 7 dicembre 2012, n. 221, nonché dell'art. 3-bis commi 1-bis e 6-bis d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con mod. con l. 14 settembre 2011, n. 148, formulando le censure, che la sentenza ha così sintetizzato:

- il Comune di Catanzaro non avrebbe adeguatamente motivato la propria scelta, avrebbe ommesso qualunque valutazione sulla congruità dell'offerta economica della società *in house*, avrebbe mancato di operare una comparazione tra le diverse modalità di gestione del servizio, quando ha individuato le ragioni che hanno consentito di privilegiare una modalità di

affidamento del servizio comunque considerata residuale nel sistema normativo vigente;

- mancherebbe la necessaria relazione ai sensi dell'art. 34, comma 20, del citato d.l. n. 179 del 2012;

- in ogni caso, non vi sarebbe alcuna convenienza economica per il Comune di Catanzaro e per l'utenza nell'affidare il servizio alla propria società *in house*, tenuto conto: a) che il corrispettivo richiesto dalla Catanzaro Servizi è maggiore di quello pagato sinora dal Comune per ottenere il servizio dal mercato, b) che la società *in house* non ha previsto le riduzioni delle tariffe sin qui praticate dell'affidatario del servizio, c) che le prestazioni offerte sono minori di quelle sin qui ottenute dal mercato, d) che la società *in house* non ha personale qualificato per la prestazione del servizio e che non è al momento legittimata ad assumerlo.

1.2. Il Comune di Catanzaro si è costituito in giudizio e si è difeso deducendo di avere elaborato e pubblicato la relazione di cui all'art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012 (prodotta in giudizio) e di avere indicato negli atti procedurali le ragioni per le quali, avendo la Catanzaro Servizi s.p.a. la gestione degli altri servizi cimiteriali (servizi amministrativi degli uffici cimiteriali, servizio delle lampade votive e servizio di custodia), aveva preferito l'affidamento *in house* e ritenuto che questo avrebbe portato ad un notevole risparmio di spesa per l'amministrazione, senza alcun aumento tariffario per l'utenza.

1.2.1. Si è costituita la Catanzaro Servizi, svolgendo, nel merito, difese analoghe a quelle dell'ente locale ed eccependo in via preliminare un difetto di interesse in capo alla società ricorrente.

1.3. Il Tribunale – dato conto di ulteriori censure svolte dalla ricorrente sia in merito alla relazione di cui all'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012 depositata in giudizio (avente lo stesso protocollo dell'offerta di Catanzaro Servizi, non pubblicata, priva di sottoscrizione e di autore ignoto, e comunque dal contenuto discutibile) sia in merito all'offerta tecnica di Catanzaro Servizi parimenti depositata in giudizio (che sarebbe stata difforme da quella pubblicata sull'albo pretorio e dal contenuto comunque inaffidabile) – ha formulato, in primo luogo, le statuizioni seguenti:

- ha ritenuto la legittimazione e l'interesse ad agire della società ricorrente, operatore economico del settore e precedente affidatario del servizio;

- ha delimitato il *thema decidendum*, contenendolo nei motivi di ricorso, prescindendo quindi da "ulteriori questioni, altrimenti sottoposte dalla società ricorrente all'Autorità giudiziaria e all'ANAC", nonché da profili attinenti al controllo analogo esercitato dal Comune di Catanzaro sulla propria società *in house*;

- ha escluso la rilevanza delle discrasie, pur esistenti, tra le due copie informatiche della relazione ex art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2011, prodotte in giudizio, ritenendo in definitiva che la relazione era stata regolarmente redatta dal dirigente del Settore gestione del territorio, quindi riferibile all'amministrazione comunale;

- nel merito di tale relazione, ha constatato che essa <<reca una pregevole ricostruzione del sistema normativo relativo ai servizi pubblici locali; quindi qualifica i servizi cimiteriali quali servizio pubblico locale; descrive dettagliatamente le caratteristiche del servizio, specifica che il Comune di Catanzaro riconoscerà alla Catanzaro Servizi delle somme di denaro, quantificate in € 220.000,00 (IVA compresa, per come si legge poi nella delibera consiliare impugnata), a compensazione degli obblighi di servizio pubblico, dettagliatamente specificati>>;

- passando poi all'esame delle "motivazioni economiche-finanziarie della scelta dell'in house providing", ha tenuto conto delle ragioni di preferenza espresse dal Comune per il ricorso all'affidamento in house, affermando che "Tali ragioni si vanno inevitabilmente a saldare con gli esiti della verifica amministrativo-contabile svolta, ai sensi dell'art. 14, comma 1, lett. d) l. 31 dicembre 2009, n. 196, nonché dell'art. 15, comma 5, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, presso la Catanzaro Servizi S.p.a. da personale del Ministero dell'Economia e delle Finanze, e dei coevi accertamenti svolti presso il Comune di Catanzaro";

- ha perciò ritenuto che la relazione avesse indicato in maniera chiara ed esauriente le ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, in conformità con l'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

1.3. Tuttavia, con un ulteriore ordine di argomentazioni concernenti l'offerta di Catanzaro Servizi, inoltrata al Comune di Catanzaro e versata agli atti, il tribunale ha ritenuto carente la valutazione di congruità, perché la relazione ex art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, dopo aver preso atto dei costi per l'espletamento del servizio, come indicati nell'offerta della società in house, si limitava ad affermare che "è fuor di dubbio che il quadro riepilogativo dei costi sopra elencato non può avere alcun riscontro negativo rispetto all'economicità del servizio e del vantaggio economico per l'amministrazione comunale seppur in mancanza di uno storico dei costi"; ha quindi constatato che "nemmeno la successiva delibera del consiglio comunale si sofferma a valutare la congruità economica dell'offerta"; ha perciò concluso che <<l'istruttoria posta alla base della decisione di ricorrere all'in house providing si rivela evidentemente monca. Pur ammettendo che non ci fosse uno "storico di costi", era preciso dovere dell'amministrazione verificare, anche mediante stime e comparazioni, la congruità economica dell'offerta, a garanzia della continuità e dalla qualità delle prestazioni affidate alla società in house.>>.

1.3.1. A cagione dell'incompletezza istruttoria la delibera di affidamento è stata reputata illegittima e annullata.

1.4. Respinta, invece, la domanda di annullamento della deliberazione del Consiglio comunale di Catanzaro del 30 settembre 2020, n. 120 (ritenuta mero atto di indirizzo di natura politica), il tribunale ha precisato la portata conformativa della sentenza, disponendo che l'amministrazione dovrà riavviare il procedimento amministrativo a partire dall'elaborazione della relazione, svolgendo "un'adeguata istruttoria e, nell'ipotesi in cui la scelta ricada nuovamente sull'in house providing, dovrà svolgere un'appropriata analisi della congruità economica dell'offerta".

1.5. Il tribunale ha quindi deciso, ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm., sulla domanda della

ricorrente di dichiarazione di inefficacia del contratto ed ha riferito la propria pronuncia al contratto stipulato tra l'amministrazione e Catanzaro Servizi in data 15 ottobre 2020, dichiarandone l'inefficacia *“a partire da 150 giorni dopo la pubblicazione della presente sentenza – ovvero in data anteriore laddove il Comune di Catanzaro, previa riedizione del potere, concluda in tempi più brevi la procedura di affidamento e stipuli il relativo contratto”*.

1.5. Le spese processuali sono state poste a carico di entrambe le parti resistenti, in solido tra loro, e liquidate in favore della ricorrente nella misura di € 3.200,00, oltre accessori.

2. Avverso la sentenza il Comune di Catanzaro ha proposto appello con tre motivi.

2.1. Edilcat Costruzioni, in proprio e nella qualità indicata in rubrica, si è costituita per resistere all'appello.

2.2. Catanzaro Servizi non ha svolto attività difensiva nel presente grado.

2.3. Con ordinanza cautelare del 17 settembre 2021, n. 5113 è stata sospesa l'esecutività della sentenza appellata.

2.4. All'udienza del 31 marzo 2022 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche di entrambe le parti costituite.

3. Va esaminata in via preliminare l'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo sollevata dal Comune di Catanzaro, con la memoria ex art. 73 Cod. proc. amm., per non avere la Edilcat Costruzioni impugnato la sopravvenuta deliberazione consiliare n. 181 del 22 dicembre 2021, prodotta in giudizio il 9 marzo 2022.

Ad avviso dell'appellante, con tale deliberazione si sarebbe dato corso ad un ri-esercizio del potere poiché, nell'approvare lo schema di contratto concernente l'affidamento dei servizi cimiteriali alla società partecipata Catanzaro Servizi, il Comune avrebbe espressamente confermato il contenuto delle delibere consiliari impugunate in primo grado dalla società appellata e ribadito la validità del contenuto delle valutazioni tecnico-economiche sottese agli atti scrutinati nel giudizio di primo grado.

La conseguenza della mancata impugnazione di detta delibera sarebbe, secondo il Comune, che, anche in caso di rigetto del presente appello, la società già ricorrente in primo grado non potrebbe conseguire alcuna utilità dall'accoglimento parziale del suo ricorso perché questo non potrebbe comportare la caducazione dell'affidamento frattanto disposto in favore della Catanzaro Servizi.

In sintesi, la deliberazione consiliare n. 181 del 22 dicembre 2021 sarebbe un atto di conferma in senso proprio, perché adottato all'esito di una nuova istruttoria e di una nuova ponderazione degli interessi (riscontrate anche dall'«addenda» di cui alla nota prot. 178597 dello stesso 22 dicembre 2021), il cui consolidamento precluderebbe alla società Edilcat Costruzioni di conseguire il bene della vita preteso in giudizio.

### 3.1. L'eccezione è infondata.

La delibera n. 181 adottata dal Consiglio comunale il 22 dicembre 2021 contiene l'approvazione dello schema di contratto concernente l'affidamento dei servizi cimiteriali alla società partecipata Catanzaro Servizi, quindi è meramente esecutiva della delibera impugnata.

