

**Consiglio di Stato, Sez. V, 8/4/2019 n. 2275**



**Sulla valenza sostanziale della relazione illustrativa ex art. 34, c. 20, del d.l. n. 179/2012 con cui l'amministrazione deve illustrare le ragioni della scelta di un particolare modello di gestione del servizio pubblico**

**Nel contesto di sostanziale equiordinazione tra i vari modelli di gestione disponibili per la gestione dei servizi pubblici locali, l'amministrazione è chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge. Le ragioni di tale scelta sul modello di gestione del servizio devono essere compiutamente illustrate nella relazione illustrativa ex art. 34, c. 20, del d.l. n. 179/2012, essendo peraltro richiesto un onere motivazionale rafforzato e più incisivo solo nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto mediante in house: in ogni caso, quale che sia la scelta di gestione del servizio pubblico locale a rilevanza economica adottata dall'ente, si tratta di valutazioni che, riguardando l'organizzazione del servizio e la praticabilità di scelte alternative da parte del comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso. Pertanto, nel caso di specie, è legittima la scelta della del Comune per evitare potenziali contenziosi di annullare tutti gli atti di gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana comunale, per la mancanza della relazione ex art. 34, c.20, del d.l. n. 179/2012. La detta relazione, infatti non può essere degradata a mero orpello procedimentale allorché la scelta dell'evidenza pubblica si configuri come opzione necessitata, in quanto anche in tal caso si tratta di valutazioni rimesse esclusivamente all'amministrazione, la quale dovrà in maniera congrua e adeguata motivare sull'assenza di alternative praticabili, non potendo ciò essere supplito da una valutazione con prognosi postuma effettuata dal giudice.**

**Materia: servizi pubblici / disciplina**

Publicato il 08/04/2019

**N. 02275/2019REG.PROV.COLL.**

**N. 04107/2018 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 in appello iscritto al numero di registro generale 4107 del 2018, proposto da: Società Autotrasporti e Pulizie Industriali di Petrero Silvio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giulio Cerceo e Cristiano Bertoncini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giulio Cerceo in Giustizia, Pec Registri

***contro***

Diodoro Ecologia s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI con Teramo Ambiente s.p.a. e Ecoelpidiense s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Referza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Ruggero Bianchi in Roma, via Leonardo Greppi, n. 77

***nei confronti***

Comune di San Salvo, non costituito in giudizio

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo- Sezione Staccata di Pescara, Sezione I, 27 marzo 2018, n.124;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Diodoro Ecologia s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Giulio Cerceo, Cristiano Bertoncini, e Bianchi per delega dell'avvocato Pietro Referza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 415 del 25 ottobre 2016, il Comune di San Salvo (di seguito "*il Comune*") stabiliva di procedere all'affidamento, mediante procedura aperta ai sensi degli articoli 60 e 71 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("*Codice dei contratti pubblici*") da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di igiene urbana comunale.

1.1. Entro la scadenza del termine, fissato al 23 gennaio 2007, pervenivano quattro offerte, tra cui quella della Società Autotrasporti e Pulizie Industriali di Petroro Silvio s.r.l. (di seguito "*S.A.P.I.*"), gestore uscente e co-affidataria del servizio oggetto di gara, e della Diodoro Ecologia s.r.l. mandataria della costituenda ATI composta con TE.AM. Teramo Ambiente s.p.a. e Ecoelpidiense s.r.l. (di seguito "*Diodoro Ecologia*").

1.2. All'esito dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa richiesta dal disciplinare venivano ammesse alla successiva fase di gara solo Diodoro Ecologia e le altre due concorrenti (di cui una previa regolarizzazione di alcuni documenti mediante soccorso istruttorio), mentre veniva disposta l'esclusione della S.A.P.I.

per asserita carenza del requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3. lettere o) e p) del bando inerente i servizi analoghi a quello da affidarsi, in quanto svolti dall'impresa per conto del Comune di San Salvo nel periodo 2013-2015 in raggruppamento temporaneo con altra ditta con una quota di partecipazione della S.A.P.I. pari al 49 per cento.

1.3. Con ricorso proposto al Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo- Sezione di Pescara, S.A.P.I. impugnava tutti gli atti di gara, compreso il provvedimento di esclusione.

1.4. A seguito della revoca in autotutela dell'intera procedura da parte del Comune, il T.a.r. per l'Abruzzo, con sentenza n. 116 del 30 marzo 2017 pronunciata ai sensi dell'articolo 60 Cod. proc. amm., dichiarava l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. Era, infatti, avvenuto che, sulla base di un parere del Segretario generale dell'Ente motivato con l'esigenza di evitare potenziali contenziosi e i conseguenti pregiudizi derivanti dalla possibile soccombenza in giudizio del Comune (sia per le spese sia con riguardo "*al profilo gestionale, in relazione ad un appalto e ad una gestione di particolare complessità*"), il Responsabile del Servizio di Manutenzione e Ambiente del Comune, con determinazione n. 85/285 del 1 marzo 2017, avesse annullato tutti gli atti di gara per mancanza della relazione da predisporre ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

*In base a tale disposizione “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, pubblicata 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”.*

1.5. Avverso il provvedimento di autotutela e gli atti consequenziali insorgeva, con ricorso notificato il 10 aprile 2017 e proposto dinanzi al T.a.r. Abruzzo- Sezione di Pescara, la Diodoro Ecologia, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la condanna del Comune al risarcimento dei danni patiti, previo accertamento della sua responsabilità, anche di natura precontrattuale.

Si costituiva in giudizio la S.A.P.I. chiedendo il rigetto dell'impugnativa proposta e spiegando altresì ricorso incidentale avverso il provvedimento di esclusione per il caso di accoglimento del ricorso principale e conseguente annullamento dell'atto di autotutela adottato dal Comune.

2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale ha:

a) accolto il ricorso principale della Diodoro Ecologia ritenendo che la relazione ai sensi dell' art. 34 del d.l. n. 179 del 2012 non avesse valenza sostanziale, ma solo formale, non avendo la sua mancanza implicato l'omessa considerazione di

concrete alternative di gestione: ciò in quanto l'affidamento del servizio mediante apertura al mercato costituiva, nel caso di specie, scelta obbligata dell'Amministrazione che in effetti non aveva prospettato, né nell'annullamento d'ufficio né nel presupposto parere, la concreta praticabilità di forme alternative di gestione (tramite ad esempio società mista o in *house* a cui poter affidare il servizio), ipotesi anzi espressamente escluse nel parere del Segretario e finanche nella relazione successivamente approvata nel corso del giudizio, risultando pure generiche le evocate conseguenze dell'omissione "*sotto il profilo gestionale*";

b) dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della S.A.P.I. con cui veniva impugnato il provvedimento di esclusione per il caso di accoglimento del ricorso principale, ritenendo che questo andasse impugnato con ricorso autonomo *ex* 120 comma 2 *bis* Cod. proc. amm. e non già, come avvenuto, con ricorso incidentale.

2.1. In sostanza, il Tribunale amministrativo ha ritenuto, dunque, definitivamente consolidato l'atto di esclusione originariamente disposto nei confronti della S.A.P.I. e a suo tempo impugnato con ricorso dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a seguito dell'annullamento dell'intera procedura, non condividendo la prospettazione della medesima S.A.P.I. secondo la quale la combinazione di tale esito con la dichiarazione di improcedibilità del ricorso la priverebbe di fatto di qualsiasi strumento difensivo, con

connessa violazione dei principi fondamentali a tutela del diritto di difesa: secondo la prospettazione del tribunale amministrativo tale effetto sarebbe piuttosto determinato da precise scelte processuali della ricorrente incidentale la quale avrebbe dovuto chiedere, in quel giudizio definito con sentenza di improcedibilità per carenza di interesse dichiarata in udienza dal suo difensore, un differimento dell'udienza (in concreto di circa un mese) per verificare che decorresse il termine di impugnazione dell'atto di autotutela in assenza di gravami, avendo con tale differente opzione sostanzialmente rinunciato alla coltivazione dei motivi di ricorso diretti a contestare l'esclusione.

2.2. Nelle more del giudizio veniva comunque predisposta la relazione *ex art. 34, comma 20 cit.*: nondimeno, il Tribunale amministrativo ha ritenuto che ciò non facesse venir meno l'interesse della ricorrente principale Diodoro Ecologia sull'assunto per cui, all'atto del passaggio in decisione della controversia, non risultava intervenuto alcun atto indittivo della nuova gara.

3. Per la riforma della sentenza ha proposto appello S.A.P.I., deducendone l'erroneità e ingiustizia per i seguenti motivi di diritto (di cui gli ultimi tre proposti in subordine):

*“1. Erroneità ed infondatezza della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto l'eccezione di improcedibilità del ricorso, sollevata dalla SAPI s.r.l., sull'erronea considerazione che l'intervenuta adozione, nelle more del giudizio, della deliberazione del Consiglio Comunale di San*

*Salvo n. 21 del 29 marzo 2017, con la quale è stata approvata la Relazione redatta ai sensi dell'art. 34, commi 20 e 21, del D.L. n. 179/2012 e s.m.i. avesse "carattere infra-procedimentale e preliminare al successivo provvedimento di indizione della gara, che all'atto del passaggio in decisione non risultava intervenuto;*

*II. Erroneità ed infondatezza della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che l'omessa predisposizione della Relazione di cui all'art. 34, commi 20 e 21, del D.L. n. 179/2012 e s.m.i. "non avesse alcuna idoneità ad incidere sull'interesse pubblico a cui la norma è preordinata, e dunque il suo carattere meramente formale", pervenendo, per l'effetto, "a condividere la censura con cui parte ricorrente ha dedotto la erronea applicazione della norma di riferimento e ha sostenuto che le esigenze di regolarità formale della procedura avrebbero potuto essere eventualmente soddisfatte mediante integrazione dell'atto mancante";*

*III. Erroneità ed infondatezza della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto "(prescindendo dalle questioni relative alla sua inammissibilità) l'infondatezza del primo motivo del ricorso incidentale, con cui viene riproposta la censura del ricorso 49/2017, condivisa dall'Amministrazione e alla base della determinazione in autotutela, che dunque si risolve in un'argomentazione adesiva al contenuto del provvedimento impugnato in via principale su cui non può che rinviarsi a quanto appena osservato in ordine alla rilevanza meramente formale della Relazione ex art. 34, comma 20, citato, nella fattispecie in esame";*

*IV. Erroneità ed infondatezza della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto inammissibili i rimanenti motivi del ricorso incidentale "condizionato" promosso dalla SAPI S.r.l."*

3.1. L'appellante ha pertanto riproposto il secondo, il terzo e il quarto motivo del ricorso incidentale di prime cure ritenuti inammissibili e non esaminati dal tribunale. Con tali motivi, in particolare, S.A.P.I. aveva dedotto censure volte a far valere l'illegittimità dell'intera gara per ulteriori ragioni, lamentando:

- a) l'illegittima composizione della Commissione per coincidenza dei ruoli di RUP (Responsabile del Servizio e redattore del bando di gara, di cui aveva curato anche la progettazione a monte) e Presidente della Commissione, in ritenuta violazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016;
- 2) l'illegittima composizione della Commissione sotto altro profilo, in quanto composta da tre commissari di cui uno con funzioni di Presidente e l'esistenza di cause di incompatibilità tra la S.A.P.I. e il RUP nominato Presidente della Commissione che avrebbero imposto a quest'ultimo di astenersi dall'assumere l'incarico;
- 3) l'illegittimità della disposta esclusione per avere l'impresa dimostrato di possedere tutti i requisiti di partecipazione richiesti dal bando, compreso quello controverso inerente la realizzazione nel triennio di riferimento di servizi analoghi che S.A.P.I. assume di aver espletato in misura di gran lunga superiore a quella indicata dalla stazione appaltante.

3.2. Resiste all'appello Diodoro Ecologia depositando articolate memorie con cui diffusamente argomenta le proprie tesi difensive, insistendo per il rigetto del gravame.

3.3. Non si è invece costituito, pur essendo stato ritualmente intimato, il Comune.

3.4. Disposto su concorde richiesta delle parti il rinvio al merito della trattazione della domanda cautelare incidentalmente formulata, all'udienza pubblica del 6 dicembre 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

4. Con l'odierno appello, la società S.A.P.I., attiva nel settore dell'igiene ambientale e gestore uscente del servizio di igiene urbana oggetto dell'affidamento per cui è causa, contesta le statuizioni della sentenza in epigrafe che, in accoglimento del ricorso proposto dall'altra concorrente Diodoro Ecologia (la quale ne invocava la prosecuzione evidenziando il suo interesse a conseguire l'aggiudicazione resa significativamente probabile dall'esiguo numero delle imprese ammesse), ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento del Comune di annullamento d'ufficio dell'intera procedura, ritenuta non viziata dalla carenza della relazione illustrativa *ex art 34, comma 20 del D.L. n. 179 del 2012*. L'omissione di tale adempimento costituirebbe, ad avviso del tribunale amministrativo, mera irregolarità formale che non avrebbe di fatto eluso l'obbligatorio ricorso alla gara per l'affidamento in parola e sarebbe perciò inidonea a ledere in concreto l'interesse pubblico alla cui tutela la norma è preordinata: a ciò dovendo conseguire la prosecuzione della gara originaria indetta nel 2016 (atteso che la contestata

carenza ben potrebbe essere sanata *ex post* mediante integrazione dell'atto mancante) e il consolidarsi del provvedimento di esclusione disposto nei confronti della S.A.P.I., da quest'ultima impugnato con ricorso poi dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse proprio a seguito del controverso annullamento della procedura.

4.1. Il Tribunale amministrativo ha, dunque, accolto il ricorso principale e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della S.A.P.I. diretto, in via principale, alla conferma dell'atto impugnato, in via subordinata all'annullamento integrale degli atti di gara e, in estremo subordine, alla declaratoria di illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara, ritenendo in particolare che l'esclusione originariamente disposta, determinando la lesione immediata e diretta dell'interesse a partecipare alla gara, andasse impugnata in via principale con ricorso autonomo ex 120 comma 2 *bis* Cod. proc. amm. e non già, come avvenuto, con ricorso incidentale ai sensi dell'art. 42, comma 1, Cod. proc. amm..

In tesi, i motivi di censura ivi articolati non sarebbero infatti riferibili a domanda *"il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale"*. All'accoglimento del ricorso principale conseguirebbe, dunque, secondo il primo giudice, il consolidarsi del provvedimento di esclusione, non più suscettibile di essere contestato o messo in discussione (neppure attraverso censure volte a contestare l'illegittima composizione della Commissione e ad ottenere l'integrale

annullamento della procedura, come quelle dedotte con il secondo e il terzo motivo di ricorso dalla S.A.P.I. che non può azionare un interesse strumentale alla riedizione della gara, dalla quale è stata definitivamente estromessa) attraverso un'impugnazione incidentale proposta entro il termine decadenziale per l'impugnazione principale, ormai ampiamente decorso.

4.2. Tali conclusioni sono avversate dall'odierna appellante la quale deduce che la sentenza impugnata sarebbe inficiata da *errores in iudicando* sotto plurimi profili.

4.3. Con il primo motivo di impugnazione, la S.A.P.I. assume l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado sollevata dalla stessa appellante, sulla non condivisibile considerazione che l'intervenuta adozione, nelle more del giudizio, della deliberazione di C.C. n. 21 del 29 marzo 2017, con cui era stata approvata in via postuma la relazione illustrativa ex art. 34, comma 20, cit., avesse "*carattere infraprocedimentale e preliminare al successivo provvedimento di indizione della gara, non intervenuto al momento del passaggio in decisione della causa*".

4.4. Con il secondo e il terzo motivo di appello, entrambi proposti in via subordinata, S.A.P.I. censura le statuizioni della sentenza impugnata che, per un verso, hanno ritenuto la valenza meramente formale e non sostanziale dell'indicata relazione illustrativa (la cui mancanza sarebbe inidonea a

ledere gli specifici interessi pubblici tutelati dalla norma che la prescrive e comunque a comportare il concorrente sacrificio degli altri interessi coinvolti nella vicenda - *in primis*, quello delle imprese ammesse alla prosecuzione della gara, ma anche quello della stessa Amministrazione alla conservazione dell'attività amministrativa compiuta -) e, per altro verso, hanno fatto discendere dalla ritenuta assenza di concrete alternative praticabili al modello di gestione mediante ricorso all'evidenza pubblica l'infondatezza del primo motivo del ricorso incidentale, con cui è stata riproposta la censura del primo ricorso n. 49/2017 (dichiarato improcedibile), condivisa dal Comune e posta a base della determinazione di ritiro in autotutela.

4.5. Infine, con il quarto motivo di appello S.A.P.I. sostanzialmente lamenta che la sentenza di primo grado, nel dichiarare l'inammissibilità dei rimanenti motivi del ricorso incidentale, le avrebbe di fatto negato il giudizio sia sull'atto di esclusione dalla gara sia sugli atti ad esso precedenti mediante riconduzione di tutte le censure all'art. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm., con conseguente lesione del suo diritto di difesa.

5. L'appello è fondato.

5.1. La Sezione qui rileva come risulti meritevole di accoglimento il primo motivo di doglianza con cui l'appellante si duole del mancato accoglimento dell'eccezione di improcedibilità del ricorso principale formulata nel ricorso di primo grado.

5.2. Deve infatti rilevarsi come, nelle more del giudizio, con deliberazione n. 21 del 29 marzo 2017 il Comune ha approvato la relazione ex art. 34, commi 20 e 21, del D.L. n. 179 del 2012 nella quale, dopo aver specificato le ragioni per cui la scelta del ricorso al mercato fosse obbligata, si disponeva l'indizione della nuova gara da esperirsi *“tramite procedura aperta ai sensi dell'art. 60 D.L.vo n. 50/2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*.

Pertanto detta relazione, nella misura in cui contemplava la decisione di avviare una nuova procedura di gara e dava mandato al Responsabile del Servizio Ambiente di provvedere agli adempimenti conseguenti, costituiva già atto avente effetto lesivo dell'interesse dell'originaria ricorrente Diodoro Ecologia, la quale tuttavia non lo impugnava con motivi aggiunti al ricorso introduttivo.

5.3. La valenza lesiva che la detta relazione illustrativa ha assunto nella fattispecie in esame (e che ne avrebbe quindi imposta l'autonoma e distinta impugnazione) è confermata dai successivi sviluppi procedurali.

Ed invero, con successiva determinazione dirigenziale n. 547 del 22 dicembre 2017 il Comune approvava il progetto esecutivo riguardante il servizio in esame e il 19 gennaio 2018 pubblicava altresì il bando della nuova gara per il medesimo servizio di igiene urbana, con identico contenuto e oggetto rispetto a quella annullata, alla quale le concorrenti hanno partecipato e sono state entrambe ammesse.

5.4. Dunque, è pacifico e non contestato che, all'atto del passaggio in decisione del ricorso di primo grado definito con la sentenza qui impugnata (avvenuto il 26 gennaio 2018), il Comune avesse indetto una gara del tutto nuova per l'affidamento del medesimo servizio, contrariamente a quanto affermato dal tribunale amministrativo in punto di infondatezza dell'eccezione di improcedibilità sollevata dalla S.A.P.I. circa il carattere infra-procedimentale e preliminare al successivo provvedimento di indizione della gara *“che all'atto del passaggio in decisione non risultava intervenuto”*.

5.5. Alla stregua di tali risultanze processuali non pare allora revocabile in dubbio che Diodoro Ecologia, a seguito dell'indizione della gara prima del passaggio in decisione della causa, non avesse alcun residuo interesse concreto e attuale a coltivare il ricorso a suo tempo proposto al fine di ottenere la riattivazione di una gara annullata dalla stazione appaltante nell'esercizio dei poteri discrezionali di autotutela, all'esito di una rinnovata ponderazione dell'interesse pubblico: e ciò per le ragioni di seguito evidenziate.

5.6. Va in primo luogo rilevato che detti poteri di annullamento in autotutela sono stati nella specie legittimamente esercitati dalla stazione appaltante in conformità alla clausola del bando (immune dai dedotti profili di illogicità e irragionevolezza e non contraria a buona fede) con cui la stazione appaltante si riservava di non procedere alla

gara proprio nei casi in cui, a suo giudizio, il procedimento non consentisse di tutelare il pubblico interesse.

5.7. Nella fattispecie qui al vaglio, tale è stata correttamente considerata l'omissione della relazione illustrativa che la stazione appaltante avrebbe dovuto predisporre ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d.lgs. n. 179 del 2012, omissione che aveva costituito oggetto di censura da parte della S.A.P.I. nell'originario ricorso avverso l'esclusione dichiarato improcedibile dal T.a.r. per l'Abruzzo.

Il Collegio non ritiene condivisibile infatti la tesi prospettata dal primo giudice il quale, pur muovendo da premesse corrette circa le finalità della relazione con cui l'Amministrazione deve illustrare le ragioni della scelta di un particolare modello di gestione del servizio pubblico tra quelli disponibili, è poi pervenuto ad esiti non condivisibili sull'asserita valenza formale e non sostanziale dell'adempimento.

Tale impostazione è, infatti, smentita dal quadro normativo di riferimento: in particolare, l'articolo 3 bis, comma 1 bis, del D.L. 13 agosto 2011 n. 138 (introdotto dall'art. 34, comma 23, del d.l. n. 179 del 2012, successivamente modificato dall'art. 1, comma 609, lett. a) della Legge 23 dicembre 2014, n. 190) prevede che *“gli enti di governo... devono effettuare la relazione prescritta dall'art. 34, comma 20, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179... Nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi*

*di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio”.*

Nel contesto di sostanziale equiordinazione tra i vari modelli di gestione disponibili per la gestione dei servizi pubblici locali (mediante il ricorso al mercato, attraverso il c.d. partenariato pubblico- privato, tramite società mista, ovvero attraverso l'affidamento diretto *in house*), l'amministrazione è chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge: in definitiva, l'amministrazione è chiamata all'esercizio di poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli *“obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio”.*

Le ragioni di tale scelta sul modello di gestione del servizio devono essere compiutamente illustrate nella relazione illustrativa *ex art. 34*, essendo peraltro richiesto un onere motivazionale rafforzato e più incisivo solo nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto mediante *in house*: in ogni caso, quale che sia la scelta di gestione del servizio pubblico locale a rilevanza economica adottata dall'ente, si tratta di valutazioni che, riguardando l'organizzazione del servizio e la praticabilità di scelte alternative da parte del Comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso.

Vero è che, come afferma il primo giudice, né il provvedimento impugnato, né il presupposto parere avevano indicato quali forme alternative di gestione fossero concretamente praticabili e che anche la relazione illustrativa successivamente redatta altro non fa che confermare l'obbligatorietà della scelta del ricorso al mercato: tuttavia, l'argomento non consente di inferire la valenza solamente formale della detta relazione, degradandola a mero orpello procedimentale allorché la scelta dell'evidenza pubblica si configuri come opzione necessitata, in quanto anche in tal caso si tratta di valutazioni rimesse esclusivamente all'amministrazione, la quale dovrà in maniera congrua e adeguata motivare sull'assenza di alternative praticabili, non potendo ciò essere supplito da una valutazione con prognosi postuma effettuata dal giudicante.

5.8. Alla luce di tali considerazioni, non risulta dunque censurabile né illegittima la decisione della stazione appaltante la quale, rilevata la mancanza di un elemento essenziale nel procedimento decisionale e una lacuna che andava colmata, ha ritenuto preferibile procedere all'annullamento della gara in corso.

Tale operato resta immune dai profili di illegittimità dedotti dalla Diodoro Ecologia nel ricorso di prime cure: ed invero, l'invocata integrazione postuma della relazione che, secondo la prospettazione dell'appellata, avrebbe impedito l'annullamento della prima gara (dalla quale S.A.P.I. era stata

esclusa), è stata ritenuta dal Comune, nella comparazione dei contrapposti interessi coinvolti nella vicenda, soluzione recessiva a fronte di un contenzioso pendente (in cui era stato dedotto, tra gli altri, proprio il vizio in esame, con conseguente probabile annullamento degli atti di gara e soccombenza del Comune) e del non avanzato stato della procedura, ancora nella fase di apertura della documentazione amministrativa e rispetto alla quale non era intervenuta neanche una proposta di aggiudicazione, tale da escludere in capo alle concorrenti rimaste in gara il maturare di affidamenti tutelabili ai fini della ponderazione degli interessi pubblici e privati.

Si tratta di circostanze tutte compiutamente evidenziate nel provvedimento di annullamento impugnato, con cui il Comune ha correttamente ritenuto prevalente l'interesse pubblico generale, come sopra ricostruito, rispetto a quelli privati invocati dall'originaria ricorrente principale (e coincidenti in sostanza con un'asserita ma non dimostrata maggiore *chance* di aggiudicazione rispetto ad una selezione nella quale, nonostante l'esclusione della S.A.P.I., continuavano a concorrere altre due imprese).

5.8. Pertanto, deve rilevarsi come, alla stregua degli sviluppi procedimentali evidenziati, l'interesse vantato dalla Diodoro Ecologia non fosse dissimile da quello della S.A.P.I., coincidendo in entrambi i casi con quello a partecipare alla gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana indetta dal Comune. Va altresì osservato che detto interesse fosse in

entrambi i casi soddisfatto dalla decisione del Comune di procedere, previa predisposizione della relazione illustrativa sui modelli di gestione del servizio pubblico richiesta *ex lege* e approvazione del progetto esecutivo, all'avvio di una nuova gara ad oggetto e contenuto invariato, alla quale difatti le ricorrenti in primo grado presentavano domanda di partecipazione, venendovi entrambe ammesse.

E' vero infatti che, come afferma l'appellata, la nuova gara indetta nel gennaio 2018 era funzionalmente collegata con quella oggetto di impugnativa in primo grado, ma è anche vero che, in assenza di una distinta impugnativa, tale nuova gara impediva la prosecuzione degli effetti degli atti impugnati in primo grado, in quanto la sua indizione (immune per le ragioni dette dagli evidenziati profili di illegittimità) superava l'assetto sostanziale delineato dagli atti impugnati in primo grado, consentendo alle imprese ricorrenti, entrambe ammesse a concorrervi, l'ottenimento dell'utilità anelata (in sostanza, la partecipazione alla gara in vista dell'aggiudicazione e dell'affidamento della commessa).

5.9. Ai limitati fini che qui rilevano, giova anche evidenziare come il disposto annullamento dell'atto di autotutela inerente la prima gara (erroneo per le ragioni dette) avrebbe in ogni caso determinato il riespandersi dell'interesse della S.A.P.I., venuto meno per effetto dell'indizione della seconda, all'esame dei motivi di censura proposti avverso il provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti, riproposti con il quarto

motivo del ricorso incidentale, trattandosi di interesse che *“sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale”* ai sensi dell'articolo 42 Cod. proc. amm.

6. In conclusione, per le motivazioni esposte, l'appello della S.A.P.I. va accolto nei termini indicati, e per l'effetto deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale di prime cure proposto dalla Diodoro Ecologia.

7. Sussistono giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della vicenda e della complessità delle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso principale di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Angela Rotondano**

**IL PRESIDENTE**  
**Claudio Contessa**

IL SEGRETARIO