

**ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI: Servizio di smaltimento rifiuti solidi urbani - Affidamento per tre mesi - A mezzo di ordinanza contingibile e urgente e/o cd. di necessità - Società precedente affidataria in via d'urgenza - Ripetuti e comprovati disservizi - Affidamento a nuova ditta - Legittimità.**

**Cons. Stato, Sez. IV, 3 giugno 2021, n. 4243**

*“[...] l’ordinanza contingibile e urgente impugnata non presenta il rilevato vizio di legittimità [...] L’ordinanza ha infatti espressamente rappresentato la circostanza che la ditta [...] “non si è dimostrata solerte nell’adempimento dei compiti affidatili con la richiamata ordinanza, creando altresì alcuni disservizi e ingenerando molteplici lamentele da parte della cittadinanza” [...] [...] Va, infine, rilevato che [...] il servizio in questione è stato affidato in via d’urgenza, per un periodo limitato nel tempo, senza che possa prospettarsi un qualche affidamento della ditta precedente affidataria dello stesso alla prosecuzione dell’incarico o ad un nuovo affidamento dello stesso tipo [...]”.*

**FATTO e DIRITTO**

1. Il presente contenzioso ha ad oggetto l’ordinanza contingibile e urgente n. 25 del 30 settembre 2020, con la quale il comune di Lizzanello ha affidato, in via di somma urgenza, la gestione del servizio di gestione dei rifiuti urbani alla società Ecotecnica.
2. La vicenda origina dall’annullamento dell’aggiudicazione dell’appalto di servizi, avvenuta in sede giurisdizionale (sentenza del T.a.r. per la Puglia – Lecce n. 1740 del 2019, confermata in appello dalla sentenza di questo Consiglio, n. 4100 del 26 giugno 2020), con il quale era stato assegnato lo svolgimento della medesima attività all’A.t.i. composta sia dall’impresa individuata dall’impugnata ordinanza quale attuale affidataria del servizio, sia dall’odierna appellata-ricorrente in primo grado.
3. Successivamente all’annullamento dell’aggiudicazione, il comune appellante, per far fronte all’ordinaria gestione dei rifiuti nelle more dell’espletamento di una nuova gara, ha proceduto ad incaricare la società Axa s.r.l., ricorrente in primo grado, con l’ordinanza n. 20 del 31 luglio 2020, per il periodo di due mesi, intercorrente tra il 1 agosto 2020 e il 30 settembre 2020.
4. Decorso il periodo di efficacia dell’affidamento, il comune ha emanato la nuova ordinanza n. 25 del 30 settembre 2020, oggetto del presente giudizio, individuando la ditta Ecotecnica s.r.l., per l’espletamento del medesimo incarico, per il periodo di tre mesi a decorrere dal 1 ottobre 2020.

5. La scelta di non incaricare nuovamente la precedente affidataria è dipesa, secondo quanto si legge nella motivazione dell'ordinanza contingibile e urgente, da alcuni disservizi dei quali si sarebbe resa responsabile la precedente affidataria.

6. La nuova ordinanza è stata dunque impugnata dalla Axa s.r.l., innanzi al T.a.r. competente.

7. La ricorrente ha gravato l'indicato provvedimento, articolando le seguenti censure di illegittimità dell'atto:

1) col primo motivo di ricorso, si è censurata l'ordinanza poiché essa sarebbe immotivata e basata su un presupposto errato, ossia la sua presunta negligenza. Si sostiene che non vi sarebbero mai stati rilievi da parte del comune di Lizzanello o dell'A.r.o. competente, nel corso dell'espletamento del servizio, tant'è che il responsabile comunale avrebbe emesso, a favore dell'impresa, la certificazione di regolare esecuzione del servizio;

2) con il secondo motivo di ricorso, si è affermato che l'ordinanza sarebbe illegittima, in quanto l'amministrazione non avrebbe dimostrato la sussistenza di un grave illecito professionale e, comunque, non avrebbe in alcun modo garantito il contraddittorio procedimentale, prima di adottare la decisione pregiudizievole per la ricorrente;

3) con il terzo motivo di ricorso, si è dedotto che l'ordinanza sarebbe illegittima perché, con la stessa, si sarebbe proceduto *“a separare immotivatamente la mandante Axa S.r.l. dalla mandataria Ecotecnica S.r.l. del R.T.I. originariamente affidatario”*;

4) con il quarto motivo, si è rilevato che, con l'ordinanza impugnata, *“sarebbe stato violato il principio della responsabilità solidale degli operatori del R.T.I. nei confronti della stazione appaltante”*;

5) con il quinto motivo, si è dedotto che l'ordinanza impugnata avrebbe violato il principio di buona fede e leso il legittimo affidamento della ricorrente;

6) con il sesto motivo, si è gravato il provvedimento, evidenziandosi che il sindaco avrebbe omesso, senza alcuna legittima motivazione, l'obbligatoria applicazione dell'art. 17 del contratto, rubricato *“Controlli, contestazioni, irregolarità e inadempienze contrattuali, penali”*, non seguendo l'iter procedurale ivi disciplinato (e ciò in violazione anche del capitolato speciale d'appalto).

8. La ricorrente si è resa disponibile all'immediato reingresso nell'esecuzione del servizio (per co-eseguirlo con Ecotecnica S.r.l.), ex art. 124 c.p.a., e, in subordine, ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, quantificando la somma di euro 190.000.

9. Si è costituito in giudizio il comune, resistendo al ricorso e domandandone il rigetto nel merito.

10. All'udienza in camera di consiglio, il T.a.r., dato avviso della possibilità di definire la controversia ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha trattenuto la causa in decisione.

11. Con la sentenza n. 1343, del 30 novembre 2020, il T.a.r. per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. II, ha accolto il ricorso, annullando l'ordinanza impugnata.

11.1. Segnatamente, il T.a.r.:

a) ha respinto i motivi di ricorso (dal secondo al sesto) inerenti ad aspetti dal contratto stipulato all'esito dell'aggiudicazione poi annullata in sede giurisdizionale, rilevando che *“l'ordinanza impugnata non può essere scrutinata sotto i profili della violazione delle regole e dei principî che regolano i contratti pubblici”* (capo non impugnato);

b) ha pertanto respinto la domanda di subentro nel servizio e quella di risarcimento del danno (capo non impugnato);

c) ha invece accolto il motivo di impugnazione basato sul difetto di motivazione dell'atto, evidenziando che la motivazione del provvedimento, laddove evidenzia che l'impresa ricorrente *“non si è dimostrata solerte nell'adempimento dei compiti affidatili con la [precedente] ordinanza... [id est, l'ordinanza n. 20 del 31 luglio 2020]”* risulterebbe contraddittoria rispetto a quegli atti, costituiti da due attestati del direttore dell'esecuzione, datati 28 settembre e 10 ottobre 2020, con i quali il comune avrebbe assodato la regolare esecuzione del servizio nel periodo 1 agosto - 30 settembre;

d) ha annullato l'ordinanza n. 25 facendo salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione;

e) ha condannato il comune al pagamento delle spese di lite.

12. Il comune di Lizzanello ha impugnato la sentenza di primo grado, articolando due autonomi motivi e domandando, altresì, la sospensione dell'esecutività della sentenza gravata.

13. Si è costituita in giudizio la ditta Axa, resistendo all'appello e domandandone il rigetto.

14. Alla camera di consiglio del 21 gennaio 2021, l'esame della domanda cautelare è stato differito all'udienza pubblica, su richiesta delle parti.

15. Con memoria del 26 aprile 2021, il comune ha ulteriormente ribadito le sue difese, con speciale riferimento al primo motivo di appello e alla prima censura del secondo motivo di appello.

16. Nella medesima data, l'appellata ha invece depositato note d'udienza.

17. All'udienza del 27 maggio 2021, le parti hanno abbandonato l'istanza cautelare e la causa è stata trattenuta in decisione.

18. Con il primo motivo di appello, il comune ha dedotto che alcuni atti dell'amministrazione provverebbero l'inadempimento del servizio da parte dell'impresa e che la documentazione che il T.a.r. ha ritenuto comprovare la regolare esecuzione del servizio, in realtà, non recherebbe alcuna espressa dizione in tal senso. Si tratterebbe, per converso, di atti emanati soltanto per disporre il tempestivo pagamento del corrispettivo all'impresa, avendo cura di specificare che *«...quanto sopra*

*determinato è passibile di successiva revisione in funzione di eventuali adeguamenti, revisioni, storni, etc. se ricorrenti».*

19. Con il secondo motivo, il comune censura una contraddittorietà insita nella motivazione della sentenza. Il T.a.r. avrebbe dapprima rimarcato la soluzione di continuità fra la vicenda disciplinata dal contratto e quella invece regolamentata dall'ordinanza, ponendo in risalto la cesura fra le due situazioni, ma poi, attribuendo continuità fra le due assegnazioni del servizio, avrebbe ritenuto la società prima affidataria dello stesso legittimata ad impugnare l'ordinanza contingibile e urgente che ha individuato una nuova e temporanea affidataria dell'incarico.

19.1. Con una distinta censura (pag. 10 – 13), l'impresa lamenta che il T.a.r. avrebbe omesso di motivare sulla documentazione che avrebbe, a suo dire, comprovato l'inadempimento dei compiti assegnati (nota del comandante della polizia locale ed esposto dei consiglieri comunali).

20. L'appello è fondato.

21. Per comodità di trattazione, può procedersi all'esame delle doglianze articolate dall'appellante in maniera congiunta.

22. Contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r., l'ordinanza contingibile e urgente impugnata non presenta il rilevato vizio di legittimità.

22.1. L'ordinanza ha infatti espressamente rappresentato la circostanza che la ditta Axa s.r.l. *“non si è dimostrata solerte nell'adempimento dei compiti affidatili con la richiamata ordinanza, creando altresì alcuni disservizi e ingenerando molteplici lamentele da parte della cittadinanza”*.

22.2. Di quanto dato conto in motivazione, si trova riscontro, in particolare, nella nota n. 11747 del 15 settembre 2020 del comandante della polizia locale, nella quale si evidenzia che *“a seguito di numerose segnalazioni verbali da parte di cittadini”* si è effettuato un sopralluogo in alcune vie del territorio comunale, riscontrandosi la *“presenza di numerosi rifiuti su varie vie del paese di Lizzanello”*; strade che vengono puntualmente indicate nella suddetta nota.

22.3. Di quanto affermato, l'operatore della polizia locale fornisce un pieno riscontro documentale, allegando 11 foto, che rappresentano in maniera eloquente lo stato di degrado in cui versavano le vie cittadine.

22.4. Vicende di analogo tenore sono rappresentate altresì in un'altra nota indirizzata al (sindaco del) comune e versata in atti.

22.5. Nella nota acquisita al protocollo comunale con il n. 11914, del 18 settembre 2020, il gruppo di minoranza del consiglio comunale ha lamentato che la *“pratica di trasbordo dell'organico”* veniva svolta da Axa s.r.l., non in un centro autorizzato, ma *“a ridosso del marciapiede”*, documentando il tutto, anche in questo caso, con alcune fotografie.

23. Mentre sono accertati i fatti che hanno portato ad affermare nella motivazione del provvedimento le inadempienze nell'esecuzione del servizio, non si ravvisa, invece, l'asserita contraddittorietà dell'ordinanza contingibile e urgente, con i documenti che, in tesi, secondo la sentenza di primo grado, dimostrerebbero la regolare esecuzione del servizio.

23.1. Quelli indicati come atti che attesterebbero tale ultima circostanza, costituiscono, in realtà, soltanto atti a mera valenza contabile, emessi, come effettivamente dedotto dall'appellante, soltanto per dare corso al pagamento e non incorrere in possibili contenziosi.

23.2. Essi, a dispetto di quanto, ritenuto in primo grado, non hanno mai formulato giudizi sulla corretta e puntuale esecuzione del servizio.

24. Va, infine, rilevato che, come correttamente dedotto dall'appellante, il servizio in questione è stato affidato in via d'urgenza, per un periodo limitato nel tempo, senza che possa prospettarsi un qualche affidamento della ditta precedente affidataria dello stesso alla prosecuzione dell'incarico o ad un nuovo affidamento dello stesso tipo.

25. In ragione delle motivazioni finora articolate, l'appello va accolto.

26. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 9500 del 2020, lo accoglie e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, respinge integralmente il ricorso di primo grado.

Condanna l'Axa s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione in favore del Comune di Lizzanello, delle spese del doppio grado del giudizio che liquida in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2021, svoltasi da remoto in video conferenza ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore

