

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 698 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da De Vizia Transfer s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Gennaro Macri, con domicilio eletto presso lo studio Michela Iazzetta in Latina, viale dello Statuto n. 19;

contro

Comune di Latina, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio eletto presso il suo studio in Latina, viale IV Novembre n. 25;

nei confronti

Azienda per i Beni Comuni di Latina, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Malinconico e Bruno De Maria, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Malinconico in Latina, via Luigi Farini 4;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari

- della deliberazione del Consiglio comunale di Latina n. 70 dell'8.8.2017, avente ad oggetto la “costituzione dell'azienda speciale per la gestione del servizio di igiene urbana e la raccolta differenziata dei rifiuti. Approvazione statuto - atto costitutivo - relazione ex art. 34 d.l. 179/2012. Variazione al bilancio di previsione esercizio 2017” e degli atti alla medesima allegati (relazione illustrativa, statuto e atto costitutivo dell'azienda speciale);

- della determina n. 1142 del 13.7.2017, in tema di annullamento ai sensi dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241 del 7.8.1990 della determinazione n. 779 del 23.5.2016 avente ad oggetto “affidamento del servizio igiene urbana, approvazione atti di gara e conferma impegni di spesa per pubblicazioni di cui alla det. n. 553 del 18.4.2016”;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da De Vizia Transfer s.p.a. il 31.1.2018 :

l'annullamento

della deliberazione della Giunta Municipale del Comune di Latina n. 560 del 18.12.2017, avente ad oggetto: “Approvazione schema contratto di servizio che disciplina i rapporti tra ente locale ed azienda speciale ABC comprensivo del capitolato speciale”, nonché dello “schema di contratto di servizio” e del “capitolato speciale per l'espletamento del servizio”;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da De Vizia Transfer s.p.a. il 20.3.2018:

l'annullamento

della deliberazione del Consiglio Comunale n. 2 del 31.1.2018, con la quale sono stati approvati gli “atti fondamentali dell'azienda speciale denominata “azienda per i beni comuni di Latina”, ai sensi dell'art. 114 c. 8 del tuel e dell'art. 31 dello statuto dell'azienda”, ivi incluso il “piano programma” comprendente il “contratto di servizio” che disciplina i rapporti tra ente locale e azienda speciale; nonché,

laddove ritenuto necessario, della deliberazione della Deliberazione del Consiglio Comunale n. 107 del 28.12.2017, con la quale veniva approvato lo “schema di contratto di servizio che disciplina i rapporti tra ente locale e azienda speciale ABC comprensivo del capitolato speciale”

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto rep. 67571 stipulato in data 31.1.2018 tra il Comune di Latina e l'Azienda Speciale per i Beni Comuni di Latina;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Latina e dell'Azienda per i Beni Comuni di Latina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2018 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con delibera 11.12.2015 n. 47 del commissario straordinario al Comune di Latina era stato deciso l'affidamento del servizio d'igiene urbana mediante gara pubblica. Con successivo bando, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 1° 6.2016, è stata indetta la procedura di evidenza pubblica per l'appalto del servizio.

Hanno presentato domanda di partecipazione l'associazione temporanea d'impreses tra De Vizia Transfer s.p.a. (mandataria) e Urbaser s.a. (mandante), oltre altra azienda di rilievo nazionale.

Dopo la chiusura del termine di presentazione delle offerte la gara era stata sospesa nelle more della risposta dell'Autorità Nazionale Anticorruzione a una richiesta di parere formulata dall'Amministrazione comunale di Latina il 17.10.2016 in merito alla legittimità di alcune prescrizioni della *lex specialis*. Il parere è stato reso con

raccomandazione dell'A.N.AC. in data 29.3.2017, con la quale l'Amministrazione è stata invitata a rimodulare entro trenta giorni la *lex specialis* della gara, rimuovendo le criticità evidenziate.

Con nota del 26.6.2017 l'Amministrazione comunale rappresentava all'A.N.AC. la volontà di procedere ad annullamento d'ufficio della normativa di gara. Il relativo procedimento era comunicato in avvio alle imprese che avevano presentato la domanda di ammissione.

La De Vizia Transfer presentava osservazioni in merito, rilevando che l'annullamento della gara sarebbe stato in contrasto con la raccomandazione dell'A.N.AC., la quale aveva invitato l'ente appaltante a rimodulare la normativa disciplinare della procedura. Alle osservazioni l'Amministrazione non ha dato risposta.

Con delibera 8.8.2017 n. 70 il Consiglio Comunale di Latina, richiamando la determina n. 1142 del 13.7.2017 con la quale la gara era stata annullata d'ufficio, disponeva la costituzione di un'azienda speciale *ex art.* 114 del testo unico degli enti locali, ai fini della gestione pubblica del servizio d'igiene urbana.

I suddetti provvedimenti sono impugnati dalla De Vizia Transfer con il presente ricorso.

2. Riservandosi la formulazione di motivi aggiunti alla conoscenza effettiva degli atti, parte ricorrente osserva che dalla delibera consiliare n. 70/2017 risulta che la determinazione n. 1142/2017 del Servizio Gare e Contratti rimanda alla adozione dei provvedimenti "conseguenti" del Dirigente del Servizio Ambiente, i quali non risultano essere intervenuti. Desume, perciò, che non vi sia mai stato un formale atto di annullamento della procedura di gara indetta con la delibera n. 47/2015 del commissario straordinario.

Peraltro, sostiene, anche ammettendo (in astratto) che la determina n. 1142/2017 abbia disposto l'annullamento d'ufficio della gara, essa sarebbe illegittima per vizio

procedurale in quanto adottata, in contrasto con il principio del *contrarius actus*, da organo diverso dal Consiglio Comunale, con i cui poteri il commissario straordinario aveva emesso l'atto di primo grado annullato. Inoltre, in contrasto con il principio del contraddittorio procedimentale, non sono state prese in considerazione, nemmeno al fine di valutarle, le osservazioni presentate dalla controinteressata De Vizia.

Peraltro la raccomandazione A.N.AC. del 29.3.2017 aveva invitato espressamente l'Amministrazione comunale a valutare la rimodulazione della *lex specialis* della gara al fine di rimuoverne le criticità evidenziate (un requisito richiesto per l'ammissione ritenuto dall'Autorità idoneo a restringere eccessivamente le possibilità di partecipazione), sottolineando in riferimento alla ipotesi di procedere con ricorso all'*in house providing* - essendo emerso che il Comune aveva affidato incarico a uno studio professionale di progettare la realizzazione e gestione di una società *in house* per l'igiene ambientale – la natura eccezionale e derogatoria di tale metodo di gestione del servizio pubblico. Ne consegue, secondo parte ricorrente, che la decisione di annullare l'intera gara, pur sussistendo i presupposti per emendarla dai profili di criticità, è illegittima per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa ed eccesso di potere per carenza della motivazione e difetto di istruttoria.

Non solo, ma le decisioni di (presunto) annullamento d'ufficio della gara e di costituzione con capitale pubblico di una società gestoria del servizio (di cui alla determina dirigenziale n. 1142/2017 e alla delibera consiliare n. 70/2017) appaiono affette anche dal vizio di sviamento, laddove il comportamento dell'Amministrazione – che aveva chiesto all'A.N.AC. un parere in ordine alla legittimità di alcune clausole della disciplina di gara e contemporaneamente aveva commissionato uno studio di progettazione per costituire una società *in house* – mostra un intento dilatorio mascherato dalla richiesta di un parere di legittimità su

alcune regole della gara, per giungere in realtà alla ridefinizione dello strumento di gestione del servizio escludendo la procedura di evidenza pubblica e nascondendo con apparente azione di autotutela una vera e propria revoca della gara indetta dal commissario straordinario nel 2015, in violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi e dell'affidamento dei concorrenti, nonché in assenza dei presupposti di cui all'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990.

L'assenza di adeguata motivazione in ordine alla congruità economica della scelta optata in antitesi alla gara pubblica, nonché in ordine a vantaggi specifici, appare evincibile dalla relazione allegata alla delibera C.C. n. 70/2017, non sottoscritta, la quale non rende alcuna ragione di supremazia del modello di affidamento diretto sull'alternativa dell'affidamento a soggetti terzi, sia per la convenienza economica, sia per altre utilità relative al servizio d'igiene urbana (raccolta differenziata, ecc.).

Sotto l'aspetto procedimentale la proposta della delibera consiliare, che ne ha preceduto l'approvazione, non risulta corredata del parere di regolarità tecnica del Dirigente del Servizio Ambientale, secondo i dettami dell'art. 49 del T.U. n. 267/2000 (norma che prescrive il preventivo parere di regolarità tecnica per le proposte di deliberazioni della Giunta e del Consiglio comunale).

Infine, il vizio di sviamento traspare anche nel modello prescelto dell'azienda speciale pubblica, anziché della società *in house*, che appare volto ad aggirare l'ostacolo del divieto per le pubbliche amministrazioni controllanti di costituire nuove società nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti (art. 14 del D.Lgs. n. 175/2016), considerato che la precedente società a capitale pubblico che gestiva il servizio d'igiene urbana, la Latina Ambiente s.p.a., era stata dichiarata fallita con sentenza 7.12.2016 n. 105 del Tribunale di Latina.

3. Il Comune di Latina si è costituito in giudizio e ha eccepito l'inammissibilità del ricorso in ragione della tardiva impugnazione della determina dirigenziale

13.7.2017 n. 1142, che aveva disposto l'annullamento d'ufficio della gara e che era stata pubblicata sia sul sito istituzionale dell'ente, sia sulla Gazzetta Ufficiale europea e italiana, sia su quattro quotidiani.

Ulteriori eccezioni d'inammissibilità sono formulate con riguardo al tipo di scelta operata dall'Amministrazione, che a giudizio di parte resistente è insindacabile perché comporta una valutazione di merito amministrativo e tecnico, e con riguardo all'interesse qualificato ad agire, che difetterebbe in capo alla ricorrente la quale aziona una mera aspettativa di fatto collegata a una posizione non contemplata dall'ordinamento a livello di tutela processuale.

Ancora, sul piano meramente processuale è contestata da parte resistente l'ammissibilità dell'impugnazione cumulativa di due atti – la determinazione dirigenziale n. 1142/2017, di annullamento in autotutela della delibera commissariale n. 47/2015, che aveva indetto la gara pubblica per l'affidamento del servizio d'igiene urbana, e la delibera consiliare n. 70/2017, che ha costituito una società a capitale pubblico per la gestione del servizio – a differente modulo procedimentale e funzionale.

Nel merito, l'Amministrazione resistente controdeduce alle censure e chiede il rigetto del ricorso in subordine all'accoglimento delle eccezioni pregiudiziali.

In modulo analogo è impostata la difesa dell'Azienda per i Beni Comuni di Latina, costituita in giudizio con memoria di controricorso.

Parte ricorrente ha presentato due serie di motivi aggiunti: avverso la delibera 18.12.2017 n. 560 della Giunta Comunale, con la quale è stato approvato lo schema del contratto di servizio che disciplina i rapporti tra l'ente locale e la costituita azienda speciale, e avverso la delibera 31.1.2018 n. 2 del Consiglio Comunale, con la quale sono stati approvati gli atti fondamentali dell'azienda speciale, ai sensi dell'art. 114, comma 8, del testo unico degli enti locali e dell'art. 31 dello statuto dell'azienda.

Le parti hanno presentato ulteriori memorie. La causa è passata in decisione all'udienza del 24 maggio 2018.

DIRITTO

Appare dirimente il rilievo dell'assenza di un interesse qualificato alla contestazione dell'atto di annullamento della gara (determinazione 13.7.2017 n. 1142 del Dirigente del Servizio Gare e Contratti), giacché nella fase anteriore all'aggiudicazione – e segnatamente ancora prima dell'avvio di ogni attività di verifica dei requisiti di ammissione dei concorrenti e di valutazione delle offerte – nessuna situazione soggettiva tutelabile può riconnettersi alle aspettative di fatto delle imprese che abbiano presentato domanda di partecipazione e, dunque, non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla revoca della procedura di gara o all'annullamento d'ufficio allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto e attuale, idoneo a giustificare il ritiro (T.A.R. Lazio, Latina, 26.9.2016 n. 579; T.A.R. Piemonte, II, 3.4.2012 n. 385).

In particolare, ferma restando l'assenza d'interesse qualificato alla contestazione dell'atto di ritiro della gara da parte delle imprese che avevano presentato la domanda di partecipazione, la determina dirigenziale n. 1142/2017 indica un congruo interesse alla modifica delle regole di ammissione dei concorrenti riguardo al requisito, previsto a pena di esclusione dal punto 13.1.5 del disciplinare, di aver prestato nell'ultimo triennio servizio di raccolta e conferimento dei rifiuti solidi urbani in almeno un comune con popolazione uguale o superiore a 125.000 abitanti, laddove, come osservato nella D.D. n. 1142/2017, la capacità tecnico-professionale degli operatori economici ben potrebbe essere desunta dal pregresso servizio triennale in più comuni aventi popolazione complessiva uguale o superiore a 125.000 abitanti.

La clausola era stata segnalata dal parere dell'A.N.AC. del 29.3.2017 quale disposizione in contrasto con i principi della concorrenza, che ne sarebbe stata irragionevolmente ristretta, come desumibili dalla disciplina europea.

Sul piano strettamente processuale, poi, non appare ammissibile il cumulo delle due impugnazioni della D.D. n. 1142/2017 e della delibera 8.8.2017 n. 70 del Consiglio Comunale.

Dalla delibera consiliare non discendono effetti che siano la diretta conseguenza dell'annullamento della gara disposto con la determina dirigenziale n. 1142/2017, pur richiamata dal Consiglio quale precedente storico. L'organo competente per le scelte politico-amministrative dell'ente locale ha ritenuto di optare per l'affidamento diretto del servizio d'igiene urbana ad azienda finanziata dalle casse comunali e, quindi, sotto diretto controllo dell'Amministrazione. La volontà di non rinnovare la procedura di gara, in antitesi alla scelta fatta nel 2015 dal commissario straordinario al Comune di Latina, è stata comunicata all'A.N.AC. con nota del 26.6.2017.

L'inammissibilità del ricorso travolge i motivi aggiunti, con assorbimento delle eccezioni non esaminate.

Peraltro il Collegio, in ragione della rilevanza del presente contenzioso, ritiene di spendere una riflessione in ordine alla legittimità della scelta operata dal Comune.

Deve al riguardo essere richiamato l'orientamento europeo 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 (può) farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche" (in tal senso: CGUE, sentenza 6 aprile 2006 in causa C-410/14 (ANAV)).

Il medesimo principio è stato ulteriormente ribadito al considerando 5 della cd. direttiva settori classici 2014/24/UE secondo cui "è opportuno rammentare che

nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva".

Nel medesimo senso depone, inoltre, l'articolo 2 della cd. direttiva concessioni 2014/23/UE (significativamente rubricato 'Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche'), il quale riconosce in modo espresso la possibilità per le amministrazioni di espletare i compiti di rispettivo interesse pubblico: a) avvalendosi delle proprie risorse, ovvero b) in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero ancora c) mediante conferimento ad operatori economici esterni.

Ed è qui appena il caso di osservare che la direttiva da ultimo richiamata pone le tre modalità in questione su un piano di integrale equiordinazione, senza riconoscere alla modalità sub c) valenza - per così dire - paradigmatica e, correlativamente, senza riconoscere alle modalità sub a) e b) valenza eccettuale o sussidiaria.

Sussistono giusti motivi per compensare, tra le parti, le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Roberto Maria Bucchi, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO