

Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3700

Non è possibile ammettere, una volta acquisita la struttura contrattuale del rapporto, l'esistenza di una riserva di potere decisorio conferita al Consorzio: la legittimazione, infatti, o è di tipo autoritativo pur nelle peculiari modalità che contrassegnano la costituzione di un consorzio obbligatorio, o è di tipo convenzionale. In questo secondo caso, infatti, la posizione del Consorzio non si discosta da quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento al quale sia riconosciuta l'autonomia privata.

La proroga presuppone una integrazione temporale ad un contratto i cui effetti siano scaduti. Se la posizione fatta valere era che tale esaurimento non si era giammai verificato e che dovesse essere mantenuto il contratto fino alle determinazioni sulla gestione integrata da parte dell'Autorità d'ambito, allora era giocoforza che fossero impugnati gli atti di proroga.

REPUBBLICA ITALIANA N.3700/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 5382 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 5382/2008 del 01/07/2008, proposto dalla COMUNITA' MONTANA DEL SAN VICINO, rappresentata e difesa dagli avv.ti FEDERICO TEDESCHINI e PIERPAOLO SALVATORE PUGLIANO con domicilio eletto in Roma, LARGO MESSICO,7 presso lo studio del primo;

contro

la PROVINCIA DI MACERATA, non costituitasi;

il COMUNE DI CINGOLI, non costituitosi;

la C., rappresentato e difeso dagli avv.ti DANIELE SPINELLI e NICOLA MARCONE con domicilio eletto in Roma, PIAZZA DELL'OROLOGIO, 7 presso lo studio del secondo;

la S. S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti ALBERTO LUCCHETTI e ALESSANDRO LUCCHETTI con domicilio eletto in Roma, VIA PRINCIPESSA CLOTILDE, 2 presso l'avv. ANGELO CLARIZIA;

SM. SPA, non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR MARCHE Sezione Prima: n.269/2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI RACCOLTA E TRASPORTO RIFIUTI URBANI E ASSIMILATI ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della C. e S. S.P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 13 Gennaio 2009, relatore il Consigliere Cons. Filoreto D'Agostino ed uditi, altresì, gli avvocati F. Tedeschini, D. Spinelli e A. Lucchetti;

Fatto

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche che ha accolto i ricorsi proposti dal consorzio smaltimento rifiuti C. e da S. s.p.a. che hanno impugnato il bando pubblicato il 9 febbraio 2007 con il quale la Comunità montana del San Vicino indiceva gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento in discarica dei rifiuti urbani ed assimilati, anche in forma differenziata, del comune di Cingoli.

Erano stati altresì impugnati gli ulteriori atti tra i quali il provvedimento 26 ottobre 2007, n. 100 del Direttore e Segretario della Comunità montana del San Vicino recante aggiudicazione del servizio alla società Sm.

L'accoglimento è stato supportato da due concorrenti ragioni:

la prima concerne la carenza di un preventivo atto di revoca o di recesso dal consorzio da parte del Comune di Cingoli, dalla quale deriverebbe la permanenza dell'obbligo a seguire le decisioni assunte in parte qua dal consorzio stesso;

la seconda assume che l'articolo 204, comma 1 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 comprenda tra i soggetti autorizzati alla gestione del servizio prima dell'istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata da parte dell'Autorità d'ambito anche il consorzio ricorrente originario.

L'atto di appello si articola su tre motivi ai quali si aggiunge una disamina critica della metodica dell'*in house providing* del consorzio appellato e, in via ulteriormente subordinata, la richiesta di prospettare questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia Ce sull'interpretazione del citato articolo 204 d. lgs n. 152 del 2006 e sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario (e in particolare con la direttiva 2004/18) dell'affidamento diretto (*in house providing*) da parte del consorzio del servizio integrato a società mista pubblico-privata.

Si sono costituiti in giudizio tutti i ricorrenti di primo grado che hanno ribadito i contenuti delle difese di prime cure.

All'udienza di discussione i patroni hanno ulteriormente insistito per l'accoglimento delle già rassegnate conclusioni.

Diritto

L'appello è fondato.

Assume prioritario rilievo per l'accoglimento la circostanza che, in relazione allo specifico servizio oggetto della gara, era intercorso tra la Comunità montana del San Vicino e il C. un contratto di servizio, scaduto il 31 dicembre 2005 e ulteriormente prorogato una prima volta sino al 31 dicembre 2006 e successivamente per ulteriori tre mesi (fino, cioè al 31 marzo 2007).

Se *inter partes* operava il modulo convenzionale tipico dell'appalto di servizi, non si vede come la relazione possa essere diversamente qualificata.

In particolare non è possibile ammettere, una volta acquisita la struttura contrattuale del rapporto, l'esistenza di una riserva di potere decisorio conferita al Consorzio: la legittimazione, infatti, o è di tipo autoritativo pur nelle peculiari modalità che contrassegnano la costituzione di un consorzio obbligatorio, o è di tipo convenzionale. In questo secondo caso, infatti, la posizione del Consorzio non si discosta da quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento al quale sia riconosciuta l'autonomia privata.

Anche il Giudice di prime cure ha riconosciuto questa pur elementare realtà, ma ha ritenuto che la stessa non bastasse a superare il vincolo che legava il Comune di Cingoli al Consorzio appellato.

Tale vincolo invero sussiste, ma lo stesso va limitato allo smaltimento e non certo alla raccolta dei rifiuti, atteso che l'articolo 7 della legge Regione Marche 28 ottobre 1999, n. 28 prevede e limita la costituzione di consorzi obbligatori solo per la prima attività e non per la seconda.

Ciò è, d'altro canto, comprovato dal fatto che nell'ambito territoriale del consorzio coesistono gestioni del servizio di raccolta affidato all'impresa S., ad altre imprese e finanche in economia.

Alla stregua di tale dato, non v'è dubbio che si riveli assorbente l'eccezione preliminare di inammissibilità dei ricorsi originari, atteso che le proroghe avevano chiaramente manifestato all'ente consortile la volontà del comune di Cingoli e della Comunità montana del San Vicino di considerare esaurito il rapporto stesso: la proroga, infatti, presuppone una integrazione temporale ad un contratto i cui effetti siano scaduti.

Se la posizione fatta valere dagli appellati era, per contro, che tale esaurimento non si era giammai verificato e che dovesse essere mantenuto il contratto fino alle determinazioni

sulla gestione integrata da parte dell'Autorità d'ambito, allora era gioco forza che fossero impugnati gli atti di proroga (quanto meno il primo che ha esteso la protrazione del servizio per tutto l'anno 2006).

Ciò non è avvenuto così che la tesi della sostanziale acquiescenza manifestata dal Consorzio deve ritenersi provata.

Si deve per completezza aggiungere che nessuna utilità alle prospettazioni di parte appellata apporta la lettura dell'articolo 204 del decreto legislativo n. 152 del 2006.

I soggetti ai quali la disposizione si riferisce sono evidentemente coloro che conferiscono il servizio e non già quelli che lo espletano seppure con affidatario diretto.

I ricorsi originari andavano conseguentemente rigettati.

La Sezione ritiene peraltro opportuno ribadire che le tesi dell'appellante in ordine alle modalità di affidamento diretto (*in house providing*) sono perfettamente coerenti a quanto osservato da questo Consiglio di Stato in A.P. n. 1/2008 nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce (8 aprile 2008 C-337/05).

Si tratta di osservazioni delle quali debbono fare buon uso le Amministrazioni e i soggetti interessati al fine di evitare richiami in sede comunitaria.

Sembra tuttavia equo compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quinta accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, rigetta i ricorsi proposti dinanzi al Tar.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13 gennaio 2009 con l'intervento dei signori:

Stefano Baccharini Presidente

Filoreto D'Agostino Consigliere est.

Aniello Cerreto Consigliere

Vito Poli Consigliere

Francesco Caringella Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Filoreto D'Agostino f.to Stefano Baccharini

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

12/06/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE