

N. 03563/2014REG.PROV.COLL.
N. 09355/2013 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 9355 del 2013, proposto da Tradeco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Loiodice e Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso gli stessi in Roma, via Ombrone n. 12 - Pal. B;

contro

Il Comune di Terlizzi, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto Sticchi Damiani e Ugo Patroni Griffi, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Bdl in Roma, via Bocca di Leone n. 78;

nei confronti di

L'Azienda Servizi Vari s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Savino, con domicilio eletto presso l'avvocato Alberto Laimole in Roma, via Aterno n. 9;

l'Azienda servizi igiene e pubblica utilità del Comune di Corato, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Puglia – Bari - Sezione I, n. 1250 del 26 agosto 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Terlizzi e dell'Azienda Servizi Vari s.pa.;

Viste le memorie difensive depositate dal comune (in data 30 gennaio 2014) e dalla società appellante (in data 24 e 30 maggio 2014);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2014 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti l'avvocato Lepore, su delega dell'avvocato Savino, l'avvocato Saverio Sticchi Damiani, su delega dell'avvocato Ernesto Sticchi Damiani, e l'avvocato Aldo Loiodice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società TRADE.CO., all'esito di una gara pubblica, è risultata aggiudicataria del servizio di spazzamento, raccolta, svuotamento e trasporto rifiuti solidi urbani del comune di Terlizzi per la durata originaria di anni sette (contratto rep. n. 2064 del 19 marzo 2002).

1.1. L'originario rapporto contrattuale è stato prorogato fino al 30 giugno 2011 con alcune delibere giuntali (nn. 56 e 88 del 2009; nn. 121 e 232 del 2010) e consiliari (n. 6 del 2011) preordinate al perfezionamento delle procedure per la scelta, da parte dell'Ambito territoriale ottimale (A.t.o.) Bari 1 - e in particolare, al suo interno, da parte dell'Ambito ridotto

ottimale (A.r.o.) costituito con i comuni di Molfetta, Corato e Ruvo di Puglia - del gestore unitario del servizio, in applicazione di quanto previsto dall'art. 23 *bis*, d.l. n. 112 del 2008.

1.2. Protrattosi nel tempo l'articolato *iter* procedimentale, anche a cagione della mutevole disciplina legislativa in materia di servizi pubblici locali, il comune di Terlizzi, per sovvenire alle inderogabili esigenze di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, facendo uso del potere di ordinanza contingibile ed urgente diviso dagli artt. 50, co. 5, t.u.e.l. e 191, d.lgs. n. 152 del 2006, ha ordinato alla società TRA.DE.CO. di provvedere all'espletamento del servizio (cfr. ordinanze sindacali nn. 18, 20 e 33 del 2011; ordinanza del Commissario straordinario n. 3 del 2012; ordinanza sindacale n. 4 del 2012 che ha intimato alla società di gestire il servizio fino al 31 dicembre 2012).

1.3. Sul piano normativo, nel periodo di tempo in cui gli organi comunali hanno emanato gli atti sopra indicati, si verificava:

- a) l'abrogazione della disciplina dei servizi pubblici locali di cui al menzionato art. 23 *bis* ad opera del *referendum* del 12 e 13 giugno 2011 e del conseguente decreto del Presidente della Repubblica;
- b) l'entrata in vigore dell'art. 4, d.l. n. 138 del 2011 – recante la disciplina attuativa degli esiti del *referendum* abrogativo in materia di servizi pubblici locali – di lì a poco dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012;
- c) l'entrata in vigore della legge regionale Puglia 20 agosto 2012, n. 24 (modificata dalla l.r. 13 dicembre 2012, n. 42) – *Rafforzamento delle pubbliche funzioni nell'organizzazione e nel governo dei Servizi pubblici locali* – recante, altresì, una peculiare disciplina transitoria onde evitare che, in attesa della

determinazione degli ‘ambiti ottimali’, gli enti locali procedessero ciascuno per suo conto (cfr. in particolare le norme sancite dal combinato disposto degli artt. 8, co. 6, e 24, co. 1 e 2, che hanno vietato ai comuni facenti parte degli A.r.o., individuati dalla regione, sia di indire nuove procedure di gara, sia di dare corso ad aggiudicazioni provvisorie relative a procedure selettive bandite in precedenza);

d) l’approvazione, da parte della giunta regionale (cfr. delibera n. 2147 del 23 ottobre 2012), del perimetro dell’A.r.o. n. 1 (costituito dai comuni di Terlizzi, Corato, Molfetta, Ruvo di Puglia e Bitonto), ai sensi dell’art. 8, co. 6, l.r. n. 24 del 2012.

1.4. All’interno di questo peculiare contesto normativo e procedimentale, il comune di Terlizzi - preso atto di ben documentate criticità registratesi nell’espletamento del servizio da parte della società TRA.DE.CO. (relativamente ai rapporti con le maestranze della ditta sub appaltatrice), ma dovendo comunque continuare a fronteggiare la situazione emergenziale (non essendo stato individuato il gestore unico del servizio di igiene urbana), sempre facendo uso dei poteri *extra ordinem* di cui ai più volte menzionati artt. 50 e 191 cit. – ha ordinato all’Azienda speciale del comune di Corato di provvedere, con decorrenza dal 1° gennaio 2013 (e per un periodo di un anno salva cessazione *ipso iure* in caso di effettiva attivazione del gestore unico dell’A.r.o.), all’espletamento del servizio di igiene urbana nell’osservanza di numerose e puntuali disposizioni (cfr. ordinanza sindacale n. 12 del 28 dicembre 2012).

Avverso tale provvedimento ha proposto il ricorso di primo grado n. 1846 del 2012, davanti al T.a.r. per la Puglia, la società TRA.DE.CO. proponendo ricorso principale corredato da un primo atto di motivi

aggiunti.

1.5. Stante la sopravvenuta indisponibilità dell'Azienda speciale di Corato, il sindaco di Terlizzi, sempre esercitando i medesimi poteri *extra ordinem*, da un lato ha revocato la precedente ordinanza n. 12 del 2012, dall'altro, ha intimato alla società TRA.DE.CO. di gestire il servizio sino al 6 gennaio 2013, onde scongiurare gravi rischi per la pubblica incolumità, a maggior ragione nel periodo delle festività natalizie (cfr. ordinanza n. 13 del 31 dicembre 2012).

Avverso questa ordinanza è stato proposto un secondo atto di motivi aggiunti: i suoi effetti sono stati sospesi, limitatamente alla fissazione del termine del 6 gennaio, con una misura cautelare monocratica emessa dal T.a.r. con il decreto n. 3 del 4 gennaio 2013.

1.6. Il comune, con ordinanza sindacale contingibile e urgente n. 1 del 10 gennaio 2013:

- a) ha stabilito di adeguarsi alla misura cautelare relativamente al termine di espletamento del servizio coatto;
- b) ha rilevato: I) l'esigenza di implementare la raccolta differenziata i cui obiettivi quantitativi non erano stati conseguiti durante la gestione della TRA.DE.CO.; II) l'esigenza di fronteggiare l'emergenza avvicinando però sempre di più la gestione del servizio agli *standard* richiesti dalla nuova disciplina degli A.r.o., sebbene non ancora a regime, avvalendosi di soggetti (connotati da una forte caratterizzazione pubblicistica) già operanti nell'ambito dell'A.r.o. 1; III) l'impossibilità giuridica di espletare gare per l'affidamento del servizio di igiene con la ineluttabile necessità di fare uso, ancora una volta, dei poteri straordinari sanciti dagli artt. 50 e 191 cit.;
- c) ha ordinato alla TRA.DE.CO. di gestire il servizio fino al 15 gennaio

2013 disponendo per il prosieguo (e fino al 15 aprile 2013), a carico dell'Azienda Servizi Vari (ASV) del comune di Bitonto, onerata di una puntuale serie di prescrizioni e obbiettivi qualitativi.

Anche questa ordinanza è stata impugnata con un terzo atto di motivi aggiunti.

1.7. Il comune, con ordinanza sindacale contingibile e urgente n. 7 del 5 marzo 2013:

- a) ha preso atto degli esiti ad esso favorevoli degli incidenti cautelari azionati dalla ricorrente (davanti al T.a.r. ed al Consiglio di Stato);
- b) ha ribadito la riconducibilità alla TRA.DE.CO. delle documentate criticità relative alla gestione del servizio di igiene urbana;
- c) ha ritenuto non esaminabile l'offerta presentata dalla ricorrente in data 4 gennaio 2013, per il servizio di raccolta differenziata, stante l'impossibilità giuridica di espletare qualsivoglia tipo di gara;
- d) ha ordinato alla società TRA.DE.CO. di procedere alla formale consegna del servizio non oltre il giorno 11 marzo 2013.

Anche questa ordinanza è stata impugnata con un quarto atto di motivi aggiunti.

1.8. Successivamente all'ultimo provvedimento gravato con il quarto atto di motivi aggiunti (ovvero l'ordinanza n. 7 del 2013), sono sopraggiunte le ulteriori ordinanze sindacali contingibili e urgenti (non impuginate):

- a) n. 10 del 13 aprile 2013, che - preso atto dell'avvenuta effettiva consegna del servizio alla ditta ASV in data 11 marzo 2013 e rappresentato il quadro fattuale e giuridico ai fini degli artt. 50, co. 5, t.u.e.l. e 191, d.lgs. n. 152 del 2006 – ha ordinato a quest'ultima di provvedere all'espletamento del servizio sino al 15 luglio 2013 e comunque non oltre il completamento delle

procedure per individuare il gestore dell'A.r.o.;

b) n. 20 del 15 luglio 2013, che, all'esito di una nuova valutazione della situazione di fatto e diritto, ha ordinato alla ditta ASV di espletare il servizio fino al 16 ottobre 2013 in applicazione delle medesime norme, modalità e prescrizioni.

2. L'impugnata sentenza – T.a.r. per la Puglia – Bari - Sezione I, n. 1250 del 26 agosto 2013 -:

a) ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale e tutti i connessi atti di motivi aggiunti, in considerazione della mancata impugnativa, da parte della società TRADE.CO., dell'ordinanza sindacale n. 10 del 2013, poiché, secondo il T.a.r. la società ricorrente non potrebbe più *<<vantare alcuna posizione giuridica soggettiva di vantaggio finalizzata al conseguimento della proroga del contratto di appalto per cui è causa>>*;

b) ha compensato fra le parti le spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la società TRADE.CO. ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza.

Con il primo mezzo (pagine 7 – 8 del gravame), essa ha lamentato che il T.a.r. erroneamente non ha rilevato la cessazione della materia del contendere in relazione all'impugnativa delle ordinanze sindacali nn. 12 e 13 del 2012 e n. 1 del 2013 – oggetto del ricorso principale e dei primi due atti di motivi aggiunti – poi sostanzialmente rimosse dalla medesima amministrazione.

Con il secondo mezzo (pagine 9 – 14 del gravame), la società ha stigmatizzato l'erroneità della sentenza per aver dato rilievo alla mancata impugnazione dell'ordinanza sindacale n. 10 del 2013, nonostante la

persistenza di un interesse attuale e concreto alla decisione di merito relativamente al terzo e quarto atto di motivi aggiunti – con cui sono state impugnate le ordinanze sindacali nn. 1 e 7 del 2013.

Al riguardo, la società sostiene che:

I) l'amministrazione, con le su indicate ordinanze, ha leso l'interesse diretto della società a proseguire il rapporto contrattuale fino all'espletamento della gara ad evidenza pubblica indetta dall'A.r.o., nonché l'interesse strumentale a partecipare ad una gara per la gestione del servizio nella fase transitoria;

II) l'accoglimento delle censure proposte avrebbe obbligato l'amministrazione a ripristinare il rapporto contrattuale in corso ovvero ad indire una nuova gara alla quale avrebbe potuto partecipare;

III) tutte le ordinanze sindacali emesse nell'ambito della medesima vicenda sono avvinte da un nesso di presupposizione necessaria, sicché l'annullamento della ordinanza n. 1 del 2013 avrebbe travolto automaticamente anche le successive (recanti delle mere proroghe), senza alcuna necessita di autonoma impugnativa; nella specie, l'ordinanza n. 10 del 2013 si sarebbe limitata (al pari della n. 20 del 2013, come osservato dalla difesa appellante nella memoria di replica depositata il 30 maggio 2014), a prorogare il servizio in favore della ditta ASV.

Con il terzo mezzo, infine (pagine 14 – 60), sono state riproposte tutte le censure (non esaminate dall'impugnata sentenza) articolate a sostegno del terzo e quarto atto di motivi aggiunti.

4. Si sono costituite l'amministrazione comunale e la società ASV, deducendo l'infondatezza dell'appello in fatto e diritto.

5. Le parti hanno meglio illustrato le proprie difese con le memorie indicate in epigrafe.

6. All'udienza pubblica del 10 giugno 2014, la causa è stata trattenuta in decisione, previa illustrazione alle parte presenti, da parte del Collegio ai sensi dell'art. 73, co. 3, c.p.a., delle conseguenze, in punto di inammissibilità del ricorso, discendenti dalla circostanza di fatto che anche la società TRA.DE.CO. ha gestito il servizio per cui è causa in forza di plurime ordinanze sindacali emanate ai sensi dell'art. 50, co. 5, t.u.e.l.

7. Così ricostruite le vicende che hanno condotto alla definizione del secondo grado del giudizio, ritiene la Sezione che l'appello proposto dalla società TRA.DE.CO. sia inammissibile.

7.1. Si ravvisa, nel peculiare caso di specie, una autonoma circostanza di fatto che non consente di configurare in capo alla società ricorrente un legittimo titolo alla definizione dell'impugnazione.

Da qui l'applicabilità della norma sancita dall'art. 35, co. 1, lett. b), c.p.a. secondo cui *<<il giudice dichiara ...il ricorso ...inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito>>*, estensibile alle impugnazioni in virtù del rinvio interno operato dall'art. 38 c.p.a. alle disposizioni che disciplinano il processo di primo grado (cfr., per una fattispecie analoga, Cons. St., Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6256; Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3440).

La ragione ostativa ad una pronuncia sul merito è racchiusa nel fatto che la società TRA.DE.CO., attraverso il processo, mira a tutelare un interesse emulativo collegato ad un bene della vita che intende conseguire *non iure*.

7.2. Sul punto, in diritto, vanno richiamati i principi elaborati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, cui si rinvia ai sensi dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a), secondo cui:

a) l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta –

sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali (titolo, interesse ad agire, legittimazione attiva/passiva), che devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione finale;

b) avuto riguardo alla prima delle condizioni dell'azione (ovvero il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione o legittimazione al ricorso), si osserva che la medesima non è configurabile allorquando l'instaurazione del giudizio non solo sia proposta da chi non è legittimato al ricorso, ma anche quando appare finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto, pretese impossibili o *contra ius*;

c) nessuna posizione di interesse legittimo è enucleabile dall'esame della *causa petendi* di un ricorso che si risolve, all'evidenza, nella richiesta di tutela di un interesse materiale *contra ius* se messo in relazione alle norme ed ai principi di settore;

d) tale conclusione è coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto va richiamata la tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, desumibili dagli artt. 24 e 111 Cost. Tale scrutinio di meritevolezza costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione

in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare, attraverso la riduzione dei tempi della giustizia, ad un processo che risulti anche giusto.

7.3. Nella vicenda odierna, già sul piano astratto del micro ordinamento di settore, si coglie appieno la mancanza dell'interesse al ricorso proposto in appello dalla società: nessuna posizione di interesse legittimo è enucleabile dall'esame della *causa petendi* del ricorso, perché essa si risolve, all'evidenza, nella richiesta di tutela di un interesse emulativo e comunque *non iure*, poiché:

a) la società TRA.DE.CO., venute meno le proroghe in senso proprio dell'originario rapporto contrattuale (del 2002) scaturente dall'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana, ha gestito il medesimo servizio in base ad un differente titolo giuridico (le ordinanze sindacali contingibili e urgenti emanate a suo tempo ai sensi degli artt. 50, co. 5, t.u.e.l. e 191 d.lgs. n. 152 del 2006 per la gestione del servizio dal 2011 al marzo del 2013); tali ordinanze sono espressione dell'identico potere *extra ordinem* che nella sostanza costituisce l'oggetto del presente giudizio, in relazione al quale la ricorrente (in tutti gli atti di motivi aggiunti e nel ricorso principale) contesta la sussistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio;

b) in base alla disciplina transitoria sancita dalla legge regionale n. 24 del 2012 (artt. 8, co. 6, e 24, co. 1 e 2, cit.), è vietato ai comuni facenti parte degli A.r.o. individuati dalla regione sia di bandire nuove procedure di gara,

sia di dare corso ad aggiudicazioni provvisorie relative a selezioni indette in precedenza.

E' evidente come l'iniziativa processuale abbia avuto lo scopo di aggirare tali divieti posti a tutela del razionale ed efficiente sviluppo del mercato dei servizi pubblici locali sulla scorta dei valori costituzionali ed europei della libertà di impresa e della concorrenza, mirando a perpetuare una situazione di fatto, mediante la deduzione che l'Amministrazione non potrebbe applicare (nei confronti di altri) proprio quella normativa che la stessa Amministrazione ha applicato nei confronti dell'appellante e che le ha consentito di svolgere il servizio in assenza di un rapporto contrattuale.

8. Per completezza il Collegio osserva, sinteticamente, che i motivi posti a sostegno dell'appello sono comunque infondati nel merito, in quanto:

a) non sussistevano i presupposti per la declaratoria di cessazione della materia del contendere, poiché l'art. 34, co. 5, c.p.a., cristallizzando un consolidato indirizzo giurisprudenziale, esige che l'originario ricorrente abbia ottenuto il bene della vita cui aspirava (nella specie l'affidamento del servizio di igiene fino al completamento della procedura di gara indetta dall'A.r.o. n. 1) e che il giudice ne dia atto con una sentenza di merito che assodi tale peculiare causa estintiva del processo (cfr. *ex plurimis* Cons. St., Sez. V, 6 dicembre 2012, n. 6361; Sez. V, 5 marzo 2012, n. 1258); mentre nella specie è evidente che l'assetto di interessi riveniente dal complesso quadro procedimentale dianzi illustrato non ha consentito alla società TRADE.CO di conseguire il bene della vita cui, a torto o a ragione, aspirava;

b) l'originario rapporto contrattuale – discendente dall'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel 2002 - prorogato

con le delibere giuntali e consiliari dal 2009 al 2011, era cessato nel corso del 2011, mentre i successivi affidamenti del servizio sono stati disposti da una serie di autonome ordinanze contingibili ed urgenti emanate dal sindaco nell'esercizio del diverso potere conferito dall'art. 50, co. 5, t.u.e.l. e 191 d.lgs. n. 152 del 2006; dunque è da escludersi che al 31 dicembre 2012 il servizio fosse gestito in virtù dell'originaria aggiudicazione e che le ordinanze sindacali gravate con il ricorso principale ed i connessi motivi aggiunti abbiano sottratto alla TRA.DE.CO. la gestione dell'originario servizio di igiene urbana;

c) è parimenti escluso che le ordinanze fossero avvinte da un nesso di presupposizione necessaria, giacché esse sono state emanate sulla base di autonome valutazioni che hanno condotto l'esercizio dei relativi poteri autoritativi all'esito della ricognizione e della valutazione della situazione di fatto e diritto riferibile sempre all'attualità;

d) l'annullamento delle ordinanze non avrebbe comportato, quale effetto conformativo, la necessità per l'amministrazione di ripristinare il rapporto contrattuale con la TRA.DE.CO. (ormai definitivamente estinto), ovvero di bandire una gara (sia a regime che in via transitoria) stante i divieti imposti dalla legge regionale;

e) rilevato che la gestione del servizio di igiene urbana da parte della TRA.DE.CO. è materialmente cessata in data 11 marzo 2013, la società, ai fini dell'accertamento di cui all'art. 34, co. 3, c.p.a., non ha né allegato né provato il danno subito per non aver potuto svolgere il servizio fino al 15 aprile 2013, termine a partire dal quale ha prodotto effetti l'ordinanza n. 10 del 2013 non impugnata.

9. Sulla base delle argomentazioni che precedono, risulta inammissibile

l'appello proposto dalla società TRA.DE.CO.

10. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 9355 del 2013, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna l'appellante a rifondere in favore del comune di Terlizzi e dell'Azienda Servizi Vari s.p.a., le spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 3.000/00 (tremila), oltre accessori come per legge (I.V.A., C.P.A. e spese generali al 15%), in favore di ciascuna parte, per un totale di euro seimila.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/07/2014

IL SEGRETARIO

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