



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1070 del 2024, proposto da Massimo Cormanni, Roberta Pinuccia Tellini e Andrea Miragoli, rappresentati e difesi dagli avvocati Adolfo Mario Balestreri e Laura Beccaris, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dei predetti difensori in Milano, corso Magenta, n. 85;

contro

Comune di Arese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Greco e Manuela Muscardini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dei predetti difensori in Milano, P.le Lavater, n. 5;

nei confronti

Ser.Co.P. – Azienda Speciale Consortile Comuni del Rhodense, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione del Consiglio comunale di Arese n. 101 del 19.12.2023,

pubblicata sulla Sezione Albo Pretorio del sito istituzionale Internet dal 27.12.2023 al 12.01.2024, avente ad oggetto il conferimento della gestione della Casa di Riposo R.S.A. “Gallazzi Vismara” all'Azienda Speciale Consortile Sercop, nonché l'approvazione del contratto di servizio, per il periodo dal 1.07.2024 al 31.07.2027-IE;

- nonché di ogni altro atto ad essa antecedente, presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Arese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2024 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Gli odierni ricorrenti, in qualità di consiglieri di minoranza del Consiglio comunale di Arese, hanno proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato ai sensi dell'art. 8 del D.P.R. n. 1199/1971, con atto notificato in data 2.04.2024, chiedendo l'annullamento della deliberazione di consiglio comunale n. 101 del 19.12.2023 – in merito alla quale hanno espresso il proprio voto contrario nel corso della relativa seduta – avente ad oggetto il conferimento della gestione della Casa di Riposo R.S.A. “Gallazzi Vismara” a Ser.Co.P. - Azienda Speciale Consortile Servizi Comunali alla Persona (di seguito solo “Ser.Co.P.”), nonché l'approvazione del contratto di servizio per il periodo dal 1.07.2024 al 31.07.2027.

2. Con atto notificato il 10.04.2024, il Comune di Arese ha proposto opposizione al ricorso straordinario al Capo dello Stato, chiedendone la trasposizione in sede giurisdizionale ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. 1199/1971.

3. I ricorrenti si sono quindi costituiti in giudizio ex art. 10 del D.P.R. 1199/1971 e

48, comma 1 c.p.a., riproponendo integralmente i motivi già dedotti e insistendo per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate nel ricorso straordinario al Capo dello Stato.

3.1 In particolare, i ricorrenti premettono che l'impugnata deliberazione richiama in premessa il parere obbligatorio espresso dal Collegio dei Revisori dei Conti ex art. 239 del D.Lgs. n. 267/2000, compendiato nel verbale n. 42/2023, la cui valutazione favorevole era tuttavia subordinata a due condizioni: (i) l'avvenuto espletamento dei procedimenti di confronto con le Organizzazioni sindacali previsti per i casi di trasferimento del personale; (ii) l'adeguamento e l'aggiornamento iniziale del canone previsto dall'art. 5 del Contratto di servizio, fermo all'importo annuo iniziale di Euro 92.395,00.

3.2 In diritto, articolano a sostegno del gravame un unico motivo rubricato *“violazione dell'art. 239 del D.Lgs. n. 267/2000 e dei principi generali in ordine all'esercizio dell'attività consultiva in favore degli organi volitivi di natura collegiale delle pubbliche amministrazioni. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto e/o grave insufficienza della motivazione”*, con il quale lamentano che: a) quanto al primo rilievo dei revisori, invece di promuovere la trattativa sindacale ex ante rispetto all'affidamento della gestione, la Giunta Comunale si sarebbe limitata a prevederla, in via del tutto eventuale, nella successiva fase di esecuzione della deliberazione; di conseguenza, i componenti del Consiglio comunale non sarebbero stati posti nella condizione di conoscere l'*an* e il *quomodo* dell'accordo sindacale con le Organizzazioni rappresentative dei lavoratori dipendenti della Casa di Riposo, elementi a fronte dei quali avrebbero potuto modulare l'espressione del proprio voto rispetto alla proposta di deliberazione presentata dalla Giunta; b) quanto al secondo rilievo, gli uffici comunali avrebbero effettuato un'*“istruttoria interna”* che ha confermato l'entità del canone di concessione, senza che su tale ulteriore approfondimento sia stata nuovamente richiesta l'espressione del parere del Collegio dei Revisori dei Conti ex art. 239 del D.Lgs. n. 267/2000 e senza alcun richiamo del medesimo all'interno

della proposta di deliberazione predisposta dalla Giunta e sottoposta ai Consiglieri, così impedendo a questi ultimi di cogliere l'esatta portata del disallineamento della proposta finale della Giunta rispetto al parere espresso dal Collegio dei Revisori.

4. Si è costituito in giudizio per resistere al ricorso il Comune di Arese, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del gravame per un duplice ordine di ragioni.

4.1 Sotto un primo profilo, è stato evidenziato dall'amministrazione che l'affidamento del servizio di gestione di una R.S.A. ad un'azienda speciale consortile interamente partecipata dall'ente locale – qual è quello di cui si discute nella specie – non avrebbe potuto essere impugnato tramite ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, risultando soggetto al c.d. “rito appalti” in quanto pur sempre riconducibile, come l'affidamento *in house*, al concetto di “procedure” di acquisto di cui agli artt. 119, comma 1, lett. a) e 120, comma 1 c.p.a.

4.2 Sotto altro profilo, la difesa dell'ente ha rilevato il difetto di legittimazione degli odierni ricorrenti, poiché con la presente azione giudiziaria non contesterebbero, di fatto, alcuna lesione delle prerogative consiliari e dell'ufficio pubblico dai medesimi rivestito.

5. Alla camera di consiglio del 12.06.2024, l'istanza cautelare è stata rinunciata.

6. Le parti hanno prodotto ulteriori scritti difensivi in vista della trattazione di merito del ricorso e, alla pubblica udienza del 5.12.2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Ritiene il Collegio che il ricorso sia inammissibile sotto entrambi i profili evidenziati dall'amministrazione comunale.

8. Quanto al primo, risulta *per tabulas* dai documenti di causa che, con la deliberazione impugnata, il Consiglio Comunale di Arese ha stabilito di affidare a Ser.Co.P. il servizio di gestione della Casa di riposo “Gallazzi Vismara” comprensivo, a norma dell'art. 2 del Contratto di Servizio, delle seguenti prestazioni: a) gestione della Residenza Sanitaria Assistenziale Gallazzi Vismara e, all'interno della stessa, dei Nuclei di degenza per patologie geriatriche, del Centro

Diurno Integrato, delle camere di degenza “a libero mercato” e di tutti gli altri servizi interni ed esterni (...); b) gestione del servizio di assistenza domiciliare comunale a favore di persone adulte (anziani e disabili); c) gestione di altri servizi socio-assistenziali e/o socio-sanitari a favore della popolazione anziana. Come espressamente riconosciuto all’art. 3 del Contratto di Servizio, le attività oggetto di affidamento “*dovranno considerarsi ad ogni effetto servizi pubblici locali e costituiscono attività di pubblico interesse, sottoposti alla normativa in vigore (...)*”.

8.1 Tanto precisato in merito alla natura delle prestazioni di cui si discute, la delibera *sub iudice* dà atto che, quanto al piano del soggetto affidatario, Ser.Co.P. “*rappresenta l’Azienda Speciale per i servizi comunali alla persona del Rhodense ed è stata costituita il 16 aprile 2007 con la sottoscrizione da parte dei 9 comuni dell’Ambito territoriale rhodense, aderenti della Convenzione Costitutiva*”. Si tratta, dunque, di una “*azienda speciale consortile che opera ai sensi dell’art. 14 del D.Lgs. 267/2000, ente strumentale degli enti locali dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, adottato dai Consigli Comunali degli enti focali soci*”, in conformità alla definizione che di essa fornisce l’art. 114 del D.Lgs. n.267/2000.

8.2 Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, che il Collegio condivide, l’Azienda Speciale rappresenta “*il modello di gestione del servizio pubblico più vicino alla completa internalizzazione o autoproduzione del servizio stesso. In questo senso l’azienda speciale è un soggetto in house, al pari della società a partecipazione pubblica c.d. in house, inteso come longa manus dell’amministrazione pubblica per la realizzazione di lavori o opere o per l’espletamento di servizi. L’affidamento del servizio pubblico ad un’azienda speciale configura, pertanto, un c.d. affidamento in house*” (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 31.07.2019, n.5444).

8.3 Alla medesima conclusione dell’assimilazione sostanziale tra affidamento *in house* e affidamento ad azienda speciale è pervenuta anche l’ANAC, secondo cui,

con riferimento all'applicabilità della disciplina di cui al codice dei contratti (il D.Lgs. n.50/2016 *ratione temporis* in vigore), *“l'affidamento diretto di un servizio all'azienda speciale costituita dall'amministrazione di riferimento, alla luce delle caratteristiche proprie di tale organismo, come sopra illustrate, va ricondotto nello schema dell'affidamento in house (ex art. 5 del d.lgs. 50/2016), quindi soggetto agli oneri motivazionali sanciti dall'art. 192, comma 2 del Codice. Del resto, la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere ad affidamento diretto di un servizio ad un proprio ente strumentale, con particolare riguardo all'azienda speciale costituita ai sensi dell'art. 114 d.lgs. 267/2000, è espressamente prevista dal d.lgs. 201/2022 (“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”)*” (cfr. ANAC, parere in funzione consultiva n. 27 del 23.05.2023).

8.4 Nel caso di specie, pertanto, la delibera impugnata si riferisce all'affidamento di un servizio pubblico locale a favore di un'azienda speciale partecipata al 100% da enti pubblici, in tutto assimilabile a un affidamento *in house* e, dunque, rientrante nell'ambito della materia della contrattualistica pubblica sia sotto il profilo oggettivo delle prestazioni e delle attività di cui si controverte, sia quanto alla natura del soggetto individuato come gestore delle stesse.

8.5 Da ciò deriva, sul piano della disciplina processuale, che anche l'affidamento ad un'azienda speciale – di cui si tratta nella fattispecie – è soggetto all'applicazione del c.d. “rito appalti” delineato agli artt. 119 e 120 c.p.a., deponendo in tal senso, in primo luogo, l'ampiezza delle formule impiegate dal legislatore, ovvero rispettivamente *“procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture”* (art. 119) e *“atti delle procedure di affidamento”*. Come evidenziato dalla giurisprudenza, tali disposizioni *“si incentrano sul concetto di "procedure", che nella sua latitudine è idonea a racchiudere tutta l'attività della pubblica amministrazione espressiva del suo potere di supremazia, che si manifesta attraverso atti autoritativi e nelle forme tipiche del procedimento amministrativo.*

Con specifico riguardo alla materia degli affidamenti di contratti di lavori servizi e forniture, il concetto di "procedure" è pertanto idoneo ad individuare nel suo complesso la fase che precede la stipula del contratto, allorché, invece, l'amministrazione dismette i propri poteri autoritativi per assumere la qualità di parte di un negozio giuridico bilaterale di diritto privato, fonte di un rapporto di natura paritetica con l'appaltatore o il concessionario". Proprio muovendo da tali premesse ricostruttive è stato quindi affermato che "anche l'affidamento diretto di contratti di lavori, servizi e forniture ad un ente in house deve ritenersi riconducibile al concetto di "procedure" utilizzato dai più volte citati artt. 119, comma 1, lett. a), e 120, comma 1, del codice del processo amministrativo. Infatti, quand'anche estrinsecatosi uno actu, l'affidamento in questione è sempre espressione della presupposta potestà autoritativa della pubblica amministrazione, manifestatasi nelle forme del procedimento amministrativo cui quest'ultima è soggetta in via generale nell'esercizio dei suoi poteri, ancorché in tesi con modalità estremamente semplificate" (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 29.05.2017, n. 2533; Id., Sez. I, 30.03.2022, parere n. 687; Id., Sez. III, 18.01.2018, n.326; Id., Sez. V, 26.01.2024, nn. 842 e 843).

8.6 Né può essere condivisa l'argomentazione dei ricorrenti secondo cui le succitate disposizioni sarebbero inconferenti alla presente vicenda contenziosa, in quanto, nella specifica fattispecie, la legittimazione e l'interesse a ricorrere non trarrebbero origine *"dalla prospettazione, da parte di un operatore economico, della violazione degli assetti proconcorrenziali garantiti dalla normativa, europea e/o nazionale (a fronte della quale trova applicazione la specialità del c.d. "rito appalti"), ma dalla lamentata lesione dello jus officium da parte dei consiglieri comunali di minoranza"* (cfr. memoria ex art. 73, pag. 2). Ritiene infatti il Collegio che l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 119 e 120 c.p.a. non dipenda dalla circostanza che l'azione giudiziaria sia promossa da un operatore economico per la tutela del proprio interesse alla partecipazione alla procedura di affidamento o all'aggiudicazione della stessa, ma dalla specifica *"materia"* oggetto di giudizio e,

dunque, dalla natura degli atti impugnati, che attengono pur sempre a “*procedure di affidamento*”. Peraltro, tale conclusione risulta in linea con le esigenze di certezza e stabilità degli affidamenti dei servizi pubblici, specie di così sensibile rilevanza come sono quelli oggetto della delibera impugnata, che non possono essere messi in discussione con azioni giudiziarie intervenute oltre gli stretti termini previsti dalla legge, le quali, ove vittoriose, potrebbero avere come risultato, a prescindere dalle finalità concrete che le sorreggono, il travolgimento dell'affidamento del servizio già disposto dall'amministrazione.

8.7 Da ciò discende, in uno con l'applicazione del rito appalto alle procedure di affidamento di un servizio pubblico locale ad un'azienda speciale – di cui si tratta nella fattispecie –, l'operatività della preclusione posta dall'art. 120 comma 1 c.p.a., a mente del quale “*gli atti delle procedure di affidamento e di concessione disciplinate dal codice dei contratti pubblici (...) sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente*” e nel termine breve di trenta giorni (art. 120, comma 2 c.p.a.). L'odierno gravame è quindi inammissibile, in quanto originato dalla trasposizione, in sede giurisdizionale, del corrispondente ricorso straordinario al Capo dello Stato ai sensi dell'art. 8 del D.P.R. n. 1199/1971, rimedio non previsto nell'ambito delle procedure di affidamento di servizi pubblici ai sensi del citato art. 120 c.p.a.

9. Ritiene poi il Collegio che sia fondato anche il secondo profilo di inammissibilità segnalato dall'amministrazione resistente. Quest'ultima, in particolare, evidenzia che i Consiglieri comunali ricorrenti non avrebbero legittimazione ad impugnare l'atto di cui è causa, in quanto, nonostante il tentativo di accreditare l'idea che il modus operandi del Comune di Arese abbia conculcato il loro diritto di esprimersi con cognizione di causa sul provvedimento in approvazione, verrebbe di fatto contestato il “*contenuto intrinseco della deliberazione consiliare*” per presunta violazione del parere reso dal Collegio dei revisori dei conti, ovvero aspetti del tutto estranei alla tutela del *munus* consiliare.

9.1 Per giurisprudenza costante, *“in via generale i consiglieri comunali non sono legittimati, in questa veste, ad agire contro l'Amministrazione d'appartenenza, dato che il giudizio amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi dello stesso ente, ma è diretto a risolvere controversie intersoggettive. L'impugnazione da parte di singoli consiglieri è ammissibile soltanto allorché vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul diritto all'ufficio del consigliere ricorrente, e quindi su un diritto spettante alla persona investita della carica di consigliere in quanto tale. Ciò non si verifica per qualsivoglia violazione di forma o di sostanza nell'adozione di una deliberazione”* (cfr. Cons. di Stato, Sez. I, 9.1.2018 parere n. 112).

Casi esemplificativi della lesione delle prerogative della carica di consigliere comunale, in particolare, sono stati ritenuti quelli in cui i vizi dedotti attengono: a) alle erronee modalità di convocazione dell'organo consiliare; b) alla violazione dell'ordine del giorno; c) all'inosservanza del deposito della documentazione necessaria per poter liberamente e consapevolmente deliberare; d) più in generale, alla preclusione in tutto o in parte dell'esercizio delle funzioni relative all'incarico rivestito.

9.2 Pertanto, se la legittimazione a ricorrere dei consiglieri comunali sussiste solo *“«avverso gli atti adottati dagli organi di appartenenza e nei ristretti limiti tracciati dalla lesione dello ius ad officium, tali limiti “non appaiono violati nel caso in cui emergano motivi di ricorso afferenti a meri profili di legittimità dell'azione amministrativa non incidenti sulla posizione giuridica del ricorrente, in qualità di consigliere comunale. Solo la lesione diretta ed immediata del diritto all'ufficio della predetta carica istituzionale può fare sorgere, quindi, la legitimatio ad agendum, ovvero l'interesse personale al ricorso, al fine del ripristino della situazione sostanziale lesa, attraverso la rimozione della situazione antiggiuridica affidata all'organo giurisdizionale»* (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 2 maggio 2017, n 809; tra le tante, si vedano anche Cons. Stato sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1046; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 5 giugno 2018, n. 3710 e la recentissima

Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2021, n. 3034)” (cfr. TAR Toscana, Sez. I, 27.04.2021, n. 604).

9.3 Nel caso in esame, il fulcro sostanziale delle censure prospettate attiene alla violazione del parere reso dal Collegio dei Revisori dei Conti, peraltro non vincolante, sia con riferimento alla circostanza che non sarebbe stato preliminarmente individuato e acquisito l'accordo con le Organizzazioni sindacali rappresentative della categoria previste per i casi di trasferimento del personale, sia quanto alla necessità di adeguamento del canone concessorio. Né ricorrono, sulla base delle allegazioni delle parti e della documentazione in atti, gli elementi per ritenere che non sia stata depositata la documentazione necessaria alla formazione della consapevole volontà consiliare o che sia stato impedito ai consiglieri, in relazione alla proposta di deliberazione, di espletare le “*funzioni relative all'incarico rivestito*”.

9.4 Sotto un primo profilo, non vi sono allegazioni e puntuali contestazioni in ordine all'incompletezza della documentazione messa a disposizione dei consiglieri in vista della deliberazione impugnata; va rilevato, inoltre, che il parere espresso dal Collegio dei Revisori dei Conti è stato evidentemente reso noto ai consiglieri medesimi ed è dato per “visto” nella stessa delibera oggi *sub iudice* e, nel dossier informativo trasmesso agli stessi, erano presenti *inter alia* anche le controdeduzioni del Responsabile del Settore Pianificazione S.I.T., Gestione Territorio, SUAP e Patrimonio Immobiliare, recanti apposito supplemento istruttorio proprio sulle questioni evidenziate nel parere del Collegio dei Revisori dei Conti (cfr. ricorso, pag. 5).

9.5 Sotto un secondo profilo, non risultano documentate in atti circostanze che hanno impedito o vanificato nella fattispecie l'esercizio del *munus* consiliare, tanto che i ricorrenti Cormanni e Tellini hanno partecipato alla votazione esprimendo la propria posizione contraria alla proposta sottoposta all'approvazione del Consiglio (il ricorrente Miragoli, pur intervenuto nel corso della discussione, non risulta

presente in aula al momento della votazione).

9.6 In questo quadro, peraltro, è irrilevante quanto sottolineato dai ricorrenti in merito alla circostanza che il Collegio dei Revisori dei Conti non sarebbe stato nuovamente invitato ad esercitare, una seconda volta, la propria funzione consultiva dopo il supplemento istruttorio effettuato in vista della deliberazione, adempimento che *“sarebbe risultato determinante per illuminare il voto dei consiglieri (...) in ordine alla sussistenza del presupposto legale della copertura economica della determinazione di affidamento della gestione della Casa di Riposo all’Azienda Speciale Sercop e, più in generale, sull’opportunità del contenuto della medesima decisione”* (cfr. ricorso pag. 5). L’acquisizione di un ulteriore parere del Collegio dei Revisori, difatti, non è stata ritenuta necessaria nel quadro complessivo dei chiarimenti forniti nelle citate “controdeduzioni”, né può ritenersi che la mancanza di un secondo pronunciamento dell’organo di revisione abbia potuto inficiare la capacità dei consiglieri comunali di esercitare consapevolmente e pienamente la propria funzione rispetto alle questioni oggetto di trattazione e deliberazione.

9.7 Analoghe considerazioni valgono con riferimento alla circostanza che lo svolgimento delle procedure di confronto con le Organizzazioni sindacali rappresentative dei lavori sia stato previsto come adempimento preliminare non alla deliberazione consiliare, ma alla sottoscrizione del contratto di servizio tra il Comune di Arese e Ser.Co.P., poiché neppure in questo caso vi è una diretta attinenza tra le contestazioni formulate dai ricorrenti e le prerogative del loro ufficio consiliare.

10. In conclusione, alla luce di quanto precede e per le considerazioni sopra illustrate, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

11. Le spese di lite possono essere compensate tra le parti in considerazione della peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Valentina Caccamo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Caccamo

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO