

Pubblicato il 14/03/2019

N. 01687/2019REG.PROV.COLL.

N. 08476/2018 REG.RIC.



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 8476 del 2018, 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 digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Comune di Latina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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 digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, n. 367/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Cavalcanti, De Maria e Malinconico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in appello all'esame del collegio la società istante ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe, con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto in primo grado dalla stessa società per l'annullamento della deliberazione del Consiglio comunale di Latina n. 70 dell'8 agosto 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), nonché della determina n. 1142 del 13 luglio 2017, adottata per l'annullamento in via di autotutela, ai sensi dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241 del 7 agosto 1990, della determinazione n. 779 del 23 maggio 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”*; con la sentenza succitata il Tar ha dichiarato, altresì,

l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, proposto dalla stessa società per l'annullamento della deliberazione della Giunta municipale del comune di Latina n. 560 del 18 dicembre 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*”, nonché dell'ulteriore ricorso per motivi aggiunti presentato da De Vizia Transfer S.p.a. per l'annullamento della deliberazione del Consiglio comunale n. 2 del 31 gennaio 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 della deliberazione del Consiglio comunale n. 107 del 28 dicembre 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*”.

L'appellante aveva chiesto, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto rep. 67571 stipulato il 31 gennaio 2018 tra il comune di Latina e l'Azienda speciale per i beni comuni di Latina.

A sostegno del ricorso in appello la società istante ha dedotto i seguenti motivi di diritto:

- 1) erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso, sia in relazione all'interesse dei concorrenti sorto a seguito della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, che della piena ammissibilità dell'impugnazione cumulativa ai sensi dell'art. 32 c.p.a.;
- 2) in ordine alla illegittimità della d.d. n. 1142/17: *error in iudicando* per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 21 *nonies* e 21 *quinquies* della legge n. 241/90 e dei principi generali in tema di autotutela amministrativa; violazione degli artt. 3, 7 e 10

della legge n. 241/90; violazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento; violazione del giusto procedimento e dei principi di correttezza dell'azione amministrativa; violazione del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, violazione del principio del *contrarius actus*; eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà, sviamento;

3) in ordine alla illegittimità della d.c.c. n. 70/17: *error in iudicando* per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 e dei principi generali in tema di finanza pubblica; eccesso di potere per sviamento di potere, contraddittorietà manifesta, irragionevolezza, illogicità, difetto di istruttoria, errore sui presupposti e travisamento dei fatti;

4) in ordine alla illegittimità della d.c.c. n. 70/17 e della d.g.c. n. 564/17: *error in iudicando* per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/90; dell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/12; degli artt. 5 e 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/16; violazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.) dell'azione amministrativa; eccesso di potere sub specie di difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti, illogicità manifesta, contraddittorietà, sviamento;

5) *error in iudicando* per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 e dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/16; violazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.) dell'azione amministrativa; eccesso di potere sub specie di difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti, illogicità manifesta, contraddittorietà;

6) *error in iudicando* per violazione dell'art. 192 del d.lgs. n. 50/16 e dell'art. 114 del d.lgs. n. 267/00; eccesso di potere per carenza di presupposti, contraddittorietà, difetto di istruttoria, errore sui presupposti di fatto e di diritto;

7) *error in iudicando* per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 267/00; eccesso di potere per errore sui presupposti e sviamento;

8) *error in iudicando* per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 34 e 50 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dei criteri ambientali minimi in tema di gestione dei rifiuti approvati con d.M. 13 febbraio 2014; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/16 e dell'art. 14, comma 6, del d.lgs. n. 175/16; eccesso di potere per contraddittorità manifesta, irragionevolezza, illogicità, difetto di istruttoria, errore sui presupposti e travisamento dei fatti, sviamento di potere, disparità di trattamento.

Si sono costituiti il comune di Latina e l'Azienda speciale per i beni comuni di Latina, che hanno chiesto la reiezione dell'appello per infondatezza, ribadendo, in primo luogo, l'eccezione di parziale irricevibilità del ricorso di primo grado, nonché le eccezioni di inammissibilità del medesimo accolte dal giudice di primo grado e nel merito controdeducendo specificamente alle doglianze avversarie.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 21 febbraio 2019 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con l'appello all'esame del collegio la società istante ha impugnato la sentenza del Tar Latina indicata in epigrafe, con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto cumulativamente avverso gli atti di annullamento di una gara - alla quale l'appellante aveva partecipato -, indetta per l'affidamento del servizio di igiene urbana, nonché contro la delibera di costituzione di un'azienda speciale per l'affidamento alla stessa anche del servizio succitato.

Con motivi aggiunti erano stati impugnati anche altri atti conseguenti meglio indicati in fatto, fra i quali la delibera di giunta n. 564 del 18 dicembre 2017, di approvazione dello schema del contratto di servizio che disciplina i rapporti tra l'ente locale e l'azienda speciale ABC, comprensivo del capitolato speciale.

La sentenza ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti in via derivata, sia perché non sarebbe ravvisabile l'interesse della ricorrente in primo grado a contestare l'annullamento prima dell'aggiudicazione della gara, sia perché con il ricorso sarebbero stati impugnati cumulativamente atti non connessi.

Deve precisarsi che, successivamente alla pubblicazione del bando di gara, in seguito ad alcuni esposti presentati, era intervenuta l'ANAC, che aveva espresso un parere di illegittimità di alcune clausole della *lex specialis* in ordine ai requisiti di capacità tecnica richiesti (avere svolto per almeno 12 mesi consecutivi negli ultimi 3 anni servizio in almeno un Comune con popolazione superiore ai 125.000 abitanti), per violazione della concorrenza.

Più in particolare, con raccomandazione non vincolante del 29 marzo 2017, l'ANAC invitava l'Amministrazione a *“valutare la rimodulazione della lex specialis di gara, rimuovendo le criticità evidenziate nel presente atto, affinché proceda, nel rispetto delle procedure previste dall'attuale codice dei contratti approvato con d.lgs. n. 50/2016, ad affidare il servizio in oggetto con gara europea di evidenza pubblica”*.

Anche il Commissario prefettizio, con deliberazione n. 47 dell'11 dicembre 2015, assunta con i poteri del Consiglio, aveva stabilito di affidare il servizio mediante procedura ad evidenza pubblica.

In precedenza il servizio era, invero, gestito *in house*, mediante la società mista, a prevalente capitale pubblico, denominata Latina Ambiente S.p.a., ma tale società è stata dichiarata fallita con sentenza del Tribunale ordinario di Latina n. 105 del 7 dicembre 2016.

Deve, inoltre, evidenziarsi che in data 30 dicembre 2017 l'azienda speciale per i beni comuni di Latina, con scrittura privata autenticata di *“cessione coattiva di ramo d'azienda ex artt. 104 ter e ss. della legge fallimentare”* stipulata tra i curatori fallimentari della società Latina Ambiente S.p.a. in liquidazione – previa autorizzazione del giudice delegato - e il presidente del consiglio di

amministrazione dell'azienda speciale medesima, acquistava il ramo d'azienda organizzato per lo svolgimento dei servizi di igiene ambientale della Latina Ambiente S.p.a.

Tanto premesso, in ordine all'impugnazione della determinazione n. 1142/17 del 13 luglio 2017 relativa all'annullamento della gara e della d.c.c. n. 70/17 dell'8 agosto 2017 relativa alla "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", assumono il Comune e l'Azienda speciale appellati che tali determinazioni risulterebbero tardivamente impugnate in primo grado, dovendosi far riferimento ai principi della "pubblicità legale" sull'albo pretorio (oltre alla pubblicità sulla gazzetta ufficiale europea e nazionale, nonché su quattro quotidiani nazionali).

Il ricorso, notificato il 2 ottobre 2017, risulterebbe, pertanto, in parte qua, irricevibile.

L'eccezione va disattesa.

Ed invero, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016: "*le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni ... omissis ... c) la decisione di non aggiudicare un appalto ... a tutti i candidati*". Inoltre, ai sensi del comma 6 della medesima disposizione normativa: "*le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata ...*".

Ne consegue che la determina di annullamento della gara avrebbe dovuto essere specificamente e direttamente comunicata alla De Vizia Transfer S.p.a. (che aveva presentato domanda di partecipazione alla gara) e che, pertanto, trattandosi di atto per il quale era necessaria la comunicazione individuale, il dies a quo per l'impugnazione dello stesso decorreva solo dalla comunicazione medesima, che non è mai avvenuta, e non dalla pubblicazione.

Dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa risulta, infatti, che: *“avendo parte ricorrente presentato la domanda di partecipazione alla gara di cui trattasi, si ritiene che per questo, in quanto direttamente interessata e pertanto necessaria destinataria di una comunicazione individuale, il termine per la impugnazione debba decorrere soltanto a fare data dalla ricezione della nota di comunicazione della detta deliberazione, non ritenendosi né idonea né sufficiente la pubblicazione all'albo pretorio. Ed infatti la pubblicazione all'albo pretorio non è sufficiente a determinare la presunzione assoluta di piena conoscenza dell'atto da parte dei soggetti ai quali l'atto direttamente si riferisce ed interessati ad impugnarlo, nei cui confronti, pertanto, occorre che ai fini in questione il provvedimento sia notificato o comunicato direttamente”* (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2008, n. 3112).

Quanto osservato risulta confermato, altresì, dalla comunicazione di avvio del procedimento di autotutela che era stata inviata alla società il 10 luglio 2017, alla quale la stessa aveva controdedotto con nota del 14 luglio 2017, che denota la consapevolezza da parte della stessa amministrazione della necessità di fornire specifica notizia ai concorrenti dell'adozione dell'atto di annullamento della gara.

Tenuto conto che il provvedimento di annullamento della gara non è stato mai comunicato all'appellante e che la stessa lo ha, dunque, conosciuto solo in quanto posto a fondamento della deliberazione consiliare n. 70 dell'8 agosto 2017 e nella stessa indicato, in considerazione della sospensione feriale e del fatto che il 30 settembre 2017 cadeva di sabato, il ricorso è stato tempestivamente presentato avverso entrambe le delibere il lunedì 2 ottobre 2017.

In relazione, invece, alla carenza di legittimazione e di interesse all'impugnazione assunta dal Comune, nonché dall'Azienda speciale, e condivisa dal giudice di primo grado nella sentenza appellata, che costituisce oggetto della prima censura dedotta dall'appellante, deve porsi in evidenza che la società istante non può ritenersi titolare di un mero interesse di fatto. La stessa ha, invero, presentato domanda di partecipazione alla gara e ha, dunque, un interesse qualificato a che la stessa non

venga posta nel nulla mediante il previo annullamento della procedura concorsuale e la conseguente costituzione dell'azienda speciale a cui affidare il servizio. Ha, sostanzialmente, interesse a che la commessa, peraltro di rilevante valore, non venga sottratta al mercato. Ne consegue, altresì, la piena legittimazione all'impugnazione da parte della società.

Anche in relazione all'assunta inammissibilità dell'impugnazione cumulativa dell'annullamento della gara e della costituzione dell'azienda speciale per lo svolgimento del servizio, le statuizioni del Tar non possono essere condivise.

Ed invero, la vicenda appartiene senza dubbio ad un unico procedimento complesso, seppur composto da più procedimenti connessi, come risulta evidente dal richiamo della delibera di annullamento della gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana nell'ambito del contenuto della delibera di costituzione dell'azienda speciale per la gestione del servizio medesimo, che vede, indubbiamente, nella prima il suo presupposto. L'affidamento del servizio rifiuti all'azienda speciale non sarebbe potuto, invero, avvenire in costanza della procedura concorsuale.

Ai sensi dell'art. 32, comma 1, c.p.a.: *“E' sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale”*.

E' stato, invero, affermato che: *“il ricorso cumulativo è ammissibile allorquando fra gli atti impugnati sussiste una connessione procedimentale ovvero un rapporto di presupposizione giuridica o quantomeno di carattere logico oppure in quanto i diversi atti incidano sulla medesima vicenda ovvero sussista tra i provvedimenti uno stretto rapporto logico (cfr. Con Stato Sez. VI 17 settembre 2009 n.5546; idem 9 ottobre 2007 n. 5295; Sez. V 29 dicembre 2009 n.8914). In particolare, la cumulabilità delle impugnative impone che tra gli atti gravati deve potersi rintracciare una ragione comune per cui anche se appartengono a procedimenti diversi sono fra loro comunque collegati in un rapporto di presupposizione o di consequenzialità o comunque di*

connessione (cfr, questa Sezione 6 maggio 2010 n. 2626)'' (Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2615; 4 luglio 2017, n. 3255).

Ne consegue, nella specie, la perfetta ammissibilità del ricorso cumulativo, in conseguenza della connessione funzionale tra gli atti impugnati.

L'appello è dunque, fondato sotto tali profili.

Passando all'esame delle ulteriori censure dedotte, la società appellante si duole dell'illegittimità della determina n. 1142/17, in primo luogo, perché adottata in violazione del principio del *contrarius actus*, da un organo incompetente (assumendo che la gara potesse essere annullata solo dal medesimo organo che aveva indetto la medesima, ossia, dal Dirigente Responsabile del Servizio Ambiente); in secondo luogo, poiché la medesima sarebbe stata adottata in violazione del giusto procedimento e specificamente senza consentire alla società di partecipare al medesimo, nonché in violazione dei principi che regolano il procedimento di autotutela e dell'obbligo di idonea motivazione.

Il primo profilo di censura è infondato, atteso che l'annullamento è stato disposto dal dirigente del Servizio Gare e Contratti, funzionalmente competente in considerazione della modifica degli atti di gara che era stata effettuata dallo stesso Servizio con la determinazione n° 779 del 23 maggio 2016.

Riguardo, invece, al secondo profilo di doglianza, deve ricordarsi che il comune di Latina ha avviato il procedimento di annullamento in autotutela del bando di gara dandone avviso ai concorrenti il 10 luglio 2017 e che il procedimento si è concluso con la determinazione del dirigente responsabile del Servizio Gare e Contratti n. 1142 del 13 luglio 2017, pubblicata mediante iscrizione nell'albo pretorio telematico il 14 luglio 2017. A tale avviso ha dato riscontro la De Vizia Transfer, successivamente all'emissione del provvedimento conclusivo, con memoria del 14 luglio 2017.

Tanto premesso, il profilo di doglianza è fondato, atteso che risulta *per tabulas* che il Comune appellato abbia provveduto a concludere il procedimento senza permettere ai concorrenti interessati, ai quali pure aveva dato avviso dell'avvio del procedimento e del cui interesse qualificato e differenziato era, dunque, pienamente consapevole, di interloquire in alcun modo.

Né è condivisibile quanto asserito in merito dalle controparti, e, cioè, che il contributo della Società, quando pure acquisito prima della formazione della determinazione, non avrebbe di certo potuto imprimere una diversa sorte alla procedura di gara, in considerazione delle doglianze ampiamente espresse in sede di ricorso dalla Società, che denotano senza alcun dubbio l'esistenza di un potere discrezionale dell'amministrazione all'adozione dell'atto di autotutela di natura per nulla vincolata, che richiedeva certamente un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto, nei limiti di cui in motivazione e salve le ulteriori determinazioni dell'amministrazione intimata, con conseguente riforma della sentenza appellata.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti di cui in motivazione.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO