

Pubblicato il 31/07/2019

N. 05444/2019REG.PROV.COLL.

N. 03502/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso per revocazione iscritto al numero di registro generale 3502 del 2019,
proposto da
De Vizia Transfer s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e
difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Gennaro Macri, con domicilio digitale come
da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Comune di (omissis), in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC
tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Azienda per i Beni Comuni di (omissis), in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Malinconico e Bruno De Maria, con

domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Federico Pernazza in Roma, via Po, 22;

per la revocazione,

della sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 14 marzo 2019, n. 1687

Visti il ricorso per revocazione e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (omissis) e di Azienda per i Beni Comuni di (omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Macri, Francesco P. Cavalcanti, Bruno De Maria e Giovanni Malinconico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione n. 95 del 2016 il Comune di (omissis) approvava la costituzione di una società mista a prevalente capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici comunali afferenti l'igiene e la bonifica ambientale, denominata (omissis) Ambiente s.p.a.; la società gestiva il servizio senza soluzione di continuità fino al 2016.

Il 3 maggio 2016, con decisione dell'assemblea dei soci, (omissis) Ambiente s.p.a. era posta in liquidazione; la società era dichiarata fallita dal Tribunale di (omissis) con sentenza 7 dicembre 2016, n. 105.

1.1. Con deliberazione dell'11 dicembre 2015, n. 47, il Commissario prefettizio, assunti i poteri del Consiglio comunale, stabiliva di affidare il servizio di igiene urbana mediante procedura di gara; seguiva la determinazione 23 maggio 2016, n. 779 avente ad oggetto l' "*affidamento del servizio igiene urbana, approvazione atti di gara e*

conferma impegni di spesa per pubblicazioni di cui alla det. n. 553 del 18.4.2016” ed infine, il 1° giugno 2016 la pubblicazione del bando di gara per l’affidamento per sette anni del “*servizio di igiene urbana del territorio comunale*”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e con importo a base d’asta pari ad € 18.015.293,01, Iva inclusa.

1.2. Presentava offerta De Vizia Transfer s.p.a. in costituendo A.t.i. – associazione temporanea di imprese con Urbaser s.a.; dopo la presentazione delle offerte, tuttavia, la procedura era sospesa in attesa del parere dell’A.N.A.C. – autorità nazionale anticorruzione richiesto dalla stazione appaltante sulla legittimità di talune clausole del disciplinare di gara. Il 29 marzo 2017 l’A.N.A.C. rendeva il parere richiesto nel senso dell’illegittimità delle clausole relative ai requisiti di capacità tecnica richiesti (avere svolto per almeno 12 anni consecutivi negli ultimi 3 anni servizio in almeno un Comune con popolazione superiore ai 125.000 abitanti) per violazione del principio dell’apertura alla massima concorrenza tra gli operatori economici.

1.3. Il 10 luglio 2017 il Comune di (omissis) trasmetteva agli operatori economici che avevano presentato offerta comunicazione di avvio del procedimento di annullamento della gara; seguivano, il 14 ottobre 2017 le osservazioni della De Vizia Transfer s.p.a..

Con determinazione del dirigente responsabile del servizio “*Gare e contratti*” del Comune di (omissis) 13 luglio 2017, n. 1142 la procedura di gara era annullata *ex art. 21 nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241.

1.4. Con deliberazione del Consiglio comunale 8 agosto 2017, n. 70 il Comune di (omissis) costituiva l’azienda speciale per i Beni Comuni di (omissis) (denominata “ABC”), ne approvava lo statuto e l’atto costitutivo e individuava in essa il soggetto più adatto a gestire il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti nel territorio comunale; con scrittura privata autenticata del 30 dicembre 2017,

intervenuta tra i curatori fallimentari e il presidente del consiglio di amministrazione, l'azienda speciale acquisiva il ramo di azienda organizzato per lo svolgimento dei servizi di igiene ambientale già in capo alla (omissis) Ambiente s.p.a..

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. staccata di (omissis), De Vizia Transfer s.p.a. impugnava la predetta delibera, unitamente al provvedimento di annullamento in autotutela della procedura di gara. Il ricorso era affidato a sette motivi.

Nel giudizio si costituivano il Comune di (omissis) e l'Azienda speciale ABC che concludevano per il rigetto del ricorso.

2.1. Con un primo ricorso per motivi aggiunti De Vizia Transfer s.p.a. impugnava la deliberazione della Giunta del Comune di (omissis) 18 dicembre 2017, n. 564 di approvazione dello schema di contratto di servizio per la disciplina dei rapporti tra l'ente locale e l'azienda speciale, comprensivo del capitolato speciale.

2.2. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti era impugnata la deliberazione del Consiglio comunale 31 gennaio 2018, n. 2 di approvazione degli "*atti fondamentali dell'azienda speciale denominata "Azienda per i beni comuni di (omissis)" ai sensi dell'art. 114, c. 8 del tuel e dell'art. 31 dello stato dell'azienda*"; si trattava, in particolare, del "*piano – programma*" comprendente la versione definitiva del "*contratto di servizio*". Nel ricorso era domandata la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio stipulato il 31 gennaio 2018 tra il Comune di (omissis) e l'Azienda speciale ABC.

2.3. Il Tribunale amministrativo regionale adito, con sentenza, sez. I, 2 luglio 2018, n. 367, dichiarava l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per carenza di interesse a ricorrere; a parere del giudice di primo grado, nella fase anteriore all'aggiudicazione (e, comunque, prima dell'avvio di ogni attività di verifica dei requisiti di ammissione dei concorrenti e di valutazione delle offerte) non sussiste

alcuna situazione soggettiva tutelabile in giudizio dell'operatore economico che abbia presentato domanda di partecipazione.

Ulteriore ragione di inammissibilità era individuata nella violazione del divieto di cumulo di atti non connessi (quali, in particolare la determinazione dirigenziale n. 1142/2017 di annullamento in autotutela degli atti di gara e la delibera n. 70 del 2017, di costituzione dell'Azienda speciale ABC).

3. Proponeva appello De Vizia Transfer s.p.a. che domandava la riforma della sentenza con conseguente esame nel merito dei motivi di ricorso proposti in primo grado; si costituivano in giudizio il Comune di (omissis) e l'Azienda per i beni comuni di (omissis).

3.1. Il Consiglio di Stato, con sentenza sez. V, 14 marzo 2019, n. 1687, accoglieva l'appello proposto, e in riforma della sentenza di primo grado, accoglieva il secondo motivo del ricorso, riconoscendo l'illegittimità della determinazione dirigenziale n. 1142/2017 di annullamento in autotutela degli atti di gara.

3.2. La sentenza riteneva sussistente la violazione delle regole del c.d. giusto procedimento poste dagli artt. 7 e ss. l. 7 agosto 1990, n. 241: il Comune, pur avendo comunicato l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara, l'aveva poi concluso senza permettere ai concorrenti interessati di interloquire in alcun modo; né, era aggiunto, poteva ritenersi che il contributo degli operatori, seppure acquisito prima della formazione della determinazione, non avrebbe impresso sorte diversa alla procedura, visto il potere discrezionale dell'amministrazione nell'adozione di un atto di autotutela per nulla vincolato.

4. De Vizia Transfer s.p.a. propone ricorso per revocazione; nel giudizio si è costituito il Comune di (omissis) e l'Azienda speciale per i beni comuni di (omissis).

Alla camera di consiglio del 6 giugno 2019, fissata per l'esame dell'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, la causa era rinviata al 20 giugno 2019 per ragioni di integrità del Collegio.

Alla camera di consiglio del 20 giugno 2019, dato avviso alle parti della possibilità di decidere la controversia con sentenza in forma semplificata ex art. 60 Cod. proc. amm., la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. De Vizia Transfer s.p.a. domanda la revocazione della sentenza del Consiglio di Stato 14 marzo 2019, n. 1687 ai sensi degli artt. 106 Cod. proc. amm. e 395, comma 1, n. 4) Cod. proc. civ. per errore di fatto consistito nell'omessa pronuncia su taluni motivi di appello: in particolare, il giudice d'appello non avrebbe pronunciato sulla censura di invalidità derivata della delibera del Consiglio comunale di (omissis) n. 70 del 2017 – di costituzione dell'Azienda speciale ABC e affidamento ad essa del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti – contenuta nel secondo motivo di appello.

1.1. Il ricorrente precisa di aver concluso il secondo motivo di appello, dopo aver dedotto i vizi di legittimità della determinazione dirigenziale n. 1142/2017, di annullamento in autotutela degli atti di gara, in questo modo: *“i suddetti vizi sono idonei ad inficiare, oltre la determina n. 1142/2017, altresì in via derivata, la successiva delibera di C.C. n. 70/17, fondata sul presupposto della validità ed efficacia della prima. La sentenza è dunque anche sotto tali profili errata e deve essere riformata”*; sul piano rescissorio insiste per l'annullamento anche della delibera del Consiglio comunale di (omissis) per invalidità derivata della determinazione dirigenziale n. 1142/2017 considerato il rapporto di connessione funzionale tra i due atti, accertato, a suo dire, dalla stessa sentenza d'appello.

1.2. Con altro motivo di ricorso è chiesta nuovamente la revocazione della sentenza ai sensi degli artt. 106 Cod. proc. amm. e 395, comma 1, n. 4) Cod. proc.

civ. per errore di fatto consistito nell'omessa pronuncia sulle censure ritualmente dedotte nell'atto di appello con le quali era domandato l'annullamento della delibera del Consiglio comunale di (omissis) n. 70 del 2017, di costituzione dell'azienda speciale, anche per vizi autonomi. I motivi di appello sono integralmente riproposti nel presente ricorso.

2. Il primo motivo di ricorso è fondato.

2.1. L'omissione di pronuncia su domanda, motivo di ricorso o eccezione è ragione di revocazione della sentenza del Consiglio di Stato per errore di fatto ai sensi dell'art. 395, comma 1, Cod. proc. civ., cui rinvia l'art. 106 Cod. proc. amm., alle condizioni fissate dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 22 gennaio 1997, n. 3, cui la giurisprudenza successiva si è costantemente uniformata (in ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2018, n. 2530).

2.2. Il ragionamento dell'Adunanza plenaria è articolato nei seguenti passaggi:

- non v'è dubbio che l'omessa pronuncia del giudice costituisce violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (e, dunque, un errore di diritto per violazione di norma processuale, art. 112 c.p.c.);
- ciò, però, non significa che questa violazione non possa aver causa in un errore di fatto revocatorio;
- può, infatti, accadere che il giudice, pur rendendosi conto del suo dovere di pronunciare, poi, però, in concreto, non l'abbia fatto;
- è necessario – ed è questo il passaggio decisivo di tutto il ragionamento dell'Adunanza plenaria – che ciò emerga dalla sentenza e la motivazione è lo strumento principale mediante il quale può emergere l'errore di fatto nel quale sia incorso il giudice per non aver pronunciato su di un motivo che gli era stato proposto.

2.3. L'errore di fatto – quand'anche esiti nell'omissione di pronuncia – dovrà così possedere le note caratteristiche dell'errore di fatto c.d. revocatorio ovvero:

- a) consistere nell'erronea percezione del contenuto materiale degli atti del processo (ovvero in una svista, in un errore di lettura, nell' "*abbaglio dei sensi*") per il quale il giudice abbia fondato il suo convincimento su di un falso presupposto di fatto (solo per limitarsi alle ultime pronunce cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 553; sez. VI, 4 gennaio 2019, n. 102; sez. V, 8 giugno 2018, n. 3478; sez. VI, 17 maggio 2018, n. 2997; sez. V, 3 aprile 2018, n. 2037; sez. V, 2 marzo 2018, n. 1297; sez. V, 7 febbraio 2018, n. 813);
- b) attenersi ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato;
- c) essere decisivo, vale a dire trovarsi in un rapporto di stretta consequenzialità con la pronuncia adottata dal giudice (ovvero, più chiaramente, più opportunamente, la soluzione con la quale il giudice ha chiuso la controversia), di modo che si possa dire che se l'errore non sia fosse verificato l'esito sarebbe stato diverso (in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 2018, n. 6223 III, 24 ottobre 2018, n. 6061; IV, 14 giugno 2018, n. 3671; V, 3 aprile 2018).

2.4. Se v'è omissione di pronuncia, dunque, è sul giudice della revocazione (*melius*: cui è rivolto il ricorso per revocazione della sentenza per omissione di pronuncia dovuta ad errore di fatto) che ricade l'alternativa: se ritiene, alla luce della motivazione della sentenza, l'omessa pronuncia conseguenza di una "*svista*", vale a dire di un errore nella lettura degli atti di causa tale per cui il giudice non si è reso conto dell'esistenza di una domanda proposta dalle parti (o di un motivo), revocare la sentenza e pronunciare, in sede rescissoria, sulla domanda (o sul motivo) non esaminato; se, invece, ritiene l'omessa pronuncia conseguenza di un errore di giudizio – che cioè il giudice abbia consapevolmente ritenuto non doversi pronunciare sulla domanda o sul motivo di ricorso proposto, che pure aveva ben percepito – dichiarare inammissibile il ricorso per revocazione, non potendo la

violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, allo stato dell'ordinamento, trovare rimedio nel ricorso per revocazione.

2.5. La sentenza impugnata è viziata da omissione di pronuncia: come esposto dall'odierna ricorrente, a pag. 21 dell'atto di appello era espressamente argomentata, dalla pretesa illegittimità della determinazione dirigenziale n. 1142 del 2017, di annullamento in autotutela degli atti di gara, l'invalidità derivata della successiva delibera del Consiglio comunale del Comune di (omissis) n. 70 del 2017, per essere fondata sul presupposto della validità ed efficacia della prima.

Dalla motivazione della sentenza non risultano ragioni, né espresse né tacite, per le quali il giudice d'appello non ebbe a pronunciare su tale specifica censura, di modo che si possa dire sia stata la sua una scelta consapevole – ma errata – e quindi qualificabile come errore di diritto; è, invece, da credere che l'omissione di pronuncia sulla censura abbia spiegazione in una mera “*svista*” ovvero nell'erronea lettura degli atti di causa, che non gli ha consentito di cogliere, all'interno del secondo motivo di appello – contenente le censure di illegittimità dell'annullamento in autotutela degli atti di gara – la presenza di una censura diretta a far valere l'annullamento anche della delibera consiliare.

2.6. Decisiva, perché ciò accadesse, potrebbe essere stata la modalità di redazione del motivo di appello: la censura di illegittimità della delibera consiliare per invalidità derivata, era formulata nell'ultima parte dello stesso, ed argomentata dall'appellante come inderogabile conseguenza dell'accoglimento dei suesposti vizi dell'atto di annullamento in autotutela degli atti di gara; è plausibile che il giudice d'appello non l'abbia percepita alla lettura del motivo di ricorso e per questa ragione non abbia emesso pronuncia.

2.7. In conclusione, il primo motivo di ricorso per revocazione va accolto e la sentenza revocata per omessa pronuncia sulla domanda di annullamento per

invalidità derivata della delibera del Consiglio comunale del Comune di (omissis) 8 agosto 2017, n. 70.

3. Quanto al secondo motivo del ricorso per revocazione valgono le seguenti considerazioni.

3.1. La ricorrente richiede la revocazione della sentenza per omissione di pronuncia sui motivi di appello diretti a far valere i vizi autonomi della delibera del Consiglio comunale di (omissis) 8 agosto 2017, n. 70.

3.2. La sentenza impugnata effettivamente non reca pronuncia su detti motivi; è da credere, però, che essi non siano stati esaminati per scelta consapevole del giudice che ha ritenuto possibile l'assorbimento per aver ritenuto illegittima la determinazione di annullamento in autotutela degli atti di gara.

Non è possibile ritenere, infatti, che il giudice di appello abbia arrestato la sua lettura dell'atto di appello al secondo motivo di appello e, per una "*svista*", non esaminato i successivi motivi di appello. È escluso, dunque, l'errore di fatto ex art. 395, comma 1, n. 4) Cod. proc. civ.

3.3. Senonchè, la decisione di assorbimento dei motivi esponenti i vizi autonomi della delibera consiliare dipende dalla decisione sulla domanda di annullamento per invalidità derivata della determinazione di annullamento in autotutela degli atti di gara – sulla quale, come accertato, non vi fu pronuncia per errore di fatto: ne segue che, conclusa la fase rescindente, in fase rescissoria, si dovrà dapprima valutare la fondatezza della censura di invalidità derivata, e all'esito di questa, esaminare (o dichiarare assorbiti) gli altri motivi di appello.

4. Può avviarsi ora la fase rescissoria del giudizio con l'esame della censura di invalidità derivata della delibera del Consiglio comunale di (omissis) n. 70 del 2017 per illegittimità della determinazione dirigenziale di annullamento in autotutela degli atti di gara; quest'ultima coperta dal giudicato interno recato dalla sentenza oggetto dell'odierna revocazione.

4.1. Il motivo è infondato.

4.2. Ritiene il Collegio che tra il procedimento concluso con la determinazione dirigenziale 13 luglio 2017, n. 1142, di annullamento in autotutela degli atti della procedura di gara e la delibera del Consiglio comunale di (omissis) dell'8 agosto 2018, n. 70, non ricorre quella connessione funzionale per la quale i vizi dell'atto presupposto si riversano sull'atto conseguente in via di invalidità derivata.

I due atti sono autonomi; tra loro non v'è alcun nesso di presupposizione tale che il primo possa dirsi il presupposto per il legittimo esercizio del potere del quale il secondo è espressione (per un caso di invalidità derivata c.d. interna, cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2019, n. 569; III, 15 novembre 2018, n. 6448; per i casi di invalidità c.d. ad effetto caducante, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5060; IV, 21 settembre 2015, n. 4404), con la conseguenza che l'illegittimità del primo è causa di invalidità del secondo.

4.3. Ne è prova, d'altronde, la motivazione della determinazione del dirigente responsabile del servizio Gare e contratti 13 luglio 2017, n. 1142 ove la decisione di procedere all'annullamento in autotutela della procedura di gara bandita per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel Comune di (omissis) è ricondotta unicamente al parere dell'A.N.A.C. di accertamento della portata *“irragionevolmente restrittiva della concorrenza”* della clausola di cui al punto 13.1.5. del disciplinare di gara.

Il dirigente si determinava all'annullamento degli atti di gara *ex art. 21 – nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241, *“Considerato che, accanto alla necessità di individuare il miglior contraente “vale a dire del contraente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione della prestazione” volta al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del denaro della collettività, la procedura di evidenza pubblica è finalizzata anche alla tutela della concorrenza”* (così nella motivazione del provvedimento).

4.4. Non v'è, invece, alcun riferimento alla (sopraggiunta) volontà di gestire il servizio di igiene urbana non già mediante suo affidamento attraverso procedura di gara, ma in altra forma; decisione, peraltro, che avrebbe comportato non l'annullamento degli atti di gara, ma la revoca ai sensi dell'art. 21 – *quinquies* l. 241 del 1990 per “*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*”.

4.5. La delibera del Consiglio comunale dell'8 agosto 2017, n. 70 individua quale soggetto più idoneo alla gestione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti l'azienda speciale ex art. 114 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico enti locali*) ed approva lo statuto dell'azienda speciale denominata “*Azienda per i beni comuni di (omissis) (ABC (omissis))*”, il suo atto costitutivo e, infine, conferisce il capitale di dotazione mediante stanziamento a valere sull'esercizio 2017 del bilancio comunale.

4.6. Tra i presupposti richiamati nella delibera consiliare v'è l'avvenuto annullamento in autotutela degli atti della gara bandita per l'affidamento del servizio di igiene urbana, ma è così dimostrata esclusivamente una connessione di mero fatto tra i due atti – annullata la gara il Comune si è trovato nella condizione di dover valutare nuovamente quale fosse la migliore modalità organizzativa per il servizio pubblico di raccolta dei rifiuti – e non giuridica nei sensi precedentemente descritti.

4.7. Tanto più che, come rilevato dall'azienda nella memoria difensiva, l'oggetto sociale dell'azienda speciale, quale risulta dallo statuto approvato (art. 4), è più ampio della sola gestione del servizio di igiene urbana e raccolta differenziata dei rifiuti, poiché comprende anche la realizzazione delle opere destinate all'esercizio del servizio (lett. a), la cura del decoro urbano e del verde pubblico (lett. b), ed infine, “*la gestione dei beni comuni indicati dall'apposito regolamento comunale*” (lett. c).

4.8. Un'ultima precisazione è imposta dalla peculiarità della vicenda.

L'annullamento della determinazione dirigenziale – disposta dalla sentenza impugnata nella parte non oggetto di revocazione – imporrebbe al Comune di (omissis) di adottare una decisione sulla ripresa della procedura di gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana già avviata dal Commissario prefettizio. Senonchè, nell'odierna vicenda, una decisione già esiste ed è quella assunta con la delibera consiliare dell'8 agosto 2017, n. 70, nella quale è espressa, in maniera risolutiva, l'idea che il soggetto più idoneo a garantire il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani sia l'azienda speciale ABC.

La delibera consiliare è chiara espressione della volontà dell'amministrazione di soprassedere alla procedura di gara e di utilizzare un'altra modalità di gestione del servizio; in essa, poi, sono chiaramente indicate le ragioni a fondamento di tale decisione.

Richiedere altra determinazione dell'amministrazione avrebbe quale unica conseguenza imporre un onere conformativo assolutamente defatigante ed inutile alla luce della volontà dell'amministrazione comunale, già disvelata dall'andamento dell'azione amministrativa.

5. La predetta considerazione vale tanto più che la De Vizia Transfer s.p.a. ha rivolto plurimi motivi di ricorso avverso la delibera del Consiglio comunale dell'8 agosto 2017, n. 70 censurando, diffusamente, l'affidamento del servizio all'azienda speciale ABC, e con esse le ragioni che sono a fondamento di tale scelta dell'amministrazione.

Vanno, pertanto, esaminati i motivi di appello non decisi nella sentenza impugnata – a loro volta ripropositivi degli originari motivi di ricorso diretti a far valere i vizi autonomi della delibera consiliare – per i quali v'è ora interesse alla decisione (cfr. Adunanza plenaria 27 aprile 2015, n. 5).

Con la precisazione che le censure esposte nel terzo motivo (rubricato "*Error in iudicando: in ordine alla illegittimità della d.c.c. n. 70/17*"), contrastanti le riflessioni che

il giudice di primo grado ha ritenuto di spendere dopo aver dichiarato inammissibile il ricorso, saranno meglio approfondite nell'esame dei successivi motivi.

6. Con il quarto motivo, (rubricato "*Error in iudicando: violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 e dei principi generali in tema di finanza pubblica; eccesso di potere per sviamento di potere, contraddittorietà manifesta, irragionevolezza, illogicità, difetto di istruttoria, errore sui presupposti e travisamento dei fatti?*") la ricorrente sostiene l'illegittimità della delibera del Consiglio comunale di (omissis) n. 70 del 2017 per violazione del divieto, contenuto nell'art. 14, comma 6, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, di assumere e/o mantenere l'organizzazione e la gestione del servizio attraverso enti partecipati in caso di dichiarazione di fallimento della società controllata precedente gestore del servizio.

Assume la ricorrente che tale divieto impediva al Comune di (omissis) – controllante la società a partecipazione pubblica (omissis) Ambiente s.p.a. dichiarata fallita dal Tribunale di (omissis) con sentenza 7 dicembre 2016, n. 105 – di affidare il servizio di igiene urbana, svolto negli anni dalla società fallita, ad un ente partecipato qual è l'azienda speciale ABC.

6.1. La ricorrente ricorda come il divieto sia stato interpretato (in particolare dalla giurisprudenza contabile) come vera e propria sanzione che impone all'amministrazione di dismettere la veste di imprenditore pubblico, per la cattiva prova che ne ha dato rendendo possibile il fallimento della società partecipata, e di procedere all'esternalizzazione del servizio.

6.2. Il Comune di (omissis), invece, con lo strumento dell'azienda speciale, continuerebbe a gestire il servizio; prova sarebbe l'avvenuta cessione del ramo di azienda, ivi compresi i dipendenti che ne facevano parte, da (omissis) Ambiente s.p.a. in fase di liquidazione all'azienda speciale: il Comune di (omissis), in breve, continuerebbe ad operare quale imprenditore pubblico, con il medesimo

complesso aziendale facente capo alla società fallita, in elusione della ratio sottostante al divieto come in precedenza individuata.

7. Il motivo è infondato.

7.1. L'art. 14 (*Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*), comma 6, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*) stabilisce che: *“Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita”*.

E' posta la questione se, fermo il divieto di costituzione di nuova società (acquisizione o mantenimento in società), la pubblica amministrazione controllante possa gestire il servizio pubblico già affidato alla società dichiarata fallita mediante modelli di gestione diversi quale, in particolare, per l'odierna vicenda, l'azienda speciale di cui all'art. 114 T.U.E.L..

7.2. Ritiene il Collegio che la pubblica amministrazione controllante può gestire il servizio pubblico, in precedenza affidato alla società a partecipazione pubblica dichiarata fallita, mediante la costituzione di un'azienda speciale e, più in generale, attraverso forme di gestione diverse dalla società a partecipazione pubblica, come pure decidere di rivolgersi al mercato con una procedura di gara.

7.3. Il divieto ha ad oggetto la costituzione di *“nuove società”*, come pure l'acquisizione di partecipazioni societarie e il loro mantenimento; l'espresso riferimento ad una delle modalità di gestione del servizio pubblico – la società a partecipazione pubblica (che a gestire un servizio pubblico può servire per l'art. 4 del d.lgs. 175 cit.) – porta ad escludere dal divieto le altre modalità, per la presunzione dell'uso preciso e consapevole da parte del legislatore dell'espressioni contenute nelle norme (argomento del c.d. legislatore consapevole, cfr. Cass. civ.,

Sez. Unite, 8 novembre 2018, n. 28575, ma sin da Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 440).

7.4. D'altronde, per la chiara lettera della legge, l'estensione del divieto ad altre modalità di gestione del servizio pubblico potrebbe avvenire solo attraverso un'interpretazione analogica, ma la norma è derogatoria dell'ordinaria capacità d'agire delle amministrazioni pubbliche e, per questo, ne è vietata l'interpretazione analogica ai sensi dell'art. 14 delle preleggi: in breve, il divieto non può essere esteso a casi diversi da quello cui espressamente si riferisce.

7.5. L'azienda speciale, del resto, ha caratteri diversi da quelli della società a partecipazione pubblica (per un'ampia disamina degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla natura dell'azienda speciale, specie in punto di sua equiparazione all'ente pubblico economico, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 9 agosto 2018, n. 20684, che, al par. 41, parla di "indubbie differenze" dell'azienda speciale con la società in house):

a) per la natura: l'azienda speciale è, per l'art. 114, comma 1, TUEL, un ente pubblico, appartenente alla categoria degli "enti strumentali", laddove, invece, la società, pur se a partecipazione pubblica, è soggetto privato (ovvero, forse più esattamente, un soggetto pubblico in forma privatistica);

b) per la struttura: organi dell'azienda speciale sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore (art. 114, comma 3, TUEL) e il collegio dei revisori, organi della società a partecipazione pubblica sono, invece, l'amministratore unico ovvero il consiglio di amministrazione (quale organo amministrativo, art. 11, commi 2 e 3, d.lgs. n. 175 del 2016) e l'assemblea della società (salva la scelta per uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI – bis del Capo V del titolo V del codice civile; art. 11, comma 3, penultimo periodo, d.lgs. n. 175 cit.);

c) per il regime giuridico: - degli atti e dei provvedimenti assunti (cfr. sulla forma dei contratti delle aziende speciali, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 9 agosto 2018, n. 20684 già citata); - dei beni in dotazione; delle regole in materia di assunzione del personale; della responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori.

d) per la relazione che intercorre con l'amministrazione pubblica controllante: al pari della società a partecipazione pubblica, l'azienda speciale è dotata di autonomia organizzativa ed imprenditoriale ma l'ente locale di riferimento esercita su di essa, fa ogni altra pubblica amministrazione nei confronti di un proprio ente strumentale, un penetrante potere di indirizzo e vigilanza che si compendia nella definizione degli indirizzi e delle finalità da perseguire, nella nomina degli organi ed, infine, specialmente, nel potere di approvazione di tutti gli atti fondamentali (il comma 8 dell'art. 114 TUEL contiene l'elencazione specifica degli atti da sottoporre ad approvazione) e di verifica dei risultati di gestione.

L'azienda speciale gode, dunque, di autonomia (che l'art. 114, comma 1, TUEL, definisce opportunamente "imprenditoriale") ma la sua attività è diretta e orientata dall'ente controllante in un rapporto assimilabile a quello che l'ente ha con un proprio organo (non è un caso che nella vigenza della l. 103/1903 l'azienda speciale era considerata quale organo speciale dell'ente, incardinata nel suo apparato amministrativo, ma dotata di propria autonomia gestionale e contabile).

Si tratta, in breve, di un' "amministrazione parallela", cioè di una struttura inquadrata organicamente nella più ampia organizzazione pubblicistica dell'ente pubblico (così, testualmente, Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435; cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015, n. 1842; V, 20 febbraio 2014, n. 820).

Le differenze enucleate tra i due soggetti non ne consente l'assimilazione ai fini, di interesse per l'odierno giudizio, dell'estensione del divieto di cui al citato art. 14, comma 6, d.lgs. 175 del 2016.

7.6. Il predetto divieto, d'altronde, non va inteso alla stregua di una sanzione comminata all'amministrazione pubblica di dismettere temporaneamente la veste di imprenditore pubblico, ma, in maniera più calibrata, come obbligo di ricorrere a modalità di gestione del servizio pubblico, avente ad oggetto la produzione di beni e l'erogazione di servizi, diverse dalla società a partecipazione pubblica al fine di un miglior investimento delle risorse pubbliche.

7.7. In conclusione: se il divieto posto dall'art. 14, comma 6, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 è limitato alla sola costituzione di una nuova società cui affidare il medesimo servizio pubblico già in capo alla società fallita, il Comune di (omissis) non l'ha violato per aver deciso di costituire un'azienda speciale per la gestione del servizio di igiene urbana nel suo territorio né lo ha eluso per aver l'azienda acquisito il ramo di azienda già in titolarità della società partecipata.

Per quanto in precedenza esposto, d'altra parte, quel che differenzia l'azienda speciale dalla società a partecipazione pubblica non è la natura dell'attività, che consiste pur sempre nella produzione in forma imprenditoriale di beni e servizi, e, piuttosto, nella condizione di più organico collegamento dell'azienda speciale all'ente locale (come chiarito dalla più volte citata sentenza della Corte di cassazione, Sez. Unite, n. 20684 del 2018, in cui si propone la tesi della coesistenza di una "doppia anima" nell'azienda speciale, l'una legata alla natura di attività di impresa esercitata e l'altra all'imprescindibile rapporto di collegamento con l'ente locale).

8. Con il quarto motivo (rubricato "*Error in indicando: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3, L. 241/90. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34, comma 20, D.L. 179/12. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 5 e 192, comma 2, d.lgs. 50/16. Violazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.) dell'azione amministrativa. Eccesso di potere sub specie di difetto di istruttoria – difetto di motivazione – errore nei presupposti – illogicità manifesta – contraddittorietà – sviamento*") è contestata la

legittimità della delibera del Consiglio comunale di (omissis) n. 70 del 2017 per violazione degli oneri posti a carico della pubblica amministrazione, qualora decida di procedere all'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato.

8.1. La tesi della ricorrente si snoda attraverso i seguenti passaggi:

- ai sensi e per gli effetti del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 cit. l'azienda speciale è un organismo *in house*;

- ne segue che, per affidare ad esso in via diretta il servizio pubblico di igiene urbana era necessario rispettare gli oneri imposti alle stazioni appaltanti in caso di affidamento a società *in house* di un contratto, e precisamente la preventiva valutazione della congruità economica dell'offerta del soggetto *in house* con conseguente assolvimento dell'onere motivazionale circa le ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta (anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche);

- le motivazioni della delibera del Consiglio comunale di (omissis) n. 70/2017 non danno conto delle ragioni per le quali l'affidamento del servizio di igiene urbana alla azienda speciale ABC risulterebbe comparativamente più vantaggioso rispetto alla ordinaria scelta dell'affidamento al contraente selezionato attraverso una procedura di gara né quali benefici ne deriverebbero per la collettività.

9. Il motivo è infondato.

9.1. In premessa: l'art. 14, comma 6, d.lgs. n. 175 cit., più volte citato, disciplina la fase successiva al fallimento della società partecipata affidataria del servizio pubblico in negativo, con il divieto alla costituzione di nuove società (acquisire partecipazioni societarie o mantenere partecipazioni in società) per la gestione del medesimo servizio, ma non in positivo, non indica, cioè, un modello di gestione da

utilizzare per l'erogazione del servizio pubblico (per sua natura continuativamente dovuto alla collettività).

Al fallimento della società partecipata dall'ente locale, precedente gestore del servizio, non segue necessariamente l'esternalizzazione dello stesso mediante affidamento a contraente selezionato con procedura di gara ma l'amministrazione pubblica è libera di scegliere la modalità di gestione del servizio ritenuta più opportuna.

9.2. L'azienda speciale, per le caratteristiche precedentemente esposte, è il modello di gestione del servizio pubblico più vicino alla completa internalizzazione o autoproduzione del servizio stesso. In questo senso l'azienda speciale è un soggetto *in house*, al pari della società a partecipazione pubblica c.d. *in house*, inteso come *longa manus* dell'amministrazione pubblica per la realizzazione di lavori o opere o per l'espletamento di servizi. L'affidamento del servizio pubblico ad un'azienda speciale configura, pertanto, un c.d. affidamento *in house*.

9.3. Per gli affidamenti *in house* la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto delle condizioni poste dall'art. 192, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per il quale: *“Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta di soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riguardo agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”*.

9.4. Il Consiglio di Stato, con ordinanza di questa Sezione, 14 gennaio 2019, n. 296 ha spiegato che l'art. 192, comma 2, citato assoggetta l'affidamento *in house* ad una duplice condizione: a) la prima consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato; b) la seconda nell'obbligo di

indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all'affidamento *in house*. Si è aggiunto che l'aggravamento degli oneri posti a carico delle amministrazioni pubbliche che intendano ricorrere ad affidamenti *in house* va spiegata con l'orientamento di sfavore del legislatore italiano verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica rispetto ad altre forme di affidamento ed, in particolare, all'affidamento che avvenga mediante procedura di gara.

9.5. Il Consiglio di Stato ha, dunque, ritenuto opportuno, con l'ordinanza citata, sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, a mezzo rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la questione della compatibilità delle previsioni del diritto nazionale italiano – che pongono gli affidamenti *in house* in una posizione subordinata e subvalente rispetto all'affidamento che avvenga mediante selezione del contraente con procedura di gara – con i principi e le disposizioni del diritto dell'Unione europea (ed, in particolare, con l'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) che, per il principio di libera organizzazione delle pubbliche amministrazioni, sembrano comportare una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, se non addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione.

9.6. Il rispetto degli oneri motivazionali rafforzati imposti dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 cit. rileva anche ai fini della soluzione dell'odierna controversia, e, tuttavia, il Collegio ritiene che non sia necessario procedere alla sospensione (c.d. impropria) del giudizio in attesa della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea poiché il Comune di (omissis) (a differenza di quanto accaduto nella vicenda dalla quale è scaturito il rinvio pregiudiziale: ne dà conto l'ordinanza al punto 3.2.1.) ha motivato la sua decisione di procedere all'affidamento *in house* nel rispetto degli obblighi imposti dalla normativa interna.

9.7. La delibera del Consiglio comunale di (omissis) n. 70/2017, di affidamento *in house* all'azienda speciale ABC del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, rimanda – e fa propria – per la specificazione delle ragioni a giustificazione della modalità di gestione prescelta alla relazione illustrativa redatta ai sensi dell'art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 a mente del quale: *“Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblica sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*.

La relazione, dunque, va esaminata per la verifica del corretto assolvimento degli obblighi motivazionali aggravati di cui si è detto.

9.8. La relazione contiene un parte (la Sezione D) espressamente dedicata alla *“Motivazione economico – finanziaria della scelta”* con le ragioni per le quali la scelta per l'affidamento diretto all'azienda speciale erano prevalenti su quelle per l'affidamento definito *“concorrenziale”* (ovvero affidamento mediante procedura di gara).

In particolare, (a pagg. 82 – 83) era evidenziato che il quantitativo di rifiuti oggetto di raccolta differenziata risultava essere significativamente inferiore rispetto ai limiti minimi imposti dalla legge (il 30% a fronte del 65%), e che, dunque, si rendeva necessario un cambio radicale nella gestione complessiva del servizio, attraverso l'internalizzazione dello stesso per consentire all'ente locale di effettuare un controllo più immediato e diretto sul gestore del servizio di quello possibile nei confronti del contraente privato cui lo stesso è affidato con la stipulazione di un

contratto d'appalto, le cui rigide clausole mai possono consentire un dialogo altrettanto flessibile e continuativo.

Altra ragione era individuata nella riduzione del costo del servizio conseguente all'eliminazione dell'utile di impresa (fatto salvo un 5% da riservare ad un fondo per gli investimenti), cui sarebbe potuto conseguire una riduzione del canone dovuto dall'utenza (anche in ragione dell'incremento della raccolta differenziata).

La conclusione cui perviene la relazione è che: *“nonostante la filosofia gestionale richieda maggiori costi per l'alta intensità di manodopera, il costo complessivo del servizio risulta più economico e permette di raggiungere un obiettivo gestionale sensibilmente più elevato”*.

9.9. Le motivazioni contenute nella relazione sono criticate dalla ricorrente:

a) per l'erroneità dei calcoli relativi al costo di servizio, per aver preso in considerazione, quanto al costo del contratto di appalto, il prezzo a base d'asta e non anche i ribassi percentuali che le imprese avrebbero proposto;

b) perché un servizio analogo (essendo nel disciplinare di gara previsto una percentuale di raccolta differenziata del 70%) è effettuato ad un costo maggiore (per la necessità dell'azienda speciale di ulteriori 29 unità lavorative rispetto a quelle previste dal disciplinare);

c) sul piano delle “politiche ambientali” per essere essa stessa in grado di realizzare una raccolta differenziata superiore a quella prevista nel piano economico – finanziario, come già avvenuto in altri affidamenti ottenuti da altri Comuni.

Infine, la ricorrente lamenta un approccio “ideologico e distorto” alla materia, in assenza di concreti e dimostrabili elementi di un reale beneficio per la collettività della gestione del servizio mediante azienda speciale.

9.10. Le critiche esposte non meritano condivisione.

In via generale, ai sensi dell'art. 192, comma 2, cit. al Comune di (omissis) era richiesto di dare atto della congruità economica dell'offerta dell'azienda speciale,

nonché di giustificare l'esclusione del ricorso al mercato e di indicare i benefici che ne sarebbero derivati per la collettività dalla nuova forma di gestione prescelta.

Il Comune ha assolto all'onere motivazionale mediante l'allegazione di tabelle contenenti i costi del servizio affidato all'azienda speciale dimostrative, a sua valutazione, della congruità economica degli stessi, con la necessità di sperimentare un nuovo approccio all'esecuzione del servizio di raccolta dei rifiuti, con riduzione dei costi del servizio, e conseguente riduzione della tariffa imposta ai cittadini, nonché per la necessità di procedere al reinvestimento degli utili nel miglioramento degli standard qualitativi del servizio.

Quanto alle criticità evidenziate dalla ricorrente, va precisato che la stessa relazione (a pag. 84) dà conto del fatto che nel costo per l'esternalizzazione non sono considerati i possibili ribassi in sede di gara, così dimostrando di aver chiara la questione e, d'altra parte, è precisato che i servizi posti a confronto tra affidamento al mercato ed affidamento *in house* e le basi per la stima dei costi sono differenti, e che, comunque, il costo del servizio potrà essere ulteriormente ribassato mediante la revisione del piano da parte del Direttore responsabile della gestione dell'azienda speciale.

Tali considerazioni valgono a superare anche la seconda critica – l'affidamento *in house* comporterebbe un costo maggiore per ottenere un analogo risultato – mentre i livelli di differenziata raggiunti dalla De Vizia Transfer s.p.a., in altri Comuni, non può essere di certo ragione di preferenza del mercato considerate le specificità proprie di ogni appalto.

9.11. In conclusione sul punto: la scelta del Comune di (omissis) è conforme alle prescrizioni normative e questo, non altro, rende irrilevante quale che sia la ragione ideologica che l'ha ispirata.

10. Le esposte considerazioni conducono alla reiezione anche del quinto motivo di ricorso (rubricato: “*Error in iudicando: violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 l.*”).

241/90. *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/16. Violazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento (art 97 Cost.) dell'azione amministrativa, eccesso di potere sub specie di difetto di istruttoria – difetto di motivazione – errore nei presupposti – illogicità manifesta – contraddittorietà*) ove è contestata l'assenza della valutazione di congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*: la relazione illustrativa contiene tabelle nelle quali sono dettagliatamente descritti i costi per ogni attività ricompresa nel servizio di raccolta dei rifiuti e v'è espressa la valutazione di sostenibilità degli stessi mediante i ricavi dalla tariffa applicata alla cittadinanza.

11. Il sesto motivo di ricorso (rubricato: *“Error in iudicando: violazione dell'art. 192 del d.lgs. 50 del 2016; violazione dell'art. 114 del d.lgs. 267/00; eccesso di potere per carenza di presupposti, contraddittorietà, difetto di istruttoria, errore sui presupposti di fatto e di diritto”*) è inammissibile per carenza di interesse.

E' contestato il potere del Comune di (omissis) di fissare in via unilaterale e preventiva le condizioni alle quali l'azienda speciale è tenuta a svolgere il servizio pubblico che l'ente le affida, per essere l'azienda speciale un soggetto distinto dal Comune e, comunque, dotato di “autonomia imprenditoriale”.

Si tratta di un profilo che attiene ai rapporti interni tra l'ente locale e l'azienda speciale, ai quali è estranea De Vizia Transfer s.p.a. e che, dunque, non ha né legittimazione né interesse a contestarne le modalità attuative.

12. Con il sesto motivo di ricorso (rubricato: *“Error in iudicando: violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. 267/00; eccesso di potere per errore sui presupposti; sviamento”*), si assume l'illegittimità della delibera del Consiglio comunale di (omissis) per violazione dell'art. 49, comma 1, T.U.E.L. ove è previsto che le proposte di deliberazione di Giunta o di Consiglio sono corredate dal parere di regolarità tecnica del responsabile del Servizio e che, solo in carenza di tale figura, il parere possa essere reso dal segretario generale.

Afferma la ricorrente che la delibera consiliare impugnata, per avere ad oggetto l'affidamento del servizio di igiene urbana, dovesse essere accompagnata dal parere del dirigente del Servizio ambiente, invece mancante.

12.1. Il motivo è infondato.

La regolarità della delibera consiliare è attestata dal dirigente del Servizio programmazione e bilancio, unitamente al Segretario direttore generale del Comune di (omissis).

È così rispettato l'art. 49, comma 2, T.U.E.L. che richiede l'attestazione della regolarità tecnica da parte del responsabile del “*servizio interessato*”; non v'è dubbio, infatti, che all'istituzione della azienda speciale ABC – contenuto principale della delibera – e all'affidamento ad essa in via esclusiva di uno dei servizi pubblici a competenza comunale, la raccolta dei rifiuti urbani, risulti interessato più di ogni altro il Servizio programmazione e bilancio del Comune in quanto la delibera incide in maniera immediata e diretta – e non con effetti meramente indiretti o riflessi (situazione che avrebbe comportato, per l'art. 49, comma 2, il parere di regolarità tecnica del responsabile di ragioneria) – sulla programmazione finanziaria e sul bilancio comunale.

13. Con il settimo motivo di ricorso De Vizia Transfer censura la delibera di Giunta comunale n. 564 del 2017, come pure lo schema di contratto di servizio e di capitolato speciale alla stessa allegati, per eccesso di potere nelle figure sintomatiche della contraddittorietà, irragionevolezza, illogicità, difetto di istruttoria, errore sui presupposti e travisamento dei fatti, nonché per sviamento di potere.

Sostiene la ricorrente che la lettura delle clausole contenute nel contratto di servizio, come pure nel capitolato speciale, dirette a regolamentare le modalità di svolgimento del servizio di raccolta dei rifiuti urbani da parte dell'azienda speciale dimostrerebbe che i benefici derivanti alla collettività dall'affidamento *in house* dello

stesso – a fondamento della decisione assunta con la delibera consiliare n. 70 del 2017 – siano meramente fittizie.

In particolare, afferma la ricorrente, le condizioni imposte nel disciplinare di gara annullata agli operatori economici, quanto ai mezzi da utilizzare e al tempo massimo per raggiungere il livello del 70% della raccolta differenziata, risultavano maggiormente favorevoli per l'interesse collettivo di quelle imposte all'azienda speciale.

Ne trae la ricorrente il convincimento che sia ancor più dimostrata la sua tesi della pervicace volontà dell'amministrazione pubblica di sottrarre l'affidamento del servizio al mercato sebbene, all'evidenza, questa modalità desse maggiore convenienza in termini di economicità, efficienza, solidarietà sociale e benefici ecologici e sociali per la collettività, e, dunque, l'eccesso di potere degli atti impugnati.

13.1. Il motivo è infondato.

Nel contratto di servizio e nel capitolato speciale di servizio sono contenute le condizioni alle quali l'azienda speciale ABC è tenuta a garantire il servizio di igiene urbana; che esse possano essere meno gravose di quelle imposte (o che si sarebbe potuto imporre) agli operatori economici che operano sul mercato in termini di standard ambientali e di efficienza è scelta che l'amministrazione ha compiuto nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica e che, nel caso di specie, appare ragionevole considerato che l'azienda speciale ABC, al pari di una società di nuova costituzione, necessitava di un periodo di avviamento per operare a pieno regime.

Gli esempi indicati dalla ricorrente, pertanto, non sono espressione di uno sviamento di potere, per aver, come si è esposto nei motivi precedenti, il Comune ampiamente esplicitato le ragioni preferenza verso il modello organizzativo dell'azienda speciale piuttosto che quello del ricorso al mercato.

14. In conclusione, quanto alla fase rescissoria, l'appello proposto dalla De Vizia Trasfer s.p.a., in relazione alle censure e i motivi non esaminati dalla sentenza revocanda, va integralmente respinto.

15. Le spese del presente giudizio possono essere compensate per la complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso per revocazione, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per gli effetti, in fase rescindente, revoca la sentenza del Consiglio di Stato n. 1687/2019 nei limiti di cui in motivazione e, in fase rescissoria, respinge gli ulteriori motivi di appello proposti dalla De Vizia Transfer s.p.a. (con Rg. n. 8476/2018).

Compensa le spese del giudizio tra tutte le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO