



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2608 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Romeo Gestioni S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Ferola, con domicilio eletto presso il suo studio in
Milano, Via Freguglia, 4

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Anna Tavano, Antonella Fraschini, Ruggero Meroni, Irma Marinelli, Anna Maria Pavin, Donatella Silvia, Maria Sorrenti e Loredana Mattaliano, con domicilio eletto in Milano, Via della Guastalla, 8

nei confronti di

Azienda lombarda edilizia residenziale (ALER) di Milano, rappresentata e difesa dall'avv. Grazia Basile, con
domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Viale Romagna, 26

e con l'intervento di

ad opponendum:

Regione Lombardia, rappresentata e difesa dall'avv. Piera Pujatti, domiciliata in Milano, Piazza Città di Lombardia,
1

sul ricorso numero di registro generale 2644 del 2009, proposto da:

Siram S.p.A. (già Siram Sì S.p.A. e, prim'ancora, Gefi Servizi Immobiliari S.p.A.), rappresentata e difesa dagli avv.ti
Loredana Grillo e Bruno Becchi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Serbelloni, 2

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Anna Tavano, Antonella Fraschini, Ruggero Meroni, Irma Marinelli, Anna Maria Pavin, Donatella Silvia, Maria Sorrenti e Loredana Mattaliano, con domicilio eletto in Milano, Via della Guastalla, 8

nei confronti di

Azienda lombarda edilizia residenziale (ALER) di Milano, rappresentata e difesa dall'avv. Grazia Basile, con
domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Viale Romagna, 26

e con l'intervento di

ad opponendum:

Regione Lombardia, rappresentata e difesa dall'avv. Piera Pujatti, domiciliata in Milano, Piazza Città di Lombardia,
1

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 2608 del 2009:

- della deliberazione di Giunta comunale di Milano n. 2121 dell'11.9.2009, avente ad oggetto l'” *individuazione ed attuazione del nuovo modello di gestione del patrimonio abitativo di proprietà comunale, con annessi usi diversi. Avvio delle fasi di transizione e sperimentazione*”; dei relativi allegati (di contenuto ignoto al tempo della proposizione del ricorso); del documento riferito alla “*gestione del patrimonio residenziale pubblico e delle unità immobiliari adibite ad usi diversi del Comune di Milano*” del 17.6.2009; delle deliberazioni di Consiglio comunale n. 71 del 28.7.2006, n. 61 del 23.12.2008 e n. 23 del 15.6.2009; della determinazione assunta dalla Giunta comunale in data 6.3.2009 con riguardo all'” *avvio di un tavolo di confronti con ALER di Milano con l'obiettivo di una gestione omogenea del patrimonio di edilizia residenziale pubblica*”; del verbale della commissione consiliare “*Casa e Demanio*” n. 4 del 29.7.2009 e della relativa informativa alla Giunta comunale; del provvedimento con cui è stato affidato il servizio di ricerca e sviluppo di cui al contratto del 30.7.2008 e del relativo elaborato del Politecnico di Milano; della convenzione eventualmente stipulata tra il Comune di Milano e l'ALER, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale: atti impugnati con il ricorso principale;
- della determinazione dirigenziale n. 99 del 25.9.2009, della deliberazione di G.C. n. 1540 del 21.5.2010 e della determinazione di approvazione della spesa e di liquidazione relativa all'anno 2010, nonché della deliberazione giuntale di approvazione del rendiconto relativo all'anno 2010: atti impugnati con motivi aggiunti;
- della deliberazione di G.C. n. 2618 del 18.11.2011, con cui il Comune di Milano ha prorogato sino al 31.12.2012 la fase sperimentale dell'affidamento e, come atto presupposto, della stessa proposta di deliberazione, nonché degli atti ivi richiamati (deliberazione di G.C. n. 3155 del 5.11.2010; relazione programmatica 2011; preventivo di gestione ALER per il 2011; relazione conclusiva della fase transitoria; deliberazione di G.C. n. 1302 del 29.4.2011): atti impugnati con ulteriori motivi aggiunti

quanto al ricorso n. 2644 del 2009:

- della deliberazione di Giunta comunale di Milano n. 2121 dell'11.9.2009, avente ad oggetto l'” *individuazione ed attuazione del nuovo modello di gestione del patrimonio abitativo di proprietà comunale, con annessi usi diversi. Avvio delle fasi di transizione e sperimentazione*” e degli atti a questa presupposti, segnatamente: la proposta di deliberazione giuntale; il verbale della commissione consiliare “*Casa e Demanio*” n. 4 del 29.7.2009 e la relativa informativa alla Giunta comunale del 31.7.2009; gli atti eventualmente adottati dal consiglio di amministrazione di ALER. e gli atti di affidamento di servizi e lavori eventualmente disposti, nonché per la declaratoria di nullità e/o caducazione della convenzione eventualmente stipulata tra il Comune di Milano e l'ALER: atti impugnati con ricorso principale;
- della deliberazione di G.C. n. 1540 del 21.5.2010, nonché degli atti a questa presupposti: atti impugnati con motivi aggiunti.

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e di ALER di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ai fini di una più agevole illustrazione dei fatti di causa, si procede ad una presentazione separata dei ricorsi, che per ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva sono stati riuniti con ordinanza n. 3173 del 15.12.2011.

1) R.G. 2608/2009

Con ricorso ritualmente proposto la società Romeo Gestioni S.p.A. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la deliberazione di Giunta comunale di Milano n. 2121 dell'11.9.2009, avente ad oggetto l'" *individuazione ed attuazione del nuovo modello di gestione del patrimonio abitativo di proprietà comunale, con annessi usi diversi. Avvio delle fasi di transizione e sperimentazione*"; i relativi allegati (di contenuto ignoto al tempo della proposizione del ricorso); il documento riferito alla "*gestione del patrimonio residenziale pubblico e delle unità immobiliari adibite ad usi diversi del Comune di Milano*" del 17.6.2009; le deliberazioni di Consiglio comunale n. 71 del 28.7.2006, n. 61 del 23.12.2008 e n. 23 del 15.6.2009; la determinazione assunta dalla Giunta comunale in data 6.3.2009 con riguardo all'" *avvio di un tavolo di confronti con ALER di Milano con l'obiettivo di una gestione omogenea del patrimonio di edilizia residenziale pubblica*"; il verbale della commissione consiliare "*Casa e Demanio*" n. 4 del 29.7.2009 e la relativa informativa alla Giunta comunale; il provvedimento con cui è stato affidato il servizio di ricerca e sviluppo di cui al contratto del 30.7.2008 e del relativo elaborato del Politecnico di Milano; la convenzione eventualmente stipulata tra il Comune di Milano e l'ALER, nonché ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

A fondamento dell'impugnazione la società ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

1°) violazione ed errata applicazione degli artt. 7 e 8 della legge n. 241/90; eccesso di potere per violazione dei principi di partecipazione e contraddittorio;

2°) incompetenza; violazione ed errata applicazione degli artt. 42, 48 e 107 del d.lgs. n. 267/2000, nonché dell'art. 36 dello Statuto comunale; eccesso di potere per violazione della deliberazione di C.C. n. 135 del 27.6.1996; eccesso di potere per perplessità; sviamento;

3°) incompetenza; violazione dell'art. 3, comma 42, lett. d) della legge regionale n. 1/2000; eccesso di potere per errore sul presupposto;

4°) violazione dell'art. 3, comma 42, lett. d) della legge regionale n. 1/2000; violazione degli artt. 3 e 19, comma 2 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 18 della Direttiva 18/2004 in relazione agli artt. 1, 49, 50, 81 e ss., 86 del Trattato U.E.; violazione dell'art. 5, comma 1, lett. b) della legge regionale n. 13/1996; violazione degli artt. 1703 e ss. codice civile; eccesso di potere per errore sul presupposto; sviamento;

5°) ulteriore violazione dell'art. 5, comma 1, lett. b) della legge regionale n. 13/1996; eccesso di potere per errore sul presupposto;

6°) violazione ed errata applicazione degli artt. 151, 162, 171 de d.lgs. n. 267/2000; illogicità manifesta; carenza dei presupposti;

7°) eccesso di potere per illogicità manifesta; difetto di istruttoria; travisamento; erroneità dei presupposti; violazione del principio del contraddittorio;

8°) violazione ed errata applicazione dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, convertito in legge con modificazioni dall'art. 1 della legge n. 133/2008; eccesso di potere per mancanza dei presupposti per procedere all'affidamento diretto; difetto di istruttoria.

In data 30.9.2001 si è ritualmente costituito in giudizio il Comune di Milano, opponendosi ai motivi di ricorso e chiedendone la reiezione, con vittoria di spese; si è altresì costituita in giudizio, sempre il 30.9.2001, l'Azienda lombarda edilizia residenziale (ALER) di Milano, parimenti opponendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone, pertanto, la reiezione con vittoria di spese.

La discussione nel merito del ricorso, inizialmente fissata per il 2.11.2011, è stata rinviata – con accordo delle parti sul dimezzamento dei termini processuali – all'udienza del 14.12.2011, e ciò in quanto, con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 25.10.2011, la società ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 99 del 25.9.2009, la deliberazione di G.C. n. 1540 del 21.5.2010 e la determinazione di approvazione della spesa e di liquidazione relativa all'anno 2010, nonché la deliberazione giunta di approvazione del rendiconto relativo all'anno 2010.

A fondamento del ricorso per motivi aggiunti la società Romeo Gestioni S.p.A. ha dedotto:

1° motivo aggiunto) illegittimità derivata dei successivi atti impugnati;

2° motivo aggiunto) incompetenza; violazione ed errata applicazione degli artt. 42, 48 e 107 del d.lgs. n. 267/2000, nonché dell'art. 36 dello Statuto comunale; eccesso di potere per violazione della deliberazione di C.C. n. 135 del 27.6.1996; eccesso di potere per perplessità; sviamento;

3° motivo aggiunto) violazione della deliberazione di C.C. n. 61/2008 e dell'art. 5, comma 1, lett. b) della legge regionale n. 13/1996; eccesso di potere per errore sul presupposto, contraddittorietà, difetto di istruttoria; violazione degli artt. 151, 162 e 171 del d.lgs. 267/2000, sviamento;

4° motivo aggiunto) eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti;

5° motivo aggiunto) violazione del contratto stipulato tra il Comune di Milano e la società Romeo Gestioni S.p.A. e del relativo capitolato, nonché della convenzione tra il Comune di Milano e l'ALER; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, errore sul presupposto, travisamento dei fatti.

Ha infine proposto domanda di risarcimento del danno per perdita di *chance*, quantificato nel 5% del valore dell'affidamento.

Per completezza va, poi, riportato che con un secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 13.12.2011, la società ricorrente ha impugnato la deliberazione di G.C. n. 2618 del 18.11.2011, con cui il Comune di Milano ha prorogato sino al 31.12.2012 la fase sperimentale dell'affidamento e, come atto presupposto, la stessa proposta di deliberazione, nonché gli atti ivi richiamati (deliberazione di G.C. n. 3155 del 5.11.2010; relazione programmatica 2011; preventivo di gestione ALER per il 2011; relazione conclusiva della fase transitoria; deliberazione di G.C. n. 1302 del 29.4.2011), deducendo:

1° motivo (secondi motivi aggiunti) l'illegittimità derivata dei successivi atti impugnati;

2° motivo (secondi motivi aggiunti) incompetenza; violazione ed errata applicazione degli artt. 42, 48 e 107 del d.lgs. n. 267/2000, nonché dell'art. 36 dello Statuto comunale; eccesso di potere per violazione della deliberazione di C.C. n. 135/1996 e 61/2008; violazione dell'art. 49 del d.lgs. 267/2000; difetto di istruttoria e di motivazione; contraddittorietà; travisamento dei fatti; sviamento.

Ha inoltre chiesto, in via istruttoria, disporsi "*consulenza tecnica in ordine alla valutazione di convenienza dell'affidamento diretto all'ALER*" (pag. 5).

All'udienza del 14 dicembre 2011 il Collegio ha preliminarmente disposto, con ordinanza n. 3173 del 15.12.2011, la riunione, al presente giudizio, di altro giudizio successivamente proposto (R.G. 2644/2009), valutando necessaria una verifica "*allo scopo di accertare, alla luce dei criteri somministrati dalla Corte di giustizia, sentenza Teckal, C-107/98, dalla Corte costituzionale, sentenza n. 439 del 2008 e dalla giurisprudenza*

amministrativa (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1 del 2008) se la parte prevalente dell'attività di ALER sia indirizzata a favore della Regione e Comune di Milano".

Con la medesima ordinanza si è pertanto disposta l'acquisizione – a cura del verificatore, individuato nel Ministero dell'Economia e delle Finanze (con facoltà di delega a funzionario di comprovata esperienza e capacità) – dei *"bilanci di ALER, e tutta l'ulteriore documentazione contabile, contrattuale ed amministrativa necessaria a stabilire: a) se ALER, direttamente o per mezzo di società da essa costituita e controllata, gestisca il patrimonio immobiliare di soggetti pubblici e privati diversi da Regione e Comune, o comunque svolga ulteriori attività in favore di essi; se, in caso positivo, percepisca un corrispettivo; quale incidenza tale corrispettivo abbia sul fatturato complessivo di ALER; se tali soggetti operino sul territorio di competenza ALER ai sensi dell'art. 11, comma 2, della l. r. n. 27 del 2009; in particolare, se tra tali servizi vi siano quelli indicati dall'art. 12, comma 1, lett. e) della medesima legge; se tali attività siano state autorizzate dalla Giunta regionale, ai sensi dell'art. 12, comma 2; se ALER abbia partecipato a gare ad evidenza pubblica bandite da altre Amministrazioni, in condizioni concorrenziali con operatori privati, ai fini di conseguire utilità economica; se ALER abbia operato al di fuori del settore dell'edilizia residenziale pubblica"*, fissando il termine per il deposito della relazione entro il 30.3.2012 e la trattazione del merito per l'udienza del 18.4.2012.

In accoglimento di specifica richiesta del verificatore, dott. Pietro Voci, con decreto presidenziale del 6.3.2012, n. 554 si è provveduto a prorogare il termine per il deposito fino al 15.5.2012 (tale proroga ha poi consentito il tempestivo deposito in data 14.5.2012).

Pertanto, essendo stata disposta la proroga del termine per il deposito della verifica, la discussione all'udienza del 18.4.2012 non ha avuto luogo ed è stata, poi, fissata al 10.10.2012.

Nelle more, si è costituita in giudizio la Regione Lombardia con atto di intervento *ad opponendum* depositato in data 2.8.2012, chiedendo la reiezione del ricorso.

In vista dell'udienza di merito, le parti hanno ritualmente depositato le rispettive memorie e repliche.

In particolare:

- nella memoria depositata il 21.9.2012 (anticipata dal deposito, in data 18.9.2012, di una consulenza tecnica di parte, contenente osservazioni critiche alla verifica), la società ricorrente ha sostanzialmente dedotto che *"sull'affidamento diretto dal Comune ad ALER è mancato l'accordo con la Regione di cui all'art. 3, co. 42, lett. d) della L.R. n. 1/2000"*; che *"l'attività svolta da ALER in favore del Comune di Milano è subvalente rispetto a quella relativa al proprio patrimonio ERP"*; che *"manca nei rapporti Comune – ALER il c.d. controllo analogo"*, richiamandosi, per il resto, *"integralmente i motivi del ricorso principale e i due ricorsi per motivi aggiunti"* (cfr. pag. 5);
- nella memoria depositata il 24.9.2012, il Comune di Milano ha ribadito che *"il modello di gestione condiviso tra Comune ed Aler attua uno strumento organizzativo alternativo al modello meramente privatistico dell'appalto di servizi"* (cfr. pag. 2);
- nella memoria depositata il 24.9.2012, l'ALER ha sottolineato che nella sentenza n. 6275/2002 (resa tra le parti, come meglio si dirà appresso) il Consiglio di Stato *"ha confermato l'esclusione dell'Azienda dalla gara sul presupposto della natura dell'Aler di ente strumentale del Comune"* (cfr. pag. 4), inoltre rimarcando che *"dall'esame della convenzione emerge inoltre che tra Comune ed Aler esiste una condivisione di compiti e di responsabilità ben diversa da quella che c'è in un appalto"* (cfr. pag. 12);
- nella memoria depositata il 24.9.2012, la Regione Lombardia si è riportata alle conclusioni precedentemente rassegnate.

Infine, sono state ritualmente depositate le memorie di replica della società ricorrente (28.9.2012) e dell'ALER

(29.9.2012), che hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

2) R.G. 2644/2009

Con ricorso ritualmente proposto la società Siram Si S.p.A. (già Gefi Servizi Immobiliari S.p.A.) ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la deliberazione di Giunta comunale di Milano n. 2121 dell'11.9.2009, avente ad oggetto l'” *individuazione ed attuazione del nuovo modello di gestione del patrimonio abitativo di proprietà comunale, con annessi usi diversi. Avvio delle fasi di transizione e sperimentazione*” e gli atti a questa presupposti, segnatamente: la proposta di deliberazione giuntale; il verbale della commissione consiliare “*Casa e Demanio*” n. 4 del 29.7.2009 e la relativa informativa alla Giunta comunale del 31.7.2009; gli atti eventualmente adottati dal consiglio di amministrazione di ALER. e gli atti di affidamento di servizi e lavori eventualmente disposti, nonché la declaratoria di nullità e/o caducazione della convenzione eventualmente stipulata tra il Comune di Milano e l'ALER.

A fondamento dell'impugnazione la società ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

1°) incompetenza, violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 48 e 108 del d.lgs. 267/2000; travisamento, erronea motivazione;

2°) sotto altro profilo, violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 48 del d.lgs. 267/2000; contraddittorietà manifesta;

3°) violazione e falsa applicazione degli artt. 151, 162, 171 e 175 del d.lgs. 267/2000; illogicità manifesta;

4°) violazione e falsa applicazione degli artt. 1, comma 1, lett. a) della direttiva CE 92/50 e 94/37 in relazione alla parte I, titolo II, art. 20 e allegato II – A del d.lgs. 163/2006; violazione del principio di concorsualità degli affidamenti; erronea e contraddittoria motivazione;

5°) violazione e falsa applicazione degli artt. 1704 e ss del codice civile e dell'art. 5 della legge regionale n. 13/96, dell'art. 3, comma 42, lett. d) della legge regionale n. 1/2000; travisamento e difetto dei presupposti; istanza di rinvio pregiudiziale ex art. 234 del Trattato CE;

6°) violazione e falsa applicazione dell'art. 33, comma 3 del d.lgs. 163/2006; illogicità manifesta;

7°) eccesso di potere per illogicità manifesta; difetto di istruttoria e travisamento.

E' da precisare che la società ricorrente ha chiesto, in via pregiudiziale, il rinvio alla Corte di Giustizia della questione dedotta con il quinto motivo di ricorso.

In data 30.9.2001 si è ritualmente costituito in giudizio il Comune di Milano, opponendosi ai motivi di ricorso e chiedendone la reiezione, con vittoria di spese; si è altresì costituita in giudizio, sempre il 30.9.2001, l'Azienda lombarda edilizia residenziale (ALER) di Milano, parimenti opponendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone, pertanto, la reiezione con vittoria di spese.

La discussione nel merito del ricorso, inizialmente fissata per il 2.11.2011, è stata rinviata – con accordo delle parti sul dimezzamento dei termini processuali – all'udienza del 14.12.2011 e ciò in quanto con ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 21.10.2011, la società ricorrente aveva impugnato la deliberazione di G.C. n. 1540 del 21.5.2010, nonché gli atti a questa presupposti e conseguenti, deducendo gli stessi motivi già oggetto del ricorso principale.

Si è detto, in precedenza, che con ordinanza n. 3173 del 15.12.2011 il Collegio ha disposto la riunione del presente giudizio a quello R.G. 2608/2009, nonché la verifica poi ritualmente depositata il 14.5.2012.

Nelle more, si è costituita in giudizio la Regione Lombardia con atto di intervento *ad opponendum* depositato in data 11.9.2012, chiedendo la reiezione del ricorso.

In vista dell'udienza di merito, le parti hanno ritualmente depositato le rispettive memorie e repliche, riportandosi alle conclusioni precedentemente rassegnate.

All'udienza del 10.10.2012 entrambe le cause sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

I ricorsi sono infondati e vanno, pertanto, respinti per le seguenti ragioni.

Il Collegio ritiene opportuni alcuni cenni sul servizio controverso, relativo alla gestione del patrimonio immobiliare pubblico del Comune di Milano: patrimonio che per la notevole imponenza (circa 26.534 unità abitative, con annessi usi diversi, ad esclusione di box e posti auto) è stato originariamente suddiviso in quattro lotti funzionali, aventi ad oggetto il *“servizio globale per la gestione del patrimonio di edilizia residenziale di proprietà del Comune di Milano e delle attività di censimento delle situazioni di abusivismo e di esecuzione degli sfratti”*, il primo dei quali affidato alla società Romeo Gestioni S.p.A. con decorrenza dall'1.10.2003 fino al 30.9.2009, mentre il terzo lotto e, pro quota, il quarto, è stato affidato, per la medesima durata, alla società Gefi Fiduciaria Romana S.p.A. (cui è subentrata, dall'1.1.2008, la società Gefi Servizi Immobiliari S.p.A. – oggi Siram Sì S.p.A., odierna ricorrente – a seguito di cessione del ramo d'azienda).

Ora, in ragione dell'imminente scadenza contrattuale, da un lato, e, dall'altro, della necessità, non meno rilevante, di individuare un modello di gestione esteso agli *“alloggi attualmente in fase di ultimazione o in fase di costruzione/cantierizzazione pari a 1.329, nonché gli alloggi di cui è prevista la realizzazione dei prossimi anni in esecuzione di programmi approvati dall'Amministrazione comunale ed oggetto di cofinanziamento da parte della Regione Lombardia e/o dello Stato, pari a 761 unità abitative, per un totale di 2.090 nuovi alloggi”* (cfr. pag. 2 deliberazione di G.C. n. 2121/09), l'Amministrazione ha assunto la decisione di non riproporre più il precedente modello di gestione (c.d. *“global service”*).

Una siffatta scelta risulta indotta dalla considerazione, esplicitata nel preambolo della deliberazione impugnata, che *“gli esiti della gestione global service del patrimonio abitativo comunale inducono ad una valutazione negativa, sia per l'impatto sul bilancio comunale in termini di costo del servizio, di alto tasso di morosità degli inquilini, di difficoltà a costituire il quadro conoscitivo relativo alla consistenza del patrimonio e ai dati contabili riferiti ai singoli inquilini, sia per la generale insoddisfazione dell'utenza; pertanto, l'esperienza in via di conclusione invita ad esperire una nuova modalità gestionale del patrimonio abitativo comunale”*, (cfr. pag. 2 cit.).

L'Amministrazione ha quindi individuato alcuni specifici disservizi – come la disomogeneità dei sistemi informatici di gestione dei dati, la *“diversità del costo dei servizi erogati agli inquilini, determinato da ciascun gestore sulla base della propria offerta di gara”*, le *“difficoltà di controllo sulla qualità e sullo svolgimento dei servizi e degli interventi manutentivi”*, la *“gestione della morosità (...) condizionata dal fatto che i gestori sono incentivati all'azione di recupero di morosità consolidate, piuttosto che alla prevenzione”* – sostanzialmente imputati all'opzione gestionale, rivelatasi a posteriori non efficace, di suddividere il patrimonio in quattro lotti funzionali.

Tale analisi è stata posta a base della decisione di *“rendere più efficiente la gestione del patrimonio immobiliare pubblico”*, obiettivo, questo, dichiarato nella relazione previsionale e programmatica relativa al bilancio di previsione per l'esercizio 2009, approvata con deliberazione del Consiglio comunale n. 61 del 23.12.2008 e costituente atto presupposto – peraltro ritualmente impugnato da entrambe le società ricorrenti – della censurata deliberazione giuntale.

A tal fine, l'Amministrazione comunale si è proposta di *“superare le criticità dell'attuale gestione del global service”* attraverso l'elaborazione di un sistema informatico e di un *data base* unico, il *“coordinamento delle attività di rapporto con gli inquilini, sia per quanto attiene la modalità di erogazione dei servizi che le modalità degli interventi di manutenzione”*, la *“riduzione delle percentuali della morosità e del relativo contenzioso attraverso la costituzione di piani di rientro e un più puntuale presidio delle procedure di riscossione”*, e, infine, il

“miglioramento della qualità del servizio e introduzione di forme di monitoraggio della soddisfazione degli utenti” (cfr. pag. 149).

Attività, queste, ritenute incompatibili con il persistere di una gestione immobiliare frazionata in lotti, apparendo invece preferibile una “*gestione unitaria di tutto il patrimonio abitativo pubblico esistente sul territorio cittadino, sia di proprietà comunale che di A.L.E.R.*”.

Nondimeno, l’Amministrazione ha ritenuto di attenuare le ragioni di contrasto con i precedenti affidatari, preventivamente regolando le eventuali pendenze a mezzo dell’accordo conciliativo per la “*definizione transattiva delle attività e dei tempi necessari per la validazione dei dati di gestione e la liquidazione delle richieste economiche vantate dal gestore e del contenzioso in atto*”, stipulato in data 26.3.2010 con la società Romeo Gestioni S.p.A., nonché mediante l’accordo conciliativo per la “*definizione transattiva delle attività e dei tempi necessari per la validazione dei dati di gestione e la liquidazione delle richieste economiche vantate dal gestore*”, stipulato in data 31.3.2010 con le società Gefi Fiduciaria Romana S.p.A. e Gefi Servizi Immobiliari S.p.A.

Quanto al nuovo modello gestorio, con la deliberazione della Giunta impugnata è stato conferito apposito mandato con rappresentanza all’ALER, e ciò, ad avviso dell’Amministrazione comunale, in sintonia con le disposizioni di cui all’art. 5, comma 1, lett. b) della legge regionale n. 13/96, secondo cui “*le ALER (...) nel quadro della programmazione regionale, provinciale e comunale, anche mediante la realizzazione di attività imprenditoriali, purchè prevalentemente finalizzate a tale funzione sociale (...) gestiscono il patrimonio di edilizia residenziale pubblica proprio e, se delegate, degli altri soggetti pubblici eventualmente interessati, favorendo la gestione dei servizi da parte dell’utenza*”; dell’art. 3, comma 42, lett. d) della legge regionale n. 1/2000, secondo cui “*la Regione, tramite le ALER (...) assicura altresì (...) la possibilità di gestione unificata del patrimonio di edilizia residenziale pubblica presente sul territorio, previo accordo con i comuni proprietari di alloggi*”; in ultimo, della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 12 novembre 2002, n. 6275, con cui sono stati definiti alcuni giudizi (tra cui, r.g. 582/2002 proposto dalla società Romeo Gestioni S.p.A.; r.g. 11977/2001 proposto dalla società Gefi Fiduciaria Romana S.p.A., entrambi relativi alla gestione del patrimonio pubblico) statuendosi, tra l’altro, la qualificazione dell’ALER come ente strumentale del Comune di Milano.

Il conferimento dell’incarico gestorio all’ALER – strutturato in funzioni di *property management* (gestione amministrativa, contabile, mobilità, comunicazione con l’utenza) e di *facility management* (gestione di servizi e forniture; tecnico-manutenitiva; servizio reperibilità), e sostanziato dallo svolgimento, congiunto tra Comune ed ALER, delle funzioni relative al “*monitoraggio dello stato dei quartieri, supporto sociale e promozione dei quartieri, gestione sociale dei progetti di trasformazione*” (cfr. pag. 9 delibera G.C. n. 2121/09) – è stato, inizialmente, limitato alla fase transitoria (della durata di otto mesi, dall’1.10.2009 al 31.5.2010) e a quella sperimentale (della durata di 19 mesi, dall’1.6.2010 al 31.12.2011), subordinandosi il passaggio alla fase c.d. “a regime”, costituente “*il periodo di effettiva piena gestione*”, “*alle valutazioni e agli indirizzi del Consiglio comunale*” (cfr. pag. 19 delibera G.C. n. 2121/09).

Infine, con riferimento al compenso da riconoscere all’ALER, si è previsto di determinarne l’importo “*sulla base delle unità immobiliari in gestione*”, differenziando:

- le attività di *property management* secondo un modello ad iniziale importo massimo (€ 23/mese, oltre iva, per ciascuna unità immobiliare locata, esclusi box e posti auto), comunque soggetto a variazione “*a seconda della tipologia di unità immobiliare e dello stato della locazione*”; con la previsione che “*per le unità immobiliari occupate abusivamente, ai fini del compenso, si applica quanto previsto per le unità sfitte*” e con un meccanismo di abbattimento “*in ragione del miglioramento atteso di efficienza della gestione*”;
- le attività di *facility management* sarebbero state remunerate nella misura di € 3,47/mese (oltre iva) nella fase

sperimentale (ed €. 6,94/mese, oltre iva, nell'eventuale fase a regime) sotto la duplice verifica della "diminuzione del costo dei servizi a carico della proprietà e degli inquilini" e del "miglioramento della qualità dei servizi", tale compenso in ogni caso variando – in analogia a quanto previsto in tema di *property management* – "in relazione alla tipologia di unità immobiliare e allo stato della locazione" (cfr. pag. 14 deliberazione di G.C. n. 2121/09);

- gli interventi tecnico-manutentivi, per i quali il compenso sarebbe stato determinato "a consuntivo, in misura percentuale (già prefissata in relazione alla tipologia di intervento, ndr) sull'importo netto dei lavori effettuati" (cfr. pag. 15 delibera G.C. n. 2121/09);

- incentivi o sanzioni, preventivamente previsti, in relazione al rapporto tra compenso e conseguimento degli obiettivi di gestione.

Ciò precisato, può passarsi all'esame del ricorso R.G. 2608/2009.

È infondato il primo motivo del ricorso principale, con cui la società ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 7 e 8 della legge n. 241/90 e l'eccesso di potere per violazione dei principi di partecipazione e di contraddittorio, sostenendo che "il Comune avrebbe dovuto comunicare formalmente l'avvio del procedimento alla ricorrente in quanto gestore del servizio", essendo questa "comunque interessata a partecipare alla procedura per l'assegnazione una volta scaduto il contratto" (cfr. pag. 9).

Ciò deve affermarsi in quanto:

- la qualità, in capo alla società ricorrente, di precedente affidataria del servizio – peraltro approssimandosi, alla data di adozione della contestata deliberazione (11.9.2009), la naturale scadenza contrattuale (30.9.2009) – non può reputarsi idonea a determinare "una posizione differenziata rispetto a qualsiasi altro operatore economico del settore", restando l'Amministrazione esonerata dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6536);

- il Comune di Milano ha dichiaratamente assunto la decisione di promuovere una nuova e diversa modalità di gestione del servizio attraverso la cooperazione con un'altra Amministrazione pubblica e non con privati operatori. Con il secondo motivo di ricorso la società ricorrente ha censurato la legittimità della deliberazione impugnata per incompetenza della Giunta, e ciò per violazione ed errata applicazione degli artt. 42, 48 e 107 del d.lgs. n. 267/2000 e dell'art. 36 dello Statuto comunale, nonché per eccesso di potere e violazione della deliberazione di C.C. n. 135 del 27.6.1996, in cui l'Amministrazione avrebbe invece manifestato la disponibilità a concedere una proroga del *global service*.

Si tratta, tuttavia, di motivo infondato, posto che:

- la deliberazione di G.C. n. 2121/09 costituisce, sul piano programmatico, attuazione di un precedente indirizzo politico, trasfuso nel piano generale di sviluppo del Comune di Milano, approvato con deliberazione di C.C. n. 71 del 28.7.2006, che, prendendo le mosse dall'obiettivo strategico di migliorare la gestione immobiliare, si è tradotto in una pianificazione, dettagliata nella relazione previsionale e programmatica relativa al bilancio 2009 (approvata con deliberazione di C.C. n. 61 del 23.12.2008), nella quale l'Amministrazione ha dato atto della necessità di conseguire il "superamento dei noti problemi del *global service*" e di pervenire ad una "gestione unitaria di tutto il patrimonio abitativo pubblico esistente sul territorio cittadino, sia di proprietà comunale che di A.L.E.R." (cfr. pag. 4 – 5 delibera G.C. 2121/09);

- il passaggio alla fase c.d. "a regime", costituente, come si è detto, "il periodo di effettiva piena gestione", è stato subordinato "alle valutazioni e agli indirizzi del Consiglio comunale".

Possono, invece, esaminarsi congiuntamente il terzo, quarto e quinto motivo di ricorso.

Con il terzo motivo la società ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 3, comma 42, lett. d) della legge regionale n. 1/2000, oltre all'eccesso di potere per errore sul presupposto, assumendo che "non può revocarsi in dubbio che il

Comune non poteva procedere, in luogo e comunque senza concorso della Regione, ad un affidamento diretto”, non prevedendo, tale disposizione, “forme intersoggettive di affidamento diretto, limitandosi ad assicurare l’obiettivo della gestione unitaria, che ben può essere soddisfatto con la complessiva esternalizzazione dei servizi, nel rispetto della normativa di evidenza pubblica” (cfr. pag. 18).

Con il quarto motivo la medesima disposizione della legge regionale è stata censurata in combinato disposto con gli artt. 3 e 19, comma 2 del d.lgs. 163/2006, con l’art. 18 della Direttiva 18/2004 e con gli artt. 1, 49, 50, 81 e ss., 86 del Trattato U.E., sostenendosi che sia le disposizioni nazionali, sia quelle comunitarie escluderebbero *“l’applicazione della disciplina di evidenza pubblica per l’affidamento dei servizi nel rapporto tra Amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che: a) sussista la preventiva attribuzione, in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, di un diritto speciale o esclusivo; b) dette disposizioni siano compatibili con il Trattato”*, e che *“nel caso di specie entrambe le condizioni difettano”* (cfr pag. 19).

La società Romeo Gestioni S.p.A. ha inoltre dedotto la violazione dell’art. 5, comma 1, lett. b) della legge regionale n. 13/1996 e delle disposizioni del codice civile sul mandato con rappresentanza, opponendo che *“l’istituto della delegazione amministrativa intersoggettiva (...) si distingue dal mandato con rappresentanza non solo per la natura (pubblicistica per l’una, privatistica per l’altro) del negozio ma anche per struttura e funzionalità”* (pagg. 20 – 21).

La disposizione di cui all’art. 5, comma 1, lett. b) della legge regionale n. 13/1996 è stata inoltre censurata con il quinto motivo di ricorso, deducendosi, in particolare, l’illegittimità dello sconfinamento dai *“limiti oggettivi di operatività della disposizione”*, che non potrebbe *“essere invocata a sostegno dell’affidamento diretto della gestione di immobili adibiti ad usi diversi”* (pag. 24).

Riguardo ai profili in questione, il Collegio, una volta delineatosi il *thema decidendum* per effetto della proposizione, da parte della società ricorrente, di ulteriori motivi di impugnazione mediante il deposito di due successivi atti di motivi aggiunti, ha disposto, con ordinanza n. 3173 del 15.12.2011, la riunione, al presente giudizio, di altro giudizio (R.G. 2644/2009), e una verifica *“allo scopo di accertare, alla luce dei criteri somministrati dalla Corte di giustizia, sentenza Teckal, C-107/98, dalla Corte costituzionale, sentenza n. 439 del 2008 e dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1 del 2008) se la parte prevalente dell’attività di ALER sia indirizzata a favore della Regione e Comune di Milano”*, ritenendo, in sostanza, imprescindibile stabilire, ai fini della decisione delle controversie, se la gestione affidata all’ALER sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario e con le disposizioni di diritto interno che di tale ordinamento costituiscono diretta espressione.

A tal fine è stata prescritta al verificatore un’analisi ad ampio raggio, da cui è emersa l’esclusività dell’attività di ALER nei confronti delle Amministrazioni comunali servite, l’assai contenuto ammontare dei corrispettivi erogati (compresi tra lo 0,01% e lo 0,09%), la limitazione dell’operatività dell’attività dell’azienda entro il territorio provinciale di Milano, l’insussistenza di attività di carattere consulenziale, l’assenza di una preventiva autorizzazione regionale e la mancata partecipazione a procedure di gara indette da altre Amministrazioni, tutto ciò deponendo a favore dell’integrale inerenza dell’attività svolta dall’ALER al servizio di edilizia residenziale pubblica.

Tali risultanze sono state motivatamente contestate dalla società ricorrente, che ha depositato una consulenza tecnica di parte nella quale, oltre a dedursi una carenza di completa informazione da parte della direzione generale dell’azienda, si è, tra l’altro, rimarcato l’omesso riferimento ad una società controllata al 100% (la Asset s.r.l.), avente come oggetto sociale l’attività di *“gestione di immobili (...) non rientranti nell’ambito dell’edilizia residenziale pubblica”*, nonché *“l’attività di assistenza e gestione amministrativa e commerciale ivi compresa*

l'attività di property, per conto di enti e di società consociati e di terzi" (cfr. pag. 2); che il corrispettivo erogato all'ALER comprenderebbe *"anche quanto bollettato a titolo di canone"*; che l'astensione dalla partecipazione a gare pubbliche sarebbe limitata all'ultimo triennio.

Da quanto sostenuto da tutte le parti è possibile trarre due opposte tesi:

A) la società ricorrente ha sostenuto l'inammissibilità e/o l'illegittimità di un affidamento diretto da parte del Comune di Milano in favore di ALER, corroborando tale affermazione sul presupposto che l'attività effettivamente affidata (*property e facility management* di immobili residenziali ed usi diversi) sarebbe estranea al solo ambito istituzionale; che in ogni caso la parte essenziale delle attività dell'ALER non sarebbe limitata ai compiti assegnate dall'Amministrazione comunale (l'incidenza numerica del patrimonio del Comune di Milano – poco meno di 30.000 unità immobiliari – sul patrimonio gestito dalla stessa azienda – circa 71.000 unità immobiliari – sarebbe pari al 42%, cfr. pag. 2 CTP); che, soprattutto, l'Amministrazione non eserciterebbe sull'azienda un rapporto di controllo analogo, requisito non surrogabile né per effetto dell'accertata relazione di strumentalità, né per effetto del riconoscimento in via legislativa di un rapporto di delegazione amministrativa intersoggettiva, riferimenti, questi, entrambi operati dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 12 novembre 2002, n. 6275, cui – per vero – la stessa ricorrente ha attribuito valore di *"giudicato inter partes e quindi vincolante per il Comune"* (cfr. pag. 20 ricorso);

B) il Comune di Milano ha invece sostenuto che *"la delega fra enti pubblici in funzione organizzativa è una modalità di esercizio dell'attività alternativa a quella dell'appalto"* (cfr. pag. 13 memoria del 30.11.2011); che l'attività affidata all'ALER sarebbe caratterizzata dallo *"svolgimento congiunto delle funzioni di sostegno all'abitare e di promozione dei quartieri"*, preordinandosi al conseguimento dell'*"autostenibilità del sistema ERP"*, ed infine replicando, in ordine ai profili economici, che *"il costo che il Comune rimborsa e quello ripetibile dall'inquilino, è quello effettivo risultante alla stipulazione dei contratti"* (cfr. pag. 18).

C) la Regione Lombardia, interveniente *ad opponendum*, ha supportato la tesi dell'Amministrazione comunale richiamando la sentenza *Amburgo* (Corte di Giustizia, causa C-480/06), nella quale si è stabilito che *"la legislazione UE non impone alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare congiuntamente le loro funzioni di servizio pubblico"*, tale principio attagliandosi perfettamente alla fattispecie controversa. Medesimo richiamo giurisprudenziale è stato operato dall'ALER (cfr. pag. 10 memoria del 24.9.2012).

Ciò rappresentato, ritiene il Collegio che i motivi di ricorso in questione siano infondati, e ciò per due fondamentali ragioni: la prima, relativa alla corretta interpretazione delle disposizioni della legislazione regionale sul rapporto di delega; la seconda, relativa alla legittima applicazione della disciplina comunitaria sugli affidamenti.

Quanto alla legislazione regionale, occorre considerare che la disciplina delineata dall'art. 3, comma 42, della L.r. n. 1/2000, in cui si prevede che *"la Regione, tramite le ALER di cui alla l.r. 10 giugno 1996, n. 13 (applicabile ratione temporis, ndr) assicura altresì (...) la possibilità di gestione unificata del patrimonio di edilizia residenziale pubblica presente sul territorio, previo accordo con i comuni proprietari di alloggi"*, non può che strettamente integrarsi, sul piano dell'effettività, con l'istituto della delega amministrativa intersoggettiva, originariamente introdotto dall'art. 5, comma 1, lett. b) della L.r. n. 13/1996 (oggi art. 12, comma 1, lett. b) della L.r. 27/2009), in cui era previsto che *"le ALER hanno il compito di soddisfare il fabbisogno di edilizia residenziale pubblica, nel quadro della programmazione regionale, provinciale e comunale"* e che esse *"gestiscono il patrimonio di edilizia residenziale pubblica proprio e, se delegate, degli altri soggetti pubblici eventualmente interessati, favorendo la gestione dei servizi da parte dell'utenza; al fine di favorire la mobilità degli alloggi di edilizia residenziale"*

pubblica ed in collaborazione con i comuni interessati, predispongono piani e programmi di edilizia agevolata - convenzionata da destinare ai soggetti in situazione di revoca o decadenza”.

Ad avviso del Collegio, l'uso dell'avverbio “*tramite*” nella disposizione di cui all'art. 3, comma 42, della L.r. n. 1/2000, legato, da un lato, alla previsione di cui all'art. 4, comma 2 della L.r. n. 13/1996 (secondo cui “*le ALER sono enti pubblici di natura economica, dotati di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e organizzativa, patrimoniale e contabile e di proprio statuto approvato dal consiglio regionale*”) e, dall'altro, alla qualificazione dell'ALER come ente strumentale del Comune di Milano, accertata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 6275/2002, consentono di affermare che la collaborazione tra Amministrazioni fosse già legittimata dalla previsione normativa della facoltà di concludere uno specifico accordo per la gestione del patrimonio residenziale pubblico, senza bisogno di alcuna autorizzazione regionale, espressamente prescritta, al contrario, nella diversa fattispecie regolata dall'art. 5, comma 2, della L.r. n. 13/1996 (oggi art. 12, comma 2, L.r. n. 27/2009), relativa all'ipotesi in cui le ALER intendano “*partecipare (...) con altri soggetti pubblici e privati, consorzi di imprese ed associazioni, a società o altri enti che abbiano come oggetto attività inerenti all'edilizia*”.

Con riguardo, invece, alla disciplina comunitaria sugli affidamenti, non coglie nel segno la censura della società ricorrente secondo cui il Comune di Milano avrebbe disposto un affidamento diretto in favore dell'ALER, e ciò in violazione del principio di concorrenza nel settore degli appalti.

Ora, resta in disparte il sagace tentativo della società ricorrente di ricondurre l'incarico conferito ad ALER nel concetto di “affidamento”, dovendosi, comunque, considerare che “*nell'interpretazione dell'atto amministrativo non si deve tener conto del “nomen iuris” assegnatogli dall'autorità emanante, bensì occorre far riferimento al suo contenuto ed alle norme di riferimento, nonché al potere che la p.a. ha inteso esercitare*”, cfr., tra le tante, T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 17 giugno 2008, n. 5916); risulta in ogni caso evidente che l'adozione, da parte del Comune di Milano, di un modello di gestione diverso rispetto al passato ha costituito il risultato di un'impostazione esattamente opposta a quella del precedente *global service*, basandosi piuttosto, il nuovo corso, su un rapporto di cooperazione tra Amministrazioni per l'esercizio di un servizio pubblico che – sia per la tipica connotazione istituzionale del mandato conferito all'ALER, sia per il contenimento su base provinciale dell'ambito operativo – risulta preordinato ad una proficua gestione, in tendenziale auto sostentamento, del patrimonio immobiliare pubblico.

È pertanto dirimente il richiamo, da parte della Regione Lombardia e della stessa ALER, alla sentenza *Amburgo* del 9 giugno 2009 (C-480/06), nella quale la Corte di Giustizia ha ritenuto compatibile con l'ordinamento comunitario la decisione di quattro *Landkreise* tedeschi (circoscrizioni amministrative) di gestire, sulla base di un preventivo “*accordo di cooperazione regionale*”, un appalto di servizi per lo smaltimento dei rifiuti con la città di Amburgo, astenendosi, le dette circoscrizioni, dall'applicazione delle procedure di gara previste dalla direttiva 92/50/CE (oggi trasposta nella direttiva 2004/18/CE).

Su analoghi presupposti, nella presente fattispecie il Comune di Milano e l'ALER, senza ammettere – anzi espressamente escludendo, perché tale è il tratto caratterizzante del nuovo modello di gestione – qualsiasi partecipazione di capitale privato, hanno convenuto di realizzare, per citare la testuale espressione dei giudici comunitari, “*una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune*” (cfr. pag. 9 della deliberazione G.C. n. 2121/09, in cui si è previsto che “*Comune e Aler si impegnano a svolgere congiuntamente le funzioni innovative di sostegno all'abitare e di promozione dei quartieri di edilizia pubblica, consistenti nelle attività inquadrabili nelle seguenti macro aree: monitoraggio dello stato dei quartieri, supporto sociale e promozione dei quartieri, gestione sociale dei progetti di trasformazione*”).

Una cooperazione, peraltro, che figura sorretta da ragioni coerenti con le caratteristiche di servizio pubblico di

protezione sociale, quale è definito l'edilizia residenziale pubblica (cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite, 1 ottobre 1980, n. 5332), che il Collegio reputa ben giustificate nel risparmio finanziario previsto dalla Giunta comunale (cfr. il *business plan* allegato alla deliberazione impugnata), nella destinazione degli introiti derivanti dalla locazione delle unità immobiliari diverse (quantificate dal verificatore in 11.517) ai contributi di solidarietà ex art. 35 della legge regionale n. 27/2009 e, non ultime, nelle sovvenzioni comunali al fondo regionale per il sostegno all'affitto di cui all'art. 48, comma 3, lett. c) della medesima legge.

Tutti elementi, questi, incompatibili con il modello gestorio affidato a società private, quantunque in regime di *global service*.

In realtà, il rapporto costituitosi tra l'Amministrazione comunale e l'ALER si rivela coerente espressione del principio secondo cui *“un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche”* (cfr. Corte di Giustizia U.E., sentenza *Coditel Brabant* del 13 novembre 2008 (C-324/07): principio che consente di derogare alle condizioni elaborate dalla sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999 (C-107/98), rielaborate, per vero, nella sentenza *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005 (C-26/03) – nella quale, appunto, si è affermato che nessuna autorità possa *“essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”* – e, ancor più, nella sentenza *Asemfo* del 19 aprile 2007 (C-295/05), in cui, già prima della sentenza *Amburgo*, si è stabilito che la gestione di un servizio pubblico possa essere perseguita in collaborazione con altre autorità pubbliche.

Il diritto comunitario, come interpretato dalle citate pronunce della Corte di Giustizia, permette dunque alle Amministrazioni aggiudicatrici, in alternativa allo svolgimento di una di procedura di evidenza pubblica di scelta del contraente, di stipulare un accordo a titolo oneroso con altre Amministrazioni pubbliche, cui affidare il servizio (cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. I, 19 gennaio 2010, n. 74).

Si può allora ritenere positivamente risolta la verifica sulla sussistenza di elementi di compatibilità comunitaria, disposta con l'ordinanza collegiale n. 3173 del 15.12.2011 e preordinata ad accertare *“se la parte prevalente dell'attività di ALER sia indirizzata a favore della Regione e Comune di Milano”*, dovendosi rilevare che:

a) anche in difetto di un controllo analogo direttamente esercitato dall'Amministrazione comunale nei confronti dell'azienda controinteressata, è comunque assicurato, nel rispetto del primo criterio *Teckal* riformato dalle citate sentenze (in particolare dalla sentenza *Coditel Brabant*), un controllo esercitato congiuntamente tra la Regione Lombardia ed il Comune di Milano;

b) con riferimento al secondo criterio *Teckal*, il Collegio ritiene di fare propria la ricostruzione operata nella sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa del 4 settembre 2007, n. 719, per pervenire all'affermazione della rilevanza del profilo qualitativo, piuttosto che quantitativo, del concetto di *“parte più importante dell'attività”*, e ciò in esito ad un accurato confronto tra l'espressione in italiano utilizzata nelle sentenze *Teckal* e *Carbotermo* (11 maggio 2006, causa C-340/04), quella tedesca utilizzata nelle sentenze *Stadt Halle* e *Parking Brixen* e le relative traduzioni in inglese e francese.

Sul punto, si è osservato che *“le differenze linguistiche sono essenziali per comprendere la volontà della Corte, perché, per quanto quella redatta nella lingua processuale faccia fede, le altre chiariscono, con le sfumature, il significato dei termini meno precisi ed integrano quello che potremmo definire “il diritto vivente” nella comparazione dei diversi linguaggi giuridici. L'espressione, in italiano nelle due prime sentenze, “parte più importante” è stata tradotta in tedesco con “im wesentlichen” che significa, in realtà, “essenzialmente”, e con il medesimo senso è stata tradotta in inglese: “the essential part of his activities” in francese: “l'essentiel de son activité”*”: con la conclusione che *“si deve ritenere che il criterio della prevalenza (“la parte più importante...”)*

sia soddisfatto quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante", e che "più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo".

La stessa interpretazione a proposito del significato da dare al requisito dell'attività prevalente è stata peraltro condivisa dalla Corte costituzionale, che, nella sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439, ha affermato, dopo aver operato un espresso richiamo alla giurisprudenza comunitaria (in particolare alla sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006), che *"nella prospettiva comunitaria, invece, è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa"*, perché solo attraverso tale analisi è possibile *"desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente"*: enunciazione, quest'ultima, da cui il Collegio trae conferma dell'infondatezza, ai fini dell'opposta insussistenza del secondo requisito *Teckal*, dell'assunto della società ricorrente basato sulla mera incidenza quantitativa e proporzionale (il 42%, cfr. pag. 2 della CTP) del patrimonio del Comune di Milano (circa 30.000 unità immobiliari) sul patrimonio gestito dalla stessa azienda (circa 71.000 unità immobiliari).

Con il sesto motivo la società ricorrente ha dedotto la violazione ed errata applicazione degli artt. 151, 162, 171 de d.lgs. n. 267/2000, nonché l'illogicità manifesta e la carenza di presupposti della deliberazione impugnata, in quanto *"non risulta alcuna previsione di spesa né nel bilancio ordinario del Comune né in quelli pluriennali che assicurano la copertura degli importi che il Comune, ai sensi della delibera assunta, è tenuto a riconoscere a ALER"* (cfr. pag. 25 ricorso), e che tale precarietà finanziaria sarebbe confermata *"nel parere di contabilità riportato all'ultima pagina della delibera laddove è espressamente specificato che si rinvia "la validazione degli impegni di spesa all'esame dei successivi provvedimenti" (cfr. pag. 26).*

Anche tale motivo è però infondato.

Occorre infatti considerare che, come ha precisato la giurisprudenza contabile, *"il parere di regolarità contabile investe anche e soprattutto la legittimità della spesa"* (Corte dei Conti, sez. Puglia, 1 marzo 2006, n. 207), e che, quindi, il parere favorevole espresso dal responsabile della *"direzione centrale finanza, bilancio e tributi"* – sia pure condizionato a successivi provvedimenti di validazione poi effettivamente adottati (cfr. la determinazione dirigenziale del 22.2.2010, relativa alla liquidazione in acconto ad ALER per la redazione delle bollette novembre-dicembre 2009, con imputazione ad appositi capitoli del bilancio comunale) – ulteriormente compendiato dal parere di regolarità tecnica emesso ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 267/2000 dal responsabile della *"direzione centrale casa"* e da quello di legittimità emesso dal segretario generale, depongono a favore della legittimità della deliberazione impugnata anche sotto il profilo della spesa.

Infondato è anche il settimo motivo di ricorso, con cui si è dedotto che *"la delibera è stata inoltre assunta sulla base di errati presupposti in ordine alla convenienza dell'affidamento dell'appalto ad ALER"* (cfr. pag. 27), censurandosi l'illegittimità della stessa per eccesso di potere sotto svariate figure sintomatiche.

Posto, infatti, che un giudizio sulla mancanza di convenienza, espresso ancor prima dell'effettivo avvio del servizio, non può che risolversi, per mancanza di controprova, in una mera ipotesi, nella deliberazione impugnata il Collegio non ravvisa ragioni di antieconomicità, essendo in essa fissati indici parametrici per la retribuzione delle prestazioni, elementi di razionalità organizzativa del servizio e capacità di controllo.

Con l'ottavo motivo di ricorso, infine, la società ricorrente ha dedotto la violazione ed errata applicazione dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, convertito in legge con modificazioni dall'art. 1 della legge n. 133/2008, nonché

l'eccesso di potere per mancanza dei presupposti per procedere all'affidamento diretto ed il difetto di istruttoria.

Il nucleo della censura è che *“la gestione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica rientra tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica che, ai sensi dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008, così come convertito in legge dall'art. 1 L. 133/2008, deve essere usualmente affidato sempre con procedura ad evidenza pubblica salvo i casi di cui al comma 3 che riguardano tuttavia situazioni eccezionali e sempreché la gestione cosiddetta in house sia affidata nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulle società e di prevalenza dell'attività svolta con l'ente o con gli enti pubblici controllanti”* (cfr. pagg. 35 – 36 ricorso).

Si tratta, anche in tale caso, di motivo infondato, dovendosi tenere conto che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con distinte delibere (n. 18997 del 16 ottobre 2008 e n. 22226 del 28 aprile 2011) ha sottolineato che l'art. 23 bis (vigente al tempo dei fatti di causa, ma abrogato con referendum del 12 e 13 giugno 2011) ha previsto al comma 3 la possibilità di derogare alla regola generale della gara pubblica laddove sussistano *“particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento”* che *“non permettono un efficace e utile ricorso al mercato (...) nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”*.

Infatti, la finalità del divieto, di cui al citato art. 23 bis, è stata (si ripete, prima della sua abrogazione) quella di evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti diretti (e, quindi, di un rapporto privilegiato con l'ente di riferimento proprio in relazione alla stretta contiguità dei rapporti in essere con il soggetto pubblico), potessero lucrare, nella veste di enti strumentali, ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali a danno del libero gioco della concorrenza (cfr. TAR Puglia – Lecce, 24 maggio 2011, n. 482).

Nel caso di specie, però, il rischio di un'indebita locupletazione è del tutto escluso, posto che la gestione, da parte dell'ALER, del patrimonio residenziale pubblico risulta contenuta nell'ambito territoriale di competenza (provinciale), in linea con le previsioni contenute nell'art. 4 della legge regionale n. 13/1996 (confermate nell'art. 11 della legge regionale n. 27/2009)

Il Collegio può quindi passare all'esame dei motivi proposti con il primo atto di motivi aggiunti, che nella sostanza ripropongono le precedenti censure, sia pure con alcuni ampliamenti dei profili già trattati.

Può anzitutto prescindere dall'esame del primo motivo, con cui la società ricorrente ha rispettivamente dedotto che le censure svolte con il ricorso principale, ove accolte, comporterebbero l'illegittimità derivata dei successivi atti impugnati, ed il secondo motivo, con cui, analogamente a quanto già dedotto nel ricorso principale (cfr. secondo motivo), si è contestata l'incompetenza della Giunta comunale ad adottare la deliberazione impugnata.

Incompetenza che, peraltro, è stata ulteriormente censurata nel terzo motivo, sul presupposto che la deliberazione di C.C. n. 61 del 23.12.2008 avrebbe limitato *“l'obiettivo della gestione unitaria al patrimonio abitativo pubblico, con esclusione quindi – anche qui – degli immobili adibiti ad uso diverso”* (cfr. pag. 6 – 7), da ciò dovendosi concludere che la deliberazione di G.C. n. 2121/09 avrebbe travalicato i limiti dell'indirizzo politico espresso dall'organo consiliare.

Il Collegio è, però, di diverso avviso, dal momento che – come già osservato – la deliberazione della Giunta costituisce attuazione di precedenti atti di indirizzo politico, preordinati a realizzare una *“gestione unitaria di tutto il patrimonio abitativo pubblico esistente sul territorio cittadino, sia di proprietà comunale che di A.L.E.R.”*; pertanto, la ricomprensione nella gestione assunta delle unità immobiliari diverse (quantificate dal verificatore, sulla scorta dei dati acquisiti dalla stessa ALER, in 11.517, a fronte di un complesso immobiliare di 71.737 unità), *“localizzate principalmente (oltre il 95%) al piede dei fabbricati residenziali ERP”* (cfr. pag. 10 verifica), non costituisce elemento di alterazione del profilo gestorio fondamentale, saldamente attestato sull'edilizia abitativa.

Profilo che, peraltro, non è negativamente inciso dalla circostanza che *“attraverso la liquidazione della spesa e l'approvazione del rendiconto è stata avallata la modalità gestionale posta in essere dall'Aler con la*

frammentazione e affidamento a terzi di prestazioni parziali” (cfr. pag. 7), non potendosi che richiamare, in proposito, le conclusioni tratte dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 6275/2002 con riguardo all’*integrazione necessaria*” di attribuzioni sottesa al rapporto di delegazione intersoggettiva tra Regione ed ALER, da cui “*è logico arguire che la possibilità per l’A.L.E.R. di gestire il patrimonio immobiliare del Comune è stata considerata dal legislatore regionale come manifestazione di poteri pubblicistici, nell’ambito di un fenomeno lato sensu sostitutorio. Nella veste di delegato, infatti, l’azienda appellata potrebbe essa stessa costituirsi come Amministrazione aggiudicatrice e procedere alla esternalizzazione del servizio*” (cfr. pag. 18).

Quanto alla dedotta violazione dell’art. 5, comma 1, lett. b) della legge regionale n. 13/1996 e degli artt. 151, 162 e 171 del d.lgs. 267/2000, nonché alle diverse specificazioni dell’eccesso di potere, ci si riporta integralmente a quanto rilevato con riguardo al terzo, quarto e quinto motivo del ricorso principale.

Parimenti infondato è il quarto motivo aggiunto, nel quale la società ricorrente ha riproposto le censure già oggetto del settimo motivo del ricorso principale, che il Collegio ha ritenuto infondato.

Infine, con il quinto motivo aggiunto è stata dedotta la violazione degli obblighi previsti nel contratto stipulato tra il Comune di Milano e la stessa società Romeo Gestioni S.p.A. e del relativo capitolato, nonché della convenzione tra il Comune di Milano e l’ALER, affermandosi che “*risulta con palmare evidenza che l’asserito ritardo nella trasmissione dei dati è imputabile esclusivamente al Comune*”, e che, di conseguenza, sarebbe illegittima la proroga del periodo transitorio (sino al 31.10.2010), disposta in favore dell’ALER con la deliberazione di G.C. n. 1540 del 21.5.2010.

Anche in questo caso si tratta di censura infondata, posto che con la deliberazione impugnata si è provveduto, certo, ad approvare una proroga del periodo transitorio, ma “*fermi restando i termini previsti per le successive fasi*”, quindi senza concreto pregiudizio per il servizio pubblico, e che, col medesimo provvedimento, sono stati approvati il rendiconto di gestione relativo al periodo 1.10.2009 – 31.12.2009 ed i criteri per l’instaurazione e la trattazione delle vertenze finalizzate al recupero delle morosità, a riprova della garanzia di rispetto degli obblighi convenzionali.

Sono, infine, da ritenersi infondati gli ulteriori motivi aggiunti, proposti con ricorso depositato in data 13.12.2011, sia con riguardo alla dedotta illegittimità, in via derivata, dei successivi atti impugnati (primo motivo), sia con riguardo alla presunta incompetenza della Giunta comunale.

L’infondatezza di tutti i motivi proposti determina, inevitabilmente, la reiezione della domanda risarcitoria.

Può ora passarsi all’esame del ricorso R.G. n. 2644/2009.

Sono infondati i primi due motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto la società ricorrente ha dedotto, sia pure sotto due distinti aspetti, l’incompetenza della Giunta a adottare la deliberazione impugnata, e ciò in violazione degli artt. 42, 48 e 108 del d.lgs. 267/2000, in particolare assumendo, da un lato, che “*alla luce del rilievo strategico ed economico che assume la decisione della Giunta di affidare ad ALER (a condizioni da concordare) la gestione del patrimonio di ERP comunale, appare quanto mai appropriata nei suoi confronti la caratterizzazione quale atto politico ed amministrativo di rilievo generale, come tale attratto nella competenza del Consiglio*”, prospettandosi un modello di gestione “*demandato ad uno studio futuro*” (cfr. pag. 8), e, dall’altro, contestando le concrete modalità di gestione integrata, “*come gli chiede ora di fare il Comune per i propri immobili, ma appalta a terzi i singoli servizi, che vengono pertanto svolti da tanti soggetti diversi quante sono le prestazioni da fornire*” (pag. 13).

Rileva, infatti, il Collegio che alla deliberazione impugnata – nella quale sono state indicate le fasi di avvio del nuovo modello di gestione del patrimonio immobiliare – è seguita a stretto giro, in data 28.9.2009, la stipulazione della convenzione con l’ALER, il che contraddice l’assunto della società ricorrente circa la mancanza di una chiara

regolamentazione dei rapporti tra le parti.

Quanto, invece, all'eventuale stipulazione di contratti per l'esecuzione di alcuni servizi oggetto di gestione, è pacifico che l'ALER, in quanto organismo di diritto pubblico, è legittimato, ai sensi dell'art. 3, comma 25 del d.lgs. 163/2006, ad esercitare funzioni di Amministrazione aggiudicatrice, come peraltro già chiarito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 6275/2002.

Con il terzo motivo, la società ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 151, 162, 171 e 175 del d.lgs. 267/2000: si tratta di censura infondata per le ragioni già espresse in occasione dell'esame del sesto motivo del ricorso principale e del terzo motivo aggiunto relativi al giudizio R.G. 2608/2009.

Nel quarto motivo, relativo alla presunta violazione del diritto comunitario (direttive CE 92/50 e 94/37) in relazione all'art. 20 ed all'allegato II – A del d.lgs. 163/2006, si è assunto che dovendosi *“l'oggetto dell'affidamento impugnato (...) identificare in un appalto di servizi”*, esso sarebbe *“assoggettato all'applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici”*, e che, in ogni caso, *“non pare all'esponente, per contro, che il disposto affidamento possa qualificarsi come concessione, atteso che nella specie non è presente l'elemento caratterizzante della remunerazione consistente nel diritto di gestione del servizio”* (cfr. pag. 17).

La società ricorrente ha inoltre dedotto che *“gli accordi di collaborazione conclusi tra enti di diritto pubblico”* non sarebbero sottratti all'applicazione dei principi comunitari in tema di appalti, e ciò in analogia con quanto statuito dalla Corte di Giustizia in sede di deliberazione su una disposizione legislativa di diritto spagnolo.

Reputa il Collegio che le argomentazioni proposte non siano capaci di confutare il principio di legittima cooperazione riconosciuto dalla sentenza *Amburgo* del 9 giugno 2009, dal momento che la pronuncia della Corte di Giustizia richiamata dalla società ricorrente (13 gennaio 2005, C-84/03) ha dichiarato il contrasto con il diritto comunitario di *“una normativa nazionale in materia di appalti pubblici che esclude a priori dal suo ambito di applicazione gli accordi di collaborazione stipulati tra le amministrazioni pubbliche e gli altri enti pubblici e, quindi, anche gli accordi che costituiscono appalti pubblici agli effetti delle dette direttive”*, cioè di una normativa aprioristicamente escludente gli accordi di cooperazione tra Amministrazioni, vicenda giuridica non comparabile, da nessun punto di vista, con l'ordinamento italiano.

Infondato è anche il quinto motivo di ricorso, con cui la società ricorrente ha dedotto la violazione della normativa codicistica sul mandato con rappresentanza – affermandosi che *“detta figura contrattuale non è indiscutibilmente pertinente ad un affidamento delle prestazioni di property e facility management”* (cfr. pag. 23) – e che la violazione dell'istituto della delega intersoggettiva, prevista dalle viste disposizioni della legislazione regionale, sul presupposto che la *“previsione di delegabilità non possa che intendersi come disposizione organizzatoria, che si sostanzia nella traslazione dell'esercizio della competenza all'adozione di atti rientranti nella sfera di competenza del delegante Comune di Milano”* (cfr. pag. 24).

Osserva il Collegio che, trattandosi di gestire in modo unitario ed integrato un ingente patrimonio immobiliare, obiettivo reso più arduo dalla *“difficoltà a costruire il quadro conoscitivo relativo alla consistenza del patrimonio e ai dati contabili riferibili ai singoli inquilini”* (cfr. delibera di G.C. n. 2121/09, pag. 1), il mandato con rappresentanza, che conferisce al mandante ALER di agire in nome e per conto del mandatario Comune di Milano, si palesa come istituto congruo alle finalità perseguite con il nuovo modello gestorio, soprattutto, poi, *“per lo svolgimento delle funzioni di facility management”*, per le quali è stato previsto che *“Aler agirà in qualità di stazione appaltante in nome e per conto del Comune di Milano”* (cfr. delibera di G.C. n. 2121/09, pag. 9).

Quanto alla censura circa la natura della delega, il Collegio ritiene di aderire al più consolidato indirizzo dottrinario secondo cui poiché *“la competenza è una misura, non può essere trasferita; può essere trasferito l'esercizio della potestà”*, ciò quindi comportando che non è precluso ad ALER di svolgere il servizio pubblico in piena sintonia

con le richiamate disposizioni regionali.

La chiarezza del dettato normativo rende, di conseguenza, non accoglibile la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Con il sesto motivo la società ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 33, comma 3 del d.lgs. 163/2006 e l'eccesso di potere per illogicità manifesta, sostenendo che l'ALER non potrebbe svolgere – come invece previsto nella deliberazione impugnata con riguardo all'attività di *facility management* – le funzioni di stazione appaltante in nome e per conto del Comune di Milano (cfr. pag. 26).

La tesi non può essere condivisa, tenuto conto che, in ragione del rapporto strumentale costituitosi, l'Amministrazione comunale e l'ALER sono legittimate a poter acquisire i lavori, servizi e forniture necessari alla manutenzione del patrimonio immobiliare gestito in modo unitario ed associato, nel rispetto, quindi, della disposizione di cui all'art. 33, comma 1 del d.lgs. 163/2006, di contro non potendosi applicare il divieto di cui al successivo comma 3, che, invece, presuppone un'esternalizzazione delle funzioni di stazione appaltante che si traduce nella stipulazione di un contratto di mandato di committenza delegata.

Con riguardo, infine, al settimo motivo, con cui è stato contestato il risparmio potenzialmente traibile dal Comune di Milano, il Collegio si riporta a quanto rilevato in occasione dell'esame del settimo motivo del ricorso principale proposto dalla società Romeo Gestioni S.p.A.

Sono inoltre infondati, con integrale rinvio alle motivazioni espresse dal Collegio, le censure – identiche a quelle già oggetto di esame – proposte con i motivi aggiunti depositati il 21.10.2011.

In conclusione, entrambi i ricorsi sono infondati e vanno respinti.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono quantificate in €. 18.000,00, oltre accessori, che le società ricorrenti dovranno corrispondere in solido tra di loro al Comune di Milano; a loro carico, sempre in solido, resta l'onorario del verificatore, che si stima equo liquidare nella complessiva somma di € 2.500,00, detratto l'anticipo già corrisposto; possono invece compensarsi le spese di lite tra le altre parti dei due giudizi.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, li respinge.

Condanna le società ricorrenti al pagamento, in solido tra loro, sia delle spese processuali, liquidate in €. 18.000,00, oltre accessori, in favore del Comune di Milano, sia dell'onorario del verificatore, liquidato in € 2.500,00, detratto l'anticipo già corrisposto; restano compensate le spese di lite tra le altre parti dei due giudizi.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisoni, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2012

IL SEGRETARIO

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