Tale circostanza emerge in modo chiaro dall'oggetto della delibera: *“Approvazione schema di contratto per l'affidamento dei servizi cimiteriali alla Catanzaro Servizi S.p.A. giusta D.C.C. n. 155 del 22/12/2020”*. Coerenti con la natura meramente esecutiva della delibera, quale enunciata nell'oggetto, sono le premesse nelle quali si legge che *“il contratto per l'affidamento della gestione dei servizi cimiteriali non è stato sottoscritto nell'immediatezza del servizio affidato con DCC n. 155 del 22/12/2020 in quanto lo stesso presentava refusi e riferimenti ad altri servizi già affidati alla Catanzaro Servizi Spa con contratto n. 51 del 15/10/2020 e che la relativa modificazione allo schema di contratto risulta imprescindibile”*.

Né in senso contrario si può argomentare – come pretende il Comune di Catanzaro – dalla “addenda”, oggetto di apposito “emendamento” (nota prot. 178597 del 22 dicembre 2022), con la quale si è stabilito che tutti gli impianti realizzati della Catanzaro Servizi e ricompresi nel canone complessivo di 220.000 euro, scaduto il contratto di affidamento, saranno acquisiti al patrimonio comunale e che nessun debito della partecipata potrà, al contrario, essere ceduto all'ente. Si legge in tale nota che *“per mero errore è stato escluso dalla bozza di contratto allegata alla proposta num. Profilo 15300 l'art. 18 dello schema di contratto allegato alla D.C.C. n. 155/2020. Per tale motivo si chiede di inserire il seguente articolo al modello di contratto da approvare con Deliberazione di Consiglio comunale di cui alla suddetta proposta ...”*. Risulta evidente che con la nota in aggiunta alla delibera si è inteso solo porre rimedio ad un errore iniziale degli uffici comunali nella redazione dello schema di contratto.

3.1.1. In definitiva, prima di sottoscrivere il contratto in esecuzione della deliberazione n. 155 del 22 dicembre 2020, oggetto di impugnazione, si è reso necessario procedere alla modifica dello schema di contratto e alla conseguente approvazione da parte del Consiglio comunale del testo corretto.

Attraverso la delibera n. 181 del 22 dicembre 2022 quindi l'Amministrazione si è limitata a dare attuazione al precedente provvedimento (delibera n. 155/2020, con la quale si è deciso di affidare *in house* il servizio di gestione dei servizi cimiteriali comunali alla Catanzaro Servizi). Va invero sottolineato che non è stata svolta alcuna istruttoria, in specie sulle questioni riferite alla relazione ex art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012 ed al provvedimento di affidamento, oggetto della sentenza di primo grado, né è stata fornita alcuna ulteriore motivazione sulla congruità dell'offerta di Catanzaro Servizi, procedendo ad una nuova ponderazione degli interessi sottesi alla delibera impugnata, come, invece, sarebbe dovuto essere se l'amministrazione avesse effettivamente ri-esercitato il potere, rivalutando la convenienza economica dell'affidamento *in house* e la congruità dell'offerta della partecipazione (dando o meno dichiarata esecuzione alla sentenza di primo grado, peraltro già sospesa con ordinanza di questa Sezione del 17 settembre 2021, n. 5113).

3.2. In linea generale, secondo la costante giurisprudenza, al fine di stabilire se un atto

amministrativo possa considerarsi meramente confermativo o di conferma in senso proprio, occorre verificare se l'atto successivo sia stato o meno adottato a seguito dell'espletamento di una nuova istruttoria e di una rivalutazione degli interessi in gioco. Attraverso l'atto amministrativo meramente confermativo, la pubblica amministrazione si limita semplicemente a ribadire la volontà espressa in un precedente provvedimento, mentre l'atto di conferma in senso proprio è connotato da una nuova motivazione: l'amministrazione riesamina la precedente decisione, mediante una nuova istruttoria e una rinnovata ponderazione degli interessi in gioco e degli elementi acquisiti o l'acquisizione di nuovi (cfr., tra le tante, Cons. Stato, n. 6606/2021; n. 3746/2020; n. 5977/2019).

Nel caso di specie, è evidente la portata meramente confermativa degli atti sopravvenuti sopra detti.

3.3. A quanto fin qui esposto si aggiunga che, nella materia dei contratti pubblici, la stipulazione del contratto è mero atto consequenziale al provvedimento di aggiudicazione (o all'equivalente provvedimento di affidamento *in house*), di modo che, ferma restando la regola generale che l'illegittimità e l'annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (c.d. invalidità derivata), trovano applicazione gli artt. 121-124 Cod. proc. amm.

In ragione della disciplina ivi prevista, la sorte del contratto stipulato tra il Comune di Catanzaro e la società *in house*, a seguito della delibera che ne ha approvato lo schema il 21 dicembre 2022, va valutata, ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm., atteso quanto si dirà sull'annullamento della delibera n. 155 del 22/12/2020.

3.3.1. Edilcat Costruzioni ha, infatti, impugnato quest'ultima deliberazione, agendo per l'annullamento della stessa "*nonché di ogni altro atto presupposto, successivo, connesso e consequenziale e per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto di servizio per la gestione dei servizi cimiteriali medio tempore stipulato tra il Comune di Catanzaro e la Catanzaro Servizi S.p.a.*", di modo che la questione concernente la sorte del contratto è, a tutti gli effetti, oggetto del presente giudizio.

3.4. L'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado va respinta.

4. Va premesso alla disamina dei motivi di appello che il *thema decidendum*, delimitato dal primo e dal terzo mezzo (in disparte il secondo che riguarda la condanna alle spese), attiene alla parte della sentenza che ha ritenuto carenti l'istruttoria e la motivazione sulla congruità dell'offerta della società *in house*.

4.1. Sulle altre statuizioni della sentenza (salvo che sulle spese, oggetto del secondo motivo di gravame) si è formato il giudicato interno.

4.1.1. Per un verso, sono oramai accertate con tale efficacia la legittimazione e l'interesse ad agire della ricorrente.

La riproposizione da parte del Comune di Catanzaro ex art. 101, comma 2, delle “*eccezioni formulate negli scritti difensivi del precedente grado di giudizio*” (cfr. pag. 11 dell’atto di appello) non è infatti sufficiente ad impedire la preclusione *pro iudicato* relativamente alle questioni concernenti le condizioni dell’azione, poiché il tribunale si è espressamente pronunciato e per la relativa censura avrebbe dovuto essere proposto apposito motivo di appello principale.

Per il resto, la riproposizione delle eccezioni ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., come sopra formulata nell’atto di appello, è inammissibile per genericità, non essendo stato precisato negli scritti di parte a quali altre eccezioni, non esaminate o assorbite in primo grado, il Comune abbia inteso riferirsi.

4.1.2. Per altro verso, non essendo stato presentato ricorso incidentale da parte della Edilcat Costruzioni, esulano dall’oggetto del giudizio di appello le statuizioni di primo grado favorevoli al Comune di Catanzaro. Si segnalano, in proposito, quella concernente la questione della tardiva pubblicazione della relazione, così come quella concernente la sua ricezione, protocollazione e disamina, sulle quali il tribunale si è pronunciato con autonomi capi della sentenza, non censurati, come detto, con impugnazione incidentale.

Le corrispondenti deduzioni svolte negli scritti dell’appellata sono perciò inammissibili e non valutabili con la presente decisione.

4.2. A maggior ragione esulano dall’oggetto del giudizio di appello le questioni che già il giudice di primo grado ha espressamente ritenuto estranee al *thema decidendum*, senza che il corrispondente capo di sentenza (riguardante, in particolare, le segnalazioni effettuate all’ANAC dalla società ricorrente e la violazione da parte della società partecipata delle direttive impartite in sede di Comitato di controllo analogo) sia stato impugnato da Edilcat Costruzioni. Ne conseguono l’inammissibilità delle deduzioni ribadite nella comparsa di costituzione dell’appellata e l’irricevibilità della richiesta di acquisizione documentale presso l’ANAC e presso il Comitato di controllo analogo ex art. 210 c.p.c.

5. I motivi primo e terzo vanno esaminati congiuntamente perché attengono entrambi alle statuizioni di primo grado concernenti il difetto di istruttoria procedimentale (la cui motivazione è sopra riportata al punto 1.3), oltre che alle statuizioni consequenziali concernenti l’annullamento della delibera di affidamento *in house* e la dichiarazione di inefficacia del contratto (sopra esposte ai punti 1.3.1 e 1.4).

5.1. Col primo motivo di appello (*Contraddittorietà manifesta. Errata valutazione delle emergenze documentali. Error iuris ed error facti*) si evidenzia, in primo luogo, che il contratto rep. n. 51 del 15 ottobre 2020 non è il contratto di affidamento dei servizi cimiteriali, ma il contratto generale stipulato per gli altri servizi tra il Comune e la sua società *in house*.

Si censura quindi la sentenza appellata – oltre che per l’erroneo riferimento a detto contratto – per contraddittorietà della motivazione, quale si riscontrerebbe tra la prima parte della decisione (nella quale si è reputata “pregevole” la ricostruzione del sistema normativo relativo ai servizi pubblici locali effettuata nella relazione ex art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012

e si è ritenuta completa la motivazione circa la necessità ivi manifestata dal Consiglio comunale di affidare alla propria società partecipata servizi maggiormente remunerativi) e le conclusioni della seconda parte circa l'«incompletezza istruttoria» che «*si riverbera sulla delibera di affidamento*».

Osserva, inoltre, l'appellante che il primo giudice avrebbe ommesso di considerare che: la relazione, così come la delibera n. 155 del 22 dicembre 2020, sono il frutto di una intensa corrispondenza dell'amministrazione con i vertici amministrativi della società partecipata, ai quali sono stati richiesti chiarimenti anche in ordine al regime fiscale ed alla corrispondenza con i costi del precedente affidamento rivolto al mercato; il dirigente del settore gestione del territorio, nella stessa relazione, dapprima a pag. 14 e successivamente in un intero paragrafo, denominato «*sezione d – motivazione economico – finanziaria della scelta*» avrebbe espresso proprio quell'analisi dell'offerta tecnica che la sentenza ha ritenuto carente; in particolare, in tale sezione, si ritroverebbe un'analisi dettagliata della validità economica e finanziaria della gestione diretta dei servizi cimiteriali da parte del Comune, attraverso la società *in house* (che avrebbe indotto lo stesso dirigente ad affermare di avere «*scelto di determinare una compensazione unitaria annua, pari a € 220.000,00*», laddove il precedente affidamento, esclusi i servizi amministrativi, aveva un costo medio pari a € 207.000,00).

Quanto al passaggio della relazione valorizzato dal giudice di primo grado («*è fuor di dubbio che il quadro riepilogativo dei costi sopra elencato non può avere alcun riscontro negativo rispetto all'economicità del servizio e del vantaggio economico per l'amministrazione comunale seppur in mancanza di uno storico dei costi*»), l'appellante ne sostiene l'erronea lettura, perché esso non si sarebbe riferito –così come inteso in sentenza – allo storico dell'affidamento precedente, bensì alla complessiva gestione dei cimiteri cittadini, in quanto la partecipata ha da sempre gestito i servizi amministrativi connessi e la piccola manutenzione ordinaria. Di conseguenza, ad avviso dell'appellante, il giudice avrebbe erroneamente ritenuto che l'amministrazione non abbia effettuato un'analisi dell'offerta della società *in house*, laddove invece l'intera relazione, sempre secondo l'appellante, si sarebbe basata proprio e soltanto su tale offerta «*per svolgere la corposa digressione tecnico-giuridica e contabile*».

5.2. Col terzo motivo, intitolato «*Effetto devolutivo del gravame*», l'appellante sostanzialmente ripropone la richiesta di riforma della sentenza nella parte in cui ha considerato «*monca*» l'istruttoria effettuata dal Comune ed ha conseguentemente annullato la delibera impugnata.

6. Fatto salvo quanto si dirà sulla data del contratto, i motivi non sono fondati.

6.1. Va esclusa, in primo luogo, la contraddittorietà della motivazione della sentenza.

L'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, prevede 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.”.*

Per quanto riguarda gli affidamenti *in house*, dispone, poi, l'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 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.”.*

La scelta dell'amministrazione appellante è stata effettuata con la deliberazione di affidamento del servizio *in house* del 22 dicembre 2020, n. 155 ed è basata, oltre che sulla Relazione finale del Ministero dell'economia e delle finanze richiamata anche in sentenza (redatta all'esito di una verifica amministrativo-contabile presso la società partecipata e degli accertamenti effettuati presso l'amministrazione comunale controllante, ai sensi dell'art. 14, comma 1, lett. d, della legge 196 del 2009, nonché dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016), sulla nota a firma del dirigente del Settore partecipate prot. n. 122567 dell'11 dicembre 2020 (facente seguito all'offerta di Catanzaro Servizi del 7 dicembre 2020, precisata con nota del 16 dicembre 2020), con la quale è stato richiamato anche il verbale del Comitato di controllo analogo del 9 dicembre 2020.

La delibera di affidamento del servizio *in house* è da ritenersi perciò motivata *per relationem* agli atti suddetti, nonché alla relazione redatta dall'amministrazione ai sensi dell'art. 34, comma 20, su citato, nella cui premessa sono specificate le finalità dell'elaborato di:

(i) motivare la forma di affidamento prescelta del servizio pubblico locale di gestione integrata dei Servizi Cimiteriali del Comune di Catanzaro, nel rispetto della disciplina nazionale ed europea, della parità tra gli operatori, dell'economicità della gestione;

(ii) dar conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti dell'affidatario previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta;

(ii) definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico;

(iii) indicare le compensazioni economiche ove previste;

(iv) indicare le modalità e le tempistiche di attuazione delle incombenze derivanti dalla scelta della modalità di affidamento proposta.

6.1.1. Ciò posto, l'iter logico giuridico seguito dal primo giudice è in linea con le previsioni normative e chiaramente esposto in sentenza, senza alcuna contraddittorietà.

Infatti, il tribunale ha ritenuto che la relazione contenesse “*le 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*”, in conformità a quanto previsto dall’art. 192, comma 2, *secondo periodo*, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Per pervenire a tale conclusione (punto 9.4 della sentenza), il primo giudice ha esaminato i contenuti della relazione, ivi espressi (anche) in attuazione di quanto richiesto dallo stesso art. 34, comma 20, citato, poiché la relazione predisposta dai competenti uffici comunali dà conto “*delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta*” e – secondo quanto rilevato pure dal tribunale – descrive dettagliatamente le caratteristiche del servizio e definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale; quindi, ne indica le compensazioni economiche (in correlazione a quanto poi previsto nella delibera consiliare di affidamento del servizio).

L’ottemperanza a quanto richiesto dall’art. 192, comma 2, *ultimo inciso*, del Codice dei contratti pubblici è stata ritenuta dal tribunale anche in ragione di quanto illustrato dall’amministrazione comunale nella sezione D della relazione, intitolata “*motivazione economico-finanziaria della scelta*”. In particolare il tribunale ha ritenuto supportata dall’attività istruttoria e ben argomentata la conclusione (contenuta nel corpo della stessa sezione D) che “*l’affidamento in house providing – in relazione alla gestione integrata dei servizi cimiteriali – si mostra privo delle criticità tipiche dei modelli di liberalizzazione, tanto parcellizzata, quanto parziale*”.

Come precisato in sentenza, fino a questo punto i documenti procedurali attengono alle ragioni di preferenza, da parte del Comune di Catanzaro, del ricorso all’*in house providing*.

6.1.2. La seconda parte della sentenza attiene, invece, alla diversa questione della valutazione della congruità economica dell’offerta della Catanzaro Servizi, ai sensi dello stesso art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, *primo inciso*, laddove appunto la disposizione del Codice dei contratti pubblici specifica che la valutazione di congruità dell’offerta della partecipata debba essere fatta “preventivamente” rispetto all’affidamento *in house*.

Ferma restando perciò la scelta effettuata dal Comune di Catanzaro di fare ricorso a tale modalità di affidamento, la sentenza si è limitata constatare una lacuna istruttoria concernente la convenienza economica, non tanto del ricorso in linea di principio alla modalità dell’affidamento *in house* della gestione integrata dei servizi cimiteriali, quanto specificamente dell’offerta formulata dalla società *in house* e versata agli atti di questo giudizio.

6.1.3. Si tratta di una valutazione sempre necessaria a sorreggere il giudizio di valutazione complessiva della convenienza del ricorso all’affidamento *in house*.

Sul punto, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è univoca nel richiedere:

- per un verso, una valutazione di convenienza della scelta di internalizzazione che tenga conto di tutti i parametri individuati dall’art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, di modo che ciascuno di essi deve sussistere per supportare l’affidamento *in house*, compreso quello di

economicità della gestione; è infatti imposto all'amministrazione di dare conto, attraverso una valutazione complessa ed articolata, quali elementi fondanti la decisione di ricorrere all'*in house providing*, di una serie di parametri afferenti alla qualità del servizio (quali i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "universalità e socialità" del servizio, nonché di "efficienza" e di "qualità" del servizio, oltreché di "ottimale impiego delle risorse pubbliche"), esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro;

- per altro verso, il giudizio di convenienza economica, riferito all'offerta, così come in concreto formulata dalla società partecipata, con specifico riferimento all'affidamento di che trattasi (cfr. Cons. Stato, 27 agosto 2021, n. 6062, in specie laddove si osserva che *"deve dubitarsi che il profilo della economicità della scelta di internalizzazione costituisca solo un tassello della valutazione complessiva di convenienza di tale opzione organizzativa, la cui contestazione, pur se per ipotesi fondata, lascerebbe intatto il suo supporto giustificativo, affidato con carattere di asserita autosufficienza agli altri parametri presi in considerazione dalla predetta disposizione: infatti, anche laddove si ritenga che i suddetti parametri abbiano carattere equiordinato, assumendo pari dignità nell'ambito del percorso motivazionale atto a giustificare la soluzione organizzativa de qua, deve ritenersi che ciascuno di essi debba parimenti sussistere al fine di legittimarne l'adozione, con la conseguenza, processualmente rilevante, che, accertata l'inesistenza (o errata valutazione) di uno di essi, con particolare riguardo a quello inerente alla economicità della gestione in house, debba automaticamente cadere la scelta complessiva."*).

6.1.4. Nessuna contraddizione è perciò riscontrabile nella decisione che, come quella di primo grado, ritenga mancante il giudizio inerente la convenienza economica dell'offerta della partecipata, pur avendo ritenuto adeguatamente motivata la sussistenza degli altri parametri richiesti dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 per il ricorso all'affidamento *in house*.

6.2. Il Comune appellante contesta comunque che siano mancate, nel caso concreto, l'istruttoria e la motivazione sulla valutazione sulla congruità economica dell'offerta di Catanzaro Servizi, sostenendo che siffatta valutazione si dovrebbe desumere proprio da quella stessa sezione d) della relazione che il tribunale ha considerato insufficiente.

L'assunto è privo di fondamento.

6.2.1. La relazione si intrattiene sulle ragioni di preferenza dell'affidamento *in house* rispetto al ricorso al mercato, valorizzando il dato dell'affidamento della gestione integrata dei servizi (c.d. Global service), nonché sulla sussistenza, in capo alla Catanzaro Servizi, di tutti i presupposti richiesti per conseguire tale affidamento, sia quanto ai requisiti statuari ex art. 5 del Codice dei contratti pubblici, che quanto al dato oggettivo di essere già affidataria di altri servizi cimiteriali.

Essa è però mancante di un effettivo confronto tra i dati dell'offerta della partecipata e i dati degli operatori economici privati operanti nel medesimo territorio, in particolare quelli che avrebbe potuto fornire il gestore uscente.

Tra i profili che quest'ultimo ha indicato come particolarmente carenti, rilevano, a parere del collegio, i seguenti:

- a) non sono stati valutati i costi di gestione dei servizi;
- b) non sono state indicate le singole voci del servizio nonché specificati i costi attuali sostenuti dal Comune di Catanzaro e quelli che l'Ente sosterrà per l'affidamento *in house*;
- c) non sono stati comparati i costi praticati dall'affidataria *in house* con quelli medi rilevati attraverso l'osservatorio provinciale, constatandosene l'allineamento;
- d) non è stata data evidenza ai servizi e attività aggiuntive, valutati dal Comune in termini qualitativamente migliorativi rispetto alle pregresse gestioni.

In sostanza, non sono stati comparati i dati né confrontati i costi, essendosi limitata l'amministrazione ad indicare un quadro riepilogativo di costi (per personale impiegato 160.000,00 euro; per ammortamento attrezzature 5.000,00 euro; per costi manutenzione 20.000,00 euro; per costi generali 10.000,00) che risulta basato sulla sola offerta della partecipata, ma non ancorato ad un'attività istruttoria completa e documentata.

La relazione si svolge tutta sul piano meramente astratto, tanto è vero che nella "motivazione della scelta" si afferma che l'affidamento dei servizi *in house* consente di ovviare alle problematiche economiche, burocratiche, logistiche e gestionali che una esternalizzazione del servizio necessariamente comporterebbe, ma non si fa alcun riferimento, nemmeno esemplificativo, alle problematiche concretamente riscontrate nel corso della pregressa esternalizzazione effettiva dei servizi.

6.2.2. In tale contesto, il tribunale ha inteso stigmatizzare l'affermazione conclusiva della relazione sul punto (*"al di là della valutazione tecnica è fuor di dubbio che il quadro riepilogativo dei costi sopra elencato non può avere alcun riscontro negativo rispetto all'economicità del servizio e del vantaggio economico per l'amministrazione comunale seppur in mancanza di uno storico dei costi"*) non perché ne abbia frainteso la portata, riferendo l'affermazione alla mancanza di uno "storico" dei costi dei servizi c.d. a domanda, laddove l'amministrazione intendeva riferirsi ai costi della gestione integrata dei servizi (cioè sia quelli c.d. a domanda che quelli universali), ma proprio perché l'amministrazione avrebbe dovuto, quanto meno, utilizzare lo "storico" dei costi dei servizi per i quali si era già rivolta al mercato (certamente a sua disposizione dal momento che i servizi cimiteriali in oggetto erano stati svolti sino a quel momento attraverso un appalto affidato a ditta esterna) e comunque effettuare la comparazione con i prezzi offerti dagli operatori operanti nel mercato, tenendo conto delle compensazioni dovute per i servizi non a domanda.

In mancanza di detta attività istruttoria, è risultata una valutazione di convenienza economica del tutto svincolata dal raffronto con il ricorso al mercato.

6.2.3. Si tratta di una lacuna istruttoria che il Comune di Catanzaro ha tentato di colmare producendo in giudizio la relazione istruttoria del Settore gestione del territorio, in data 26

gennaio 2021, prot. n. 8842 (all. 9 della produzione di parte appellata) contenente un raffronto tra l'offerta della Catanzaro Servizi e i costi sostenuti nel corso degli anni per l'insieme dei servizi cimiteriali.

Il documento è stato formato in pendenza di giudizio, senza il rispetto delle garanzie procedurali, comunque successivamente all'adozione del provvedimento di affidamento *in house*, oggetto di impugnazione.

Di esso non si può tenere conto, così come per ragioni analoghe, nel presente giudizio, non si può tenere conto dei dati - su cui insiste la difesa civica negli scritti conclusivi - della gestione integrata dei servizi cimiteriali effettuata dalla Catanzaro Servizi, dapprima a seguito di avvio del servizio in via d'urgenza in data 20 gennaio 2021 e quindi in esecuzione del contratto stipulato il 31 gennaio 2022.

6.3. La sentenza appellata è perciò conforme a diritto nella parte in cui ha ritenuto che, a causa della carente istruttoria, sia rimasto violato il particolare onere motivazionale richiesto, quando la pubblica amministrazione decida di ricorrere all'affidamento *in house*, dagli artt. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, così come interpretati dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, la quale ha avuto modo di evidenziare:

- che l'obbligo di redigere la relazione discende da disposizioni particolarmente stringenti, già presenti nell'ordinamento, e da ultimo ribadite dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, V, 8 aprile 2019, n. 2275, nella cui motivazione si sottolinea come l'amministrazione sia chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge, esercitando i propri poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli *"obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio"*, ma con valutazioni che *"riguardando l'organizzazione del servizio e la praticabilità di scelte alternative da parte del Comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso"*;

- che i sopra richiamati artt. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, e 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - conformi al diritto dell'Unione Europea, come accertato dalla Corte di giustizia nella ordinanza del 6 febbraio 2020, C-89/19 e 91/19 (Rieco spa) - pongono alle amministrazioni un onere di istruttoria e motivazione *"rafforzati"* per l'*in house providing* (cfr. Cons. Stato, V, 23 febbraio 2021, n. 1596);

- che, in particolare, con specifico riferimento alla prospettiva economica, si richiede all'amministrazione di valutare la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'*in house* rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società *in house* è il servizio più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza (cfr. Cons. Stato, V, 16 novembre 2018, n. 6456, secondo cui *"è onere dell'autorità amministrativa affidante quello di rendere comunque comparabili i dati su cui il confronto viene svolto"*, con

necessaria allegazione di “dati di dettaglio”, richiamato da Cons. Stato IV, 15 luglio 2021, n. 5351, cui si rinvia anche per i profili di compatibilità costituzionale dell’attuale disciplina).

6.3.1. In conclusione, la relazione predisposta dal Comune di Catanzaro redatta secondo lo schema tipo elaborato dal Ministero dello Sviluppo Economico per l’affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (analogamente a quanto riscontrato accadere nella maggioranza dei casi, da parte dell’ANAC, in base all’analisi delle relazioni predisposte dalle diverse amministrazioni, in riferimento all’art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici: cfr. lo schema di linee guida adottato in tema di “*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza [...]*”) si è particolarmente soffermata sul contesto giuridico e sulla sussistenza dei requisiti dell’art. 5 del Codice dei contratti pubblici in capo alla società partecipata, mentre è risultata carente, non tanto nella parte dedicata alla motivazione, in astratto, della preferenza per una gestione integrata dei servizi cimiteriali da affidare alla società *in house*, che già gestiva alcuni di questi servizi (in prevalenza diversi dai servizi c.d. a domanda), quanto nella parte dedicata alla valutazione della convenienza economica in concreto in tale scelta.

La motivazione addotta dal Comune di Catanzaro, pertanto, non soddisfa i citati requisiti richiesti dall’art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che, in punto di convenienza economica dell’offerta, l’ente si è limitato ad affermazioni per lo più generiche e riferibili allo schema dell’*in house* in generale, senza procedere, sviluppando in termini concreti un’indagine quali-quantitativa, ad esplicitare le ragioni della preferenza, in modo da rendere intellegibile e controllabile la congruità economica dell’offerta di Catanzaro Servizi.

Il primo e il terzo motivo di appello vanno respinti.

7. Col secondo motivo si denuncia l’erroneità e l’ingiustizia manifesta della sentenza in ordine alla condanna del Comune al pagamento delle spese di lite, perché il giudice avrebbe seguito il criterio della soccombenza, malgrado il ricorso della Edilcat Costruzioni sia stato accolto solo in parte.

7.1. Il motivo è infondato.

Il criterio della soccombenza di cui all’art. 91 c.p.c., richiamato dall’art. 26 Cod. proc. amm. va riferito all’esito complessivo della lite e la relativa applicazione da parte del giudice di primo grado è censurabile in appello soltanto quando sia stato violato condannando al pagamento delle spese di lite la parte totalmente vittoriosa (cfr. Cass., VI-III, ord. 17 ottobre 2017, n. 24502); ciò, in ragione del fatto che invece non è sindacabile il mancato ricorso da parte del giudice di primo grado alla decisione di compensazione delle spese ex art. 92 c.p.c., rimessa alla sua discrezionalità, salvo il caso di pronuncia abnorme o irragionevole (cfr., tra le altre, Cons. Stato, IV, 30 marzo 2020, n. 2167 e la giurisprudenza ivi richiamata).

7.2. Nel caso di specie, sono state condannate al pagamento delle spese le parti soccombenti, sia pure parzialmente, in primo grado.

La decisione non è in violazione dell’art. 91 c.p.c. e non è sindacabile per la mancata

compensazione totale o parziale delle spese, non ricorrendo le ipotesi eccezionali sopra dette.

7.3. Il secondo motivo di appello va quindi respinto.

8. In conclusione l'appello va respinto *in toto* e la sentenza di primo grado va confermata, anche quanto all'effetto conformativo conseguente all'annullamento della delibera di affidamento *in house*, salvo quanto si sta per dire in punto di dichiarazione di inefficacia del contratto del 15 ottobre 2020.

8.1. Come riconosciuto anche dalla parte appellata, il giudice di primo grado è incorso in errore nel dichiarare l'inefficacia del contratto del 15 ottobre 2020, che è il contratto generale di servizio tra il Comune di Catanzaro e la Catanzaro Servizi.

Il contratto esecutivo della delibera n. 155/2020 è stato invece stipulato con atto per scrittura privata autenticata del 31 gennaio 2022 rep. n. 6.

Di tale contratto va regolata la sorte ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm., tenendo ferma la decisione di primo grado della dichiarazione di inefficacia (per la ragione ivi esplicitata, della "*rilevanza del vizio riscontrato, che inficia a monte la scelta di affidare in house il servizio*"), con la stessa modulazione degli effetti, riferita alla presente sentenza (quindi con decorrenza del periodo di 150 giorni dopo la pubblicazione della presente sentenza, ovvero in data anteriore laddove il Comune di Catanzaro, previa riedizione del potere, concluda in tempi più brevi la procedura di affidamento e stipuli il relativo contratto).

8.2. Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, a carico del Comune appellante ed a favore della società appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, secondo quanto precisato in motivazione e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata, salvo che per dichiarazione di inefficacia del contratto da riferire al contratto stipulato in data 31 gennaio 2022, rep. n. 6, con la decorrenza specificata in motivazione.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado, che liquida in favore della parte appellata nell'importo complessivo di € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore