

N. 01034/2016REG.PROV.COLL.

N. 05848/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 5848 del 2015, proposto dalla M.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Colombo, Domenico Bezzi, Anna Maria Corna, Fabrizio Pietrosanti e Tommaso Paparo, con domicilio eletto presso Fabrizio Pietrosanti in Roma, Via di Santa Teresa, 23

contro

Comune di R., in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Susanna Mazzà e Annarosa Bellotti, con domicilio eletto presso Susanna Mazza' in Roma, Via E. Manfredi 17

nei confronti di

S. S.r.l., Aprica S.p.a., C. Snc

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Lombardia – Sezione staccata di Brescia, Sezione II, n. 490/2015

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di R.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Paolo Colombo, Fabrizio Pietrosanti e Susanna Mazzà;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

I fatti all'origine del presente ricorso vengono descritti nei termini che seguono nell'ambito dell'impugnata sentenza del TAR della Lombardia – Sezione staccata di Brescia.

Il Comune di R., in qualità di socio, affidava alla S. S.p.a. (oggi M.A. S.p.a.) il servizio di igiene ambientale per il periodo dal 1° marzo 2008 al 28 febbraio 2012. Abbandonando un progetto di ulteriore collaborazione con la ricorrente avviato nel 2009 (deliberazione consiliare 23 febbraio 2009 n. 8) – che avrebbe dovuto condurre alla formazione di una Società mista tramite gara a doppio oggetto (per l'affidamento del servizio dal 1° marzo 2012 al 31 dicembre 2016) – con deliberazione consiliare n. 25 del 21 giugno 2013 e poi con deliberazione giuntale n. 61 dell'8 luglio 2013, ha deciso di optare per la modalità della gestione diretta del servizio rifiuti, ai sensi dell'articolo 14, comma 27, lettera f) del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78.

Analoga scelta organizzatoria era stata assunta nel corso del 2012, ma dopo il ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Lombardia dall'odierna appellante (r.g. 1063/2012), il Commissario prefettizio aveva revocato i provvedimenti assunti allo scopo, con conseguente rinuncia al ricorso.

Il servizio veniva affidato a M.A. dapprima fino al 31 dicembre 2016 (richiamando la deliberazione consiliare n. 8/2009) e poi solo in via temporanea fino al 31 agosto 2013, attraverso la deliberazione commissariale 16 aprile 2013 n. 38.

Più in dettaglio, con gli atti gravati il Comune decideva:

(a) di gestire con propri mezzi e personale – a decorrere dal 1° settembre 2013 – il servizio di

raccolta porta a porta dei rifiuti differenziati, con trasporto degli stessi presso il Centro di raccolta comunale, alla luce dei risultati positivi ottenuti nel 2012 sotto il profilo del risparmio economico;

(b) di affidare a ditte specializzate, tramite gara a evidenza pubblica, il successivo conferimento dei rifiuti presso appositi impianti di smaltimento.

In esito alla suddetta gara, condotta con la procedura del cottimo fiduciario ex art. 125 comma 11 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, sono state individuate come affidatarie le imprese controinteressate (cfr. verbale della Commissione del 20/8/2013). A ciascuna impresa sono stati assegnati specifici codici di rifiuto.

Contestualmente, per integrare la dotazione di personale a disposizione degli uffici, il Comune (in tal senso la determinazione del segretario comunale n. 312 del 21 agosto 2013) ha disposto l'acquisto di *vouchers* per lavoro occasionale ai sensi dell'art. 1 comma 32 della legge n. 28 giugno 2012 n. 92 (la spesa complessiva è pari ad euro 14.100 mensili).

L'avvio della nuova forma di gestione del servizio è stato fissato per il giorno 1° settembre 2013 (in tal senso l'ordinanza del Sindaco n. 14 del 31 agosto 2013), nonostante la mancata iscrizione del Comune all'Albo nazionale dei gestori ambientali ai sensi dell'art. 212 comma 5 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152.

La ricorrente, con una serie articolata di argomenti, ha impugnato in primo grado sia gli atti che compongono l'architettura giuridica del nuovo modello di gestione del servizio rifiuti, sia gli atti esecutivi.

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. della Lombardia – Sezione staccata di Brescia ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla M.A. s.r.l. la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi di doglianza, rubricati:

- 1) Violazione della delibera di C.C. n. 8 del 23 febbraio 2009 e degli atti relativi all'affidamento alla società M.A. s.r.l. del servizio di igiene urbana del Comune di R. – Violazione del principio di affidamento;*
- 2) Vizio di incompetenza – Violazione dell'art. 42, comma 2, lett. e) del decreto legislativo n. 267 del 2000;*
- 3) Violazione del principio di tipicità dei modelli organizzativi relativi alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e del principio generale di divieto di gestione diretta di detti servizi;*
- 4) Violazione, sotto diverso profilo, del principio di tipicità dei modelli organizzativi relativi alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – Violazione dell'articolo 125, comma 9 del decreto legislativo n. 163 del 2006;*
- 5) Violazione dell'articolo 125, comma 9 e dell'articolo 28, comma 4 del decreto legislativo n. 163 del 2006;*
- 6) Violazione degli articoli 182-bis e 212, comma 5 del decreto legislativo n. 152 del 2006, nonché del decreto ministeriale 8 aprile 2008 del Ministero dell'ambiente e delle tutela del territorio e del mare;*
- 7) Violazione degli articoli 70 e 72 del decreto legislativo n. 276 del 2003 – Difetto di motivazione;*
- 8) Violazione dei principi in materia di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – Eccesso di potere per falso presupposto di fatto e difetto di motivazione;*

9) Violazione dell'articolo 20, comma 3 della legge regionale lombarda n. 26 del 2003 – Eccesso di potere per difetto di motivazione.

L'appellante ha inoltre riproposto gli argomenti già posti a fondamento dell'articolazione dei motivi aggiunti in primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di R. il quale ha concluso nel senso dell'improcedibilità ovvero, in subordine, dell'infondatezza dell'appello.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi ambientali avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia Sezione staccata di Brescia con cui è stato respinto (almeno, per la più gran parte) il ricorso avverso gli atti con il Comune di R. (MN)

- dopo aver affidato alla soc. appellante il servizio di igiene urbana;

- ha poi optato nel senso di una sostanziale internalizzazione del servizio (ma affidando poi a società terze la relativa gestione).

2. In primo luogo il Collegio non può esimersi dal rilevare la rilevante violazione del principio di sinteticità posta in essere da entrambe le parti in causa.

3. In secondo luogo si osserva che può prescindersi dall'esame puntuale dell'eccezione di improcedibilità sollevata dal Comune di R. con la memoria in data 20 luglio 2015 in quanto

l'appello in epigrafe deve comunque essere dichiarato infondato nel merito.

4. Con il primo motivo di appello la società M.A. lamenta che i primi Giudici avrebbero erroneamente respinto il motivo di ricorso con il quale si era lamentato che gli atti e le delibere impugnati in primo grado fossero violativi della delibera consiliare n. 8 del 2009 con la quale il Comune aveva individuato nel modello gestionale della c.d. 'società mista' quello preferito ai fini della gestione del servizio di igiene urbana (già affidato alla SIEM s.p.a. e per essa all'odierna appellante, subentrata a tale società a seguito di un'operazione di fusione).

Secondo l'appellante i primi Giudici sarebbero incorsi in errore: i) per aver ritenuto che l'adozione delle delibere di Giunta numm. 15 del 2012 e 61 del 2013 rappresentassero legittimo esercizio del potere di autotutela;

ii

) per aver ritenuto che tali delibere traessero adeguata giustificazione dalla "consistente lievitazione dei costi del servizio" determinatasi nel (breve) periodo durante il quale l'appellante aveva in effetti gestito il servizio;

iii

) per aver ritenuto che la

litera

e la

ratio

della richiamata delibera consiliare n. 8 del 2009 giustificassero il richiamato esercizio di autotutela.

4.1. Il motivo è infondato.

4.1.1. Al riguardo il Collegio ritiene che meritino puntuale conferma le deduzioni dei primi Giudici i quali hanno sottolineato che la delibera consiliare n. 8 del 2009 (invocata dall'appellante ad incondizionato supporto delle proprie tesi) riservava comunque in capo al Comune un potere di esercitare pregnanti poteri di controllo sulle modalità concrete della gestione (lettera G), nonché la facoltà "[di] determinare in autonomia le specifiche metodologie di espletamento del servizio relativamente al proprio territorio, predisponendo e sottoscrivendo un proprio contratto di servizio" (lettera H).

Pertanto, deve essere smentita la tesi dell'appellante, secondo cui la richiamata delibera consiliare non giustificasse l'esercizio di un sostanziale potere di rivalutazione della fattispecie,

quale quello sostanzialmente riconducibile all'adozione delle delibere di Giunta impugnate in primo grado.

A tacer d'altro, si osserva comunque che le richiamate clausole (nel sottolineare la possibilità di esercitare poteri comunque spettanti in via generale all'Ente locale conferente) presentano un carattere meramente ricognitivo di poteri e facoltà comunque legislativamente riconosciuti all'Ente locale in relazione ai servizi pubblici locali di proprio interesse. Il che priva di effettivo fondamento l'enfasi attribuita dalle parti in causa al contenuto delle richiamate clausole, il cui tenore (più o meno perspicuo) non poteva in ogni caso incidere in modo significativo sul potere comunque spettante all'Ente di rivalutare in modo ampio la complessiva fattispecie, anche esercitando poteri di sostanziale autotutela.

Si osserva poi che, per quanto riguarda le ragioni economiche che hanno rappresentato il fondamento giustificativo primo delle nuove scelte operate dal Comune (per come trasfuso nella parte motiva delle più volte richiamate delibere di Giunta), esse risultano nel complesso giustificate e – in ogni caso – non palesano profili di irragionevolezza ed abnormità.

Al riguardo ci si limita ad osservare che, anche a voler tenere nella massima considerazione le deduzioni dell'appellante (la quale sottolinea che all'importo originario di aggiudicazione – pari ad euro 325mila i.e. – fossero da aggiungere ulteriori euro 120mila i.e. circa per il corrispettivo relativo all'attività di smaltimento), il punto è che il risultato finale resta pur sempre piuttosto lontano dagli oneri complessivi annui registrati per gli anni che hanno preceduto l'adozione delle delibere impugnate (euro 550.604,91 per il 2011 e 545.037,01 per il 2012). E le differenze in questione risultano tanto più rilevanti in considerazione delle ridotte dimensioni del Comune appellato e, in ultima analisi, palesano il carattere non irragionevole delle più volte richiamate delibere.

5. Con il secondo motivo di appello la M.A. lamenta che erroneamente i primi Giudici abbiano respinto il motivo di ricorso con cui si era lamentato che le delibere di Giunta impugnate in primo grado fossero viziate per il difetto di incompetenza in quanto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali), all'articolo 42, comma 2, lettera e) demanda al solo Consiglio comunale la materia "[dell']organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione di pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione".

Al riguardo i primi Giudici avrebbero erroneamente dichiarato infondato il motivo di censura

sottolineando che le ridette delibere di Giunta si ponessero “nel solco già tracciato dal precedente atto consiliare 21/6/2013, n. 25” con il quale era stata data disdetta al contratto già affidato all'appellante ed avente ad oggetto la gestione del servizio per cui è causa.

5.1. Il motivo è infondato.

5.1.1. Vero è, osserva il Collegio, che nel sistema delineato dal Testo unico degli enti locali del 2000 spetta al Consiglio (e non all'Organo esecutivo) l'adozione delle principali scelte (anche) per ciò che riguarda l'individuazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, ma il punto è che, nel caso in esame, l'Organo consiliare aveva espresso in modo chiaro e del tutto significativo l'intenzione di superare la modalità di gestione basata sull'affidamento alla società appellante e sostituirla con il diverso modello basato sull'autoproduzione (in tal senso, la richiamata delibera consiliare n. 25 del 2013 con la quale, fra l'altro, era stata data la disdetta dell'affidamento precedentemente disposto in favore dell'appellante).

Pertanto, deve ritenersi che risulti compatibile con il legittimo esercizio delle competenze residuali della Giunta di cui all'articolo 48, comma 2, T.U. cit. (nonché con la generale competenza di attuazione degli indirizzi generali espressi dal Consiglio) l'adozione della delibera n. 61/2013 la quale (declinando in modo coerente gli indirizzi desumibili dalla delibera consiliare n. 25 del 2003) ha deliberato: a) di cessare gli affidamenti dei servizi di raccolta differenziata dei rifiuti 'porta a porta' e il conferimento degli stessi nel centro di raccolta comunale; b) di procedere alla gestione in economia dei servizi medesimi.

Il motivo in questione deve essere pertanto respinto.

6. Con il terzo motivo l'appellante lamenta che erroneamente i primi Giudici abbiano omissis di considerare che l'opzione per il contestato modello di internalizzazione dei servizi inerenti la gestione del ciclo dei rifiuti si ponesse comunque in contrasto con le pertinenti disposizioni eurounitarie e nazionali (le quali non consentono il legittimo ricorso a tale modalità di gestione), nonché con il principio di tipicità dei modelli organizzativi relativi alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In particolare i primi Giudici avrebbe erroneamente affermato che, all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012 e dell'emanazione del decreto-legge n. 179 del 2012

(con particolare riguardo all'articolo 34, comma 20), la scelta dell'autoproduzione del servizio risulterebbe del tutto legittima per l'Ente locale il quale potrebbe adottarla in quanto forma del tutto legittima di esercizio della libertà di organizzazione dei servizi (in tal senso l'articolo 2 della c.d. 'Direttiva concessioni' 2014/23/UE).

Secondo l'appellante, in particolare, il T.A.R. avrebbe omesso di considerare:

- che i servizi di raccolta e smaltimento per cui è causa sono qualificabili come servizi di interesse economico generale i quali, allo stato attuale di evoluzione del diritto eurounitario e nazionale, non possono essere indistintamente gestiti in economia (mediante amministrazione diretta o cottimo fiduciario);

- che, ai sensi del comma 23 dell'articolo 34 del decreto-legge n. 179 del 2012 i servizi appartenenti al settore dei rifiuti urbani sono soggetti alla disciplina dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica per ciò che riguarda le modalità di gestione;

- che sin dalle prime discipline organiche della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (articolo 22 della l. 142 del 1990; articolo 113 del decreto legislativo 267 del 2000; articolo 35 della l. 448 del 2001; articolo 14 del decreto-legge n. 269 del 2003; articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008) e sino ai nostri giorni ha trovato applicazione il principio del divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali da parte dell'Ente locale;

- che anche la pertinente disciplina regionale (articoli 2 e 15 della legge regionale n. 26 del 2003) stabilisce che il servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani sia affidato in via ordinaria a terzi soggetti (con esclusione della gestione diretta);- che la giurisprudenza di questo Consiglio richiamata dal T.A.R. a supporto delle proprie tesi (in particolare: Cons. Stato, V, 2716 del 2014) risulterebbe in realtà non pertinente per la soluzione della vicenda di causa;

- che neppure il comma 20 dell'articolo 34 del decreto-legge n. 179 del 2012 (anch'esso richiamato dal T.A.R. a sostegno delle proprie tesi) consentirebbe la gestione diretta del servizio per cui è causa, in quanto la disposizione in questione presuppone pur sempre forme di affidamento ad operatori economici esterni;

- che, infine, la scelta dell'autoproduzione e dell'internalizzazione del servizio in questione confligge con il principio di gestione per ambiti territoriali idonei al conseguimento di economie di scala.

6.1. Il motivo nel suo complesso è infondato.

6.1.1. I primi Giudici hanno correttamente rilevato che, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 179 del 2012 (il cui articolo 34, comma 20 stabilisce che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica è ammessa la gestione con ciascuna delle modalità ammesse dall'ordinamento eurounitario, a condizione che sussistano “[i] requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta”), non sussistono più limiti di sorta all'individuazione da parte degli Enti locali delle concrete modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rispettivo interesse.

La disposizione da ultimo richiamata ha quindi superato il pregresso orientamento (da ultimo rappresentato dall'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 e, in seguito, dall'articolo 4 del decreto-legge n. 138 del 2011) il quale disciplinava in modo estremamente puntuale le modalità di gestione ammesse e limitava oltremodo il ricorso al modello dell'autoproduzione.

Ma il punto è che, una volta rimossi i richiamati ostacoli legislativi (il primo per effetto del *referendum*

abrogativo del giugno 2012 e il secondo per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012), il modello di autoproduzione scelto dal Comune di R. si qualifica come modalità del tutto legittima di esercizio dei richiamati servizi pubblici locali di rilevanza economica.

6.1.2. Deve al riguardo essere richiamato l'orientamento eurounitario 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).

E il medesimo principio è stato ulteriormente ribadito al considerando 5 della c.d. 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 c.d. 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: *i*) avvalendosi delle proprie risorse, ovvero *ii*) in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero – ancora

iii

) 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 iii*) valenza – per così dire – paradigmatica e, correlativamente, senza riconoscere alle modalità *sub i*

) e

ii

) valenza eccezionale o sussidiaria.

6.1.3. Del resto, la giurisprudenza di questo Consiglio ha a propria volta stabilito che, stante l'abrogazione referendaria dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'articolo 4 del decreto-legge n. 138 del 2011 e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società *in house*), è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (Cons. Stato, VI, 11 febbraio 2013, n. 762).

Ad avviso del Collegio evidenti ragioni sistematiche connesse all'evidente portata liberalizzatrice di cui al più volte richiamato articolo 34, comma 20 del decreto-legge n. 179 del 2012 inducono a ritenere che le medesime conclusioni valgono anche per il caso – che qui viene in rilievo – in cui l'Ente locale decida di svolgere il servizio pubblico di proprio interesse in regime di piena autoproduzione.

6.1.4. Né può ritenersi che il Legislatore regionale possa legittimamente porre o mantenere una disciplina in tema di modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica conforme rispetto a quella recata dallo Stato. Si osserva al riguardo che la Corte costituzionale

ha stabilito che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali afferisce alla materia 'tutela della concorrenza', di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost. (in tal senso, in particolare: Corte cost., 5 ottobre 2010, n. 325).

6.1.5. Anche per tale ragione il terzo motivo di appello deve essere respinto.

6.1.6. Per motivi del tutto connessi a quelli appena esposti, neppure può trovare accoglimento l'ottavo motivo di ricorso, con cui la M.A. ha altresì osservato che il ricorso al meccanismo dell'internalizzazione/autoproduzione avrebbe non avrebbe determinato significativi vantaggi economici per l'Ente.

Al riguardo ci si limita ad osservare che la convenienza economica per l'Ente connessa al ricorso al meccanismo in questione rappresentava solo una delle motivazioni (pur se importantissima) perché si facesse ricorso a un modello gestionale che, in ogni caso, rientra(va) pienamente nell'ambito delle scelte legittimamente esercitabili dal Comune.

Si intende con ciò rappresentare che, quand'anche risultasse fondato l'argomento secondo cui l'autoproduzione non fosse in realtà idonea ad arrecare effettivi vantaggi economici all'Ente, ciò non determinerebbe *ex se* l'illegittimità della scelta del modello gestionale, che risulta comunque rimesso a scelte discrezionali dell'Ente, sindacabili in sede giurisdizionale solo nelle ipotesi (che qui non ricorrono) di palese irragionevolezza o incongruità.

E ciò, a tacere del fatto che l'argomento qui svolto dalla società appellante sembra porsi in sostanziale contraddizione con l'ulteriore argomento (svolto nell'ambito del settimo motivo di appello) secondo cui il Comune avrebbe tratto un effettivo vantaggio dal nuovo modello gestionale, ma al costo di operare un ricorso illegittimo all'istituto del lavoro accessorio di cui agli articoli 70 e 72 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

6.1.7. Ed ancora, per motivi del tutto connessi a quelli appena esposti, neppure può trovare accoglimento il nono motivo di ricorso, con cui la M.A. ha altresì osservato che il Comune di R. non avesse dimostrato la convenienza di utilizzare impianti posti al di fuori della Provincia di Mantova in termini di efficienza, efficacia, economicità (anche alla luce della previsione di cui all'articolo 20, comma 3 della legge della Regione Lombardia n. 26 del 2003).

Si osserva in primo luogo al riguardo che il motivo non può essere condiviso in quanto l'appellante si limita ad allegare in modo del tutto generico la circostanza della non convenienza dell'allocazione geografica dei rifiuti presso impianti extraprovinciali, in tal modo tentando di operare in danno del Comune una sorta di inammissibile inversione dell'onere della prova.

Per quanto riguarda, poi, l'asserito mancato rispetto dell'articolo 20, comma 3 della legge regionale n. 26 del 2003 (in seguito abrogata, ma *ratione temporis* vigente), ci si limita ad osservare – come condivisibilmente fatto dai primi Giudici – che la disposizione in questione non pone una prescrizione di carattere assoluto, come viene reso palese dalla locuzione “di norma” utilizzata nella sua formulazione (“di norma, il gestore del servizio destina i rifiuti urbani allo smaltimento e al recupero negli impianti eventualmente collocati nel territorio provinciale di provenienza (...)).

Del resto il T.A.R. ha parimenti in modo condivisibile affermato (richiamando un proprio precedente confermato in appello) che la fonte primaria di riferimento pone unicamente un divieto espresso di smaltimento dei rifiuti in Regioni diverse da quelle di provenienza (in tal senso l'articolo 182, comma 3 del 'Codice dell'ambiente'). Il che conferma per altra via che non emergono profili di illegittimità connessi al solo fatto che il Comune di R. avesse deciso di conferire i rifiuti prodotti sul suo territorio presso impianti localizzati in altre province.

7. Con il quarto motivo di appello la M.A. lamenta che la sentenza in epigrafe sarebbe erronea anche sotto un ulteriore profilo. In particolare i primi Giudici avrebbero erroneamente omesso di considerare che, quand'anche si ritenesse che la normativa nazionale consenta la gestione diretta dei servizi per cui è causa, nondimeno nel caso in esame difetterebbero le condizioni per una siffatta tipologia di gestione.

In particolare, i primi Giudici avrebbero erroneamente affermato la sussistenza dei presupposti per la contestata gestione in economia dal momento che il costo del servizio esternalizzato mediante cottimo fiduciario sarebbe inferiore a 200mila euro annui. In tal modo decidendo il T.A.R. avrebbe omesso di considerare che il valore dell'affidamento in economia risulterebbe certamente superiore alla soglia legale di 207mila euro laddove si computasse (come dovuto):

- i) sia la parte del servizio in regime di gestione diretta;
- ii
-) sia la parte del servizio in regime di cottimo fiduciario.

7.1. Il motivo non può essere condiviso dovendosi – al contrario – condividere sul punto le conclusioni cui sono pervenuti i primi Giudici, secondo cui al fine di valutare le due fasi in cui si compone il servizio (*i.e.*: la raccolta con trasporto al centro comunale e lo smaltimento), esse devono essere considerate in modo distinto, ragione per cui correttamente è stato considerato il solo mancato superamento della soglia per l'affidamento a cottimo fiduciario della seconda di tali fasi.

Del resto, pur non potendosi negare la stretta interrelazione funzionale che esiste fra le due fasi in parola, non si ritiene che la soglia di cui all'articolo 125, comma 9 del 'Codice dei contratti' debba essere valutata operando la sommatoria dei valori di ciascuna di esse (anche in considerazione del fatto che la prima parte è svolta in regime di gestione diretta).

Né può essere condiviso il quinto motivo di appello, con il quale la M.A. ha lamentato nel caso di specie la violazione dell'articolo 28 (*recte*: 29), comma 4 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (il quale vieta il frazionamento artificioso degli affidamenti al fine di escluderli dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato).

Al riguardo si osserva che le modalità distinte che sono state seguite per l'individuazione del gestore delle due richiamate fasi non sembrano sottendere la volontà di mantenere artificiosamente l'affidamento in parola al di sotto delle richiamate soglie di rilevanza, ma sembrano piuttosto funzionali a riconoscere distinte modalità di esecuzione a fronte di fasi che restano chiaramente distinte, pur se nell'ambito di un'attività nel complesso omogenea e funzionalizzata.

Né si ritiene che nel caso di specie possa lamentarsi una violazione dell'articolo 200, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 152 del 2006 (il quale postula il superamento della pregressa frammentazione delle gestioni "attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti") anche in considerazione del carattere strettamente integrato delle due fasi in cui si articola la gestione del ciclo dei rifiuti in ambito comunale.

8. Con il sesto motivo di appello la M.A. lamenta che erroneamente i primi Giudici abbiano respinto il motivo di ricorso fondato sulla mancata iscrizione dell'appellata nell'Albo dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo n. 152 del 2006.

Al riguardo il T.A.R. avrebbe erroneamente omissso di considerare:

- che l'iscrizione all'Albo in questione costituisce condizione necessaria per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti;
- che i Comuni non rientrano fra gli Enti che possono accedere alle procedure di iscrizione semplificata di cui all'articolo 212, comma 5 del 'Codice dell'ambiente';
- che, anzi, il Comitato dell'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali ha stabilito che i Comuni non sono ricompresi fra i destinatari dell'obbligo di iscrizione (e per tale ragione la Sezione regionale dell'Albo ha respinto in data 22 ottobre 2013 l'istanza di iscrizione proposta dal Comune);
- che la circostanza per cui i Comuni non siano ricompresi fra i destinatari dell'obbligo di iscrizione non significa di certo che gli stessi possano operare nel settore dei rifiuti in assenza di iscrizione all'Albo, ma significa più semplicemente che ai Comuni è in via di principio vietata l'attività di raccolta e trasporto di rifiuti.

8.1. Il motivo è infondato.

Al riguardo il Collegio ritiene di poter condividere le conclusioni cui sono pervenuti i primi Giudici secondo cui:

- nell'ambito dell'articolo 212 del 'Codice dell'ambiente' non è individuabile alcuna prescrizione che impedisca in radice ai Comuni di esercitare le attività di raccolta e trasporto di rifiuti;
- la mancata inclusione dei Comuni nel novero degli Enti che sono assoggettati a un regime abilitativo semplificato non sta certo a significare – contrariamente a quanto ritenuto sul punto dall'appellante – che agli stessi sia in radice precluso l'esercizio delle richiamate attività, bensì – più semplicemente – che tali enti possano operare anche in assenza di iscrizione all'Albo;

- il richiamato parere del Comitato dell'Albo Nazionale dei gestori ambientali secondo cui i Comuni non sono ricompresi fra i destinatari dell'obbligo di iscrizione all'Albo deve esser correttamente inteso nel senso che gli stessi possano esercitare le relative attività senza dover soggiacere a un adempimento formale come quello dell'iscrizione (e tanto, anche alla luce del generale principio secondo cui "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*").

Al riguardo il Collegio ritiene meritevole di condivisione l'avviso espresso dall'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani in data 6 marzo 2013 proprio sulla vicenda all'origine dei fatti di causa.

Nell'occasione l'ANCI ha rappresentato, appunto:

- che l'iscrizione all'Albo di cui all'articolo 212 del 'Codice dell'ambiente' è riservata alle sole imprese (in tal senso il d.m. 23 aprile 1998, n. 406) e che tale iscrizione non è in alcun modo prevista per gli Enti pubblici (e in particolar modo per quelli a carattere territoriale);

- che l'impossibilità per i Comuni di ottenere l'iscrizione all'Albo (*rectius*: la non necessità di tale iscrizione) non sta certamente a significare – contrariamente a quanto ritenuto sul punto dall'appellante – che sia in radice precluso ai Comuni l'esercizio delle attività di raccolta e conferimento di rifiuti;

- che, per quanto riguarda più in particolare le attività connesse alla gestione dei punti di raccolta, i Comuni possono certamente svolgere tale attività secondo il modello dell'internalizzazione, restando tuttavia obbligati al rispetto del decreto ministeriale in data 8 aprile 2008 (recante '*Disciplina dei centri di raccolta dei rifiuti urbani raccolti in modo differenziato, come previsto dall'articolo 183, comma 1, lettera cc) del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modifiche* ').

Anche il quinto motivo di appello deve quindi essere respinto.

9. Con il settimo motivo la M.A. lamenta che erroneamente il T.A.R. abbia respinto il complesso di motivi di ricorso con cui si era lamentata l'illegittimità del ricorso a forme di lavoro accessorio di cui all'articolo 70 del decreto legislativo n. 70 del 2003 e successive modifiche.

9.1. Il motivo in questione è nel complesso infondato.

9.1.1. Al riguardo il Collegio osserva in via preliminare che il complesso di motivi di ricorso qui puntualmente riproposti non si incentra sulla scelta in se di procedere all'internalizzazione del servizio, quanto – piuttosto – sulle modalità di remunerazione degli operatori coinvolti.

Ciò significa che, quand'anche risultasse in atti una divergenza rispetto al paradigma normativo per ciò che riguarda le modalità di remunerazione del personale, ciò non comporterebbe (al contrario di quanto auspicato dall'appellante) il radicale travolgimento degli atti con cui il Comune ha deciso di internalizzare il servizio, bensì – e in modo ben più limitato – il solo obbligo per l'Ente di rimodulare le richiamate modalità di remunerazione in modo conforme alla legge.

9.1.2. Tanto premesso, si osserva che la sentenza in epigrafe merita puntuale condivisione per la parte in cui i primi Giudici hanno ritenuto:

- che la forma del lavoro accessorio di cui agli articoli 70 e 72 del decreto legislativo, inizialmente delineata per consentire forme di occupazione di carattere occasionale in favore di lavoratori cc.dd. 'marginali', ha conosciuto nel corso del tempo un'estensione del relativo campo di applicazione sia dal punto di vista soggettivo che dal punto di vista oggettivo (in tal senso l'articolo 1, comma 32, lettera a) della l. 92 del 2012, l'articolo 7, comma 2, lettera e) del decreto-legge n. 76 del 2013 e l'articolo 8, comma 2-ter del decreto-legge n. 150 del 2013);

- che nella configurazione dell'istituto *ratione temporis* rilevante (stante l'intervenuta abrogazione degli articoli 70 e 72, cit. ad opera dell'articolo 55, comma 1, lettera d) del decreto legislativo n. 81 del 2015) le prestazioni di lavoro accessorio tramite voucher possono essere svolte da un'ampissima categoria di potenziali prestatori;

- che, nella medesima configurazione, è pacifico che il ricorso a tale tipologia di prestazione sia consentita anche alle amministrazioni pubbliche, sia pure nei limiti di cui al comma 3 dell'articolo 70, cit. ("il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio da parte di un committente pubblico è consentito nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno");

- che la chiara scelta del legislatore degli anni più recenti è stata nel senso di eliminare il riferimento al carattere meramente "occasionale" di tale tipologia di prestazioni, laddove (a fronte di una chiara scelta normativa espressa nel corpo delle disposizioni in esame) non può ritenersi che deponga in senso contrario la circostanza per cui sia rimasta invariata la *rubrica legis* del Capo II ("Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti");

- che non risulta che il Comune di R. abbia utilizzato l'istituto in parola in modo distorto, risultando in atti: a) che esso è stato utilizzato in modo comunque sussidiario rispetto al ricorso alle prestazioni di lavoro subordinato, che rappresentano pur sempre la forma ordinaria e tipica del rapporto di lavoro; b) che il numero di ore settimanali richieste a ciascun prestatore sembra deporre altresì nel senso di un utilizzo non distorto dello strumento (in tal senso la relazione del responsabile comunale dell'Area servizi alla persona in data 17 gennaio 2015).

9.1.3. Tanto premesso si osserva in primo luogo che non possono essere condivisi gli argomenti con cui l'appellante lamenta un utilizzo distorto dell'istituto del lavoro accessorio anche in considerazione delle conseguenze di carattere sociale che l'esteso ricorso a tale modalità potrebbe determinare.

Al riguardo si osserva che, al di là delle considerazioni di carattere macrororganizzativo e di politica sociale (che sfuggono evidentemente alla *cognitio* di questo Giudice) non risulta che il Comune di R. abbia violato i limiti e le condizioni legittimanti di cui ai richiamati articoli 70 e 72 e che, quindi, abbia operato un ricorso men che legittimo all'istituto del lavoro accessorio.

9.1.4. Neppure può essere condiviso il motivo con cui si è chiesta la riforma della sentenza per la parte in cui ha disatteso il motivo di ricorso di primo grado relativo alla violazione (sotto altro profilo) dei limiti soggettivi ed oggettivi del ricorso all'istituto del lavoro accessorio.

In estrema sintesi l'appellante lamenta al riguardo che il T.A.R. abbia omesso di considerare che il ricorso a tale tipologia di lavoro da parte di un ente locale sarebbe risultata legittima, ma solo con il doppio vincolo (qui non rispettato): i) dell'importo massimo annuo di euro tremila per ciascun percettore; ii) della possibilità di riservare tale tipologia di contratti ai soli percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno del reddito.

L'argomento non può essere condiviso.

Anche in questo caso deve essere premesso che, quand'anche fosse dimostrata la violazione da parte del Comune delle prescrizioni e dei limiti di ricorso all'istituto del lavoro accessorio, ciò potrebbe rilevare ai fini delle conseguenze previste dalla disciplina lavoristica, ma non rappresenterebbe di per sé una circostanza idonea a determinare la radicale illegittimità del contestato modello di internalizzazione del servizio.

A conclusioni del tutto analoghe deve giungersi in relazione alle deduzioni con cui l'appellante tenta di confutare le risultanze di cui all'allegato 7 della produzione di primo grado.

Anche in questo caso, laddove risultasse confermata la deduzione dell'appellante (secondo cui la documentazione in atti potrebbe confermare che i lavoratori interessati siano stati remunerati in misura inferiore rispetto a quella spettante), ciò determinerebbe conseguenze – anche di rilievo – per ciò che riguarda la normativa lavoristica, ma non paleserebbe in alcun modo l'illegittimità del ricorso al meccanismo dell'autoproduzione in quanto tale.

Fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto appena osservato, si rileva altresì quanto segue.

Limitando la presente disamina al testo dell'articolo 70, cit., nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dall'articolo 7, comma 2 del decreto-legge n. 76 del 2013 (ed infatti, le annualità che vengono in particolare contestate sono il 2013 e il 2014), si osserva che non risulta condivisibile la tesi dell'appellante secondo cui il ricorso al lavoro accessorio da parte degli enti locali fosse ammesso soltanto entro il limite dei tremila euro per ciascun prestatore e soltanto a condizione che il singolo prestatore fosse percettore di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito.

Il comma 1 dell'articolo 70 prevede(va) che: "1. Per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative di natura meramente occasionale che non danno luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare, annualmente rivalutati sulla base della variazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati intercorsa nell'anno precedente. Fermo restando il limite complessivo di 5.000 euro nel corso di un anno solare, nei confronti dei committenti imprenditori commerciali o professionisti, le attività lavorative di cui al presente comma possono essere svolte a favore di ciascun singolo committente per compensi non superiori a 2.000 euro, rivalutati annualmente ai sensi del presente comma. Per l'anno 2013, prestazioni di lavoro accessorio possono essere altresì rese, in tutti i settori produttivi, compresi gli enti locali, fermo restando quanto previsto dal comma 3 e nel limite massimo di 3.000 euro di corrispettivo per anno solare, da percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito (...)".

A sua volta, il comma 3 prevede(va) che "3. Il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio da parte di un committente pubblico è consentito nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno".

Ad avviso del Collegio (pur dandosi atto della complessiva opinabilità della questione, frutto anche di una formulazione normativa non chiarissima) il complessivo quadro disciplinare desumibile dalle richiamate disposizioni può essere così ricostruito:

- la legittimità del ricorso al lavoro accessorio da parte delle amministrazioni pubbliche è in via generale ammessa al ricorrere delle condizioni di cui al comma 3 - rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno – (si tratta di condizioni di cui non è qui contestata la sussistenza);

- il terzo periodo del comma 1 (sul quale si incentrano le doglianze dell'appellante) non può essere inteso nel senso di aver fissato le condizioni tassative per il ricorso all'istituto del lavoro accessorio da parte degli enti locali per l'anno 2003 (altrimenti, la disposizione in questione paleserebbe aspetti di evidente aporia interna con il richiamato comma 3 il quale fissa le – uniche – condizioni di ammissibilità del ricorso all'istituto). Al contrario, il terzo periodo del comma 1 individua condizioni di ammissibilità del ricorso all'istituto ulteriori ed aggiuntive rispetto a quelle previste in via generale dal successivo comma 3 (il che viene reso palese dall'utilizzo, nell'ambito del terzo periodo del comma 1 dell'avverbio 'altresì'), in tal modo regolando la possibilità di cumulare i proventi derivanti dal lavoro accessorio a quelli provenienti

da forme di integrazione salariale o di sostegno al reddito. In definitiva, per l'anno 2003, la possibilità di ricorrere a forme di lavoro accessorio nel limite dei tremila euro e in favore di percettori di forme di integrazione salariale o di sostegno al reddito non era l'unica forma possibile per gli enti locali, ma si aggiungeva alla generale possibilità di ricorrere *aliunde* all'istituto in questione, secondo le previsioni e le condizioni di cui al successivo comma 3.

9.2. Il settimo motivo di appello deve quindi essere respinto.

10. Le ragioni sin qui esposte palesano l'infondatezza del primo dei motivi aggiunti, con cui si è contestata la statuizione di primo grado in relazione alla determinazione comunale volta alla proroga del servizio.

Ciò, in quanto le ragioni poste a fondamento della rilevata illegittimità sono le medesime (già esaminate e qui ritenute infondate) poste a fondamento dell'impugnativa degli atti impugnati con il ricorso principale di primo grado.

11. Per le medesime ragioni non può essere accolto il secondo dei motivi aggiunti, con cui la M.A. ha nuovamente lamentato che gli atti di proroga siano affetti dal vizio di incompetenza (per violazione delle prerogative del Consiglio).

La questione è stata qui affrontata e dichiarata infondata in sede di disamina del secondo motivo, ragione per cui ci si limita a rinviare alle osservazioni ivi svolte.

12. Ed ancora, per le medesime ragioni già esposte neppure possono essere accolti il quinto e il sesto dei motivi aggiunti (qui riproposti), con cui la M.A. ha nuovamente lamentato che gli atti di proroga siano affetti dal vizio di violazione delle previsioni di cui all'articolo 125 del 'Codice dei contratti' per ciò che riguarda la legittimità degli affidamenti in economia.

Tali questioni sono state qui esaminate e dichiarate infondate in sede di disamina del quarto e del quinto motivo, ragione per cui ci si limita anche in questo caso a rinviare alle osservazioni ivi svolte.

13 Infine, non può trovare accoglimento il settimo motivo aggiunto qui riproposto, con cui la M.A. ha nuovamente lamentato che gli atti di proroga siano affetti dal vizio di violazione del principio di tipicità dei modelli organizzativi in tema di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La questione è stata qui esaminata e dichiarata infondata in sede di disamina del terzo motivo, ragione per cui ci si limita ancora una volta a rinviare alle osservazioni in precedenza svolte.

14. L'infondatezza dei motivi di ricorso per le ragioni dinanzi esaminate palesa altresì l'infondatezza della domanda risarcitoria. Non emergono infatti nel caso di specie gli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva foriera di danno.

15. Per le ragioni dinanzi esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila), oltre gli accessori di legge.

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

Affidamenti "in house"

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 04 Aprile 2016 00:00 - Ultimo aggiornamento Domenica 05 Giugno 2016 11:31

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Affidamenti "in house"

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 04 Aprile 2016 00:00 - Ultimo aggiornamento Domenica 05 Giugno 2016 11:31

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2016

IL SEGRETARIO

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