



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 78 del 2020, proposto da

AVR s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Vizzari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Reggio Calabria, via Rausei n. 38;

contro

il Comune di Villa San Giovanni, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fernando Scrivano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia

dell'Ordinanza contingibile e urgente n. 23 del 27 dicembre 2019, adottata dal vice Sindaco del Comune di Villa S. Giovanni, ex art. 191 del D.lgs. 152/2006, avente ad oggetto “*servizio di raccolta e trasporto a smaltimento dei rifiuti solidi urbani e servizio di raccolta differenziata dei rifiuti e spazzamento*”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Villa San Giovanni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 la dott.ssa Agata Gabriella Caudullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con ricorso notificato in data 4 febbraio 2020 la AVR s.p.a. ha impugnato l'Ordinanza contingibile e urgente n. 23 del 27 dicembre 2019, con cui il Vice Sindaco del Comune di Villa S. Giovanni, ha disposto, ai sensi dell'art. 191 del D.lgs. 152/2006, l'affidamento diretto alla società ricorrente del servizio di raccolta e trasporto a smaltimento dei rifiuti solidi urbani e del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti e spazzamento.

L'autorità comunale - dato atto che la procedura aperta indetta per l'affidamento in forma associata del servizio tra i Comuni che hanno siglato l'accordo, gestita dalla Stazione Unica Appaltante della Città Metropolitana di Reggio Calabria, è stata dalla stessa dichiarata deserta - ha ritenuto sussistenti le condizioni di necessità ed urgenza che giustificano l'adozione di un provvedimento contingibile ed urgente data la necessità di garantire la continuità del servizio essenziale di che trattasi la cui sospensione arrecherebbe *“un pregiudizio alla pubblica salute per l'insorgere di inevitabili inconvenienti di natura ambientale ed igienico-sanitaria”*.

1.1. Premette la società ricorrente:

- di essere risultata aggiudicataria dell'appalto indetto dai Comuni di Villa San Giovanni (ente capofila), Calanna, Cardeto, Fiumara, Laganadi, Sant'Alessio, Santo Stefano, San Roberto e Scilla per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e di aver, conseguentemente, svolto il suddetto servizio dal 2012 al 2017;

- di aver continuato ad espletare lo stesso servizio anche nel periodo compreso tra il 2017 ed il 2019 in virtù di una *“proroga atecnica”* in assenza di valido titolo contrattuale;

- di aver, altresì, espletato, nel periodo compreso tra il 21 luglio 2016 ed il 30 giugno 2019 e, in virtù di una ulteriore proroga atecnica, fino al dicembre 2019, il servizio di spazzamento strade e spazi verdi, essendo risultata aggiudicataria della relativa gara;

Espone, inoltre, che l'esecuzione dei predetti contratti d'appalto è stata caratterizzata da numerose criticità per la società che, pertanto, già a partire dal 20 novembre 2019, ha

comunicato all'Ente resistente l'intenzione di concludere improrogabilmente lo svolgimento dei servizi entro e non oltre il 31 dicembre 2019.

Il vice Sindaco del Comune di Villa San Giovanni, tuttavia, con ordinanza contingibile e urgente n. 23 del 27 dicembre 2019, adottata ai sensi dell'art. 191 del D.lgs. 152/2006, ha ordinato alla società di continuare a svolgere sia i servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani che i servizi di spazzamento, per un periodo di 3 mesi a decorrere dal 1.1.2020, imponendo unilateralmente un canone identico a quello previsto nei contratti d'appalto ormai da tempo scaduti.

2. Avverso tale provvedimento è insorta la società ricorrente lamentandone la illegittimità sotto i seguenti profili:

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 191 del D.lgs. 152/2006 e dell'art. 50 D.lgs. 267/2000 – Eccesso di potere – Carenza dei presupposti per l'esercizio del potere di ordinanza extra ordinem – Difetto di istruttoria e di motivazione.

a. L'impugnata ordinanza si porrebbe in contrasto con l'articolo 191, comma 3, del D.lgs n. 152/2006, non contenendo alcun riferimento alle disposizioni alle quali si è inteso derogare e risultando, inoltre, adottata in assenza della preventiva acquisizione del parere obbligatorio degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali, con specifico riferimento alle sue conseguenze ambientali.

b. L'ordinanza sarebbe stata, peraltro, adottata in difetto del presupposto della straordinarietà ed imprevedibilità atteso che, essendo il contratto d'appalto scaduto sin dal 2017, l'amministrazione comunale avrebbe dovuto attivarsi già da allora per assicurare la continuità nella gestione del servizio mediante i suoi poteri tipici ed ordinari.

II. Violazione degli artt. 23, 41 e 97 Cost. – Illegittimità imposizione unilaterale del corrispettivo - Eccesso di potere – Difetto di istruttoria e di motivazione – Carenza di contraddittorio procedimentale - Violazione del principio di proporzionalità.

a. La prosecuzione del servizio sarebbe stata imposta alla società unilateralmente senza la previa attivazione di alcun contraddittorio che, tanto più tenuto conto della manifestata volontà della stessa di dismettere l'attività di gestione dei rifiuti, avrebbe dovuto essere garantito.

b. L'ordinanza impugnata sarebbe, altresì, illegittima anche nella parte in cui, oltre ad imporre ad AVR la forzosa prosecuzione dei servizi, ne determina unilateralmente il corrispettivo, imponendo un prezzo inadeguato per il loro espletamento.

3. Il Comune di Villa San Giovanni si è costituito in giudizio per resistere al ricorso.

Ha rappresentato, al riguardo, che l'amministrazione comunale ha indetto una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio e che, tuttavia, la gara è andata deserta così come è andata deserta anche la procedura negoziata successivamente indetta.

La situazione di urgenza e contingibilità venutasi a creare ha, pertanto, reso doverosa l'adozione dell'ordinanza gravata.

4. All'udienza in camera di consiglio del 20 febbraio 2020, previo avviso alle parti circa la possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Secondo un orientamento già condiviso da questo Tribunale *"...le ordinanze contingibili e urgenti, stante l'urgenza di provvedere, prescindono dall'imputabilità delle cause che hanno generato la situazione di pericolo cui si tratta di ovviare. E la giurisprudenza è effettivamente attestata sulla posizione per cui l'ordinanza contingibile ed urgente del Sindaco può essere emessa per tutelare il bene supremo della pubblica incolumità, e, di fronte all'urgenza del provvedere all'eliminazione della situazione di pericolo, prescinde dall'accertamento dell'eventuale responsabilità della provocazione di quest'ultimo, poiché non ha natura sanzionatoria (C.d.S., V, 9 novembre 1998, n. 1585). Pertanto, ai fini dell'adozione dell'ordinanza, non rileva chi o cosa abbia determinato la situazione di pericolo che il provvedimento è volto ad affrontare (IV, 25 settembre 2006, n. 5639) ..."* (Consiglio di Stato, Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2610)" (TAR Palermo, sez. III, sentenza n. 291 dell'1 febbraio 2017)" (TAR Reggio Calabria, sentenza n. 437 del 2 luglio 2019).

Alla luce di tale orientamento, ritiene il Collegio che non sia fondato il rilievo secondo cui difetterebbero i presupposti della straordinarietà ed imprevedibilità per essere stata la stessa amministrazione a creare la situazione di necessità, omettendo di procedere per tempo (sin dalla data di scadenza del contratto d'appalto) all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione di un nuovo operatore economico cui affidare il servizio.

Come si evince dalla stessa premessa della gravata ordinanza nonché dalla documentazione versata in atti dalla difesa dell'amministrazione comunale, l'iter per l'indizione della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio è stato avviato sin dal 2017 (già prima della scadenza del contratto, il Comune aveva avviato, d'intesa con gli altri Comuni dell'Area dello Stretto ex ambito 5.3, un tavolo tecnico per la stesura del Capitolato Speciale d'appalto per la gestione associata della procedura di affidamento del nuovo servizio di gestione integrata dei rifiuti) e si è concluso solo il 2 dicembre 2019, allorché la SUAM ha dichiarato che la gara era andata deserta.

Il Comune ha successivamente indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio invitandovi a partecipare la AVR ed altre due imprese. Nessuna delle tre ha ritenuto, tuttavia, di dover presentare alcuna offerta entro il termine stabilito (20 dicembre 2019).

L'impossibilità di affidare il servizio con strumenti ordinari idonei a far fronte all'emergenza è resa, pertanto, evidente, da una parte, dall'esito negativo delle due procedure di affidamento e, dall'altra, dalla scadenza del periodo di proroga del contratto stipulato con la ricorrente.

Devono ritenersi, pertanto, sussistenti quelle situazioni di eccezionale e urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente che, ai sensi dell'art. 191 D.lg. n. 152/2006, costituiscono il presupposto del potere sindacale di *"emettere ... ordinanze contingibili e urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente"*.

Per effetto di tale previsione normativa, il Sindaco è, invero, autorizzato a ricorrere a forme di gestione dei rifiuti anche derogatorie rispetto a quelle ordinarie, purché idonee a garantire che l'attività di gestione dei rifiuti risponda a *"criteri di efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, fattibilità tecnica ed economica"* come stabilito dall'art. 178 del D.lgs. n. 152/2006.

La censura è, pertanto, infondata.

6. Il ricorso risulta, tuttavia, fondato sotto altro profilo.

Ritiene, invero, il Collegio meritevole di positivo apprezzamento l'ulteriore censura con cui la società ricorrente deduce la violazione dell'articolo 191, comma 3, del d.lgs. n. 152/2016, ai sensi del quale *"le ordinanze di cui al comma 1 indicano le norme a cui si intende"*

derogare e sono adottate su parere degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali, che si esprimono con specifico riferimento alle conseguenze ambientali?

Nel caso in questione, infatti, manca nell'ordinanza sindacale ogni riferimento alla preventiva acquisizione del parere obbligatorio degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali sulle conseguenze ambientali.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide, la mancanza di tali adempimenti procedurali, ed in particolare dell'essenziale momento consultivo funzionale sul corretto esercizio del potere d'ordinanza nella delicata materia della raccolta dei rifiuti in relazione alle conseguenze gravi sull'ambiente, inficia in radice l'ordinanza (cfr. TAR Campania, Napoli, n. 8255 del 25 settembre del 2006; Tar Campania, Napoli, Sez. I, n. 3732 del 6 luglio 2009, TAR Sicilia, Catania, sez. III, n. 235 del 26 gennaio 2012; Tar Bari, sez. I, sentenza n. 990 del 5 luglio 2018).

L'organo deliberante deve, invero, adeguatamente motivare l'esercizio del potere discrezionale dando atto della sussistenza di tutti i presupposti normativamente richiesti per l'adozione dell'ordinanza unitamente alla descrizione della situazione di eccezionale ed urgente necessità in essere. Per limitare la discrezionalità della amministrazione, i provvedimenti devono essere, altresì, assistiti dalla adeguata istruttoria tecnica di cui al disposto del comma 3 dell'art. 191. In forza di tale previsione, infatti, il provvedimento contingibile e urgente è necessariamente adottato sulla base del parere rilasciato dagli organi tecnici o tecnico sanitari locali chiamati ad esprimersi con specifico riferimento alle conseguenze ambientali. Conseguentemente nella motivazione dell'ordinanza deve essere preso in considerazione il menzionato parere obbligatorio rilasciato dagli organi tecnici e tecnico - sanitari e deve darsi conto della valutazione circa le conseguenze ambientali contenute nei menzionati pareri (Consiglio di Giustizia amministrativa, parere n. 46 del 6 febbraio 2018).

L'ordinanza gravata, adottata in assenza della previa espressione ed acquisizione del parere obbligatorio sopra menzionato, è pertanto illegittima.

7. È, altresì, fondato il secondo motivo di ricorso con cui la società ricorrente contesta la legittimità dell'ordinanza contingibile ed urgente nella parte in cui, oltre ad ordinare la

prosecuzione del servizio, impone unilateralmente le condizioni economiche di tale prosecuzione rinviando *tout court* ai contratti ormai scaduti.

In forza dello strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente, invero, l'ente può solo imporre al privato l'erogazione delle prestazioni nonostante la scadenza del contratto stipulato tra le parti, anche in assenza del consenso da parte dell'impresa a prorogarne spontaneamente gli effetti, ma non può certo imporre alla società un corrispettivo per l'espletamento di quel servizio e tantomeno può farlo rinviando ad accordi contrattuali sulla cui vigenza ed efficacia vi è contesa tra le parti.

Invero, diversamente opinandosi, si consentirebbe all'Amministrazione di sacrificare la libera iniziativa economica privata a beneficio del proprio esclusivo interesse di risparmio di spesa, con violazione dei principi desumibili dall'art. 41 Cost. (cfr. in tal senso, C.d.S, V, 2.12.2002 n. 6624).

In altri termini, nella materia in esame, occorre trovare un bilanciamento tra le esigenze pubblicistiche connesse alla necessità di prosecuzione del servizio e quelle private all'ottenimento del giusto prezzo, obiettivo necessario per garantire il rispetto del principio di proporzionalità tra le prestazioni, di matrice comunitaria, operante anche nell'ordinamento interno in forza del richiamo ai principi di diritto europeo sancito dall'art. 1 l. n. 241/90 e del più generale principio di ragionevolezza stabilito nell'art. 97 della Costituzione, quale corollario dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

In una vicenda del tutto analoga, è stato osservato che la situazione di necessità e urgenza non giustifica la definizione in via autoritativa e definitiva dell'importo dei canoni da corrispondere al gestore, poiché *“il profilo economico del rapporto in alcun modo può essere attratto dai presupposti di contingibilità e urgenza, posti a fondamento dell'ordinanza”* (Consiglio di Stato, Sezione V, 31 marzo 2011, n. 1969).

8. In ragione di quanto esposto il ricorso è da ritenersi fondato e deve essere, pertanto, accolto con il conseguente annullamento della gravata ordinanza.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune resistente al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di lite che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori se dovuti e refusione del contributo unificato ove versato.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Referendario, Estensore

Andrea De Col, Referendario

L'ESTENSORE
Agata Gabriella Caudullo

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO