

Pubblicato il 12/09/2017

**N. 04304/2017REG.PROV.COLL.**

**N. 06775/2016 REG.RIC.**

**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 6775 del 2016,  
proposto da:

P. Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Colombari e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

***contro***

Comune di Montalto delle Marche, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Giustozzi, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

***nei confronti di***

L. Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Consuelo Feroci, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00311/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio pubblico locale di spazzamento, raccolta e conferimento in discarica dei rifiuti – Risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montalto delle Marche e di L. Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2017 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Germano Scarafiocca, su delega dell'avv. Giustozzi, e, su delega dell'avv. Feroci, Roberto Righi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

Il Tribunale amministrativo regionale per le Marche, Sez. I, con la sentenza 20 maggio 2016, n. 311, nella resistenza del Comune di Montalto delle Marche e de L. Società Cooperativa, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall'attuale parte appellante per l'annullamento degli atti analiticamente indicati nell'epigrafe della predetta sentenza, riguardanti sostanzialmente la scelta dell'amministrazione comunale di sciogliersi dal vincolo con P. e di procedere ad una nuova gara per il servizio pubblico locale di spazzamento, raccolta e conferimento di discarica.

Il TAR ha in sintesi rilevato che:

- nell'analizzare la legittimità degli atti impugnati deve essere verificato fino a che punto la ricorrente si fosse impegnata ad affidare la gestione a P. e se residuasse la possibilità di scegliere una diversa opzione;

- al riguardo non emerge dagli atti di causa alcun provvedimento relativo all'affidamento del servizio a P. (quale, a titolo esemplificativo, la determinazione del responsabile del servizio e/o la relativa convenzione) che sia successivo allo svolgimento della gara a doppio oggetto;
- la gestione di P. oggetto di revoca da parte del Comune è basata solo su atti precedenti alla sua trasformazione da società c.d. in house;
- le delibere di consiglio comunale n. 33-2010 e n. 15-2011 riguardano, invece, l'impegno ad affidare il servizio a P. tramite gara a doppio oggetto, impegno che però non è mai stato concretizzato dalla stipula della convenzione con la medesima società;
- il Comune non è privato dall'esercizio del recesso mediante apposito negozio societario, distinto dal provvedimento con cui il rispettivo organo consiliare, nell'esercizio delle attribuzioni conferitegli *ex lege*, ha deliberato di revocare una precisa scelta;
- le delibere di consiglio comunale non sono state revocate dalle delibere di Giunta, ma sono state oggetto di specifica revoca con la delibera n. 3 del 12.2.2015;
- la censura riguardante l'assenza della relazione di cui all'art. 34, comma 20, d.lgs. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221 è infondata, poiché la relazione prevista dalla norma riguarda l'affidamento del servizio, mentre, nel caso in esame, è deliberata la cessazione del rapporto con P. e la scelta di mettere a gara il servizio;
- non vi è stata violazione delle garanzie procedurali nel procedimento che ha portato all'adozione della delibera di giunta comunale n. 114-2014;
- la delibera di Giunta n. 114-2014 è correttamente motivata con il riferimento alla percentuale insoddisfacente della raccolta differenziata raggiunta dalla ricorrente (più bassa di quella prevista per legge) e al costo eccessivo del servizio;

- le amministrazioni affidanti non sono private nel regime transitorio del potere di organizzare il servizio in attesa che entri in vigore a regime la gestione del medesimo da parte dell'Autorità d'ambito;
- l'impugnata delibera di consiglio comunale non può essere considerata un provvedimento di convalida, essendo piuttosto il proseguimento degli orientamenti espressi dalla giunta relativamente allo scioglimento degli obblighi del comune nei confronti di P. ; pertanto è corretta la scelta del consiglio comunale di non pronunciarsi sulla cessazione dell'affidamento a P., dato che gli atti annullati riguardavano un impegno del comune ad affidare il servizio non ancora concluso;
- P. non risulta aver mai gestito il servizio in base alla gara a doppio oggetto effettuata dal Comune di San Benedetto del Tronto, quale capofila della convenzione in data 11.2.2011, per cui la revoca degli atti relativi alla convenzione e alla partecipazione in P. non riguardano la cessazione dell'attuale servizio prestato e sono invece stati revocati gli atti del consiglio comunale che hanno impegnato il comune ad affidare il servizio a P. successivamente alla conclusione della gara a doppio oggetto;
- l'affidamento temporaneo consegue proprio alla risoluzione del rapporto con la ricorrente, per cui rientra senz'altro nell'ipotesi contemplata dal richiamato l'art. 125, comma 10, lett. a), d.lgs. n. 163-2006 e, peraltro, la ricorrente non può vantare alcuna posizione privilegiata per l'affidamento, dato che la posizione prioritaria del gestore uscente per gli affidamenti provvisori di servizi è esclusa.

La parte appellante ha contestato la predetta sentenza, deducendone l'erroneità e riproponendo, in sostanza, i motivi di censura spiegati in primo grado col ricorso ed i motivi aggiunti.

Si è costituito in giudizio il Comune di Montalto delle Marche e la controinteressata, L. Società Cooperativa, chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 22 giugno 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Come puntualmente rilevato dai primi giudici la complessa controversia riguarda la gestione del servizio integrato rifiuti del Comune di Montalto delle Marche.

L'appellante, società partecipata a prevalente capitale pubblico, di cui è azionista anche il predetto Comune, sostiene in sintesi di avere gestito il servizio *de quo* sulla base delle delibere consiliari n. 33 del 21.7.2010 e n. 15 del 23.3.2011, adottate in seguito a un accordo collaborativo con gli altri 21 enti locali soci; ha aggiunto che sulla base di tale accordo è stata svolta la gara per la scelta del socio privato e la successiva gestione del servizio in favore di P., con affidamento del servizio per 15 anni da parte dei comuni aderenti, in regime di partenariato pubblico privato istituzionalizzato (PPPI).

Con le impugnate delibere di giunta il Comune di Montalto delle Marche ha, secondo l'appellante, illegittimamente disposto la revoca a P. dell'affidamento del predetto servizio pubblico, individuando altrettanto illegittimamente una nuova forma di gestione del servizio affidandolo previa procedura di gara.

2. Ciò premesso, in linea preliminare deve respingersi l'eccezione di inammissibilità dello stesso ricorso di primo grado, oltre che dell'appello, sollevato dall'amministrazione comunale sul presupposto che gli atti impugnali sono già stati sottoposti a sindacato giurisdizionale e ritenuti legittimi dal TAR delle Marche con la sentenza n. 313 del 20 maggio 2016, non impugnata e quindi passata in giudicato.

E' sufficiente osservare che il giudicato formatosi su quella sentenza, pronunciata su ricorso proposto dal Comune di San Benedetto del Tronto, indipendentemente da ogni indagine sulla coincidenza delle censure sollevate, non è opponibile all'appellante che di quel giudizio non era stato parte,

3. Nel merito l'appello è infondato.

3.1. In relazione al primo motivo di appello, con cui si contesta che il Comune di Montalto avrebbe autonomamente deciso la nuova forma di gestione del servizio rifiuti al posto della competente Autorità territoriale d'ambito, la Sezione è dell'avviso che non sia precluso all'amministrazione comunale il potere di organizzare il servizio, in regime transitorio, in attesa cioè che entri a regime la gestione del medesimo da parte dell'Autorità d'ambito di Fermo che pacificamente, nel caso di specie, non opera ancora, in quanto non è ancora in grado di svolgere ed esercitare alcuna funzione o attività gestionale .

Il Comune di Montalto, al momento della scelta di recedere dal contratto con l'appellante P. e di affidare il servizio pubblico locale alla controinteressata impresa L. , prima in via transitoria, poi sino al 2018 all'esito della gara pubblica, ha operato una scelta legittima, compatibile con la costituzione dell'ATO.

Infatti, come ha osservato il TAR, l'art. 34, comma 21, D.L. n. 179-2012 deve essere interpretato nel senso che le amministrazioni non sono private, in regime transitorio, del potere di organizzare il servizio in attesa che entri a regime la gestione del medesimo da parte dell'Autorità d'ambito. Esse, pertanto, in base a considerazioni di opportunità e convenienza sono libere di scegliere se prorogare l'affidamento del servizio con i gestori in essere alle condizioni vigenti, laddove questi siano disponibili, oppure effettuare una nuova gara ad evidenza pubblica.

3.2. Con il secondo motivo di appello si contestano le modalità con cui il Comune di Montalto ha deciso di recedere dalla Società.

La Sezione osserva che il modulo gestorio del Comune di Montalto e degli altri 28 comuni soci del bacino prevedeva un affidamento del servizio all'attuale appellante sulla base di una convenzione di funzioni ex art. 30 d.lgs. n. 267-2000, stipulate tra i Comuni soci di P.

L'art. 4, comma 4, di detta convenzione prevedeva che i singoli contratti venivano stipulati singolarmente dai comuni convenzionati, contratto di servizio che però

non è mai stato stipulato con il Comune di Montalto: manca quindi l'atto effettivo con cui il servizio sarebbe stato affidato a P.

In tale situazione, pertanto, legittimamente il Comune appellato ha revocato prima gli atti di giunta con i quali, in assenza dei presupposti (mancanza del contratto di servizio), si fondava l'affidamento del servizio a P. e poi gli atti di consiglio, con i quali aveva preso l'impegno di affidare il servizio a P. al termine della gara a doppio oggetto.

Del resto non può negarsi la possibilità di recedere dal predetto accordo, rientrando nella funzione di amministrazione attiva il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo, del quale l'accordo ha il contenuto e al quale è sottesa la cura dell'interesse pubblico, per cui è affievolita la forza vincolante di una convenzione sottoscritta da soggetti pubblici ed è reso inapplicabile il principio civilistico per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti.

Infatti, il potere di recedere nel pubblico interesse dagli accordi amministrativi, non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale anziché in forma unilaterale (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 15 luglio 2013, n. 3861).

Nel caso in esame, peraltro, l'amministrazione comunale ha deciso di adottare provvedimenti idonei a conseguire, da un lato, un risparmio di spesa e, dall'altro, un risultato migliore in termini di incremento della percentuale di raccolta differenziata; si tratta, com'è evidente, di una decisione attinente all'ambito della discrezionalità amministrativa, il cui sindacato è consentito solo nei limiti della manifesta irragionevolezza, illogicità o arbitrarietà che nella specie non si rinvencono.

3.3. Anche il terzo motivo di appello è infondato, posto che, come accennato in precedenza, la delibera di giunta n. 114-2014 ha annullato precedenti atti di giunta, mentre la delibera di consiglio comunale n. 3-2015 ha revocato gli atti consiliari,

con i quali il Comune si era obbligato ad assegnare il servizio medesimo a P., assegnazione mai giunta a conclusione con la stipula di valida convenzione; pertanto, non può prospettarsi alcun vizio di incompetenza, posto che la scelta del Consiglio di non pronunciarsi sulla cessazione dell'affidamento a P. è coerente con l'inesistenza di un affidamento e costituisce proseguimento degli orientamenti espressi dalla giunta.

3.4. Con il quarto motivo di appello, l'appellante P. ripropone la censura relativa alla mancata predisposizione e pubblicazione da parte del Comune della relazione tecnico economica prevista dall'art. 34, comma 20, d.lgs. n. 179-2012 al momento della scelta di individuare, quale modalità di gestione dei servizi pubblici locali, l'affidamento a soggetti imprenditoriali, in qualsiasi forma costituiti, mediante appalto pubblico di servizi e di adottare apposito atto di indirizzo affinché gli uffici pongano l'ente in condizione di indire la necessaria procedura ad evidenza pubblica finalizzata all'individuazione del contraente privato.

La predetta disposizione stabilisce che: "Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste".

Nel caso in esame, la pubblicazione della relazione non era necessaria in quanto con la delibera n. 3 del 12.2.2015 non è stato deliberato l'affidamento del servizio, ma la scelta di metterlo a gara, scelta peraltro dettagliatamente motivata dalla successiva delibera di Consiglio n. 4-2015.

3.5. Anche il quinto motivo di appello è infondato, poiché il procedimento che ha portato all'adozione della delibera di GM n. 4-2014, che ha comportato la revoca delle delibere di GM n. 185 del 30.11.2002 e la n. 41 del 6.6.2012, nonché l'individuazione della nuova forma di gestione del servizio pubblico locale, si è svolto nel rispetto del principio del contraddittorio, attraverso un dialogo tra le parti iniziato già dal dicembre 2014 quando l'ente ha rappresentato a P. l'intenzione di recedere.

Come si è detto, infatti, l'amministrazione comunale ha deciso di adottare provvedimenti idonei a conseguire, da un lato, un risparmio di spesa e, dall'altro, un risultato migliore in termini di incremento della percentuale di raccolta differenziata.

Detta scelta è stata preceduta da una comunicazione del Comune di Montalto delle Marche a P. S.p.A., avvenuta con nota prot. n. 6760 del 22.10.2014, avente ad "Oggetto: recesso servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani", mediante la quale il Sindaco (nonché Responsabile dell'Area Tecnica) ha informato che "è volontà da parte dell'Amministrazione Comunale di non usufruire più del Vostro servizio con decorrenza 1.1.2015. Si informa inoltre che si provvederà nella prossima seduta del Consiglio Comunale ad esercitare il diritto di recesso dalla Società con apposita delibera ai sensi degli articoli 2473 e ss. del Codice Civile".

A tale comunicazione non è seguito alcun riscontro da parte di P. S.p.A., la quale, solo due mesi dopo, ha fatto presente le proprie osservazioni, deducendo di non aver avuto sufficiente tempo a disposizione per poter proporre al Comune un progetto alternativo, mai rappresentato prima.

È stata, quindi, trasmessa a P. S.p.A. la comunicazione di avvio del procedimento, con nota prot. n. 8032 del 12.12.2014.

Successivamente è stata comunicata la conclusione del procedimento, con nota del 23.12.2014 ed è stata adottata la revoca ai sensi dell'art. 21-quinquies L. n. 241-1990 della Deliberazione di G.M. n. 185 del 30.11.2002.

3.6. Con il sesto motivo di appello P. ha riproposto la censura relativa all'ipotizzata violazione dell'art. 239, comma 1, lett. b), n. 3), d.lgs. n. 267-2000.

Sul punto la Sezione ritiene condivisibile la motivazione espressa dai primi giudici, poiché il parere ivi previsto è relativo all'individuazione della modalità di esecuzione di un servizio.

Con la determina del Responsabile Area Tecnica del Comune di Montalto n. 58 del 2.4.2015 è stato approvato il bando, il disciplinare di gara e il capitolato, mentre la forma di gestione del servizio era stata individuata già in precedenza.

3.7. Anche il settimo motivo di appello è infondato, atteso che il ricorso alle acquisizioni in economia ex art. 125 d.lgs. n. 163-2006 è consentito anche nelle ulteriori ipotesi elencate al comma 10 dell'art.125: a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dai contratto; b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso; c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente nella misura strettamente necessaria; d) urgenza determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

Il Comune di Montalto ha operato nell'ambito delle due situazioni previste alle lettere c) e d) del comma 10 dell'art. 125, specificando la temporaneità dell'affidamento in attesa della predisposizione del bando di gara e intervenendo comunque per far fronte ad una situazione d'urgenza.

È stato infatti correttamente motivato che il servizio svolto dalla P. è stato carente sotto svariati punti di vista tali da non consentire più, senza danno, l'affidamento del servizio e che, in mancanza il Comune sarebbe stato privato di un servizio

pubblico fondamentale, con gravi disagi per tutta la collettività, pericolo che si è scongiurato ricorrendo proprio a tale forma di affidamento.

Inoltre, non è neppure possibile riconoscere un artificioso frazionamento del contratto, poiché il contratto originario, che è quello che ha previsto l'affidamento dal 1.1.2015 al 30.4.2015, è sotto la soglia comunitaria, prevedendo un corrispettivo complessivo pari ad € 36.510,00.

3.8. L'ottavo motivo di appello è inammissibile, poiché P. non ha presentato la propria domanda di partecipazione alla gara e, pertanto, difetta in capo ad essa l'interesse ad impugnare le clausole del bando.

L'eventuale annullamento non rimetterebbe infatti la concorrente in termini per proporre la domanda di partecipazione, non presentata.

Peraltro, la percentuale del 65%, con riguardo al fatturato e al requisito di avere svolto servizi con una percentuale di raccolta differenziata nel triennio 2011-2013, era stabilita per legge entro l'anno 2012 e il precedente "step" era del 45%, da raggiungere entro il 2008.

I requisiti previsti dal Comune di Montalto delle Marche (che peraltro anticipano di poco le previsioni di legge) non risultano manifestamente irragionevoli o sproporzionati, così come non lo è, per il tipo di servizio, il requisito del fatturato di 150.000 euro.

E' manifestamente inammissibile, comunque, la contestazione riguardante la gestione dei costi per lo smaltimento in discarica, posto che si tratta di una valutazione della stazione appaltante rientrante nella categoria della discrezionalità tecnica e posto che nessun elemento che evidenzi una manifesta irragionevolezza o arbitrarietà è stato evidenziato nell'atto di appello.

3.9. Infine, sono infondati gli ultimi due motivi di appello, dovendo rilevarsi che:

- l'istanza risarcitoria è priva di qualsiasi fondamento, attesa la delineata legittimità degli atti asseritamente lesivi;

- la competenza a dirimere le controversie in tema di contributo unificato è del giudice tributario, avendo detto contributo evidente natura giuridica di entrata tributaria (Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17 Aprile 2012, n. 5994).

4. Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio 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 come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore del Comune di Montalto delle Marche e della controinteressata delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge, per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO