

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5504 del 2013, proposto dalla s.p.a. GE.SE.SA., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Satta e Anna Romano, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Satta in Roma, Foro Traiano, n. 1/A;

***contro***

COMUNE DI VITULANO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Verrusio, con domicilio eletto presso l'avvocato Antonio Palma in Roma, via Ennio Quirino Visconti, n. 99; CONSORZIO ACQUE BACINI IDROLOGICI BENEVENTANI, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Giuliano, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, via Conca D'Oro, n. 221;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, Sez. I, n. 1925 dell'11 aprile 2013, resa tra le parti, concernente la gestione del servizio idrico integrato:

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vitulano e del Consorzio Acque Bacini Idrologici Beneventani;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti l'avvocato Sanino, per delega dell'avvocato Satta, e l'avvocato Giuliano, in proprio e per delega dell'avvocato Verrusio;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La Ge.Se.Sa. S.p.A. (d'ora in avanti, anche solo Ge.Se.Sa.), società mista pubblico-privata, gestore provvisorio del servizio idrico integrato del Comune di Vitulano, ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Campania l'annullamento della delibera del consiglio comunale n. 11 del 14 giugno 2012, con cui l'ente ha deciso di aderire nuovamente al Consorzio Acque Bacini Idrogeologici Beneventani (d'ora in avanti. C.A.B.I.B.) per lo svolgimento del servizio idrico integrato.

L'adito tribunale, sez. I, con la sentenza n. 1925 dell'11 aprile 2013, nella resistenza dell'intimata amministrazione e del C.A.B.I.B., ha respinto il ricorso (NRG. 8349/2012), ritenendo infondate tutte le censure sollevate, imperniate sulla carenza di motivazione circa la mancata indicazione di una gara pubblica per l'individuazione del gestore del medesimo servizio pubblico, sulla contraddittorietà dell'azione amministrativa, sulla mancanza dei requisiti del 'controllo analogo' e dell'attività prevalente per l'affidamento in house, oltre che sulla violazione e falsa applicazione degli articoli 150 e 154 del d.lgs. n. 152

del 2006, del D.M. 1° agosto 1996, della legge 28 settembre 2001, n. 448, e della legge 23 dicembre 2009, n. 191, eccesso di potere per carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti e sviamento.

2. Con atto di appello notificato a mezzo del servizio postale l'8 luglio 2013, Ge.Se.Sa. S.p.A. ha chiesto la riforma della sentenza del TAR, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di tre articolati motivi di gravame, il primo rubricato "Sulla carenza di motivazione e istruttoria della deliberazione n. 11/2012 (Adesione al Consorzio C.A.B.I.B. e affidamento diretto del S.I.I. per venti anni)"; il secondo "Sugli ulteriori profili di carenza di motivazione e contraddittorietà della deliberazione n. 11/2012" ed il terzo "Sulla mancanza di requisiti per un affidamento in house al C.A.B.I.B.".

Hanno resistito al gravame sia il Comune di Vitulano, sia il Consorzio C.A.B..B., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

All'udienza in camera di consiglio del 24 settembre 2013, fissata per la decisione sull'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, la causa è stata 'rinviata al merito'.

3. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie tesi difensive, replicando a quelle avverse.

All'udienza pubblica del 29 aprile 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

4. Ritiene la Sezione che l'appello è infondato nel merito, potendo così prescindere, come già avvenuto nel primo grado di giudizio, dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio sollevate dal Comune di Vitulano e da C.A.B.I.B., espressamente riproposte anche nel presente grado di giudizio.

4.1. Con il primo motivo di gravame, rubricato "Sulla carenza di motivazione e istruttoria della deliberazione n. 11/2012 (Adesione al Consorzio C.A.B.I.B. e affidamento diretto del S.I.I. per venti anni)", Ge.Se.Sa. S.p.A. ha sostenuto che, anche a voler condividere l'interpretazione dei primi giudici circa l'attuale quadro normativo relativo alla gestione dei servizi pubblici locali (come delineatosi per effetto dell'abrogazione – disposta a seguito del referendum - dell'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, e della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), la impugnata delibera consiliare n. 11 del 14 giugno 2012, con cui il Comune di Vitulano ha affidato direttamente in house al Consorzio C.A.B.I.B. il servizio idrico integrato, sarebbe privo di una adeguata motivazione e della necessaria istruttoria, sia sotto il profilo della convenienza economica, sia sotto il profilo tecnico, violando così macroscopicamente anche il diritto comunitario.

La sentenza impugnata, che sul punto non avrebbe tenuto conto neppure dell'articolo 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, sarebbe pertanto affetta da omessa pronuncia su punti decisivi della controversia nonché da vizio di motivazione in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione; dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241; dell'art. 106 del TFUE e dell'art. 150 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152; eccesso di potere per carenza istruttoria, erroneità dei presupposti e sviamento.

La tesi non può essere accolta.

4.1.1. Come rilevato dai primi giudici, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 2011 (nel testo conseguente alle ulteriori modifiche apportate dall'art. 9, comma 2, lett. n), della legge 12 novembre 2011, n. 138, dall'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché dall'art. 53, comma 1, lett. h), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83), adottato

successivamente all'abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133 del 2008.

La Corte ha infatti osservato che la norma abrogata *"...si caratterizzava per il fatto che dettava una normativa generale di settore, inerente a quasi tutti i predetti servizi [pubblici], fatta eccezione per quelli espressamente esclusi, volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, consentite solo in casi eccezionali ed al ricorrere di specifiche condizioni, la cui puntuale regolamentazione veniva, peraltro, demandata ad un regolamento governativo, adottato con il decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010 n. 168"*, sottolineando che *"con la richiamata consultazione referendaria detta normativa veniva abrogata e si realizzava l'intento referendario di <escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23 - bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)> (sentenza n. 24 del 2011) e di consentire, conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente"*, aggiungendo poi che le disposizioni contenute nello scrutinato articolato 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 2011, ha dettato *"...una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23 – bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010"*.

Secondo la Corte ciò *"...rende ancor più remota l'ipotesi di affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, <l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità> (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23 – bis (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la ancora al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900,00 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione dalla possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art- 23 – bis – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria che consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico, da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la 'speciale missione' dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo analogo (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento da parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante"*, così che, stante l'analogia e talora la coincidenza della disciplina contenuta nel preteso art. 4 con quella di cui all'abrogato art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, sussiste la *"...violazione del ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost..."*.

4.1.2. Per effetto di tale pronuncia, i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono in definitiva essere gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all'esito di una gara ad evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico – privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una 'gara a doppio oggetto' per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio), ovvero attraverso l'affidamento diretto, in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma ne che sostituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società

affidataria) 'analogo' (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano.

L'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Cons. St., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762).

4.1.3. Applicando tali principi al caso di specie, la delibera impugnata in primo grado e la sentenza che ne ha riconosciuto la legittimità sfuggono alle critiche sollevate da Ge.se.sa.

4.1.3.1. Dall'esame della delibera consiliare n. 11 del 14 giugno 2012, ed in particolare dalla relazione svolta dal Sindaco e dal tenore degli interventi seguitisi nel corso della discussione, oltre che dalla documentazione versata in atti, emerge in punto di fatto che era stata annullata dal giudice amministrativo una precedente delibera di affidamento diretto del servizio idrico integrato a Ge.Se.Sa. (dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, con la sentenza n. 9468 del 4 giugno 2008, di cui l'amministrazione comunale aveva preso atto con delibera di giunta comunale n. 41 del 3 marzo 2009), su ricorso di C.A.B.I.B., in quanto Ge.Se.Sa non possedeva i requisiti per essere considerata una società in house; di conseguenza il servizio era gestito in regime di proroga da Ge.Se.Sa., che riscuoteva il canone dagli utenti, mentre C.A.B.I.B. era rimasto produttore dell'acqua fornita e gestore delle reti di adduzioni, circostanza quest'ultima che aveva generato un rilevante contenzioso tra l'amministrazione comunale e C.A.B.I.B. a causa del ritardato pagamento del rifornimento dell'acqua, malgrado Ge.Se.Sa. riscuotesse normalmente il relativo canone dagli utenti.

Le successive determinazioni dell'amministrazione comunale per risolvere la delicata situazione creatasi [garantendo la piena funzionalità, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del servizio (anche con riguardo al costo della fornitura dell'acqua ed all'ammontare della tariffa a carico degli utenti), in particolare quella di gestire in forma diretta il servizio idrico, di fognatura e depurazione in forma diretta (delibera consiliare n. 2 del 23 gennaio 2012) e poi quella di espletare una gara per l'affidamento del servizio (delibera consiliare n. 6 del 6 marzo 2012, cui aveva fatto seguito la delibera di giunta n. 217 del 2 maggio 2012, avente ad oggetto "Determina a contrarre per l'affidamento in appalto, mediante procedura aperta, del servizio di gestione integrata, esecuzione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idrici pubblici, ivi comprese le attività di messa a norma ed in sicurezza, di ammodernamento tecnologico e funzionale della rete fognaria e di depurazione, servizi di manutenzione e riparazione, CVO – 65100000 – 4, per la durata complessiva di anni cinque e per un totale dei canoni posti a base dell'offerta pari ad €. 850.000,00 – Codice CUP D52112000020004")], erano risultate di fatto impraticabili, stante le dichiarate difficoltà sia di organizzazione della gestione diretta comunale, sia della gestione della gara di livello europeo, oltre che per la asserita aspettativa dell'attivazione del servizio idrico integrato da parte dell'Autorità Territoriale Ottimale, che avrebbe dovuto garantire una gestione ottimale e omogenea con un'unica tariffa per ambiti territoriali ultra-comunali.

4.1.3.2. La scelta di affidare direttamente il servizio idrico integrato a C.A.B.I.B. si colloca in questo complesso e frastagliato substrato fattuale e costituisce l'ulteriore tentativo di soluzione del problema, anche per quanto riguarda l'ingente costo dell'acqua da versare proprio a C.A.B.I.B.

Dalla relazione svolta dal Sindaco, si evince che all'affidamento diretto del servizio idrico integrato a C.A.B.I.B. sarebbe conseguito l'azzeramento della tariffa transitoria di gennaio 2012 praticata da C.A.B.I.B., mentre le tariffe per gli utenti del Comune di Vitulano sarebbero state inferiori a quelle praticate per i residenti degli altri comuni; inoltre il Consorzio C.A.B.I.B. era *"...l'unico abilitato a creare una catena nel ciclo di gestione dell'acqua; ha dato prova anche recentemente di disponibilità (nonostante il recesso) impegnandosi a sostituire la condotta idrica dall'intersezione della strada provinciale con via dei Mulini fino all'inizio della strada Circumvallazione, a monte della chiesa di San Pietro"*, così che *"l'affidamento del servizio idrico integrato al CABIB...è l'unica soluzione immediatamente e agevolmente praticabile perché altro non è che una gestione diretta del Comune, seppure attraverso lo strumento del consorzio. Consente infine di adempiere all'obbligo di legge di gestione associata dei servizi"*, non potendo sottacersi che *"...l'alternativa sarebbe oggi quella di avventurarsi di nuovo nella gestione autonoma del servizio continuando però a dipendere da CABIB per l'approvvigionamento di Ponterutto (se non ceduto a Campoli) e parzialmente di Vitulano capoluogo"*.

4.1.3.3. Deve pertanto escludersi che la deliberazione consiliare n. 11 del 14 giugno 2012 sia affetta dal vizio di inadeguata motivazione e da un difetto di istruttoria: la volontà così manifestata dall'amministrazione si è adeguatamente e consapevolmente formata sulla base della piena conoscenza dei fatti rilevanti.

Inoltre, è immediatamente e agevolmente apprezzabile l'iter logico-giuridico che ha determinato proprio quella decisione e non altre, essendo inequivocabilmente indicate anche le ragioni di carattere tecnico ed economico che hanno fatto preferire la scelta dell'affidamento diretto a C.A.B.I.B..

Le diverse prospettazioni svolte sul punto dall'appellante si basano su considerazioni dissenzienti rispetto alle scelte dell'amministrazione, prive di supporto probatorio e per alcuni aspetti ipotetiche, sia per quanto concerne il profilo economico (nessun specifica contestazione essendo stata rivolta in ordine al costo dell'acqua ed alle tariffe praticate agli utenti), sia per quanto concerne il profilo tecnico, tanto più che i presunti vantaggi che sarebbero derivati dall'espletamento della gara ad evidenza pubblica non sono certi ed attuali, ma anch'essi meramente ipotetici, fondandosi sulle mere previsioni di massima contenute nella relazione di supporto alla decisione, poi non attuata, di indire una gara pubblica ed in particolare sugli obblighi (di ammodernamento della rete, etc.) che avrebbe dovuto assumere l'eventuale affidatario del servizio.

Né d'altra parte risulta in concreto malamente esercitato da parte dell'amministrazione comunale il potere discrezionale di cui nella materia essa è titolare, non rinvenendosi, anche sulla base di quanto fin qui rilevato, macroscopici profili di irrazionalità, irragionevolezza, illogicità, arbitrarietà o travisamento dei fatti, tanto più che l'affidamento diretto a C.A.B.I.B. del servizio idrico integrato persegue adeguatamente anche una finalità di semplificazione e di certezza in ordine ai soggetti responsabili di quel servizio (soggetti che precedentemente erano in numero di tre, comune, C.A.B.I.B, produttore dell'acqua fornita e gestore delle reti di adduzioni, e Ge.Se.Sa, gestore del servizio, e che sono ora ridotti solo a due), riduzione che la gara ad evidenza pubblica per la individuazione del solo gestore non avrebbe di per sé assicurato, e non potendosi sottacere, sotto altro concorrente profilo, che la scelta compiuta dall'amministrazione risulta avere tenuto conto, ancorché in modo limitato e non pienamente sviluppato, anche di possibili situazioni alternative, ritenute non adeguate o utili.

Infine, comunque non è invocabile *ratione temporis* l'applicazione al caso di specie della disposizione contenuta nell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, convertito in legge n. 221 del 2012 (che subordina la legittimità della scelta della concreta modalità di gestione dei servizi pubblici locali proprio sulla base di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste).

Per di più, non può ragionevolmente dubitarsi che tutti tali elementi sono presenti e comunque agevolmente desumibili dalla motivazione (anche *per relationem*) della delibera impugnata.

4.2. E' infondato anche il secondo motivo di gravame, rubricato "Sugli ulteriori profili di carenza di motivazione e contraddittorietà della deliberazione n. 11/2012", con cui l'appellante ha sostenuto che la sentenza impugnata sarebbe affetta dalla violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, da eccesso di potere per carenza di istruttoria, da contraddittorietà ed erroneità dei presupposti e sviamento, non avendo tenuto conto del fatto che il Comune di Vitulano avrebbe immotivatamente ed illogicamente revocato con la deliberazione impugnata la propria precedente determinazione di espletare un'apposita gara ad evidenza pubblica per la gestione del servizio in questione (delibera consiliare n. 6 del 6 marzo 2012).

Sebbene risulti che l'amministrazione comunale di Vitulano abbia ipotizzato diverse soluzioni per la gestione del servizio idrico integrato, disponendo l'affidamento diretto alla stessa Ge.Se.Sa. (poi annullato dal giudice amministrativo) e scegliendo prima la gestione diretta e poi l'espletamento della gara ad evidenza pubblica ed infine l'impugnato affidamento diretto a C.A.B.I.B., non può tuttavia negarsi che quest'ultimo, piuttosto che connotarsi come sintomo di contraddittorietà, si caratterizza per essere stato finalmente adottato dopo aver verificato l'impraticabilità di fatto delle precedenti determinazioni (gestione diretta e affidamento all'esterno previo espletamento della gara pubblica), anche per la peculiare posizione di C.A.B.I.B., produttore dell'acqua fornita e gestore delle reti di adduzioni.

Pertanto, anche a voler interpretare la delibera impugnata, come revoca implicita, *rectius* come ritiro, della precedente decisione di espletare una gara ad evidenza pubblica per l'individuazione del gestore del servizio, il ritiro risulta ugualmente ampiamente ed adeguatamente motivato, essendo sicuramente enucleabili e agevolmente comprensibili anche le ragioni di pubblico interesse, rinvenibili in particolare nelle stesse già ricordate ragioni di natura economica e tecnica che hanno giustificato l'affidamento diretto a C.A.B.I.B., sussistendo in capo a quest'ultimo i requisiti previsti dalla normativa comunitaria per l'in house.

4.3. Non può trovare infine favorevole considerazione neppure il terzo motivo di gravame ("Sulla mancanza di requisiti per un affidamento in house al C.A.B.I.B."), con cui è stato dedotto che la sentenza impugnata abbia violato l'art. 150 del d. lgs. 152 del 2006, la l. 28 dicembre 2001, n. 448, e la legge 23 dicembre 2009, n. 191, sussistendo un eccesso di potere per carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti e sviamento.

4.3.1. In ordine alla sussistenza del requisito del 'controllo analogo', va rilevato che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, tale requisito deve intendersi sussistente anche se svolto non individualmente, ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo tale requisito essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) eserciti(no), pur se con moduli su base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; 24 settembre 2010, n. 7092; 29 dicembre 2009, n. 8970).

Posto pertanto che il C.A.B.I.B. è un consorzio formato solo da enti locali e da enti pubblici (irrilevante essendo a tal fine la qualifica di economici), come correttamente già rilevato dai primi giudici, è irrilevante che il Comune di Vitulano non abbia un proprio rappresentante nel Consiglio di Amministrazione, atteso che i suoi compiti statuari concernono l'attuazione degli indirizzi espressi dall'Assemblea, la proposta di

atti di competenza di quest'ultima ed in via residuale il compimento di tutti gli atti che non siano espressamente riservati dall'art. 13 all'Assemblea stessa, che costituisce, per espressa definizione, "l'organo di indirizzo e di controllo politico amministrativo".

4.3.2. Quanto poi al requisito dell'attività prevalente, meritano condivisione le considerazioni svolte dai primi giudici, contestate dall'appellante, atteso che l'attività del C.A.B.I.B., espressamente dichiarata senza fini di lucro (art. 3 dello Statuto), è interamente riservata agli enti che ne fanno parte, tanto più che, pure espressamente, l'articolo 9 dello Statuto prevede che "il Consorzio potrà altresì effettuare anche altri servizi, attinenti agli scopi per cui è stato costituito, in favore degli enti consorziati e di altri enti pubblici...ricompresi nell'ambito territoriale del Consorzio e su richiesta degli enti stessi".

A nulla rileva per contro né la previsione della facoltà, di cui al comma 2 dell'articolo 3 dello Statuto, di apertura di uffici operativi e di rappresentanza in luoghi diversi da quelli della sede legale, trattandosi di una mera modalità di organizzazione degli uffici che non incide sui compiti e sulle finalità del Consorzio, né quella di cui al secondo comma dell'articolo 8 (facoltà di avvalersi delle forme di gestione previste dall'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e delle altre associative o societarie previste dal codice civile), che attiene esclusivamente alle modalità di perseguimento degli scopi consortili; mentre, come puntualmente osservato dall'appellata amministrazione comunale, la deliberazione di fissazione di tariffe per enti non consorziati, riguarda soltanto la fornitura d'acqua e non il servizio idrico integrato, che costituisce lo scopo del consorzio.

4.3.3. Ad avviso della Sezione, infine, non risulta comprovata da elementi obiettivi la tesi dell'appellante secondo cui il Consorzio C.A.B.I.B. avrebbe dovuto essere trasformato in società di capitali, ai sensi dell'art. 35, comma 8, della legge 28 dicembre 2001, giacché, come convincentemente rilevato dall'amministrazione comunale appellata, tale previsione riguarda i consorzi che svolgono attività industriale, che deve essere esclusa nel caso di specie in ragione della natura non commerciale e del fine non lucrativo del C.A.B.I.B., così come emerge dai ricordati articoli statutari; d'altra parte attraverso il predetto consorzio viene svolto un servizio (quello idrico integrato) e non già una funzione, il che rende non pertinente il richiamo operato dall'appellante alle disposizioni di cui all'art. 1, comma 1 – quater, del d.l. n. 2 del 2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 42 del 2010.

5. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 5504 del 2013, proposto da Ge.Se.Sa. S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. I, n. 1925 dell'11 aprile 2013, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore del Comune di Vitulano e del Consorzio C.A.B.I.B. le spese del presente grado di giudizio, che si liquidano complessivamente in €. 8.000,00 (ottomila), €. 4.000,00 (quattromila) ciascuno, oltre I.V.A., C.P.A. ed altri accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2014:

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2014

IL SEGRETARIO