

Publicato il 10/06/2019

N. 00844/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00266/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 266 del 2019, proposto da S.I.T. Società Igiene e Territorio S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Rotigliano e Federico Peres, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Peres in Verona, via Leoni, 4;

contro

Comune di Grosseto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Stolzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Masaccio, n. 183;

nei confronti

Sistema S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

della deliberazione di consiglio comunale n. 169 del 28 dicembre 2018, con la quale il Comune, dopo aver premesso che “*si ritiene di risolvere il Contratto Rep.*

185296, Racc. 60865, registrato a Grosseto il 04/06/2013, serie 1T”, sottoscritto con la odierna ricorrente, ha disposto “di affidare in via sperimentale per il periodo dal 01/01/2019 al 31/12/2019 alla Soc. SISTEMA s.r.l. (C.F. P.I. 01305350538), società in house a totale partecipazione pubblica del Comune di Grosseto, con sede in Grosseto (GR), Piazza Duomo 1, codice fiscale, partita IVA e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Grosseto 01305350538, della concessione per la gestione dell'impianto di depurazione del percolato ubicato entro il perimetro del SIR “le Strillaie” alle stesse condizioni contrattuali previste dal contratto Rep. 185296, salvo conguaglio a fronte del rendiconto effettivo delle spese sostenute da redigersi a consuntivo; al termine della fase sperimentale sarà verificato il costo del servizio con una rendicontazione trimestrale così da procedere con un affidamento pluriennale a partire dal 2020 con lo scopo di comprimere i costi mantenendo inalterato il servizio”;

della delibera di Giunta n. 485 del giorno prima (27/12/18) con la quale, invece, il Comune, anche in questo caso dopo avere premesso che “si ritiene di risolvere il Contratto Rep. 185296, Racc. 60865, registrato a Grosseto il 04/06/2013, serie 1T” ha disposto “di dare indirizzo e mandato al Dirigente del Settore PM SICUREZZA e Ambiente di porre in essere le attività e gli atti necessari: per la risoluzione del contratto rogitato dal Notaio Ciampolini Rep. 185296, Racc. 60865, registrato a Grosseto il 04/06/2013, serie 1T, veniva prorogata la concessione di cui al Contratto precedentemente descritto (Rep. 180336, Racc. 57428, registrato a Grosseto il 10 maggio 2010, al numero 4110, Mod. 1T) per venti anni; per l'affidamento, per il periodo dal 01/01/2019 al 31/12/201, alla Soc. SISTEMA s.r.l. (C.F. P.I. 01305350538), società in house a totale partecipazione pubblica del Comune di Grosseto, con sede in Grosseto (GR), Piazza Duomo 1, codice fiscale, partita IVA e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Grosseto 01305350538, della concessione per la gestione dell'impianto di depurazione del percolato ubicato entro il perimetro del SIR “Le Strillaie”; della determinazione n. 56 del 15 gennaio 2019, con la quale il dirigente del Servizio Ambiente del Comune ha stabilito “di affidare, in via sperimentale, alla Soc. SISTEMA s.r.l. (C.F. P.I. 01305350538), società in house a totale partecipazione pubblica del Comune di Grosseto, con sede in Grosseto (GR), Piazza

Duomo 1, codice fiscale, partita IVA e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Grosseto 01305350538, la concessione per la gestione dell'impianto di depurazione del percolato ubicato entro il perimetro del SIR "Le Strillaie" dal 01/01/2019 al 31/12/2019".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Grosseto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2019 il Consigliere Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società S.i.t., Società Igiene e Territorio S.p.A., ha impugnato i provvedimenti con i quali il Comune di Grosseto ha affidato in via sperimentale, per il periodo dal 1° gennaio 2019 al 31 dicembre 2019 e alla società Sistema s.r.l., società *inhouse* a totale partecipazione pubblica del Comune di Grosseto, la concessione per la gestione dell'impianto di depurazione del percolato ubicato entro il perimetro dell'impianto "*le Strillaie*" alle stesse condizioni contrattuali previste dal contratto Rep. 185296.

Nel ricorso si evidenzia che il Comune di Grosseto aveva stipulato, con l'ATI costituita tra S.I.T. S.p.A. e T.E.A. S.r.l., il contratto del 20 aprile 2010 di durata pari ad otto anni, avente ad oggetto la realizzazione, presso il sito "*le Strillaie*", di un impianto di depurazione del percolato.

Successivamente la stessa Amministrazione, avendo verificato la necessità di procedere al "*completamento*" di un modulo di scarica (mediante il c.d. "*capping*", ossia la copertura dei rifiuti conferiti) ha assegnato alla medesima ATI, tramite due ulteriori affidamenti, la realizzazione dei lavori come sopra citati.

Successivamente è stato stipulato l'atto aggiuntivo Rep. n.185296 del 4 giugno 2013 ove si prevedeva un nuovo investimento, nonché la proroga ventennale

dell'originario contratto del 20 aprile 2010 (con nuova decorrenza della concessione dal 1° gennaio 2014 e scadenza fissata al 2034).

Riferisce la ricorrente che il Comune di Grosseto, a partire dal 2015, ha evidenziato, in via pregiudiziale, l'insussistenza dei presupposti per l'affidamento diretto dei lavori di "capping" e, ancora, l'avvenuto smaltimento di percolato presso siti esterni senza autorizzazione del Comune, unitamente, all'erronea applicazione della tariffa di smaltimento.

Ritenendo nullo il contratto del 30 agosto 2012 e l'atto aggiuntivo (Rep. n. 185296) del 4 giugno 2013 (unitamente all'originario contratto Rep. n. 180336 del 20 aprile 2010) e, comunque, il venire in essere di profili di inadempimento, il Comune di Grosseto ha adito il Giudice civile (r.g. n. 354/18), per ottenere una pronuncia che accertasse la nullità o comunque l'avvenuta risoluzione dei sopra citati rapporti contrattuali.

Con la nota (prot. n. GE/2018/0180168) del 12 dicembre 2018 si è ribadito a S.I.T. di ritenere in ogni caso nulla la proroga ventennale disposta con l'atto aggiuntivo del 2013 e, conseguentemente, cessato il contratto originario, a decorrere dal 31 dicembre 2018.

E' stata così richiesta la riconsegna degli impianti, previa verifica in contraddittorio circa il relativo stato di consistenza.

Con le delibere n. 458/2018 e n. 169/2018, entrambe del 27 dicembre 2018 è stato infine espresso l'indirizzo di affidare la gestione del depuratore "in via transitoria" (dal 1° gennaio 2019 al 31 dicembre 2019), ed allo specifico fine di *"scongiurare la sospensione del servizio di trattamento del percolato che potrebbe produrre un danno ambientale"*, alla Società *in house* Sistema S.r.l..

La ricorrente, affidataria in regime di concessione del servizio di gestione dell'impianto di depurazione del percolato prodotto nella discarica comunale sita in località "le Strillaie", ha quindi proposto il presente ricorso, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti sopra citati con i quali il Comune ha affidato il servizio ad una propria società (Sistema S.r.l.).

In particolare la società ricorrente ha sostenuto l'esistenza dei seguenti vizi:

1. l'eccesso di potere per erroneità dei presupposti, contraddittorietà con precedenti provvedimenti, in quanto non si sarebbe verificata alcuna risoluzione per l'infruttuoso decorso del termine assegnato nelle diffide ex art. 1454 c.c.;
2. l'eccesso di potere per erroneità dei presupposti e la contraddittorietà con precedenti provvedimenti, in quanto sarebbe erronea l'ulteriore motivazione che fonda la nullità del contratto con l'esistenza di un contrasto per quanto concerne la durata effettiva della concessione;
3. la violazione dell'art. 192 d.lgs. n. 50/16 e dell'art. 3 l. n. 241/90, oltre al venire in essere di un difetto di istruttoria, in quanto il Comune di Grosseto non avrebbe effettuato alcuna valutazione di "*congruità economica dell'offerta dei soggetti in house*", come richiesto dalla disposizione sopra citata; la motivazione sarebbe comunque insufficiente, perché non si sarebbe spiegato in cosa consista il "risparmio" e nemmeno sarebbero stati indicati gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*;
3. la violazione dell'art. 192 del d.lgs. n. 50/16, dell'art. 3 della L. n. 241/90 e il venire in essere di un difetto di istruttoria, in quanto l'Amministrazione avrebbe affidato il servizio alla propria società *in house*, senza verificare "*la congruità economica dell'offerta dei soggetti in house*"; la motivazione sarebbe erronea in quanto risulta che l'affidamento viene fatto "*alle stesse condizioni contrattuali previste dal contratto Rep. 185296, Racc. 60865 salvo conguaglio a fronte del rendiconto effettivo delle spese sostenute da redigersi a consuntivo*";
4. l'eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica e per violazione dell'art. 158 d.lgs. n. 163/06 e dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/90, in quanto il Comune di Grosseto, con gli atti impugnati, avrebbe in realtà adottato dei provvedimenti di revoca della concessione in violazione delle disposizioni sopra citate.

Nel giudizio così proposto si è costituito il Comune di Grosseto, eccependo in primo luogo il difetto di giurisdizione di questo Tribunale in luogo del Giudice ordinario territorialmente competente, in quanto il ricorso

contesterebbe la pretesa del Comune di ritenere inefficace il contratto con S.I.T., fattispecie quest'ultima riconducibile all'esercizio di diritti soggettivi e alla fase di esecuzione dello stesso contratto.

Sempre il Comune di Grosseto ha eccepito il venire in essere di un difetto di interesse, in quanto risulta pendente un giudizio civile nell'ambito del quale si verificherà il venir meno dell'efficacia dei contratti di affidamento del servizio di gestione.

Nel merito si sono contestate le argomentazioni proposte, chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza dell'8 maggio 2019, uditi i procuratori delle parti costituite in giudizio, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo è necessario evidenziare come sussista la giurisdizione di questo Tribunale.

1.1 A tal fine è necessario precisare come il presente ricorso abbia dal oggetto (tra l'altro) la richiesta di annullamento di due provvedimenti e, in particolare, la delibera del Consiglio Comunale n. 169 del 28 dicembre 2018 e la delibera di Giunta n. 485 del 27 dicembre 2018.

1.2 Con il primo provvedimento il Comune di Grosseto, dopo aver premesso che *“si ritiene di risolvere il Contratto Rep. 185296, Racc. 60865, registrato a Grosseto il 04/06/2013, serie 1T”*, ha disposto di affidare in via sperimentale il servizio di gestione dell'impianto di cui si tratta e per il periodo dal 1° dicembre 2019 al 31 dicembre 2019 alla società Sistema s.r.l., *“alle stesse condizioni contrattuali previste dal contratto Rep. 185296”*.

1.3 Mediante la delibera di Giunta n. 485 del 27 dicembre 2018 il Comune, anche in questo caso dopo avere premesso che *“si ritiene di risolvere il Contratto Rep. 185296”* ha disposto *“di dare indirizzo e mandato al Dirigente del Settore PM SICUREZZA e Ambiente “di porre in essere le attività e gli atti necessari: per la risoluzione del contratto rogato dal Notaio Ciampolini Rep. 185296, Racc. 60865....; per l'affidamento per il periodo dal 01/01/2019 al 31/12/2019 alla società Sistema*

Srl..., società in house a totale partecipazione pubblica del Comune di Grosseto... della concessione per la gestione dell'impianto di depurazione del percolato ubicato entro il perimetro del SIR "Le Strillaie"

1.4 Dai motivi del ricorso e dalle domande in esse contenute è possibile evincere come la Società ricorrente non ha chiesto a questo Tribunale pronunce costitutive o dichiarative di rapporti negoziali, limitandosi a sostenere l'illegittimità dell'affidamento *inhouse* del servizio.

1.5 E' allora evidente che i provvedimenti impugnati hanno ad oggetto, esclusivamente, l'affidamento diretto a Sistema S.r.l., sulla base di un presupposto (che la ricorrente ritiene erroneo) da individuare nell'intervenuta risoluzione del contratto, verificatosi a seguito dell'infruttuoso decorso del termine assegnato con alcune diffide ad adempiere.

1.6 A tal proposito va ricordato che l'art. 8 c.p.a. ("cognizione incidentale e questioni pregiudiziali") prevede che *"il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale"*.

1.7 Si consideri, peraltro, che secondo un costante orientamento giurisprudenziale l'art. 133, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 104/2010 ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo *"ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, fatte salve però quelle aventi ad oggetto indennità, canoni o altri corrispettivi"*. Risulta peraltro incontrovertito il principio per cui le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi che rientrano nella giurisdizione del Giudice Ordinario, ai sensi della disciplina sopra richiamata, sono unicamente quelle con un contenuto meramente patrimoniale che derivano dall'attuazione del rapporto instauratosi tra il privato e la pubblica amministrazione e nelle quali non entra in gioco alcun potere autoritativo di quest'ultima a tutela di interessi generali; ove, invece, la controversia coinvolga l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altro corrispettivo, ovvero investa l'esercizio di poteri discrezionali - valutativi nella determinazione del canone che incidono

sull'economia dell'intero rapporto concessorio, e non semplicemente la verifica dei presupposti fattuali dello stesso e la quantificazione delle somme, allora va riconosciuta la sussistenza della giurisdizione del Giudice Amministrativo (Cons. Stato Sez. V Sent., 22/01/2015, n. 247 e Cons. Stato Sez. V Sent., 06/07/2012, n. 3963; Cons. Stato Sez. III Sent., 23/05/2013, n. 2795”).

1.8 Altrettanto infondata è l'eccezione di difetto di interesse, in quanto è evidente che l'annullamento dei provvedimenti di affidamento diretto ora contestati avrebbero la conseguenza di obbligare l'amministrazione a rivedere le proprie determinazioni in precedenza assunte sull'affidamento *in house*, valutando la possibilità di esperire una procedura ad evidenza pubblica alla quale la ricorrente potrebbe prendere parte e, ciò, fermo restando gli effetti conseguenti al giudizio civile relativo all'accertamento della nullità dei contratti relativi al servizio di cui si tratta.

1.9 Ciò premesso per quanto attiene la giurisdizione di questo Tribunale, e più in generale l'infondatezza delle eccezioni preliminari, è possibile esaminare nel merito il ricorso, anticipando sin d'ora come sia fondato il primo e il terzo motivo.

2. Con il primo motivo la ricorrente contesta l'argomentazione contenuta nei provvedimenti impugnati, laddove il Comune di Grosseto ritiene che il contratto si sia risolto per l'infruttuoso decorso del termine assegnato nelle note citate nelle premesse delle delibere ora impugnate.

2.1 In realtà le note del Comune non contengono alcuna intimazione ad adempiere, ma solo la richiesta di “chiarimenti” (si veda la nota prot. n. 91484 del 13/07/17 n. 76 e n. 96123 del 24/7/17) in merito alle risultanze del monitoraggio ambientale e, ancora, la comunicazione della volontà del Comune di non pagare alcune fatture emesse dalla ricorrente a titolo di oneri legati allo smaltimento del percolato all'esterno (nota prot. n. 31933 del 10/3/17 n. 78 e nota prot. n. 114448 del 5/9/17).

2.2 Si consideri, peraltro, che gli artt. 20 e 23 del contratto rep. 185296 disciplinano la procedura da osservarsi nell'evenienza di “gravi contestazioni”,

procedura quest'ultima che non è stata seguita dal Comune di Grosseto.

2.3 Ne consegue come risulti erronea la circostanza dedotta nelle delibere impugnate, considerando che l'Amministrazione comunale non ha osservato tale procedura, non essendo decorso alcun termine per le diffide di cui all'art. 1454 c.c., perché nessun termine è mai stato assegnato al riguardo con le note citate.

2.4 Altrettanto erronea è la motivazione contenuta nei provvedimenti impugnati laddove si è disposto l'affidamento diretto del servizio nei confronti della società Sistema S.r.l. in applicazione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/16.

2.5 Detta disposizione impegna le Amministrazioni che intendono procedere ad un affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, ad effettuare “*preventivamente*” la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei 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 riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*”.

2.6 L'art. 192 contiene, pertanto, “*un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche*”. Ciò a testimonianza di una linea di tendenza dell'ordinamento che, pur ammettendo quale forma di gestione dei servizi pubblici l'affidamento diretto alla società *in house*, richiede la dimostrazione che tale scelta, preferita rispetto a quelle del ricorso al mercato, sia supportata da ragioni di convenienza sotto il profilo dei benefici per la collettività (T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 03/10/2016, n. 1781)”.

2.7 Nulla di tutto ciò è presente nei provvedimenti impugnati in quanto l'affidamento *in house* è stato disposto sulla base delle inadempienze asseritamente contestate e sul verificarsi di ipotesi di risoluzione e di nullità

del contratto ancora oggetto del sindacato del Giudice ordinario, senza alcuna istruttoria diretta a verificare “*la congruità economica dell’offerta dei soggetti in house*”.

2.8 E’ evidente che non può essere considerata sufficiente l’affermazione contenuta nei provvedimenti impugnati, in base alla quale “*l’affidamento della gestione dell’impianto di depurazione del percolato alla Soc. Sistema ai sensi dell’art. 192 del D.lgs. 50/2016 comporta un notevole risparmio per l’Ente e per la collettività*”.

2.9 Detta affermazione, in assenza di una puntuale dimostrazione, si traduce in una formula apodittica e di mero stile, inidonea a consentire di esaurire il percorso motivazionale e di verifica dei presupposti di cui all’art. 192 alla quale il Comune di Grosseto era tenuto.

3. Nemmeno può essere accolta la richiesta di sospensione del presente ricorso, in attesa che la Corte di Giustizia dell’Unione Europea si sia pronunciata sulla compatibilità con la normativa comunitaria dell’art. 192 nella parte in cui detta disposizione subordina gli affidamenti *inhouse* a condizioni aggravate e motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento (si veda Consiglio di Stato Sez. III, n. 296/2019).

3. Nel caso di specie, non solo vi è stata la violazione di una disposizione ancora pienamente vigente, ma l’Amministrazione non ha compiutamente dimostrato nei provvedimenti impugnati l’esistenza di ragioni ulteriori suscettibili di impedire lo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica e, ciò, nell’ambito di una disciplina che ritiene che l’affidamento diretto costituisca comunque un’eccezione rispetto all’applicazione del regime della concorrenza di cui alle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

3.1 In conclusione l’accoglimento delle sopracitate censure consente di assorbire le ulteriori deduzioni proposte.

3.2 Il ricorso è fondato e di conseguenza vanno annullati i provvedimenti in epigrafe indicati nei limiti di cui alla parte motiva.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui alla parte motiva e annulla i provvedimenti in epigrafe citati.

Condanna il Comune di Grosseto al pagamento delle spese di lite che liquida in euro 3.000,00 (tremila//00) oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ricchiuto

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO