

Pubblicato il 31/08/2016

N. 03742/2016REG.PROV.COLL.
N. 01344/2016 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 numero di registro generale 1344 del 2016, proposto da:

Della Ecoservizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Pitaro C.F.
PTRGPP64B08L240J, con domicilio eletto presso Maurizio De Filippo in
Roma, via Filippo Corridoni, n. 25;

contro

Comune di Squillace, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Gianfrancesco Fidone C.F. FDNGFR71A24H501S,
con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, n. 55;
Sindaco del Comune di Squillace quale Funzionario del Governo non
costituito in giudizio;

nei confronti di

Sieco S.p.a. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE II, n.

93/2016, resa tra le parti, concernente revoca aggiudicazione appalto del servizio di raccolta rifiuti - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Squillace;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia su delega dell'avvocato Giuseppe Pitaro, Gianfrancesco Fidome.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Calabria Ecoservizi s.r.l., nella veste di aggiudicataria del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani con il sistema del "porta-a porta", per il Comune di Squillace invocava l'annullamento degli atti con i quali l'amministrazione comunale rivedeva l'ammontare del compenso a suo favore ed affidava in via diretta il servizio di gestione rifiuti alla ditta "Si.eco. spa". Inoltre, lamentava che non avrebbe risolto alcun contratto, ma avrebbe soltanto diffidato la P.A. a pagare il corrispettivo dovuto, in quanto impossibilitata ad espletare il servizio di gestione rifiuti in modo gratuito, sopportando costi esosi dovuti all'esclusiva responsabilità dell'Amministrazione Comunale, non in grado di consegnare l'isola ecologica. Con lo stesso atto l'originaria ricorrente proponeva domanda di risarcimento del danno, denunciando la responsabilità del Comune di Squillace per la mancata stipula del contratto, nonostante il decorso dei termini di legge previsti dall'art. 11 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Nonché, la responsabilità precontrattuale della stessa amministrazione comunale per aver tenuto comportamenti non rispettosi del canone di buona fede e correttezza ex art. 1337 c.c..

2. Il primo giudice, affermata la propria giurisdizione sul contenzioso *de quo*, riteneva insussistente il vizio di irrazionalità nell'impugnata Delibera di G.C. n. 63 del 17.7.2015, con cui, a seguito delle rimostranze della ricorrente rese con nota prot. n. 3623 del 16.7.2015, si statuiva di emanare apposito atto di indirizzo nei confronti del Responsabile del Settore tecnico, affinché valutasse tutte le componenti idonee ad incidere sulla determinazione del corrispettivo del servizio di gestione, dopo aver premesso che il Comune *“non risulta essere in condizione di consegnare l'isola ecologica e che pertanto i tre mesi di servizio: 01.06.2015- 31.08.2015, rappresentano un periodo transitorio nella gestione del servizio della raccolta differenziata con il sistema porta a porta, necessario affinché lo stesso possa andare a regime; Ritenuto che la mancata consegna dell'isola ecologica, così come le operazioni di pulizia e bonifica di micro-discariche effettuate dalla ditte in questione già nel primo mese di gestione del servizio, in quanto imprescindibili per l'avvio del servizio in questione, incidono inevitabilmente sul corrispettivo del servizio stesso così come determinato ai sensi dei richiamati art. 13 e 14 del Capitolato speciale di appalto”*.

Allo stesso tempo, il TAR riteneva la Ecoservizi s.r.l. fosse priva di interesse a ricorrere avverso l'ordinanza con la quale il servizio veniva affidato direttamente alla ditta “Si.eco. spa”. Ciò in quanto l'originaria ricorrente manifestava chiaramente la volontà di non proseguire l'esecuzione del servizio. Del pari, il primo giudice escludeva la possibilità di configurare un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione comunale. Da ultimo, il giudice di prime cure ravvisava la spettanza delle somme le spese documentate sostenute dalla “Ecoservizi s.r.l.” per l'attività effettivamente espletata nel periodo in cui aveva avuto luogo l'esecuzione anticipata del contratto, detratte le somme che il comune aveva versato direttamente ai dipendenti della ditta ricorrente, nonché ogni altra eventuale somma che il Comune avrebbe potuto aver già versato a titolo di corrispettivo, in relazione al periodo di anticipata esecuzione del contratto,

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, reputandola erronea per le seguenti ragioni: a) il TAR, accertato che l'amministrazione può non stipulare il contratto nel termine di sessanta giorni, salvo il risarcimento del danno, erroneamente non avrebbe, però, provveduto a condannare l'amministrazione a titolo di ristoro per equivalente; b) il TAR avrebbe errato nel non riscontrare la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione; c) avrebbe errato il TAR nel non ritenere dovuto il corrispettivo richiesto anche in ragione dell'illegittimità della mancata consegna dell'isola ecologica; d) il primo giudice avrebbe motivato in modo non condivisibile che l'appellante avrebbe subordinato l'espletamento del servizio alla corresponsione dei pagamenti; e) avrebbe errato il TAR nel ritenere privo di interesse l'originario ricorrente in ordine alla contestazione dei provvedimenti di affidamento in via diretta del servizio ad altra impresa, in assenza dei presupposti previsti dall'art. 191, d.lgs. 152/2006; f) del pari errata sarebbe la sentenza nella parte in cui non avrebbe determinato con esattezza l'ammontare delle somme spettanti all'appellante; g) infine il primo giudice avrebbe erroneamente disposto la compensazione delle spese di giudizio.

4. In data 1 marzo 2016 si costituisce in giudizio l'amministrazione comunale, che nelle successive difese contesta in modo puntuale le censure a sostegno dell'odierno gravame.

5. L'appello è infondato e non può essere accolto.

5.1. Quanto al primo motivo, deve rilevarsi che l'art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006, indica il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione per la stipula del contratto, ma il detto termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità. Infatti, le conseguenze che derivano in via diretta dall'inutile

decorso del detto termine sono: da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall'altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo (cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671). Pertanto, non è ravvisabile alcuna erroneità nell'ordito motivazionale della sentenza di prime cure, dal momento che il mancato rispetto del termine di sessanta giorni per la stipulazione negoziale non integra di per sé un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, spettando al presunto danneggiato dimostrare che il ritardo nella stipulazione sia manifestazione di una condotta antigiuridica dell'amministrazione lesiva del proprio legittimo affidamento. Né a diversa conclusione può giungersi in ragione del fatto che era stata disposta l'esecuzione in via d'urgenza del servizio. In una simile ipotesi normata sempre dal comma 9, dell'art.11, vigente *ratione temporis*, infatti, l'esecutore matura semplicemente il diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione, restando del tutto sganciata, perché dipendente da altro titolo giuridico, la richiesta di risarcimento del danno nel caso in cui all'esecuzione in via d'urgenza non segue la stipulazione negoziale. Quest'ultima, infatti, può non seguire se nel corso dell'esecuzione in via d'urgenza si palesino inadempienze contrattuali, che evidenzino l'incapacità dell'esecutore in via d'urgenza di rispettare le future condizioni contrattuali.

5.2. Con un secondo motivo l'appellante lamenta che il primo giudice avrebbe dovuto riscontrare la presenza di una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione comunale. È noto che la detta responsabilità ricorre nel caso in cui prima della stipulazione contrattuale il presunto danneggiante, violando il principio di correttezza e buona fede, leda il legittimo affidamento maturato da controparte nella conclusione del contratto. Nella fattispecie, non si ravvisano, però, gli elementi per ritenere

integrato il detto illecito. Infatti, come correttamente riscontrato dal giudice di prime cure, già l'art. 1 del capitolato speciale chiariva che l'isola ecologica era in corso di realizzazione, sicché non può ritenersi che sul punto la stazione appaltante abbia indotto in errore l'odierna appellante circa l'immediata disponibilità della stessa. Inoltre, nel corso dell'esecuzione anticipata del servizio il Comune di Squillace contestava ripetutamente all'odierna appellante inadempienze e disservizi nell'espletamento del servizio di raccolta dei rifiuti e di pulizia delle strade. Pertanto, non si ravvisa alcuna condotta antigiuridica in capo all'amministrazione, né la lesione di un affidamento incolpevole in capo all'odierno appellante.

5.3. Quanto alla terza doglianza, con la quale l'appellante lamenta che la mancata consegna dell'isola ecologica sarebbe illegittima e, pertanto, non potrebbe incidere sulla determinazione del corrispettivo dovuto dall'amministrazione comunale, deve evidenziarsi che l'odierna appellante era stata edotta già in sede di consegna anticipata dell'esecuzione del servizio della non operatività dell'isola ecologica, perché ancora in fase di ultimazione, sicché l'accettazione senza riserve della consegna del servizio da parte del legale rappresentante dell'appaltatore, esclude che quest'ultimo possa dolersi che la determinazione del corrispettivo venga operata sulla scorta di quelle stesse circostanze di fatto conosciute e accettate da entrambe le parti all'atto della consegna dello stesso.

5.4. Anche in ragione di quanto sopra precisato non risulta condivisibile la quarta doglianza, dal momento che il rifiuto dell'amministrazione comunale di effettuare i pagamenti richiesti dall'odierna appellante trova fondamento nella loro difformità rispetto alla disciplina contenuta nella *lex specialis*. Pertanto, il mancato pagamento delle somme richieste poggia sul principio *inadimplenti non est adimplendum*. Senza dimenticare, peraltro, che l'amministrazione comunale interveniva in surroga nel pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'appellante, sicché si limitava a non pagare

ulteriori somme, in attesa della loro corretta determinazione anche a fronte delle dette inadempienze.

5.5. Del pari infondata si rivela la quinta doglianza. Infatti, a seguito della mancata stipulazione del contratto per inadempienze addebitabili all'aggiudicataria nel corso dell'esecuzione anticipata del servizio, quest'ultima non ha interesse all'impugnazione della delibera di affidamento in via d'urgenza dello stesso ai sensi dell'art. 191, d.lgs. n. 152/2006, risultando provato in concreto che la stessa non è in grado di svolgere il servizio in questione, sicché non avrebbe alcuna possibilità di vederselo affidato.

5.6. Quanto alla doglianza con la quale l'appallante lamenta la mancata determinazione delle somme spettanti a suo favore, occorre rammentare che l'art. 34, comma 4 c.p.a. espressamente prevede che: *“In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine”*. Pertanto, il primo giudice ha fatto buon governo della citata regola processuale, ordinando all'amministrazione di sottoporre alla parte ricorrente una proposta di accordo sulla determinazione dell'indennizzo.

5.7. Quanto, infine, alla disciplina delle spese è noto che un'ipotesi espressamente prevista dal legislatore per la loro compensazione è quella della soccombenza reciproca, sicché anche l'ultima doglianza contenuta nell'odierno gravame è sprovvista di fondamento.

6. L'appello deve, quindi, essere respinto, nella particolare complessità in fatto ed in diritto delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese dell'odierno grado di giudizio.

P.Q.M.

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

lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016

con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Massimiliano Tarantino

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO