



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4839 del 2015, proposto da:
Etra - Energia Territorio Risorse Ambientali S.p.A., in persona del legale
rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Caia, Stefano
Colombari, Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale
Parioli, n.180;

contro

Comune di Molvena, in persona del Sindaco *pro tempore*, Comune di Mason
Vicentino, in persona del Sindaco *pro tempore*, Comune di Pianezze, in persona del
Sindaco *pro tempore*, Centrale Unica di Committenza - Cuc, rappresentati e difesi
dall'avvocato Antonio Ferretto, con domicilio eletto presso Adolfo Zini in Roma,
Via Crescenzio, n. 2;

nei confronti di

Savi Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli
avvocati Donatella Cerqueni, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso lo studio

di quest'ultimo, in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3; De Vizia Transfer Spa, Alba Serena Cooperativa Sociale;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 214/2015, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto relativo al servizio di raccolta differenziata, trasporto, recupero o smaltimento dei rifiuti assimilati ed altri servizi di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Molvena e di Comune di Mason Vicentino e di Comune di Pianezze e di Centrale Unica di Committenza - Cuc e di Savi Servizi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2015 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Stefano Colombari, Mario Sanino, Antonio Ferretto, Diego Vaiano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con plurimi ricorsi proposti dinanzi al TAR per il Veneto, da quest'ultimo riuniti per ragioni di connessione, Etra - Energia Territorio Risorse Ambientali S.p.a. invocava l'annullamento degli atti adottati dai Comuni di Mason Vicentino, Molvena e Pianezze aventi ad oggetto il servizio di raccolta differenziata, trasporto, recupero o smaltimento rifiuti per gli anni 2014/2019, meglio indicati nella sentenza di prime cure.

2. Il TAR, premesso che l'originaria ricorrente è un organismo *in house* anche delle amministrazioni resistenti, respingeva i suddetti ricorsi, affermando che la scelta di

rivolgersi al mercato è frutto di una valutazione di ampia discrezionalità, sottoposta ad una valutazione c.d. “debole” del g.a., ossia rivolta ad appurare che la decisione non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su un macroscopico travisamento dei fatti. Nella fattispecie la motivazione adottata dalle amministrazioni secondo il primo giudice si sottraeva a censure di tal fatta. Inoltre, risultava non apprezzabile anche la doglianza inerente la supposta violazione dell’art. 3 bis del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in L. 14 settembre 2011, n. 148, poiché il ritardo nella costituzione, o meglio nell’attivazione di tali bacini non può impedire o procrastinare l’esercizio di un servizio pubblico essenziale per la collettività, né obbliga ad una proroga della gestione del servizio. Infine, il TAR riteneva non fondate le doglianze con le quali parte ricorrente sottolineava la gestione fruttuosa del servizio da parte propria, trattandosi di considerazioni non in grado di inficiare la legittimità degli atti impugnati.

3. Propone appello l’originaria ricorrente, denunciando l’erroneità della pronuncia indicata in epigrafe per le seguenti ragioni: a) la scelta da parte delle amministrazioni appellate non sarebbe stata fatta precedere dall’attività istruttoria necessaria per svolgere una completa ponderazione degli interessi in gioco, come richiede dall’art. 34, comma 20, d.l. 179/2012. Nella relazione approvata da ognuno degli enti locali, inoltre, si evidenzia il carattere virtuoso della gestione in house da parte dell’appellante, mentre la scelta di rivolgersi al mercato avrebbe carattere meramente enunciativo, senza che sia rinvenibile alcuna comparazione delle modalità di approvvigionamento del servizio. Inoltre, sarebbe contraddittoria la scelta di mantenere la partecipazione di un soggetto in house, pur volendo esternalizzare il servizio. Da tutto ciò si evincerebbero chiari elementi per desumere la presenza di profili sintomatici di eccesso di potere; b) sarebbe erronea la mancata rilevazione della violazione dell’art. 3 bis del d.l. 13 agosto 2011, n. 138,

convertito in L. 14 settembre 2011, n. 148, che offre un indirizzo di segno opposto, confermato anche dalla l.r. Veneto, n. 52/2012 e da successivi atti regionali, rispetto a quello scelto dalle amministrazioni appellate. Peraltro, la decisione impugnata sarebbe in contrasto con altre pronunce emesse dallo stesso TAR per il Veneto; c) la decisione di primo grado sarebbe affetta da violazione del principio di rispondenza tra chiesto e pronunciato per mancato esame dei vizi denunciati con ricorso per motivi aggiunti nel ricorso n. 1033/2014, inerente atti della procedura di gara, che vengono riproposti in seconde cure.

4. Costituitisi in giudizio le amministrazioni appellate, premettono che la disciplina che attribuisce agli ambiti territoriali ottimali non sarebbe ancora attiva per l'esercizio in forma associata del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani. Pertanto, nelle more della sua attivazione le amministrazioni sarebbero legittimate all'indizione di una procedura per l'affidamento del servizio in questione. Né vi sarebbe alcuna norma regionale che, *medio tempore*, disponga il blocco di eventuali nuove gare per l'affidamento del servizio. Inoltre, sarebbe lo stesso legislatore nazionale con l'art. 198, d.lgs. 152/2006 ad aver previsto, che sino all'attivazione delle autorità d'ambito, spetti alle amministrazioni comunali di continuare la gestione del servizio. Pertanto, all'indomani del 30 settembre 2013, data di scadenza del contratto con l'odierna appellante, le amministrazioni appellate hanno dapprima concesso una proroga del contratto, quindi, hanno dato avvio alle procedure di evidenza pubblica, non aderendo all'iniziativa di ETRA S.p.a. di ottenere una proroga ventennale.

Quanto al ricorso di prime cure, le stesse amministrazioni ne eccepiscono l'inammissibilità, dal momento che al momento della concessa proroga l'odierna appellante era consapevole della successiva fase di indizio di gara pubblica, ma alla stessa prestava acquiescenza, non proponendo alcuna impugnazione. Inoltre, l'inammissibilità discenderebbe anche dalla natura negoziale di alcuni degli atti

impugnati. Infine, l'inammissibilità dovrebbe essere pronunciata anche in ragione del fatto che l'odierno appellante, avendo un rapporto in house con le amministrazioni appellate, non potrebbe assumere una posizione antagonista, in vista del requisito di controllo analogo che le caratterizza.

Quanto, invece, ai singoli motivi di impugnazione gli stessi sarebbero infondati.

5. Nelle successive difese l'appellante, oltre a reiterare le proprie argomentazioni, sostiene l'inammissibilità delle eccezioni proposte dalle appellate, poiché non essendo state esaminate dal giudice di prime cure venivano riproposte oltre il termine indicato dall'art. 101, comma 2, c.p.a. pari a 30 giorni dal perfezionamento della notifica dell'appello per le stesse appellate.

6. Dal canto loro le amministrazioni appellate insistono nelle conclusioni già rassegnate.

7. L'appello deve essere respinto, sicché l'infondatezza del gravame in esame consente di prescindere dall'esame delle eccezioni proposte dalle amministrazioni appellate ed ancor prima della loro ammissibilità.

8. Quanto alla prima doglianza non può convenirsi con quanto sostenuto dall'appellante in ordine all'insufficienza della ponderazione da parte delle amministrazioni appellate circa la scelta di rivolgersi al mercato. Al riguardo, deve premettersi che la Corte costituzionale, con sentenza 20 marzo 2013, n. 46, ha rimarcato come la scelta del legislatore operata con l'art. 3-bis, d.l. 138/2011, militi nel senso di incentivare il ricorso al mercato in materia di servizi pubblici locali. Infatti, la Consulta ha dichiarato inammissibile la censura relativa al comma 3 dell'art. 3-*bis* del D.L. n. 138 del 2011 - il quale prevede che, a decorrere dal 2013, l'applicazione delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica da parte di Regioni, Province e Comuni o degli enti di governo locali o del bacino costituisca elemento di valutazione della "virtuosità" degli stessi enti, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione

finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111 - in relazione alla violazione degli artt. 117, comma secondo, lettera e), e 118 Cost.. Infatti, l'intervento normativo statale, con il D.L. n. 1 del 2012, si prefigge la finalità di operare, attraverso la tutela della concorrenza (liberalizzazione), un contenimento della spesa pubblica; con la norma impugnata, il legislatore statale ritiene che tale scopo si realizzi attraverso l'affidamento dei servizi pubblici locali al meccanismo delle gare ad evidenza pubblica, individuato come quello che dovrebbe comportare un risparmio dei costi ed una migliore efficienza nella gestione: da qui l'opzione - in coerenza con la normativa comunitaria - di promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali a terzi e/o a società miste pubblico/private e di contenere il fenomeno delle società *in house*.

Tanto premesso, l'esame della relazione presente agli atti del fascicolo di causa non evidenzia elementi di violazione del dettato normativo di cui all'art. 34, comma 20, d.l. 179/2012, secondo il quale: *“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”*, né tantomeno vizi sintomatici di eccesso di potere. Nella fattispecie, infatti, la relazione espone i costi della gestione del servizio e li compara con quelli del bacino VI5 e della media regionale. Inoltre, indica le finalità che si prefigge con la scelta di rivolgersi al mercato, prendendo anche in considerazione la possibilità della futura attivazione dei bacini territoriali, dando così compiuta motivazione dello stato di fatto esistente al tempo della valutazione e dei risultati ambiti attraverso il ricorso al mercato e l'abbandono dello strumento dell'*in house providing*.

9. Non può essere accolta la seconda censura dell'odierno gravame, dal momento che il ritardo nella costituzione, o meglio nell'attivazione dei bacini territoriali non sterilizza nelle more la competenza delle amministrazioni comunali. È noto, infatti, che i servizi di igiene urbana attinenti la raccolta ed il trasporto di rifiuti rientrano nella qualificazione dell'art. 112 T.U.E.L., ai sensi del quale "*gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*" e che, ai sensi dell'art. 198 D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, spetta ai Comuni la gestione dei rifiuti urbani, compresa la disciplina delle modalità del servizio di raccolta e di trasporto (Cons. St., Sez. V, 1 agosto 2015, n. 3780; Id., 13 dicembre 2012, n. 6399). Né è rinvenibile alcuna disposizione che, in modo espresso, impedisca, prima dell'attivazione dei bacini territoriali, che le amministrazioni comunali provvedano alla gestione del servizio in questione. Come non può predicarsi un'abrogazione implicita di quanto disposto dal citato art. 198, poiché una simile esegesi ritarderebbe quel ricorso al mercato che è la *ratio* portante dei sopra richiamati provvedimenti legislativi.

10. Infine, sono infondate le censure contenute nel ricorso per motivi aggiunti proposte in primo grado e non esaminate dal TAR. Quanto alla dedotta violazione degli artt. 84, d.lgs. 163/2006 e 107, d.lgs. 267/2000, la stessa è insussistente dal momento che la nomina della commissione di gara è stata disposta con provvedimento del responsabile dell'area tecnica, atto semplicemente confermato con provvedimento sindacale. Del pari, infondata è la doglianza con la quale si lamenta la nomina come commissario del Segretario comunale del comune di Mason Vicentino. Infatti, il segretario comunale riveste compiti di collaborazione, di assistenza giuridico-amministrativa e, in presenza di determinati presupposti, di sovrintendenza e coordinamento del personale dirigenziale, nonché di consulenza, di verbalizzazione e di ufficiale rogante per tutti i contratti di cui il

Comune sia parte; pertanto, per l'esercizio di altre specifiche funzioni (nella specie, Presidente di una Commissione di gara d'appalto) occorre un'espressa previsione statutaria o regolamentare, che nel caso in esame risulta contenuta nell'art. 33 del Regolamento sull'Ordinamento comunale degli uffici e dei servizi, che prevede che il responsabile di gara assente sia sostituito dal Segretario comunale.

Ancora non è meritevole di favorevole apprezzamento la censura inerente la violazione dell'art 46, d.lgs. 163/2006, in quanto l'offerta economica dell'odierna appellante oltre a non risultare conforme ad i modelli di gara, si presenta come incerta, mancando i dati richiesti dalla *lex specialis* e conseguentemente la sua comparabilità con quelle offerte dagli altri concorrenti. Da qui il carattere di incertezza dell'offerta stessa, sicché il provvedimento di esclusione, contrariamente a quanto indicato dall'appellante. segue l'indicazione offerta proprio dall'art. 46, che quindi non risulta essere stato violato.

Deve, altresì, escludersi la denunciata violazione degli artt. 2 e 83, d.lgs. 163/2006, per avere la Commissione indebitamente proceduto alla puntualizzazione dei criteri di attribuzione dei punteggi, all'indomani dell'apertura dei plichi contenenti l'offerta economica e tecnica. Una simile attività, infatti, non risulta essere stata posta in essere come si evince dalla lettura dei verbali di gara, essendosi la commissione limitata a porre in essere un mero chiarimento nell'attribuzione dei punteggi, i cui criteri di attribuzione restano fissati dalla *lex specialis*.

Da ultimo, va respinta la censura con la quale si lamenta la genericità del richiamo dal parte del disciplinare di gara, il cui punto D rinvia per il criterio di calcolo al punto I) dell'allegato P al d.P.R. 207/2010. Infatti, l'utilizzo del metodo del punteggio assoluto compreso nel citato punto I) è stato in concreto richiamato dagli atti di gara ed utilizzato per l'attribuzione dei punteggi, quindi, il vizio denunciato risulta insussistente.

11. L'appello deve, quindi, essere respinto. Nella complessità in fatto ed in diritto delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2015

IL SEGRETARIO

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