

N. 02674/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01987/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1987 del 2013, proposto da:

Comitato Beni Comuni di Monza e Brianza, in persona del Presidente portavoce e legale rappresentante, nonché da Francesco Sartini, in qualità di consigliere comunale di Vimercate, Nicola Emanuele Fuggetta, in qualità di consigliere comunale di Monza, Emanuele Sana, in qualità di consigliere comunale di Lissone, rappresentati e difesi dall'avv. Ilaria Battistini, con domicilio eletto presso lo Studio della stessa in Milano, piazza Amendola, n. 3;

contro

Azienda Speciale Ufficio d'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Monza e Brianza (ATO -MB), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Enzo Robaldo e Pietro Ferraris, con domicilio eletto presso lo Studio del primo in Milano, via Pietro Mascagni, n. 24;

Brianzacque S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Danilo Tassan Mazzocco e Federica Fischetti, con domicilio eletto presso lo Studio del primo in Milano, via Amedei, n. 8;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Provincia di Monza e Brianza, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luciano Fiori ed Elisabetta Baviera, con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR in Milano, Via Corridoni, n. 39;

Comune di Vimercate, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Pintucci, con domicilio eletto presso lo Studio dello stesso in Milano, via G. Donizetti, n. 38;

per l'annullamento

- della deliberazione n.12 del 29.6.2013 dell'Ufficio d'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Monza e Brianza, avente per oggetto "Conferma dell'affidamento del Servizio Idrico Integrato a Brianzacque srl secondo il modello del c.d. in house" pubblicata sull'albo informatizzato;

- per quanto possa occorrere, del parere n.1 del 26.6.2013 reso ai sensi dell'art. 49 L.R. 26/2003 dalla Conferenza dei Comuni della Brianza su richiesta del Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'Ambito Territoriale Omogeneo per la Provincia di Monza e Brianza;

nonchè di ogni altro provvedimento ad esso preparatorio e pregresso, ogni altro atto presupposto e consequenziale o comunque connesso con quello impugnato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Speciale Ufficio d'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Monza e Brianza (ATO-MB) e della società Brianzacque S.r.l.;

Visti gli atti di intervento *ad opponendum* proposti dalla Provincia di Monza e Brianza e dal Comune di Vimercate;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2014 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I) Con atto notificato in data 29 luglio 2013 e depositato il successivo 19 agosto 2013 il Comitato Beni Comuni di Monza e Brianza e tre consiglieri comunali, appartenenti, rispettivamente, ai consigli comunali di Vimercate, Monza e Lissone, hanno impugnato la deliberazione n. 12 del 29 giugno 2013 adottata dall'Ufficio d'Ambito Territoriale Omogeneo per la Provincia di Monza e Brianza, a seguito del parere vincolante della conferenza dei Comuni di Monza e Brianza reso in data 26 giugno 2013 con la quale:

- è stato confermato l'affidamento del servizio idrico integrato ad un unico soggetto, individuato in Brianzacque srl, ferma restando la necessità di definire il riassetto societario secondo il c.d. "in house" come previsto dallo statuto di Brianzacque srl;

- è stata confermata la necessità che gli enti locali interessati diano disposizioni alle società che detengono le quote di Brianzacque srl per recederle, come da delibere di indirizzo delle società stesse, con gli strumenti tecnici più opportuni in relazione alle singole situazioni, ai Comuni medesimi e alla Provincia di Monza e Brianza nei tempi tecnici strettamente necessari.

Brianzacque s.r.l. è una società a responsabilità limitata a totale partecipazione pubblica e ad essa era affidata la gestione del servizio idrico integrato nell'area monzese-brianzola.

In relazione alla deliberazione impugnata i ricorrenti deducono i motivi di gravame di seguito sintetizzati:

1) violazione della normativa di derivazione comunitaria regolante gli affidamenti cosiddetti in house; violazione dell'art. 150 del d.lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per sviamento dell'azione amministrativa e per carenza dei presupposti: alla società Brianzacque non potrebbe essere affidato il servizio idrico in quanto la Società non possiederebbe - né potrebbe possedere neppure ad esito del riassetto societario in corso - le caratteristiche necessarie per l'affidamento *in house*;

2) nullità per difetto assoluto di attribuzione, ovvero illegittimità per difetto di competenza; violazione art. 21 septies della L. n. 241/1990: la deliberazione impugnata, assunta a seguito del parere vincolante reso dalla Conferenza dei Comuni in data 26 giugno 2013, sarebbe nulla per difetto assoluto di attribuzione, in quanto i Sindaci, in sede di Conferenza dei Comuni, si sarebbero espressi in una materia (quale il recesso delle quote di Brianzacques srl e, quindi, la partecipazione dell'ente locale a società di capitali) riservata alla competenza esclusiva dei consigli comunali ai sensi dell'art. 42 del D.lgs. 267/2000;

3) violazione degli artt. 822, comma 2 e 824, comma 1 c.c. nonché degli artt. 143 del d.lgs. n. 152/2006 e 23 bis, 5 comma, DL n. 112/2008: con la deliberazione impugnata si sarebbe violato il divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica delle infrastrutture idriche;

4) violazione dell'art. 28, comma 3 L. n. 244/2007: la deliberazione impugnata, prevedendo l'assunzione di nuove partecipazioni societarie e il mantenimento di quelle già possedute, avrebbe dovuto essere autorizzata dall'organo competente con delibera trasmessa alla sezione competente della Corte dei Conti.

I ricorrenti hanno quindi chiesto l'annullamento della deliberazione indicata in epigrafe, previa tutela cautelare.

Si sono costituiti in giudizio l'ATO della Provincia di Monza e Brianza nonché la società Brianzacque srl, che, oltre a contestare nel merito la fondatezza del ricorso, ne hanno eccepito l'inammissibilità per difetto di legittimazione e di interesse, nonché per mancata impugnazione degli atti presupposti.

Con ordinanza n.1032 del 25 settembre 2013 il Tar ha respinto la domanda cautelare ritenendo *“l'insussistenza dei presupposti per la concessione della tutela cautelare, in quanto, in disparte il profilo di carenza di interesse e di difetto di legittimazione, non risulta provato in alcun modo il periculum in mora, indicato genericamente in un danno erariale, mentre la sospensione dell'affidamento implicherebbe l'interruzione del servizio”* e rilevando che la questione necessitasse di un approfondimento incompatibile con la fase cautelare.

Hanno spiegato intervento *ad opponendum* la Provincia di Monza e Brianza ed il Comune di Vimercate.

In vista della trattazione nel merito della causa le parti resistenti e l'interveniente Comune di Vimercate hanno depositato memorie e documenti.

Indi all'udienza pubblica del 21 ottobre 2014 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione.

II) In via preliminare il Collegio deve esaminare le eccezioni di difetto di legittimazione e di interesse sollevate dalle parti resistenti e rilevate da questo Tribunale già in fase di deliberazione cautelare.

Deve osservarsi, infatti, che il ricorso all'esame è stato promosso dal Comitato Beni Comuni di Monza e Brianza e da tre consiglieri comunali di altrettanti Comuni. Le eccezioni sollevate devono essere esaminate partitamente in relazione ai diversi ricorrenti, con particolare riguardo al profilo della legittimazione ad agire.

II.a) Il Comitato, in punto di legittimazione ad agire, dichiara, nell'atto introduttivo del giudizio:

- di far parte *“di quell'ampio movimento a tutela dei "beni comuni" che è stato istituito nel 2009, al fine di difendere l'acqua pubblica”*;
- di perseguire la finalità *“di affrontare il problema della gestione ed erogazione dell'acqua affinché tutto il ciclo sia in mano pubblica”*;
- di essere dotato di un rilevante grado di rappresentatività territoriale;
- di operare sul territorio della Provincia di Monza e Brianza.

Ciò rilevato, deve premettersi, sotto un profilo generale, che il sistema di tutela giurisdizionale amministrativa ha il carattere di giurisdizione soggettiva e non di difesa dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa, alla stregua di un'azione popolare, e non ammette, pertanto, un ampliamento della legittimazione attiva al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (Cons. Stato sez. IV 6 dicembre 2013 n. 5830; sotto tale profilo cfr. anche Ad. Plen. n. 4/2011).

La legittimazione processuale si rinviene solo in capo ai soggetti che presentino una posizione differenziata, in virtù della titolarità, a monte, di una posizione giuridica soggettiva sostanziale precipua. Il presupposto e nel contempo l'effetto, è che nel processo amministrativo, fatta eccezione per ipotesi specifiche in cui è ammessa l'azione popolare (ad esempio il giudizio elettorale), non è consentito adire il relativo giudice unicamente al fine di conseguire la legalità e la legittimità dell'azione amministrativa, ove ciò non si traduca anche in uno specifico beneficio in favore di chi la propone, il quale, a sua volta, deve trovarsi in una situazione differenziata rispetto al resto della collettività e non sia un *quisque de populo*.

Con riguardo al tema della legittimazione per la tutela giurisdizionale di interessi collettivi espressi da soggetti esponenziali sorti in modo spontaneo, come i comitati, l'elaborazione giurisprudenziale pone quale requisito necessario l'effettiva rappresentatività del soggetto, ovvero l'effettiva attitudine dello stesso a rappresentare una determinata categoria organizzata, in assenza di un'espressa previsione legislativa che direttamente riconosca legittimazione a determinati soggetti. L'effettiva rappresentatività, in altri termini, è l'elemento che consente di “passare” dagli interessi diffusi (comuni a tutti gli individui di una certa formazione sociale non organizzata, che non si prestano ad essere tutelati in sede giurisdizionale, salve le ipotesi di azione popolare legislativamente previste) agli interessi collettivi, ovvero interessi che hanno come portatore un ente esponenziale di un gruppo non occasionale.

Sono stati quindi enucleati diversi indici atti a dimostrare, in funzione della legittimazione processuale, l'effettiva rappresentatività di un ente ai fini della tutela giurisdizionale dell'interesse collettivo di cui lo stesso si dichiara portatore. Tali indici sono stati individuati nei seguenti:

- la finalità di protezione dell'interesse collettivo quale fine cui è preordinata l'attività dell'ente in base alle finalità statutarie;
- la struttura organizzativa stabile, tale da consentire al soggetto di svolgere con continuità la propria attività a protezione dell'interesse collettivo;
- la c.d. *vicinitas*, ovvero la "prossimità" tra l'interesse che si assume lesa e la finalità statutaria dell'ente.

Ciò sinteticamente precisato, il Collegio osserva che, nel caso di specie, non è stato prodotto in giudizio lo Statuto del Comitato o il suo atto costitutivo. Risulta quindi preclusa in radice la possibilità di valutare la sussistenza degli indici sopra ricordati che consentono di verificarne l'effettiva rappresentatività al fine di sostanzare una posizione differenziata e qualificata.

Non costituiscono elementi idonei a tale scopo quelli meramente dichiarati dal Comitato ricorrente, senza alcun supporto documentale, nell'atto introduttivo del giudizio. Né, parimenti, appaiono utili in tal senso i documenti depositati dalla parte ricorrente nel corso dell'udienza pubblica. Si tratta infatti, da un lato, della segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato datata 4 marzo 2014, che, seppur riguarda il merito della vicenda, nulla dimostra sotto il profilo della legittimazione ad agire del Comitato ricorrente (neppure citato), dall'altro di una risposta scritta della Commissione VIII (Ambiente) della Camera dei Deputati datata 24 luglio 2014 in riscontro all'interrogazione parlamentare n. 5-01906 relativa al ricorso straordinario presentato dal Comitato: il contenuto di tale risposta, di nessuna vincolatività per il Tribunale, non surroga l'onere probatorio a carico del Comitato ricorrente in relazione agli elementi necessari a dimostrare l'effettiva rappresentatività dello stesso.

Per giurisprudenza consolidata, ai fini del riconoscimento giurisdizionale della legittimazione ad impugnare atti amministrativi, occorre che il comitato spontaneo sia munito di un adeguato grado di rappresentatività, di un collegamento stabile con il territorio di riferimento, e di un'azione dotata di apprezzabile consistenza, anche tenuto conto del numero e della qualità degli associati. Inoltre, occorre che l'attività del comitato si sia protratta nel tempo e che, quindi, il comitato non nasca in funzione dell'impugnativa di singoli atti e provvedimenti (in tal senso T.A.R. Toscana, sez. II, 25 agosto 2010, n. 4892). Del resto, anche con riferimento alle associazioni che si fanno portatrici di interessi diffusi, la giurisprudenza ne ammette la legittimazione ad agire dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione di atti ritenuti lesivi dei predetti interessi a condizione che esse posseggano i seguenti requisiti: a) perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di protezione degli interessi dedotti nel giudizio; b) abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità; c) abbiano un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa. Ciò in quanto lo scopo associativo non è di per sé sufficiente a rendere differenziato un interesse diffuso o adespota facente capo ad una parte più o meno ampia della popolazione (T.A.R. Catanzaro sez. I 9 maggio 2013 n.565; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 luglio 2012, n. 1914; Cons. Stato sez. IV 19 febbraio 2010 n. 1001; sez. V 14 giugno 2007 n. 3192 e 23 aprile 2007, n. 1830).

Come detto nel caso di specie manca qualunque dimostrazione circa la sussistenza della legittimazione ad agire in capo al Comitato, sotto il profilo della situazione giuridica soggettiva qualificata e differenziata.

II.b) Unitamente al Comitato, ricorrono altresì tre consiglieri comunali di altrettanti Comuni. In proposito con l'atto introduttivo del giudizio parte ricorrente invoca la legittimazione dei consiglieri di minoranza ad impugnare le deliberazioni dell'organo collegiale di cui fanno parte ovvero della

giunta del relativo Comune che investano la sua sfera giuridica e in relazione alle quali sia titolato a svolgere il proprio *officium*.

Ebbene, ad avviso del Collegio tali deduzioni non sono pertinenti al caso di specie.

Invero è stata impugnata la deliberazione dell'ATO e il presupposto parere della Conferenza dei Comuni della Brianza. Si tratta quindi di entità giuridiche che nulla hanno a che vedere con i consigli comunali cui fanno parte i consiglieri ricorrenti.

Va peraltro rammentato che anche la legittimazione dei consiglieri dissenzienti ad impugnare le deliberazioni dell'organo di cui fanno parte ha carattere eccezionale, dato che il giudizio amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di uno stesso ente, ma è diretto a risolvere controversie intersoggettive, per cui essa rimane circoscritta alle sole ipotesi di lesione della loro sfera giuridica (Cons. Stato sez. V 7 luglio 2014 n. 3446).

Nel caso di specie tale eccezionale ipotesi non ricorre.

Non sussiste dunque in capo agli odierni ricorrenti nessuna posizione giuridica qualificata e differenziata che li legittimi ad agire avverso gli atti indicati.

II.c) Quanto all'interesse ad agire, pur essendo quanto sopra esposto assorbente, per completezza il Collegio precisa che nel processo amministrativo tale condizione dell'azione è caratterizzata dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta e attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto, non essendo ammissibili azioni popolari, se non nei casi eccezionali, espressamente stabiliti dalla legge.

Nell'atto introduttivo del giudizio si deduce che *“la delibera impugnata leda gravemente gli interessi delle società operanti nel servizio idrico di cui gli stessi Comuni sono soci, imponendo agli altri enti locali interessati di disporre di queste società nonché di recedere le quote di altra società al fine di partecipare direttamente in quest'ultima, venendo così a ledere la sfera di competenza a loro riservata dal Testo Unico degli Enti Locali”*.

A margine della difficoltà di comprendere, in tesi, per quale delle due categorie di ricorrenti tale lesione si produrrebbe (il Comitato, da un lato, i consiglieri comunali in tale qualità dall'altro), ad avviso del Tribunale l'interesse all'azione dichiarato nel ricorso non corrisponde ad alcuna posizione giuridica soggettiva in capo agli odierni ricorrenti, né è dato riscontrare alcuna lesione della stessa derivante in via immediata e diretta dalla deliberazione impugnata.

Di contro, dall'esame complessivo delle deduzioni offerte, deve concludersi che l'interesse di cui i ricorrenti sono portatori è un interesse di mero fatto, come tale non tutelabile.

In conclusione, per le ragioni esposte, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a favore delle parti resistenti, ATO della Provincia di Monza e Brianza e società Brianzacque. In relazione ai soggetti intervenuti spontaneamente nel giudizio, il Collegio reputa congruo compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)

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

Condanna i ricorrenti, in solido, al pagamento delle spese del presente giudizio, che vengono liquidate in € 3.500,00 (tremilacinquecento), oltre accessori di legge, a favore dell'Azienda Speciale Ufficio d'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Monza e Brianza nonchè in € 3.500,00 (tremilacinquecento), oltre accessori di legge, a favore della società Brianzacque srl. Spese compensate in relazione alla Provincia di Monza e Brianza e al Comune di Vimercate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Valentina Santina Mameli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/11/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)