



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 6681 del 2011, proposto dalla Diodoro Ecologia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Ruggero Bianchi, Pietro Referza, con domicilio eletto presso Antonio Ruggero Bianchi in Roma, via Leonardo Greppi N.7;

contro

A.M. Consorzio Sociale, rappresentato e difeso dall'avv. Michele De Cilla, con domicilio eletto presso Michele De Cilla in Roma, via Zara, 16;

nei confronti di

Comune di Montorio al Vomano, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Scarpantoni, con domicilio eletto presso Cons. Di Stato Segreteria in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00351/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO RACCOLTA RIFIUTI SOLIDI URBANI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.M. Consorzio Sociale e di Comune di Montorio al Vomano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2012 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti gli avvocati Bianchi, Neri, per delega dell'Avv. De Cilla, e Scarano, per delega dell'Avv. Scarpantoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso proposto da A.M. Consorzio Sociale per l'annullamento della nota n. 3926 del 10.3.2011 del Comune di Montorio al Vomano, con cui il consorzio medesimo è stato escluso dalla gara indetta nell'ottobre 2010 per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani con il sistema domiciliare (gara medio tempore aggiudicata, in via provvisoria, alla Diodoro Ecologia s.r.l.).

La Diodoro Ecologia s.r.l. (in seguito, Diodoro) ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza.

Si sono costituiti in appello A. M. Consorzio Sociale (in seguito, Consorzio) e il Comune di Montorio al Vomano.

Le parti private hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza del 13 aprile 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. La ragione della esclusione dalla gara del Consorzio, ricorrente in primo grado, è consistita nella circostanza (ritenuta ostativa dal Comune appaltante) che il consorzio era affidatario diretto del servizio di igiene urbana nel Comune di Pineto, per cui è stato ritenuto operante nei confronti di tale soggetto il divieto di

cui all'articolo 23 bis, comma 9, del D.L. 25.6.08 n. 112 (convertito con modificazioni nella L. 6.8.08 n. 133, come modificata dall'art. 15 comma 1 lett. d del D.L. 135/2009). La norma, infatti, preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica.

Il TAR non ha condiviso la determinazione della stazione appaltante, ed ha ritenuto - allegando in tal senso la sentenza n. 2012 del 2011 del Consiglio di Stato, Sezione V, che “nella vicenda in vertenza, il rapporto si instaura esclusivamente tra amministrazione appaltante ed appaltatore dei servizi, senza coinvolgere la collettività, tant'è che la remunerazione è interamente a carico dell'amministrazione e non grava sugli utenti; ugualmente il rischio per la gestione del servizio è assunto dalla stazione appaltante e non si riflette sull'appaltatore che è remunerato a prestazione.”.

3. L'impresa Diodoro ha denunciato l'erroneità della decisione, segnalando: a) che la giurisprudenza citata dal Tar concerneva diversa fattispecie; b) che del servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani i beneficiari diretti sono i cittadini, non l'ente comunale; c) che l'onere del servizio grava direttamente sull'utenza, perché il Comune è obbligato ad istituire apposite tariffe e a pretenderne il pagamento.

4. Va esaminata preliminarmente l'eccezione di inammissibilità dell'appello avanzata dal Consorzio sul rilievo che Diodoro non ha impugnato l'aggiudicazione allo stesso Consorzio, disposta a seguito dell'annullamento, con la sentenza qui impugnata, della esclusione dalla gara del Consorzio medesimo.

A sostegno della tesi si allega il consolidato orientamento giurisdizionale che ritiene necessaria, anche in caso di impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, la contestazione formale dell'aggiudicazione definitiva. Si assume che il difetto di impugnazione dell'aggiudicazione ha reso immodificabile l'assetto degli interessi prodottosi con la conclusione della gara.

L'eccezione è infondata.

Come emerge dagli atti, il Consorzio è stato riammesso alla gara in esecuzione della sentenza qui impugnata, sicché l'assetto degli interessi conseguente all'aggiudicazione non ha mai conseguito carattere definitivo, fino quando le statuizioni del primo giudice non fossero passate in giudicato.

Non sussisteva, pertanto, alcun onere di ricorrere contro gli atti adottati in esito alla sentenza esecutiva ma non definitiva, posto che avverso la pronuncia era stato proposto il presente appello, il cui esito, eventualmente favorevole, avrebbe travolto gli atti dipendenti dalla sentenza annullata (Cons. St., Sez. VI, 27 luglio 2010, n.4902).

5. 1. L'appello è fondato.

Va subito precisato che la sentenza della Sezione V, 1° aprile 2011 n. 2012, menzionata nella pronuncia di primo grado, muove dalla nozione comunemente accolta da dottrina e giurisprudenza del servizio pubblico locale (in contrapposizione a quella di appalto di servizi), che è riconosciuta a quelle attività che sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa.

Si postula in sostanza quale requisito essenziale della nozione di servizio pubblico locale che il singolo o la collettività abbiano a ricevere un vantaggio diretto e non mediato da un certo servizio, escludendosi, di conseguenza, che ricorre servizio pubblico a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione direttamente o indirettamente, possa poi provvedere ad erogare una determinata attività. In quest'ultimo caso si parla, infatti, di mero appalto di servizi e non di servizio pubblico locale.

Su tale base, con la detta decisione, è stata negata la natura di servizio pubblico locale all'attività di *smaltimento dei fanghi derivanti dalla depurazione delle acque*, in quanto

strumentale all'erogazione del servizio idrico integrato da parte di Metropolitana Milanese s.p.a., che ne era titolare, in assenza di qualunque beneficio diretto, né soggezione ad onere di contribuzione, da parte dell'utenza.

Di qui la conclusione circa l'estraneità della fattispecie al divieto di cui all'art. 23 bis, comma 9, del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008 n. 133, come modificata dall'art. 15, comma, 1 lett. d) del d.l. n. 135 del 2009).

5.2. Pare evidente che la situazione descritta non sia riferibile al servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani, preso in esame nella presente controversia, considerando che lo stesso viene reso direttamente al singolo cittadino, senza intermediazione alcuna dal soggetto che lo eroga, e per il quale l'utente paga una tariffa, obbligatoria per legge, e di importo tale da coprire interamente il costo del servizio (cfr. d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, art. 238, e prima, art. art. 49 d.lgs. 5 febbraio 1997, n.22).

Il divieto di cui sopra, dunque, impediva al Consorzio, in quanto affidatario senza gara dello stesso servizio nel Comune di Pineto, di partecipare alla gara in questione, e l'esclusione disposta era, dunque, legittima.

La sentenza appellata giunge alla conclusione opposta, per un verso attribuendo rilievo decisivo a circostanze, per quanto appena detto, non vere (“...assenza di benefici diretti in capo all'utenza”...”la remunerazione ...non grava sugli utenti”), per altro verso valorizzando, sia la bilateralità (non trilateralità) del rapporto tra appaltante, che paga il corrispettivo, e appaltatore, sia l'assenza dell'assunzione del rischio da parte dell'appaltatore.

Come emerge dall'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, l'elemento della allocazione del rischio di impresa in capo al gestore del servizio è funzionale alla distinzione tra contratto di appalto di servizi e concessione di servizi, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili ai due istituti, ma risulta ininfluenza quanto alla

configurazione dell'appalto di servizi in contrapposizione al servizio pubblico locale.

La parte resistente sembra ritenere che il servizio pubblico locale sia configurabile solo quando l'Amministrazione adotti un atto di concessione (c.d. rapporto trilaterale, corrispettivo del servizio fissato dal concessionario, su cui grava il rischio di impresa), ma questa tesi è smentita proprio dalla

norma della cui applicazione si discute, che parla di gestione “di fatto o per disposizioni di legge, di *atto amministrativo* o *per contratto* servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto,”.

Se ne deve dedurre che si è in presenza di un servizio pubblico locale di rilevanza economica anche quando l'Amministrazione – invece della concessione – pone in essere un contratto di appalto, (rapporto bilaterale, versamento di un importo da parte dell'Amministrazione) sempre che l'attività sia rivolta direttamente all'utenza – e non all'ente appaltante in funzione strumentale all'amministrazione – e l'utenza sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio.

6. L'accoglimento dell'appello determina la nullità dell'aggiudicazione in favore del Consorzio e del contratto successivamente stipulato., con connesso obbligo del Comune di affidare il servizio all'appellante, restando assorbita ogni altra questione..

7. Sussistono ragioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado; spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2012

IL SEGRETARIO

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