



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 309 del 2020, proposto da Società S.A.M. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Edoardo Maria Stecconi, Carlo Nunzio Sforza e Antonella Storoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Torre San Patrizio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Leonardo Pierdominici e Fabio Pierdominici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della Delibera di Consiglio comunale n. 13 del 17.04.2020, con cui si è disposto l'annullamento in autotutela della Deliberazione di Consiglio comunale n. 36 del 14.12.2018, e di ogni provvedimento presupposto, connesso e conseguente ad oggi non conosciuto dalla ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torre San Patrizio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2022 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La società SAM Srl è nata nell'anno 2005 su iniziativa del Comune come società mista pubblico-privata (a capitale prevalentemente pubblico, pari al 57%) in seguito al regolare svolgimento di una gara a doppio oggetto - di cui è risultata aggiudicataria l'ATI costituita da Senesi Srl, capogruppo mandataria, Ecoelpidiense Srl, mandante, e Pema Srl, mandante - con lo scopo di gestire servizi destinati a rispondere ad esigenze pubbliche di utilità sociale e di tutela ambientale e, in particolare, quello relativo alla gestione dei rifiuti così come implicati dal ciclo integrato stabilito dal d.lgs. n. 22/1997 nonché dall'art. 6 della legge regionale n. 28/1999 e loro successive modificazioni e così come indicati nello Statuto e nel bando di gara.

Alla SAM, in virtù di successivi contratti di servizi, competeva anche la realizzazione e la gestione di impianti tecnologici rientranti nel settore ecologico-ambientale, tra cui un impianto di compostaggio e un impianto di smaltimento e abbancamento dei rifiuti; a tali fini, il Comune individuava un'area appositamente destinata che è stata oggetto di esproprio, la quale è stata data in godimento alla ricorrente per il periodo di anni trenta come dotazione infrastrutturale per l'esecuzione dei servizi relativi alla gestione del ciclo integrato dei rifiuti alla stessa affidata.

Nel 2012 il Comune avviava le operazioni di vendita delle proprie quote societarie; nel 2016 la SAM otteneva l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) per un nuovo impianto di smaltimento ed abbancamento rifiuti, adiacente al precedente e già a suo tempo autorizzato; nel 2018 la stessa otteneva l'autorizzazione per

l'impianto di compostaggio sempre ivi presente.

1.1. Ciò premesso, con delibera di Consiglio comunale n. 36 del 14 dicembre 2018, è stato deciso di:

“addivenire alla stipula di un negozio di interpretazione autentica ed integrativo del richiamato contratto, con le modalità di cui all'allegato, ribadendo che:

- Gli oneri di costruzione, gestione, manutenzione ordinaria, straordinaria e programmata degli impianti oggetto del Contratto di servizio siano a totale esclusivo carico della Sam.*
- Che l'esercizio del diritto sull'area, di proprietà comunale, concessa in utilizzo esclusivo alla Sam, debba qualificarsi come un diritto di proprietà superficiaria a termine, ai sensi dell'art 952 c.c.*
- che alla scadenza della concessione il Comune proprietario ridiverrà proprietario, oltre che dell'area che ritornerà nella sua piena disponibilità, delle costruzioni su di essa esistenti*
- far coincidere i termini di scadenza con la completa bonifica e rispetto della normativa di ripristino ambientale della discarica”.*

Successivamente, con l'impugnata delibera di Consiglio comunale n. 13 del 14 aprile 2020, l'Ente locale - rilevate una serie di illegittimità riguardanti gli atti di affidamento a SAM dei servizi di cui sopra, per i quali ha chiesto e ottenuto l'anzidetta modifica contrattuale, i titoli sulla cui base la concessione delle aree per la coltivazione della discarica è avvenuta e l'autorizzazione provinciale all'ampliamento della discarica - ha annullato in via di autotutela la delibera di Consiglio comunale n. 36 del 14 dicembre 2018, al fine di evitare il perpetuarsi di illegittimità riscontrabili nella continuità della gestione da parte di SAM dei servizi oggetto di concessione, anche tenuto conto del fatto che SAM ha perso il requisito di società a capitale misto pubblico-privato.

2. Di qui il presente ricorso, affidato dalla ricorrente ai seguenti motivi:

- violazione per mancata applicazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, contestuale violazione dei principi del giusto procedimento ed eccesso di potere per

difetto di istruttoria, essendo stata ingiustificatamente omessa la comunicazione di avvio del procedimento, tanto più necessaria trattandosi di un atto di autotutela;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 ed eccesso di potere per sviamento, dal momento che il Comune, sebbene formalmente abbia rispettato il termine di diciotto mesi previsto dalla norma quale termine massimo per agire in autotutela, tuttavia ha basato le ragioni dell'annullamento su rilievi, contestazioni e profili di illegittimità ampiamente risalenti nel tempo e riferiti ad atti ben precedenti a quello annullato, tra i quali, addirittura, gli atti di affidamento a SAM del 2005. Evidente, dunque, sarebbe l'improprio utilizzo del potere di secondo grado per far valere pretese e posizioni eventualmente tutelabili in altre sedi giudiziarie, trattandosi di rapporti *iure privatorum*, nonché il difetto di motivazione in ordine alla ponderazione di tutti gli interessi coinvolti;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e irragionevolezza, assenza, difetto e contraddittorietà della motivazione, atteso che il provvedimento del Comune sarebbe basato su una ricostruzione dei fatti non corrispondente alla realtà, non sussistendo neppure i lamentati vizi che a dire dell'Amministrazione affliggerebbero gli atti di affidamento e i successivi contratti di servizi via via sottoscritti. Mancherebbe, inoltre, qualsiasi riferimento, nella motivazione dell'atto gravato, alle illegittimità proprie della delibera n. 36/2018, non potendo l'annullamento di essa basarsi su vizi di precedenti atti ormai non più sindacabili neppure con tale potere.

2.1. Si è costituito in giudizio, per resistere, il Comune di Torre San Patrizio.

2.3. Alla pubblica udienza del 9 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni che si vanno ad esporre.

3.1. In primo luogo, sicuramente fondato è il primo motivo, essendo pacifico che il

Comune ha omesso la comunicazione di avvio del procedimento, onere invece doveroso, soprattutto a fronte dell'esercizio del potere di autotutela - di natura discrezionale - tramite l'adozione di un provvedimento di annullamento di un atto amministrativo favorevole in precedenza rilasciato, come nel caso in esame.

Invero, "sebbene la regola in questione sia stata temperata nel suo rigore applicativo sia in sede normativa (cfr. l'art. 21 octies, comma 2, legge n. 241 del 1990) sia in sede giurisprudenziale (cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.07.2018, n. 4606), vi sono precedenti che hanno costantemente affermato la necessità della comunicazione di avvio del procedimento con riferimento ai procedimenti di autotutela decisoria.

Segnatamente, è stato di recente ribadito che "La previa comunicazione di avvio del procedimento imposta dall'art. 7 L. n. 241 del 1990 rappresenta un principio di carattere generale dell'azione amministrativa, diretto a garantire l'instaurazione di un contraddittorio procedimentale tra le parti interessate in relazione a tutti gli aspetti che assumeranno rilievo ai fini della decisione finale. Tale preavviso assume un sicuro maggiore spessore proprio nei casi in cui è riscontrabile l'esercizio del potere di autotutela tramite l'adozione di un provvedimento di annullamento di un atto amministrativo favorevole in precedenza rilasciato" (T.A.R. Campania Salerno, sezione II, sentenza n. 1117 del 2019)' (cfr., TAR Campania Napoli, Sezione VII, 4 aprile 2022, n. 2293; nello stesso senso, Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 marzo 2022, n. 2376).

Neppure sono state esplicitate ragioni di urgenza che hanno impedito il rispetto di tale onere procedimentale, le quali, qualora sussistenti, vanno comunque adeguatamente esposte nella motivazione dell'atto (*ex multis*, TAR Lazio Roma, sez. I, 21 marzo 2019, n. 3798).

Evidente, pertanto, è la violazione del principio del contraddittorio quale conseguenza di tale omissione, atteso che, per le ragioni che si andranno di seguito a evidenziare, la partecipazione dell'interessata avrebbe potuto incidere sull'assetto sostanziale definito con il provvedimento finale.

Né può condividersi l'assunto, volto a giustificare l'omessa comunicazione di avvio del procedimento, secondo cui la delibera impugnata abbia natura di atto vincolato, il cui contenuto sarebbe peraltro già stato conosciuto da SAM *aliunde* e, in particolare, dall'esposto del Comune all'Anac del 15 novembre 2019. Invero, già considerando la motivazione dell'atto gravato, con cui l'Amministrazione tenta di spiegare le ragioni che dovrebbero giustificare l'annullamento della precedente delibera, se ne deve escludere la natura vincolata; al contrario, esso è tipica espressione di un potere ampiamente discrezionale, dovendo esso essere basato su un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti. Quanto al secondo aspetto, ovvero la conoscenza dell'esposto all'Anac, quand'anche la circostanza fosse vera, ciò non toglie che la ricorrente non è stata messa nella condizione di partecipare al procedimento di secondo grado, laddove il suo apporto collaborativo avrebbe potuto influire sull'assetto finale dell'atto.

3.2. Fondato è anche il secondo motivo, giacché l'esercizio del potere di autotutela è stato esercitato dall'Amministrazione comunale per scopi ultronei rispetto alla mera eliminazione della delibera n. 36/2018, la quale non viene posta in discussione per vizi propri (che non vengono evidenziati), bensì per asserite illegittimità riferite all'affidamento del 2005, ai successivi contratti di servizi, all'AIA e ai provvedimenti autorizzatori provinciali, atti non più sindacabili né con poteri autoritativi né in sede di giurisdizione di legittimità.

Il fatto che la delibera di annullamento qui impugnata sia formalmente rispettosa del termine di diciotto mesi di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 non vale a legittimare l'esercizio del potere di secondo grado se, come nel caso in esame, le ragioni poste a base dell'annullamento riguardano atti e procedimenti pregressi, ormai consolidati, con il rischio di aggiramento dell'anzidetto termine procedimentale.

Nella motivazione della delibera n. 13/2020, invero, il Comune, dopo aver premesso la storia dei rapporti con SAM sin dall'anno 2005, menzionando i

contratti di servizi stipulati e la vendita delle quote di partecipazione comunale tra il 2012 e il 2015, che ha comportato la perdita, in capo a SAM, del requisito di società a capitale misto pubblico-privato, e dopo aver messo in discussione l'affidamento dei servizi, la perpetuazione della concessione degli stessi e i titoli autorizzatori rilasciati a SAM sulla cui base essa opera, ha poi individuato i motivi di illegittimità della delibera n. 36 del 2018 esclusivamente negli asseriti vizi di tali atti pregressi, avendo detto ultimo provvedimento perpetuato *“la descritta problematica sulla possibilità di affidamenti estranei in oggetto rispetto al bando originario e per periodi superiori rispetto a quanto previsto nell'originario bando di gara che fonda i rapporti tra Comune e società, senza nuova procedura ad evidenza pubblica, per di più nei confronti di società che ha perso nelle more i requisiti di società a capitale misto pubblico-privato”* (cfr., pagine 6-7 della delibera gravata).

Ciò si traduce, evidentemente, in un vizio della motivazione, atteso che il Comune non ha esposto alcuna ulteriore ragione, se non quelle connesse a presunte illegittimità di atti diversi, né ha provveduto alla ponderazione dei vari interessi che nel caso in esame vengono in rilievo, anche tenuto conto della situazione di fatto e di diritto esistente. A ben guardare, infatti, lo stesso tentativo dell'Amministrazione di giustificare l'annullamento attraverso il riferimento alla convenienza dell'interesse pubblico (pagine 7 e 8 della delibera impugnata) non è idoneo a soddisfare l'onere motivazionale imposto in questi casi, atteso che gli interessi economici e patrimoniali del Comune e la tutela della salute pubblica sono argomenti solo genericamente enunciati e denotano la sostanziale assenza di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti.

Giova, altresì, precisare, sempre a sottolineare il vizio motivazionale, che quanto affermato nella delibera n. 13/2020, secondo cui *“con la deliberazione n. 17 del 26.7.2016 il Consiglio comunale, stante la perfezionata dismissione delle quote di partecipazione in S.A.M., statui la mai smentita volontà di procedere alla vendita anche dell'area concessa alla società e interessata dalla discarica, deliberazione*

contraria in rerum natura alle successiva delibera 36/2018 di cui si discute”, pare non tenere conto del fatto che successivamente a detta delibera n. 17/2016 e, precisamente, con delibera di Consiglio comunale n. 12 del 14 maggio 2018, versata in atti dalla stessa Amministrazione comunale, quest’ultima approvava la proposta di SAM di aggiornamento della convenzione in essere avuto riguardo ai lavori relativi alla nuova discarica e alla costruzione dell’impianto di compostaggio nell’area di utilizzo come dotazione infrastrutturale, provvedimento che invece sembra porsi sulla stessa scia della delibera n. 36/2018.

3.3. Per i motivi che precedono, che rivestono carattere assorbente ed esimono il Collegio dall’esame del terzo e ultimo motivo, il ricorso va accolto e, per l’effetto, l’atto impugnato va annullato.

4. I profili peculiari della vicenda giustificano la compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla l’atto impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Tommaso Capitanio, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Simona De Mattia

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

N. 00309/2020 REG.RIC.

IL SEGRETARIO