

Publicato il 24/01/2020

N. 00608/2020REG.PROV.COLL.

N. 05813/2019 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 numero di registro generale 5813 del 2019, proposto da Sea Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvio Bozzi, Franco Gaetano Scoca e Ignazio Tranquilli, con domicilio digitale come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Franco Gaetano Scoca, in Roma, alla via Giovanni Paisiello, n. 55;

contro

Comune di Camaione, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Toscano, con domicilio digitale come registri di giustizia;

nei confronti

Comune di Viareggio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Masi, con domicilio digitale come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio Leonardo Masi Studio Grez & Associati, in Roma, al corso Vittorio Emanuele II, n. 18; Ersu S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dagli avvocati Francesco Paoletti e Elisa Vannucci Zauli, con domicilio digitale come registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Paoletti, in Roma, alla via Maresciallo Pilsudski, n. 118; Sea Risorse S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Frati, con domicilio digitale come da registri di giustizia;

Retiambiente S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione seconda, n. 832/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Camaiore, del Comune di Viareggio, di Ersu S.p.A. e di Sea Risorse S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Bozzi, Scoca, Tranquilli, Toscano, Frati e Paoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con contratto in data 6 marzo 2006, il Comune di Camaiore affidava alla Sea Ambiente s.p.a. (all'esito di apposita procedura evidenziale c.d. a doppio oggetto, preordinata alla contestuale selezione concorrenziale di *partner* privato da integrare nella compagine sociale, a prevalente capitale pubblico) il servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani e assimilati, all'uopo prefigurando (giusta l'art. 5 del contratto) modalità di remunerazione ad integrale carico dell'Amministrazione affidataria.

Venuto a scadenza, nel febbraio 2017, il rapporto con il socio privato, i Comuni di Camaiore e di Viareggio si attivavano, sul dichiarato e ribadito assunto del contestuale ed automatico esaurimento del pedissequo affidamento negoziale, ai fini

del conferimento delle proprie quote di partecipazione in Retiambiente s.p.a., *medio tempore* costituita (segnatamente in data 16 dicembre 2011) quale Gestore unico dall’Autorità d’ambito, in programmatica attuazione della normativa nazionale e regionale di settore (art. 200 d. lgs. n. 152/2006; art. 3 *bis* d.l. n. 138/2011; L.R. n. 69/2011); a tal fine, in data 28 luglio 2017, il Comune di Camaiore procedeva al conferimento delle partecipazioni azionarie già detenute in Sea Ambiente S.p.a..

Non essendo, tuttavia, il Gestore unico ancora operativo (solo successivamente, con delibera del 9 maggio 2019, sarebbe stata approvata la modifica statutaria con definitiva opzione per il modello della società *in house*, in luogo del modulo partenariale di primigenia elezione), il Comuni interessati (e, segnatamente, il Comune di Camaiore) avevano attivato modalità dichiaratamente “*transitorie*” di gestione del servizio rifiuti, nelle more della programmata implementazione delle modifiche societarie necessarie a strutturare meccanismi di “*controllo analogo*”.

A tal fine – valorizzando la previsione di cui all’art. 68 della L.R. n. 77/13, in virtù della quale “*per garantire la continuità del servizio nelle more dell’espletamento delle procedure di affidamento al gestore unico [...] il servizio [avrebbe potuto essere] espletato dai soggetti pubblici e privati esercenti, a qualsiasi titolo, l’attività di gestione operanti alla data del 31.12.2013, sino al subentro del gestore unico*” – con delibera consiliare n. 19 del 13 marzo 2017, il Comune disponeva la temporanea proroga del rapporto con Sea Ambiente S.p.A., “*fino al perfezionamento della gestione unitaria ovvero fino a quando [esso] Comune [avesse ritenuto] di procedere ad un nuovo affidamento tramite procedura ad evidenza pubblica*”. Essendo, peraltro, insorti, in prosieguo, contrasti in ordine alla gestione del prorogato rapporto – segnatamente contestandosi, dal lato dell’affidante, asserite insufficienze in ordine al predisposto piano economico finanziario, al mancato raggiungimento degli obiettivi programmati, alla eccessiva onerosità dei costi; per contro opinandosi *inter alia*, dal lato dell’affidataria, la perdurante e preclusiva vigenza dell’originario contratto, in tesi non esaurito – il Comune si risolveva ad

attivare, in data 28 dicembre 2017, un'indagine di mercato nei confronti delle società controllate da Retiambiente S.p.A., nella evidenziata prospettiva di addivenire, una volta maturate le relative condizioni, ad un affidamento *in house*.

Rimasta senza utile esito l'indagine (una alla sua appendice del 31 gennaio 2018, riscontrata dalla Sea Ambiente S.p.A. con non soddisfacente aggiornamento del piano economico), il Comune approvava, con deliberazione n. 282 del 29 agosto 2018, il nuovo Piano industriale, fissando per il servizio di gestione dei rifiuti nuovi obiettivi minimi e prospettici risparmi di spesa, in ordine ai quali si rinnovava e ravvivava il confronto con Sea Ambiente S.p.A.

Vana, tuttavia, la prospettiva di una convergenza sui prefigurati intenti programmatici, il Comune di Camaione:

a) “*da[va] atto*”, con delibera consiliare n. 68 del 19 dicembre 2018, che, alla data del 31 dicembre, dovesse considerarsi cessata la gestione del servizio da parte di Sea Ambiente, fatta salva la garanzia di continuità del servizio nelle more del passaggio di consegne al nuovo gestore, per l'affidamento al quale dettava apposite linee di indirizzo;

b) decideva (con delibera n. 434 del 21 dicembre 2018) di procedere – nella valorizzata cornice normativa di cui al rammentato art. 68 della L.R. 77/2013 – alla stipula di un contratto transitorio ed in via d'urgenza, “*tenuto conto dell'obbligo di ovviare senz'altro indugio ad un sistema gestionale che, non perseguendo gli obiettivi minimi prescritti, comporta[va] un evidente disservizio traducibile in maggior onere finanziario, minore tutela dell'ambiente e della salute pubblica, con generale danno a carico della comunità*”;

c) si rivolgeva, all'uopo, a Ersu S.p.a., di cui argomentava, per un verso, la diffusa, risalente, qualificata e conveniente operatività sul territorio e, per altro verso, la circostanza che la stessa rientrasse tra le società interamente partecipate da Retiambiente s.p.a. e, come tale, fosse suscettibile di prospettico ed utile

coinvolgimento operativo al maturare delle condizioni per il programmato affidamento *in house*.

In sostanza, nell'assunto del Comune, ragioni di urgenza (correlate alla mancata adesione di Sea Ambiente al nuovo Piano industriale) e temporaneità dell'affidamento (nelle more dell'attuazione dell'*in house*) avrebbero legittimato l'attivazione di procedura negoziata senza bando mediante trattativa diretta svolta con l'unico soggetto compatibile con il quadro normativo delineato dalla L.R. 77/2013 e dalle Linee Guida ATO, che richiedevano la prossimità territoriale del gestore scelto.

Per tal via – ricevuta l'offerta da Ersu s.p.a e riscontratane, con l'apporto ausiliario di qualificata società di ingegneria, la congruità – provvedeva all'affidamento con delibera n. 39 del 18 febbraio 2019 e, di conserva, alla stipula del pedissequo contratto, per la prevista durata di otto mesi (dal 1° maggio al 31 dicembre 2019), con successiva previsione di proroga fino al maggio 2020, fatto salvo il sopravvenire, nei ribaditi sensi, delle condizioni per il definitivo affidamento *in house*.

2.- Con ricorso dinanzi al TAR per la Toscana, integrato da successivi motivi aggiunti, Sea Ambiente S.p.a. impugnava il complesso delle riassunte determinazioni, dolendosi, per un verso, della asseritamente illegittima interruzione del rapporto contrattuale in essere (anche ai fini delle sottese rivendicazioni economiche, non disgiunte dalla pretesa alla restituzione dell'ingiustificato arricchimento conseguito) e, per altro verso, della insussistenza dei presupposti per l'affidamento anticoncorrenziale.

Nel rituale contraddittorio delle parti (interveniente *ad adiuvandum* anche il Comune di Viareggio), con la sentenza epigrafata il primo giudice respingeva il ricorso, da un lato declinando la propria giurisdizione sulla questione della scadenza del contratto e delle rivendicate poste economiche e, dall'altro, ritenendo infondate le censure di illegittimità svolte con riferimento alla procedura di affidamento diretto ad Ersu

S.p.A., per la quale riteneva sussistenti i presupposti per la procedura negoziata non preceduta da bando, di cui all'art. 63 del d.lgs. 50/2016.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Sea Ambiente S.p.A. insorge avverso la ridetta decisione, di cui assume, sotto plurimo rispetto critico, la complessiva erroneità, auspicandone l'integrale riforma.

Alla pubblica udienza del 24 ottobre 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con il primo motivo di gravame, l'appellante – sia pure limitatamente all'invocato accertamento della legittimità del recesso operato dal Comune di Camaione – lamenta l'erroneità della declaratoria di difetto di giurisdizione, che, a suo dire, sussisterebbe, per giunta in via esclusiva, alla luce dell'art. 133, comma 1, lettera *p*) cod. proc. amm., vertendosi in materia di “*gestione del ciclo di rifiuti*”.

2.1. - L'assunto è erroneo.

Vale, invero, osservare:

a) che, per comune intendimento, va qualificato come *appalto di servizi*, e non come *concessione di servizi*, il contratto di gestione dei rifiuti urbani che preveda (come nella specie) che l'attività svolta sia remunerata integralmente dall'amministrazione, di modo che non gravi sull'operatore economico il rischio d'impresa (Cass., SS.UU., 20 aprile 2017, n. 9965): cfr., infatti, in conformità alla vincolante indicazione di diritto eurocomune, artt. 3, comma 1 lettere *vv*) e *zz*) e 165 d. gs. n. 50/2016:

b) che, per tal via, le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (cfr. Cass., SS.UU., 21 maggio 2019, n. 13660);

c) che, del resto, la devoluzione (*ex art. 133, comma 1 lettera p*) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie attinenti all'attività di gestione

dei rifiuti, quand'anche posta in essere con comportamenti dell'Amministrazione o dei soggetti alla stessa equiparati, presuppone comunque che gli atti di gestione siano espressione dell'esercizio di un potere autoritativo, onde, quando in giudizio sia dedotto un rapporto obbligatorio avente la propria fonte in una pattuizione di tipo negoziale intesa a regolamentare gli aspetti meramente patrimoniali della gestione, la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass., SS.UU., 21 settembre 2018, n. 22428)

Ne discende, come correttamente ritenuto dal primo giudice, che tutte le contestazioni formulate in ordine alla interruzione, asseritamente abusiva, dei rapporti contrattuali pendenti *inter partes* (legittimata vuoi dall'inesatto adempimento delle prestazioni dovute, vuoi dalla intervenuta scadenza del contratto, vuoi dalla mancata rispondenza delle prestazioni rese agli obiettivi fissati) devono ritenersi sottratti, in quanto afferenti a posizioni di ordine paritetico, alla giurisdizione amministrativa.

Né la relativa questione avrebbe potuto essere apprezzata, come auspicato, *incidenter tantum*, in assenza di nesso di necessaria pregiudizialità logica o giuridica rispetto alla materia ritualmente devoluta alla cognizione del giudice amministrativo (cfr. art. 8 cod. proc. amm.).

2.2.- Non assume, in diverso senso, alcun rilievo, contrariamente all'avviso dell'appellante, la circostanza che il difetto di giurisdizione sia stato fatto oggetto di rilievo officioso, nella denunziata assenza della sollecitazione del contraddittorio delle parti sul punto, in tesi imposto dall'art. 73 cod. proc. amm., e ciò in quanto:

a) la regola in questione è preordinata (come la sua omologa di cui all'art. 101, comma 2 cod. proc. civ.) ad impedire una decisione c.d. a sorpresa (o della "terza via"), onde la stessa trova applicazione esclusivamente in relazioni alle "*questioni miste di fatto e di diritto*", con esclusione di quelle di mero diritto e, segnatamente, di natura meramente processuale, per definizione ed implicitamente ricomprese (come quelle

attinenti alla sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione) nel *thema decidendum* (cfr. Cass., sez. II, 12 settembre 2019, n. 22778; Id., sez. III, 22 febbraio 2016, n. 3432);

b) che, in ogni caso, dalla relativa omissione può derivare solo un *error in procedendo* (ovvero un *error in iudicando de jure procedendi*), che non legittima l'annullamento, in seconde cure, della decisione e l'auspicata rimessione degli atti al giudice di prime cure, ma solo la decisione della questione, se del caso – ed ove ne ricorrano le condizioni, nella specie insussistenti – previa rimessione in termini (cfr. Cass. sez. I, 8 giugno 2018, n. 15037, nonché, in fattispecie contermine, Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2079).

3.- Con il secondo motivo di gravame, la sentenza impugnata è oggetto di censura, nella parte in cui, validando l'operato dell'Amministrazione comunale intimata, ha ritenuto che ricorressero, nella fattispecie, due delle alternative (e, dunque, nella specie, concorrenti) ipotesi, previste dall'art. 63 del d. lgs. n. 50/2016 per il ricorso, in via eccezionale, all'affidamento diretto non preceduto da bando, vale a dire: *a)* l'assenza, per motivi di ordine tecnico, di adeguata concorrenza (comma 1, lett. *b)* n. 2); *b)* la ricorrenza di ragioni di “*estrema urgenza*”, derivanti da eventi “*imprevedibili*” ed incompatibili con l'ordinaria attivazione di procedura selettiva evidenziale.

Sul punto, l'appellante assume criticamente:

a) che la natura e tipologia del contratto (avente ad oggetto un ordinario e fungibile servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani, per un valore ampiamente superiore alla soglia comunitaria) escludesse per definizione, difettando diritti di esclusiva, la virtuale assenza di concorrenza;

b) che la perdurante vitalità del rapporto instaurato con la stessa Sea Ambiente S.p.a., inopinatamente dissolto dalla contestata opzione comunale, garantisse, semmai, la perdurante copertura del servizio, il che sarebbe senz'altro valso a legittimare, in vista del nuovo affidamento, la doverosa sollecitazione concorrenziale;

- c) che non avrebbe potuto valorizzarsi, ai fini dell'affidamento del servizio “*dinamico*” di raccolta dei rifiuti, la gestione – da parte di Ersu s.p.a. per conto del Consorzio Ambiente Versilia – di un impianto “*statico*” di mero smaltimento dei rifiuti indifferenziati nel limitrofo Comune di Massarosa, trattandosi di attività distinte e appartenenti a fasi diverse e sequenziali del ciclo di gestione dei rifiuti;
- d) che neppure avrebbe potuto avere rilievo l'appartenenza di Ersu s.p.a. a Retiambiente né, tampoco, l'essere ritenuta come “*la società più vicina al Comune da servire*”, per il fatto di operare nel territorio di Comuni limitrofi a Camaiore;
- e) che, soprattutto, non corrispondeva a verità l'assunto che Sea non avesse formulato alcuna offerta migliorativa, sotto il profilo tecnico-qualitativo ed economico (la quale, piuttosto – in tesi veicolata dal proposto aggiornamento del piano tecnico-finanziario – sussisteva ed era da riguardarsi perfino come migliorativa rispetto a quella di Ersu S.p.a.);
- f) che costituisse mera petizione di principio, inopinatamente avallata dal primo giudice, quella per cui l'arco temporale destinato al temporaneo affidamento, agganciato all'inesorabile clausola risolutiva espressa, fosse tanto breve da far ritenere altamente probabile che una eventuale gara sarebbe andata deserta;
- g) che non sussistesse, in definitiva ed in concreto, alcuna ragione di urgenza imprevedibile e non imputabile.

3.1. - Le censure non appaiono persuasive.

Importa premettere che l'art. 63 del d. lgs. n. 50/2016 autorizza, in presenza di “*ragioni di estrema urgenza*”, il ricorso a “*procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*”, a condizione che: a) l'urgenza derivi da “*eventi imprevedibili*” e “*in alcun caso imputabili*” alla amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto dei termini “*per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione*”; b) della relativa giustificazione sia dato conto “*con adeguata motivazione*”; c) l'affidamento sia disposto “*nella misura strettamente necessaria*”.

L'opzione riveste, all'evidenza, carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché, per condiviso intendimento, la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628).

Nel caso di specie, nondimeno, la scelta operata dal Comune appellato, secondo è dato evincere dalla complessiva disamina della documentazione versata agli atti del giudizio:

a) risulta motivata (con la delibera n. 68 del 19 dicembre 2018) in forza dell'”*obbligo di ovviare senz'altro indugio ad un sistema gestionale che, non perseguendo gli obiettivi minimi prescritti, comporta[va] un evidente disservizio traducibile in maggior onere finanziario, minore tutela dell'ambiente e della salute pubblica, con generale danno a carico della comunità*”;

b) trae concreto fondamento dalla necessità di assicurare, nelle more dell'affidamento al Gestore unico, la continuità del servizio di gestione dei rifiuti a condizioni conformi, sotto il profilo tecnico ed economico (avuto, in particolare, riguardo alle esigenze di massimizzazione della percentuale di raccolta differenziata), a quelle delineate con il nuovo piano industriale, rispetto alle quali condizioni il confronto con l'odierno appellante non aveva condotto (a dispetto delle osservazioni criticamente avanzate sul punto) ad esiti soddisfacenti;

c) si innesta su una situazione di obiettiva urgenza non imputabile, se non altro perché al gestore uscente era stato concesso ampio termine per predisporre un piano tecnico economico, per l'anno in corso, in linea con le previsioni del piano finanziario;

d) risulta rispettosa, in virtù del prefigurato automatismo risolutorio temporalmente ancorato a data certa, del breve termine necessario per procedere al definitivo affidamento (una volta portate a termine le attivate modifiche statutarie necessarie

ad implementare le condizioni per il controllo analogo sulla costituita società *in house* a totale partecipazione pubblica);

e) è stata preceduta da consultazione preliminare di mercato che aveva fatto *prima facie* emergere la concreta assenza di concorrenti potenzialmente (e prontamente) interessati all'affidamento, in presenza dello stringente vincolo temporale;

Deve, perciò, ritenersi – anche indipendentemente dalla sussistenza delle (concorrenti ed alternative) condizioni di cui all'art. 63, comma 2, lettera *b* numero 2 – la ricorrenza, nella specie, delle condizioni per un affidamento *urgente e temporaneo* ad operatore disponibile sul piano delle postulate condizioni tecniche e dotato delle necessarie qualificazioni tecniche.

4.- Con il terzo motivo di gravame, l'appellante lamenta l'assorbimento della questione – asseritamente cruciale – della insussistenza, all'attualità, delle condizioni per l'affidamento *in house* a Ersu S.p.A., in tesi oggetto di mero auspicio, idoneo al più a prefigurare una implausibile e prospettica validazione *a posteriori*, di un affidamento anticoncorrenziale per sé abusivo.

4.1. - Il motivo non è fondato.

In disparte il rilievo, di cui danno documentato conto le difese di parte appellata, che *lite pendente*, Retiambiente risulta aver completato il percorso, auspicato da ATO Toscana Costa, per la trasformazione in società *in house* in totale mano pubblica, mercé l'approvazione delle necessarie modifiche statutarie necessarie a garantire il controllo analogo da parte dei soci pubblici, ciò che conta (e che aveva correttamente indotto il primo giudice a ritenere assorbita la questione) è che la legittimità dell'affidamento diretto si correlava, nei sensi chiariti, proprio alla *dichiarata assenza* delle attuali condizioni dell'*in house*, oggetto di mera indicazione prospettica: donde l'irrilevanza (dovendosi la decisione amministrativa valutarsi alla luce delle condizioni esistenti al momento della sua adozione) della relativa

questione (se non sotto un profilo di eventuale elusione, peraltro smentito dalle considerazioni che precedono).

5.- In definitiva, l'appello merita di essere respinto.

Le peculiarità della fattispecie giustificano l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa, tra le parti costituite, le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO