

In house e giurisdizione

di Roberto Damonte

Data di pubblicazione: 30-6-2017

Esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la cessione di beni posta in essere da una società *in house* affidataria diretta della gestione del ciclo dei rifiuti.

Le decisioni societarie che si pongono a valle della scelta del modello *in house providing* e che costituiscono materiale estrinsecazione dell'attività di impresa restano soggette alle regole generali di diritto privato proprie del modello recepito, secondo quanto stabilito dall'art. 1, c. 3, del T.U. Partecipate (d.lgs. 19/8/2016, n. 175) (1).

Le controversie attinenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte dal gestore *in house* di un pubblico servizio rientrano nella giurisdizione amministrativa non già per il carattere pubblicistico delle relative decisioni, ma in ragione del fatto che le società *in house* – ex art. 133 lett. e) n. 1 c.p.a.- sono comunque tenute, nella scelta del contraente, al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, secondo quanto previsto dall'art. 16, c.7, d.lgs. n. 175/2016.

Viceversa le cessioni di beni (nella specie la cessione dei rifiuti a base cellulosa ad un Consorzio nazionale) non appartiene alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, configurandosi quali contratti comuni dai quali deriva un'entrata, attualmente sottratti a normativa pubblicistica (essendo stata abrogata dall'art. 274, c.1, lett. a), del D.lsg. n. 267/2000 la disciplina di cui all'art. 87, c. 1, RD 3/3/1934, n. 383) (2).

(1) conformi: Cons. Stato, V, 28 settembre 2015, n. 4510 e VI, 26 maggio 2015, n. 2660; Cass. civ., SS.UU., ord. 3 febbraio 2016 n. 2052, ord. 8 novembre 2016, n. 22650 e ord. 8 maggio 2017 n. 11142.

(2) difforni: Cons. Stato, VI, 4 aprile 2007, n. 1523; Cons. Stato, VI, 19 maggio 2008, n. 2279. Si veda ora l'art. 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

In dottrina: Durante N., *L'affidamento in house*, Relazione resa al convegno sul tema "I sistemi di realizzazione", organizzato presso il T.A.R. del Lazio il 29 settembre 2016, nell'ambito dei "Workshop sul D.lgs. n. 50/2016", su questa Rivista; Lomonaco E., *Affidamento in house: natura giuridica, funzione ed effetti dell'iscrizione nell'elenco ex art. 192 d.lgs 50/2016. Precisazioni in punto di conseguenze e tutela giurisdizionale a seguito del diniego d'iscrizione dell'ANAC*, su questa Rivista.

Guida alla lettura

La pronuncia in commento ha ad oggetto la decisione con cui AMIU, società *in house* del Comune di Genova per la gestione complessiva del ciclo dei rifiuti, ha assunto in proprio l'attività di selezione e recupero dei materiali a base cellulosica e disposto la cessione di tutto il relativo rifiuto al Consorzio nazionale recupero e riciclo degli imballaggi a base cellulosica.

La Società ricorrente, precedente affidataria da AMIU dell'acquisto di lotti di materiale cartaceo proveniente dalla raccolta differenziata, ha contestato – tra l'altro – che tanto l'attività di recupero e selezione dei rifiuti quanto quella di cessione del materiale, ponendosi a valle del servizio di raccolta dei rifiuti urbani, non rientravano nell'oggetto della privativa comunale e che pertanto andavano affidate al libero mercato sulla base di procedure di evidenza pubblica.

AMIU e Comune di Genova, costituitesi in giudizio, hanno eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, che il TAR ha pertanto esaminato in via preliminare.

L'adito Giudice, accogliendo l'eccezione, ha ritenuto che le decisioni societarie che si pongono a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello organizzativo dell'*in house providing*, in difetto di particolari modalità esecutive o applicative tecniche dettate direttamente nei provvedimenti della p.a. che ha organizzato il servizio, **restano interamente soggette alle regole generali di diritto privato** proprie del modello recepito.

In sostanza il TAR ha stabilito che in fase di gestione del servizio la società *in house* assume di regola tutte le conseguenti decisioni operative, che costituiscono materiale estrinsecazione di un'ordinaria **attività di impresa, secondo le norme generali di diritto privato**, senza che vengano in considerazione attività provvedimentali assunte in esito ad un procedimento amministrativo propriamente detto.

Con conseguente giurisdizione del Giudice ordinario sulle relative controversie.

Ciò chiarito, il TAR ligure ha altresì messo in evidenza che, in deroga alla regola di cui sopra, la giurisdizione del Giudice amministrativo si estende all'attività contrattuale del gestore *in house* relativa all'acquisto di forniture, servizi e lavori. Ciò in quanto in forza dell'art. 16, comma 7, del d.lgs. n. 175/2016, dette procedure di acquisto sono soggette alla disciplina dell'evidenza pubblica contenuta nel Codice dei contratti pubblici e quindi, ex art. 133 lett. e) n. 1 del c.p.a. demandate alla competenza giurisdizionale amministrativa.

Ma nel caso che ne occupa, secondo il Giudice, non viene in rilievo l'acquisto di beni, servizi e forniture, bensì un contratto attivo, dal quale deriva un'entrata, soggetto alle regole generali di diritto privato dopo l'abrogazione della norma (art. 87, c. 1, RD 3/3/1934, n. 383) che imponeva il pubblico incanto anche per l'assegnazione dei contratti attivi, da parte dell'art. 274 comma 1 lett. a) del TUEL.

Pare utile segnalare che nelle more del giudizio, in applicazione peraltro di una consolidata giurisprudenza amministrativa, il Legislatore, modificando con il Correttivo 2017 l'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, ha inserito i contratti attivi nell'ambito dei contratti pubblici esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice dei contratti pubblici, stabilendo tuttavia che l'affidamento degli stessi debba avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 209 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Benfante s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Della Valle e Luigi Gili, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Genova, viale Sauli 39/11;

contro

- Amiu Genova s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Cocchi e Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

- Comune di Genova, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Paola Pessagno e Laura Burlando, con domicilio eletto presso gli uffici della civica Avvocatura in Genova, via Garibaldi 9;

nei confronti di

Consorzio nazionale per il recupero ed il riciclo degli imballaggi a base cellulosica - COMIECO, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Nervi, Nicola Lucifero e Marco Barilati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Acquarone in Genova, via Corsica, 21/20;

per l'annullamento

delle decisioni con cui AMIU ha assunto in proprio l'attività di selezione e recupero dei materiali a base cellulosica, aderendo alla opzione 2b dell'allegato tecnico all'accordo di programma quadro ANCI-CONAI e ha disposto, per il periodo 1.1.2016 – 31.3.2019, la

cessione al COMIECO – Consorzio nazionale recupero e riciclo degli imballaggi a base cellulosica, non soltanto della sola raccolta selettiva (utenze non domestiche), come avveniva in passato secondo l'opzione di convenzionamento 1b, ma di tutto il rifiuto a base cellulosica derivante dalla raccolta differenziata e dall'attività di selezione e recupero.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di AMIU Genova s.p.a., del Comune di Genova e del Consorzio nazionale per il recupero ed il riciclo degli imballaggi a base cellulosica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2017 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 29.2.2016 la società Benfante s.p.a., importante operatore nazionale nel settore della selezione e del recupero degli imballaggi a base cellulosica, che dispone presso il proprio stabilimento nel comune di Sant'Olcese (località Manesseno, via Gramsci n. 2), di una piattaforma di selezione, recupero e valorizzazione degli imballaggi e delle frazioni cartacee recuperabili, espone di essersi aggiudicata, a seguito di aste pubbliche periodicamente promosse dall'Azienda Multiservizi e d'Igiene Urbana Genova – AMIU s.p.a. (di seguito, AMIU senz'altro, gestore dei servizi di igiene urbana del comune di Genova), l'acquisto di lotti di materiale cartaceo proveniente dalla raccolta differenziata, e ciò fino al 31.12.2015.

Impugna le decisioni con cui AMIU, in discontinuità rispetto al passato, ha assunto in proprio l'attività di selezione (operata presso il proprio impianto sito in Genova alla via Sardorella) e recupero dei materiali a base cellulosica, aderendo alla opzione 2b dell'allegato tecnico all'accordo di programma quadro ANCI-CONAI (trattasi di accordo stipulato ai sensi dell'art. 224 comma 5 d.lgs. n. 152/2006 – doc. 5 delle produzioni 11.3.2016 di parte ricorrente), e ha disposto, per il periodo 1.1.2016 – 31.3.2019, la cessione al COMIECO – Consorzio nazionale recupero e riciclo degli imballaggi a base cellulosica, non soltanto della sola raccolta selettiva (utenze non domestiche), come avveniva in passato secondo l'opzione di convenzionamento 1b, ma di tutto il rifiuto a base cellulosica derivante dalla raccolta differenziata e dall'attività di selezione e recupero.

Lamenta che sia l'attività di selezione e recupero degli imballaggi a base cellulosica, che quella di cessione del relativo materiale, ponendosi a valle del servizio di raccolta dei rifiuti urbani, non rientrerebbero nell'oggetto della privativa comunale, e pertanto andrebbero affidate al libero mercato sulla base di procedure di evidenza pubblica (come accadeva, per la

cessione del materiale frutto della raccolta congiunta, fino al 31.12.2015), permettendo oltretutto di negoziare condizioni economiche più favorevoli rispetto al corrispettivo pattuito con il COMIECO, e pertanto di portare in detrazione dai costi del servizio di igiene urbana un importo maggiore.

A sostegno del gravame ha dedotto due motivi di ricorso, rubricati come segue.

1. Relativamente alla cessione dei rifiuti a base cellulosa al COMIECO. Violazione, falsa applicazione degli artt. 101 e ss. TFUE, 1 L. n. 241/1990, 3 R.D. 18.11.1923, n. 2440, 37 R.D. 23.5.1924, n. 827. Violazione dei principi di concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza e di pubblicità anche in riferimento agli artt. 217 e 223 TUA. Eccesso di potere per omessa istruttoria, contraddittorietà.

AMIU, in quanto affidataria in house del servizio di raccolta e gestione dei rifiuti urbani, soggiace all'obbligo di scelta dei propri contraenti a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, specie per quanto concerne i contratti dai quali possa derivare un'entrata.

Benché la normativa attuale ammetta la possibilità di convenzionamento con il consorzio di filiera COMIECO, nondimeno sarebbe mancata qualsiasi istruttoria in ordine alle motivazioni di convenienza di tale scelta, viepiù alla luce del fatto che i corrispettivi per tonnellata pattuiti con COMIECO per la cessione di tutto il materiale a base cellulosa sono inferiori a quelli spuntati in passato all'esito delle apposite aste pubbliche.

Dalla illegittimità della scelta per il convenzionamento con il COMIECO deriverebbe, in via di invalidità derivata, l'illegittimità della convenzione stipulata tra AMIU e COMIECO per sancire il passaggio all'opzione 2b.

2. Relativamente ai servizi di selezione. Violazione, falsa applicazione degli artt. 4 comma 18 L. n. 148/2011 e 57 D. Lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione. Eccesso di potere per omessa istruttoria.

Posto che le attività di selezione e recupero dei rifiuti generati dagli imballaggi sono estranee alla privativa comunale, e che gli affidamenti diretti di servizi pubblici di rilevanza imprenditoriale costituiscono l'eccezione rispetto alla regola della concorrenza, AMIU, in quanto affidatario in house, avrebbe dovuto aggiudicarselo soltanto all'esito di un confronto competitivo.

Dal canto suo, il comune di Genova avrebbe dovuto vigilare ed intervenire al fine di contrastare una scelta del soggetto gestore che non appare giustificabile dal punto di vista economico.

Dall'illegittimità della scelta di riservare ad AMIU l'attività di selezione e recupero dei rifiuti generati dagli imballaggi discenderebbe, in via derivata, l'invalidità del contratto sottoscritto in proposito tra AMIU e COMIECO.

All'azione di annullamento accede domanda di reintegrazione e risarcimento in forma specifica, mediante ingiunzione di affidamento del materiale residuo fino al 31.3.2019

mediante aste pubbliche.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Genova, AMIU s.p.a. ed il consorzio COMIECO, preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso sotto plurimi profili (attinenti al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, alla mancata impugnazione del piano regionale di gestione dei rifiuti e dell'accordo quadro ANCI-CONAI, al conflitto di interesse sussistente con la qualità di Benfante di consorziato COMIECO), nel merito controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Con un primo atto di motivi aggiunti notificato in data 18.4.2016 ha agito: - per l'annullamento della nota di AMIU 23.7.2015, prot. 8447, indirizzata a COMIECO ed avente ad oggetto la modifica dell'opzione di convenzionamento; - per la declaratoria di invalidità e per l'accertamento della contrarietà a diritto ex art. 133 c.p.a. degli atti e comportamenti relativi alla specifica pianificazione, controllo e decisione da parte del comune di Genova e di AMIU di cedere a COMIECO tutti i rifiuti a base cellulosica raccolti sul territorio per il periodo 1.1.2016-31.3.2019, nonché di affidare ad AMIU l'attività di selezione dei rifiuti a base cellulosica; per la condanna ad attribuire il rifiuto derivante dalla raccolta differenziata congiunta all'operatore di mercato che risulti aver presentato l'offerta migliore all'esito di una procedura competitiva.

I motivi dell'impugnazione aggiuntiva ricalcano quelli del ricorso principale, precisandoli e ulteriormente specificandoli.

In particolare, deduce che gli accordi tra AMIU e COMIECO relativi alla cessione degli imballaggi in carta e cartone ed all'attività di recupero e lavorazione in piattaforma (docc. 22 e 23 delle produzioni 11.3.2016 di parte ricorrente) integrerebbero altrettanti accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi ex art. 11 L. n. 241/1990, privi però del necessario presupposto costituito – ex art. 11 comma 4-bis L. n. 241/1990 – dalla previa determinazione dell'organo competente.

Con un secondo atto di motivi aggiunti notificato in data 16.9.2016 la ricorrente ha esteso l'impugnazione alla deliberazione 7.6.2016, con la quale il consiglio di amministrazione di AMIU ha confermato e ratificato le scelte – contestate con il ricorso introduttivo - di adesione al COMIECO con opzione 2b e di raccolta e selezione dei materiali a base cellulosica nel proprio impianto di via Sardorella.

Lamenta che tale verbale costituirebbe il tentativo di colmare ex post il vuoto motivazionale e procedimentale alla base delle decisioni originariamente assunte, e, a sostegno del gravame, deduce due ulteriori motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione, falsa applicazione degli artt. 21-nonies, comma 2, L. n. 241/1990 e/o 1399 cod. civ. per carenza degli elementi essenziali previsti dall'art. 1444 cod. civ. per l'esercizio del potere di ratifica/convalida. Invalidità derivata per violazione/falsa applicazione dell'art. 3, comma 1 L. n. 241/1990, nonché eccesso di potere per omessa e/o parziale e contraddittoria istruttoria svolta.

Posto che le convenzioni sottoscritte con COMIECO sarebbero riconducibili, in quanto manifestazioni di un potere pubblicistico, nell'alveo degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo concernenti un servizio pubblico, la mancanza della preventiva determinazione dell'organo competente prevista dall'11 comma 4-bis della legge n. 241/1990 non sarebbe sanabile né convalidabile.

Difetterebbero, inoltre, sia gli elementi essenziali della convalida (segnatamente: l'esistenza di un precedente provvedimento da sanare, e l'indicazione del vizio che inficerebbe la decisione da convalidare), sia l'indicazione dell'interesse pubblico che la giustificerebbe ex art. 21-nonies comma 2 L. n. 241/1990.

2. Violazione/falsa applicazione dell'art. 3 comma 1 L. n. 241/1990. Eccesso di potere per omessa/insufficiente istruttoria, per illogicità e contraddittorietà manifesta. Violazione, falsa applicazione degli artt. 101 e ss. TFUE, 1, L. n. 241/1990, 3 R.D. 18.11.1923, n. 2440, 37 R.D. 23.5.1924, n. 827. Violazione dei principi di concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza e di pubblicità anche in riferimento agli artt. 217 e 223 TUA.

Le motivazioni portate dal consiglio di amministrazione a supporto della decisione di ratificare/convalidare le precedenti determinazioni sarebbero illogiche e contraddittorie, frutto di un'istruttoria viziata e carente di un elemento fondamentale, ossia dell'effettiva valutazione delle sottostanti ragioni di convenienza economica (frutto di specifiche analisi di mercato da compiersi ex ante), invero insussistenti sia con riguardo ai mancati maggiori introiti che sarebbero derivati dalla cessione del materiale cartaceo tramite aste sul mercato piuttosto che dal corrispettivo riconosciuto dal COMIECO, sia con riguardo al risparmio che si sarebbe registrato optando per l'esternalizzazione delle attività di selezione.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, all'udienza pubblica del 19 maggio 2017 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

DIRITTO

Giova preliminarmente chiarire - in punto di fatto - come sia pacifico tra le parti che il comune di Genova, fin dal 1999 (doc. 35 delle produzioni 21.4.2016 di parte ricorrente) abbia affidato direttamente ad AMIU, attualmente società in house (già azienda speciale), la complessiva gestione del ciclo dei rifiuti, cioè di quello specifico servizio pubblico che la legge riserva obbligatoriamente ai comuni in regime di privativa (art. 198 comma 1 d.lgs. n. 152/2006), secondo un modulo organizzativo specificamente ammesso dalla vigente legislazione (cfr. artt. 113 comma 5 lett. c del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 e 16 comma 1 del d.lgs. 19.8.2016, n. 175).

Nell'ambito di tale attività di gestione dei rifiuti deve ritenersi rientri senz'altro anche l'attività di recupero, intesa - ex art. 183 comma 1 lett. t) del d.lgs. n. 152/2006 - come qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti (nel nostro caso, la carta e gli imballaggi) di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali (nel nostro caso, la cellulosa) che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione, o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale: in tal senso dispone infatti espressamente l'art. 183 comma 1 lett. n) del d.lgs. n. 152/2006, a mente del

quale si intende per “gestione” la raccolta, il trasporto, nonché il “recupero” e lo smaltimento dei rifiuti.

Un altro punto fermo da segnare è che nel presente giudizio non viene affatto in questione il provvedimento del comune di Genova di affidamento ad AMIU dell'intera gestione del ciclo dei rifiuti nel proprio territorio, provvedimento che non è fatto oggetto né di impugnazione (che, peraltro, sarebbe tardiva), né di censure.

Ciò posto, occorre preliminarmente affrontare le eccezioni preliminari sollevate dalle parti resistenti, prendendo le mosse dall'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

L'eccezione è fondata.

La ricorrente fonda la giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto che AMIU, operando in veste di affidatario in house providing del servizio di gestione dei rifiuti per conto del comune di Genova, non opererebbe iure privatorum, ma secondo atti e comportamenti mediatamente riconducibili all'esercizio del pubblico potere connesso con la gestione del servizio pubblico di gestione del ciclo dei rifiuti.

In tal senso, la controversia rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. p) c.p.a., a mente del quale sono devolute a tale giurisdizione “le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati”.

Quest'ultima disposizione, facendo espresso riferimento all'esercizio di un potere pubblicistico, è stata concordemente interpretata dalla giurisprudenza della Suprema Corte e del Consiglio di Stato nel senso che tale ipotesi di giurisdizione esclusiva, come si desume chiaramente dalle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 e dalla stessa formulazione dell'art. 7, comma 1, c.p.a., presuppone sempre che l'oggetto della controversia abbia un collegamento, sia pure indiretto o mediato, con l'esercizio del potere amministrativo, con esclusione – per esempio - delle controversie in cui sia dedotto in giudizio un rapporto obbligatorio avente la propria fonte in una pattuizione di tipo negoziale intesa a regolamentare gli aspetti meramente patrimoniali della gestione (Cons. di St., V, 31.1.2017, n. 379; Cass., SS.UU., 13.2.2014, n. 3311, e tutta la giurisprudenza ivi citata), o di quelle in cui si contestino le concrete modalità tecniche di esercizio del ciclo dei rifiuti, allorquando non siano dettate particolari modalità esecutive o applicative tecniche direttamente nei provvedimenti della pubblica amministrazione che hanno organizzato il servizio (così, recentemente, Cass., SS.UU., 8.5.2017, n. 11142).

Orbene, se l'attività unilaterale con cui l'ente pubblico delibera l'affidamento in house di un servizio pubblico costituisce sicuramente espressione di un potere amministrativo di natura pubblicistica inerente la scelta delle modalità di gestione di un servizio di interesse generale, che necessita di una preventiva valutazione in termini di congruità economica e di benefici per

la collettività, di cui dare specificamente conto in motivazione (cfr. l'art. 192 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, recante il codice dei contratti pubblici, e, ancor prima, l'art. 34 comma 20 del D.L. 18.10.2012, n. 179, convertito in legge 17.12.2012, n. 221), non altrettanto può dirsi per tutte le decisioni societarie che si pongono a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello organizzativo dell'in house providing, le quali, allorché non siano dettate particolari modalità esecutive o applicative tecniche direttamente nei provvedimenti della pubblica amministrazione che hanno organizzato il servizio (Cass., SS.UU., n. 11142/2017 cit.), restano interamente soggette alle regole generali di diritto privato proprie del modello recepito (così, attualmente, l'art. 1 comma 3 del d.lgs. 19.8.2016, n. 175, recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Dunque, a valle dell'affidamento in house providing del servizio pubblico, il relativo gestore assume di regola tutte le conseguenti decisioni operative, costituenti materiale estrinsecazione di un'ordinaria attività di impresa, secondo le norme generali di diritto privato, senza che vengano in considerazione attività provvedimentali assunte in esito ad un procedimento amministrativo propriamente detto.

Ancora recentissimamente, nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario sulle procedure seguite dalle società in house per l'assunzione di personale dipendente, la Corte regolatrice della giurisdizione ha osservato che "sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato" (Cass., SS.UU., 27.3.2017, n. 7759).

Si tratta infatti di decisioni (quelle per l'assunzione di personale dipendente) operative o industriali, attinenti all'organizzazione - in questo caso, del fattore produttivo lavoro - che, in virtù dello strumento societario utilizzato, rientrano normalmente nel potere imprenditoriale di iniziativa economica privata.

In tal senso, le controversie attinenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte dal gestore in house di un pubblico servizio rientrano nella giurisdizione amministrativa non già in ragione del carattere pubblicistico delle relative decisioni (giacché esse non sono assunte "in un procedimento amministrativo", come invece richiede l'art. 133 comma 1 lett. c c.p.a.), bensì in ragione del fatto che le società in house - ex art. 133 lett. e) n. 1 c.p.a. - sono comunque tenute, nella scelta del contraente, al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, come attualmente dispone l'art. 16 comma 7 del d.lgs. n. 175/2016 ("le società di cui al presente articolo [in house, n.d.r.] sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016"), che costituisce per l'appunto una di quelle "specifiche disposizioni in contrario" di cui parla la sentenza Cass. n. 7759/2017 sopra citata, che esigono - eccezionalmente - l'applicazione della normativa pubblicistica in luogo di quella privatistica.

Senonché, nel caso di specie non vengono affatto in questione l'acquisto di lavori, beni e servizi.

Difatti, da un lato la “cessione” dei rifiuti a base cellulosica al COMIECO (oggetto del primo motivo di ricorso) concerne per l'appunto la cessione di beni, non già il loro acquisto, mentre la normativa pubblicistica invocata in materia di contratti dei comuni dai quali derivi un'entrata (cfr. l'art. 87 comma 1 del R.D. 3.3.1934, n. 383, recante approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale, a mente del quale “i contratti di comuni riguardanti alienazioni, locazioni, acquisti, somministrazioni od appalti di opere devono di regola essere preceduti da pubblici incanti con le forme stabilite pei contratti dello Stato”) è stata abrogata dall'art. 274 comma 1 lett. a) del d.l.gs. 18.8.2000, n. 267.

Dall'altro, l'assunzione in proprio, da parte di AMIU, dei servizi di selezione e recupero dei rifiuti generati dagli imballaggi (oggetto del secondo motivo di ricorso) concerne un'attività che, rientrando in pieno – come chiarito più sopra - nell'ambito della complessiva gestione del ciclo dei rifiuti affidatale dal comune di Genova, era ed è esercitabile da AMIU direttamente in virtù dell'originario provvedimento di affidamento in house dell'intera gestione del ciclo dei rifiuti, che però non è oggetto di impugnativa.

Concludendo, le decisioni censurate con il ricorso e con gli atti di motivi aggiunti non sono riconducibili all'esercizio di un pubblico potere nell'ambito di un procedimento amministrativo, ma integrano altrettante scelte operative o industriali operate tra le possibili alternative specificamente previste dall'ordinamento (cfr. l'art. 224 comma 5 d.lgs. n. 152/2006), costituenti materiale estrinsecazione di un'ordinaria attività di impresa, e soggette come tali alle regole generali di diritto privato proprie del modello recepto dell'in house providing.

Ciò che le fa ricadere al di fuori del perimetro che segna la giurisdizione del giudice amministrativo, anche nella subordinata prospettazione di cui all'art. 133 comma 1 lett. a n. 2 c.p.a. (controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni).

Stante la novità e la complessità della questione di giurisdizione, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Dichiara il ricorso ed i motivi aggiunti inammissibili per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Indica nell'autorità giudiziaria ordinaria il giudice fornito di giurisdizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore