

E' illegittima l'ordinanza extra ordinem di proroga del servizio di igiene urbana che non preveda il contestuale avvio della "gara-ponte" e la risoluzione anticipata nel caso di avvio del servizio unitario

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 30-9-2019

1. L'esigenza di garantire la continuità di un servizio di prima necessità, rilevante per la salute pubblica, può giustificare l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente in attesa della definizione della procedura di gara, svolta a livello d'ambito, per l'individuazione del nuovo gestore.
2. La sospensione dei servizi di igiene urbana determina inevitabili pericoli per la salute pubblica e per l'ambiente, che possono essere scongiurati soltanto con la continuità dell'espletamento del servizio da parte dell'attuale gestore, nelle more della definizione della gara per la scelta del nuovo contraente.
3. E' illegittima l'ordinanza extra ordinem di proroga del servizio di igiene urbana che non ha contestualmente disposto l'espletamento della "gara-ponte" e non ha assoggettato la disposta proroga a risoluzione anticipata ed immediata nel caso di avvio del servizio unitario ovvero, se anteriore, di avvio del servizio a seguito di "gara-ponte".

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, la II sezione del Tar Lecce torna ad occuparsi del dibattuto tema riguardante la legittimità delle ordinanze *extra ordinem* adottate dai Sindaci per la temporanea proroga del servizio di igiene urbana nelle more della individuazione del gestore a livello di *ambito territoriale*.

Sul punto una consolidata giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'esigenza di garantire la continuità di un servizio di prima necessità, rilevante per la salute pubblica, può giustificare l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente in attesa della definizione della procedura di scelta del nuovo gestore unitario; in questo caso, infatti, la situazione di pericolo per la salute pubblica e l'ambiente connessa alla gestione dei rifiuti non risulta fronteggiabile adeguatamente con le ordinarie misure e legittima comunque il Sindaco all'esercizio dei poteri "*extra ordinem*" riconosciuti gli dall'ordinamento giuridico[1].

Sotto altro profilo si è rilevato che le ordinanze contingibili e urgenti non hanno natura sanzionatoria; stante appunto l'urgenza di provvedere, prescindono dall'imputabilità delle cause che hanno generato la situazione di pericolo cui si tratta di ovviare. L'ordinanza può essere emessa per tutelare il bene supremo della pubblica incolumità, e, di fronte all'urgenza generata da una situazione di incombente pericolo, prescinde dall'accertamento dell'eventuale responsabilità della provocazione di quest'ultimo, poiché non ha natura sanzionatoria[2].

Così delineato, il potere ordinatorio attribuito ai Sindaci in materia di gestione dei servizi di igiene urbana[3] sembrerebbe non incontrare alcun limite se non quello dettato dall'indifferibile esigenza di scongiurare il rischio di una soluzione di continuità nella erogazione di un servizio fondamentale per la comunità.

Ovviamente così non è: nel contemperamento di due principi cardine del nostro ordinamento (la salute pubblica e l'ambiente, da una parte, e la libera concorrenza, dall'altra) la giurisprudenza ha individuato una soglia temporale entro cui deve essere contenuta la durata e l'efficacia di tali provvedimenti **neltempo necessario all'espletamento della gara per l'individuazione del nuovo gestore.**

In proposito è stato osservato che ***“la sospensione dei servizi di igiene urbana determina inevitabili pericoli per la salute pubblica e per l'ambiente, che possono essere scongiurati soltanto con la continuità dell'espletamento del servizio da parte dell'attuale gestore, nelle more della definizione della gara per la scelta del nuovo contraente”***[4].

In applicazione degli esposti principi la II sezione del Tar Lecce ha optato per l'illegittimità dell'ordinanza contingibile e urgente con la quale, dopo una prima proroga di un anno, il Sindaco di un Comune aveva disposto una seconda e ulteriore proroga del servizio di raccolta rifiuti e igiene urbana in favore dell'attuale gestore del servizio.

La società ricorrente aveva dedotto la violazione, fra l'altro, dei principî di tutela della concorrenza e del divieto di affidamento diretto di appalti pubblici, nonché dell'art. 24 L.R. Puglia n. 24/2012, ai sensi del quale *“1. Il servizio di raccolta, spazzamento e trasporto dei rifiuti solidi urbani può essere affidato unicamente dai comuni nella forma associativa prevista dalla presente legge e dai successivi provvedimenti attuativi (...). 2. Dalla data di entrata in vigore delle presenti disposizioni, nelle more dell'avvio del servizio unitario, i comuni possono procedere ad affidare singolarmente i servizi di raccolta, spazzamento e trasporto dei RSU mediante contratti di durata biennale aventi clausola di risoluzione immediata in caso di avvio del servizio unitario”*.

In particolare, la ricorrente si doleva del fatto che il Comune, dopo aver concesso una prima proroga del servizio per un anno e con contestuale previsione di avvio delle procedure per l'indizione della “gara-ponte” biennale, nelle more dell'entrata a regime del servizio unitario –, con l'ordinanza impugnata, anziché procedere all'affidamento del servizio rivolgendosi al mercato tramite la “gara-ponte” biennale che nel frattempo non aveva indetto, aveva reiterato la scelta di prorogare il contratto già in essere per la durata di un ulteriore anno, motivando la propria scelta sulla base del fatto che era in corso di svolgimento la procedura di gara per l'affidamento del servizio a livello unitario (indetta da AGER Puglia).

In accoglimento del ricorso, il Tar Lecce ha disposto l'annullamento dell'atto gravato sulla base della seguente motivazione: *“se è vero che, ai sensi dell'art. 24, commi 1 e 2, L.R. n. 24/2012, i Comuni sono tenuti ad affidare il servizio di raccolta rifiuti con una gara unitaria (v. comma 1), è altrettanto vero che ciascun Comune, per non rimanere sfornito del servizio rifiuti nelle more dell'avvio del servizio unitario affidato a seguito di “gara accentrata”, deve espletare la*

“gara-ponte” ai sensi del comma 2, per “contratti di durata biennale aventi clausola di risoluzione immediata in caso di avvio del servizio unitario” (v. cit. comma 2); l’ordinanza impugnata è quindi illegittima nelle parti in cui non ha contestualmente disposto l’espletamento della “gara-ponte” e non ha assoggettato la disposta proroga a risoluzione anticipata ed immediata nel caso di avvio del servizio unitario ovvero, se anteriore, di avvio del servizio a seguito di “gara-ponte”.

[1] Cfr. V Sezione del Consiglio di Stato, sentenza n. 2610 del 26.05.2015; in tal senso cfr. anche Tar Puglia – Lecce, sez. I sentenza n. 486 del 5.02.2015, V Sezione del Consiglio di Stato, sentenza n. 1969 del 31 marzo 2011).

[2] Cfr. anche C.d.S., V, 9 novembre 1998, n. 1585.

[3] Vd. combinato disposto normativo dell'art. 191 D.lgs. 152/2006 e artt. 50 e 54 del D.lgs. 267/00

[4] Cfr. T.A.R. Basilicata, Sez. I, 22 marzo 2017, n. 237

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1248 del 2018, proposto da

Sud Servizi Generali Società Cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Amedeo Savino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria n. 9;

contro

Comune di Torchiarolo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Maria Durante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Pitagora n. 9;

nei confronti

di:

- Universal Service s.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Bice Annalisa Pasqualone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli n. 7;

- Ecologista Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- dell'ordinanza del Sindaco del Comune di Torchiarolo n. 72 del 27 settembre 2018, avente ad oggetto "Ordinanza contingibile ed urgente per l'affidamento del servizio di igiene urbana all'ATI Universal Services- Ecologista Servizi";

- di ogni altro atto o provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Torchiarolo e di Universal Service s.n.c.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2019 il dott. Andrea Vitucci e uditi per le parti i difensori avv. A. Savino per la ricorrente, avv. A. M. Durante per la P.A. e avv. B. A. Pasqualone per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Premesso che:

- parte ricorrente impugna l'ordinanza contingibile e urgente con la quale, dopo una prima proroga di un anno (deliberazione di G.C. del Comune di Torchiarolo n. 199 del 28 settembre 2017), il Sindaco del Comune di Torchiarolo ha disposto una seconda e ulteriore proroga, ancora una volta di 12 mesi (dal 1° ottobre 2018 al 30 settembre 2019), del servizio di raccolta rifiuti e igiene urbana (e accessori), in favore dell'attuale gestore del servizio, ossia dell'ATI composta da Universal Service s.n.c. ed Ecologista Servizi s.r.l.;

- la società ricorrente deduce la violazione dei principi di tutela della concorrenza e del divieto di affidamento diretto di appalti pubblici, del codice dei contratti pubblici e della direttiva comunitaria 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, dell'art. 23 L. n. 62/2005, dell'art. 24 L.R. Puglia n. 24/2012, dell'art. 191 D. Lgs. n.152/2006 e dell'art. 50 TUEL, eccesso di potere per vizio di motivazione, distorta e sviata rappresentazione dei fatti, illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa, violazione del principio di buon andamento;

- più in particolare, parte ricorrente, richiama, tra le altre disposizioni, l'art. 24 L.R. Puglia n. 24/2012, ai sensi del quale "1. Il servizio di raccolta, spazzamento e trasporto dei rifiuti solidi urbani può essere affidato unicamente dai comuni nella forma associativa prevista dalla presente legge e dai successivi provvedimenti attuativi (...). 2. Dalla data di entrata in vigore delle presenti disposizioni, nelle more dell'avvio del servizio unitario, i comuni possono procedere ad affidare singolarmente i servizi di raccolta, spazzamento e trasporto dei RSU mediante contratti di durata biennale aventi clausola di risoluzione immediata in caso di avvio del servizio unitario";

- si duole, quindi, la società ricorrente, del fatto che il Comune di Torchiarolo – dopo aver concesso, con la deliberazione di G.C. n. 199 del 28 settembre 2017, una prima proroga del servizio per un anno e con contestuale previsione di avvio delle procedure per l'indizione della "gara-ponte" biennale (di cui al comma 2 del cit. art. 24), nelle more dell'entrata a regime del servizio unitario –, con l'ordinanza in questa sede impugnata (n. 72 del 27 settembre 2018), anziché procedere all'affidamento del servizio rivolgendosi al mercato tramite la "gara-ponte" biennale che nel frattempo non ha indetto, ha reiterato la scelta di prorogare il contratto già in essere per la durata di un ulteriore anno, motivando la propria scelta sulla base del fatto che sarebbe in corso di svolgimento la procedura di gara per l'affidamento del servizio a livello unitario (indetta da AGER Puglia in data 25 luglio 2018);

- nella prospettazione del ricorso, il Comune avrebbe quindi di fatto trasformato l'istituto della proroga da strumento eccezionale a mezzo ordinario di affidamento del servizio;

- la controinteressata Universal Service s.n.c. si è costituita in giudizio e, oltre a concludere per l'infondatezza del ricorso, ha eccepito l'inammissibilità del gravame, sia perché l'interesse della ricorrente (alla partecipazione alla gara pubblica) sarebbe già soddisfatto dal fatto che è

pendente la gara a livello accentrato e sia perché, in caso di annullamento dell'ordinanza de qua, non potrebbe comunque svolgere il servizio in luogo dell'attuale gestore, in quanto non affidataria del servizio;

2) Richiamata l'ordinanza cautelare del 29 novembre 2018, n. 628, di questo T.A.R., del seguente tenore:

«1) rilevato che:

-l'art. 24, comma 1, L.R. Puglia n. 24/2012 e s.m.i. prevede che il servizio di raccolta, spazzamento e trasporto dei rifiuti solidi urbani possa essere affidato, dai Comuni, unicamente nella forma associativa prevista dalla medesima legge, cioè con una gara per l'affidamento del servizio unitario;

- il comma 2 del medesimo articolo prevede che "... nelle more dell'avvio del servizio unitario, i comuni possono procedere ad affidare singolarmente i servizi di raccolta, spazzamento e trasporto dei RSU mediante contratti di durata biennale aventi clausola di risoluzione immediata in caso di avvio del servizio unitario";

- i Comuni, cioè, devono espletare la "gara ponte" per non rimanere sforniti, nelle more dell'avvio del servizio unitario affidato a seguito della "gara accentrata", del servizio di igiene urbana;

- l'ordinanza impugnata dispone la proroga del servizio di igiene urbana, in capo all'attuale affidataria, per la durata di un ulteriore anno, cioè "per il periodo compreso tra il 01/10/2018 ed il 30/09/2019, nelle more dell'individuazione del nuovo soggetto gestore con gara in fase di svolgimento da parte dell'AGER Puglia e quindi con clausola di interruzione anticipata espressa senza nulla a pretendere nel caso di eventuale aggiudicazione del servizio unitario di ARO";

2) ritenuto, alla luce dei principî generali in tema di procedure ad evidenza pubblica, che:

- tale ordinanza sia illegittima perché non dispone contestualmente l'espletamento della "gara ponte" di cui al citato comma 2, art. 24;

- nel bilanciamento dei contrapposti interessi, risulti, da un lato, la preminenza dell'esigenza di assicurare la continuità del servizio di igiene urbana, e, dall'altro lato, si palesi la necessità di fissare un termine iniziale per l'espletamento della "gara ponte" (gara che, peraltro, il Comune ha segnalato di essere già in procinto di attivare, cfr. pag. 3 atto di costituzione del Comune);

- il predetto termine iniziale possa essere fissato in 30 (trenta) giorni dalla data di comunicazione/notificazione della presente ordinanza;

3) ritenuto, alla luce delle considerazioni che precedono, che vada disposta la sospensione dell'efficacia dell'impugnata ordinanza nella parte in cui prevede la proroga del servizio per il

periodo che va dal 1° ottobre 2018 al 30 settembre 2019 con risoluzione anticipata nel caso di eventuale aggiudicazione del servizio unitario e che, conseguentemente, la proroga del servizio per il periodo che va dal 1° ottobre 2018 al 30 settembre 2019 sia suscettibile di risoluzione anticipata ed immediata nel caso di avvio del servizio unitario ovvero, se anteriore, di avvio del servizio a seguito di “gara ponte”»;

3) Premesso, ancora, che:

- la predetta decisione cautelare (poi confermata da C.d.S., 1° febbraio 2019, ord. n. 438), nell'accogliere la domanda di tutela in via d'urgenza di parte ricorrente, fissava l'udienza pubblica del 26 giugno 2019;

- nelle more della predetta udienza pubblica, il Comune di Torchiarolo non risulta aver indetto la suddetta “gara-ponte” (come da note di parte ricorrente dell'11 giugno 2019 e come da produzione all'udienza pubblica, in cui la società ricorrente ha prodotto la determina comunale n. 84 del 29 marzo 2019, di affidamento del servizio di elaborazione del capitolato speciale di appalto relativo alla “gara-ponte” e di istituzione del servizio di direzione di esecuzione del contratto, con relativo atto di affidamento a soggetto esterno del 23 maggio 2019);

4) Considerato che:

- è da respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto l'interesse del ricorrente è quello di un operatore del settore (qualità non contestata) alla gestione del servizio de quo previa aggiudicazione dello stesso mediante pubblica gara secundum legem;

- come già evidenziato da questo Tribunale nella cit. ordinanza cautelare n. 628/2018, se è vero che, ai sensi dell'art. 24, commi 1 e 2, L.R. n. 24/2012, i Comuni sono tenuti ad affidare il servizio di raccolta rifiuti con una gara unitaria (v. comma 1), è altrettanto vero che ciascun Comune, per non rimanere sfornito del servizio rifiuti nelle more dell'avvio del servizio unitario affidato a seguito di “gara accentrata”, deve espletare la “gara-ponte” ai sensi del comma 2, per “contratti di durata biennale aventi clausola di risoluzione immediata in caso di avvio del servizio unitario” (v. cit. comma 2);

- l'ordinanza impugnata (che ha disposto la proroga del servizio dal 1° ottobre 2018 al 30 settembre 2019), è quindi illegittima nelle parti in cui non ha contestualmente disposto l'espletamento della “gara-ponte” e non ha assoggettato la disposta proroga a risoluzione anticipata ed immediata nel caso di avvio del servizio unitario ovvero, se anteriore, di avvio del servizio a seguito di “gara-ponte” (come già affermato da questo Tribunale con la cit. ordinanza cautelare n. 628/2018);

5) Ritenuto, per quanto sopra, che:

- il ricorso vada accolto e che, per l'effetto, vada annullato l'atto impugnato, nei termini suddetti;

- le spese di lite, in ragione della vicenda nel suo complesso considerata, vadano liquidate

come da dispositivo nei confronti del Comune (seguendo le stesse la soccombenza), mentre possano essere compensate nei confronti delle altre parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia di Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, nei termini di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Torchiarolo al pagamento, in favore di parte ricorrente, delle spese di lite, che si liquidano in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, con distrazione.

Compensa le spese di lite tra parte ricorrente e le altre parti del giudizio.

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