



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 il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 23 del 2012, proposto da:

Idealservice Soc. Coop., rappresentato e difeso dagli avv. Roberta Sara Paviotti, Roberto Paviotti, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune di Lignano Sabbiadoro, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Longo, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

nei confronti di

Acegas Aps S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Marzola, Alessia Casali, con domicilio eletto presso Acegas-Aps Spa Ufficio Affari Legali in Trieste, via del Teatro 5;

per l'annullamento

-della determinazione n. 1528 del 23 dicembre 2011, comunicata a Idealservice il giorno 28 dicembre 2011, con la quale il Capo settore U.O. Ambiente e Territorio del Comune di Lignano Sabbiadoro ha deliberato di procedere:

-all'annullamento d'ufficio della precedente sua determinazione n. 1380 del 6 dicembre 2011 di aggiudicazione definitiva a Idealservice dell'appalto del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani derivanti dalla raccolta sul territorio del Comune di Lignano Sabbiadoro per il biennio 2012 — 2013, in quanto ritenuta soggetto incontrante il divieto di partecipazione alla gara di cui all'articolo 4, comma 33, del D.L. 13 agosto 2011 n. 138;

- all'aggiudicazione dell'appalto a favore della seconda in graduatoria ACEGAS APS S.p.A. di Trieste;

- del Bando e del Capitolato di gara nella parte in cui hanno omesso di imporre che l'impianto di smaltimento da utilizzarsi dovesse essere situato all'interno della Provincia di Udine

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lignano Sabbiadoro e di Acegas Aps S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2012 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Il ricorso afferisce le risultanze della gara bandita dal Comune di Lignano per l'affidamento - con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso - dell'appalto del servizio di smaltimento e/o recupero dei rifiuti solidi urbani derivanti dalla raccolta sul territorio comunale per il biennio 2012- 2013.

Il bando precisava che l'appalto sarebbe stato "finanziato con fondi propri di bilancio dell'Amministrazione comunale" e il Capitolato Speciale d'Appalto chiariva che non solo il servizio di raccolta, ma anche quello di trasporto dei rifiuti all'impianto di smaltimento dell'aggiudicatario della gara, sarebbe stato effettuato da ditte appositamente incaricate dal Comune, senza invece porre limiti territoriali alla dislocazione dell'impianto di smaltimento da utilizzarsi da parte dei concorrenti.

La ricorrente è stata dichiarata aggiudicataria definitiva dell'appalto con la determinazione n. 1380 del 6 dicembre 2011, nell'ultimo capoverso della quale è stato dato atto che l'importo di € 385.000,00, residuo sulla prenotazione pluriennale di impegno di spesa di € 3.080.000,00 assunta con la sopra richiamata determinazione a contrarre, rappresentava economia di spesa per il bilancio 2011-2013.

Successivamente la seconda classificata ACEGAS (come comunicato dal Comune ad Idealservice in data 16 dicembre 2011), con nota

acquisita al protocollo comunale n. 50984 del 15 dicembre 2011, ha presentato informativa d'intento di proporre ricorso giurisdizionale, adducendo che l'aggiudicataria Idealservice gestiva servizi pubblici locali affidatili in virtù di procedure non ad evidenza pubblica e che, per questo, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ai sensi della previsione di cui all'articolo 4, comma 33, del D.L. 13 agosto 2011 n. 138.

Il Comune di Lignano, dopo aver verificato con il Comune di Grado, che Idealservice era titolare di appalto che appariva affidatole con procedura non ad evidenza pubblica (in quanto disciplinato con un contratto in proroga stipulato con tale Comune in data 28 settembre 2010 e in scadenza il 31 dicembre 2011), ha ritenuto che, in conseguenza di ciò, essa incontrasse il sopra richiamato divieto di acquisire, anche tramite gara, ulteriori servizi pubblici locali e pertanto, con l'impugnata determinazione n. 1528 del 23 dicembre 2011, ha auto-annullato l'aggiudicazione disposta in favore di Idealservice e ha dichiarato aggiudicataria della gara la seconda classificata ACEGAS APS.

Il ricorso deduce i seguenti motivi :

I. Violazione di legge - errata applicazione dell'art. 4, comma 33, del D.L. 13 agosto 2011 n. 138 essendo stato posto a gara un appalto di servizi e non un servizio pubblico locale.

Si sostiene che il Comune di Lignano Sabbiadoro non avrebbe posto a gara l'affidamento dell'appalto dei servizi (congiunti) di raccolta,

trasporto e smaltimento dei rifiuti prodotti sul proprio territorio - in tal caso certamente "servizi pubblici locali" in quanto a diretto vantaggio e a carico economico dei cittadini, chiamati a sostenerne i costi con il pagamento della tassa sui rifiuti - ma il solo servizio di smaltimento dei rifiuti stessi, già raccolti da un'altra ditta e che verranno dalla medesima trasportati fino all'impianto di smaltimento dell'aggiudicataria della gara (ovunque quest'ultima lo indichi).

Tale servizio verrà quindi svolto non in Lignano e andrà a beneficio solo indiretto e mediato dei cittadini lignanesi, in quanto si colloca a valle dello svolgimento dei servizi direttamente incidenti sulla vita dei medesimi cittadini di asporto/rimozione dei rifiuti e di loro trasferimento fuori da Lignano, e non andrà a carico economico dei cittadini, avendolo l'Amministrazione comunale espressamente previsto come "finanziato con fondi propri di bilancio dell'Amministrazione comunale", tanto da aver prenotato per esso un apposito impegno di spesa per € 3.080.000,00.

Se ne conclude quindi che il servizio oggetto della gara non sarebbe qualificabile quale servizio pubblico locale e costituirebbe attività rimessa alle libere dinamiche di mercato e non assoggettata alla disciplina dettata dall'articolo 4 D.L. 138/2011, la quale è - pacificamente - applicabile solo ai servizi pubblici locali.

Né per far recuperare all'appalto di servizi in argomento la sua attinenza al più generale campo dei servizi pubblici locali potrebbe bastare l'evidenziazione che si rientrerebbe pur sempre all' interno

del concetto di "ciclo integrato dei rifiuti", data la scelta comunale di rendere autonomo da tale ciclo il solo servizio di smaltimento, di sostenerne i costi senza caricarli direttamente sui cittadini e di disciplinarlo affidandone all'esterno la prestazione all'esito di una gara.

II). Violazione di legge - errata applicazione dell'art. 4, comma 33, del D.L. 13 agosto 2011 n. 138

Pur nella denegata ipotesi che il servizio de quo si ritenga costituire servizio pubblico locale, si sostiene che ricorrevano comunque i presupposti per l'applicazione dell'eccezione a tale divieto posta nell'ultima parte dello stesso comma 33, nel testo vigente all'epoca di pubblicazione della gara:

"I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica avente ad oggetto i servizi da essi forniti",

Il Comune, avrebbe invece fatto riferimento al del tutto diverso testo del comma 33 dell'articolo 4 derivante dalla modifica introdotta dalla legge n. 183 del 14 novembre 2011, che ha totalmente modificato la sopra richiamata eccezione al divieto di partecipare alle gare, ma che non sarebbe applicabile alla procedura concorsuale in esame, che è stata bandita in data 15 settembre 2011 ed ha previsto come termine per il ricevimento delle offerte quello dell' 11 novembre 2011, e cioè

tre giorni prima dell'introduzione delle modifiche legislative sopra riportate.

La ricorrente si appella all'interpretazione giurisprudenziale della normativa de quo, sviluppatasi in relazione alla precedente analoga disposizione contenuta nell'art. 23 bis comma 9 del DL. 112/2008 (abrogato dal referendum), riportando ampi stralci della sentenza n. 217/2011 del TAR Lazio Latina, che si concludeva sostanzialmente con l'affermazione che l'art. 23 bis comma 9 consente all'affidatario diretto di partecipare ad una procedura competitiva purché si tratti delle prime gare, indette da qualsiasi amministrazione, ovunque sul territorio nazionale.

III) Violazione di legge: articolo 18 della Legge Regionale 7 settembre 1987 n. 30; Decreto del Presidente della Regione n. 044/Pres del 19 febbraio 2001 di approvazione delle Norme di Attuazione del Piano Regionale di gestione dei rifiuti: nullità della lex specialis nella parte in cui non ha previsto come requisito di partecipazione la disponibilità di un impianto di smaltimento/recupero sito in provincia di Udine e del provvedimento di aggiudicazione della gara ad ACEGAS, illegittimo perché consentirebbe il trasporto dei rifiuti fuori provincia.

In via di ulteriore subordine, ed in considerazione dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara, viene censurata la carenza nella legge di gara della prescrizione, a titolo di requisito di partecipazione alla gara, della disponibilità di un impianto di smaltimento/recupero

sito in provincia di Udine e la conseguente illegittimità del provvedimento di riaggiudicazione dell'appalto alla ACEGAS, per effetto della quale verrebbe illegittimamente consentito che rifiuti prodotti in provincia di Udine siano portati fuori Provincia.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Lignano Sabbiadoro e la controinteressata Acegas APS SpA, controdeducendo per il rigetto del ricorso.

Il Collegio osserva che l'asserita non ascrivibilità del servizio di smaltimento dei rifiuti urbani all'ambito dei servizi pubblici locali viene sostanzialmente sviluppata sulla base di due argomentazioni, peraltro consequenziali.

La prima è che il rapporto contrattuale intercorrerebbe tra soggetto affidatario e Amministrazione appaltante, senza coinvolgere la collettività di riferimento; la seconda è che la remunerazione del servizio graverebbe totalmente sull'Amministrazione comunale.

Secondo parte ricorrente, pertanto, il "servizio pubblico locale" costituito dalla gestione del ciclo dei rifiuti solidi urbani comprenderebbe, o meno, la specifica fase di smaltimento, secondo che l'Ente che opera in privativa lo affidi con un unico appalto ovvero con diverse modalità.

Il Collegio ritiene che tale argomentazione sia priva di supporto normativo.

La Parte IV del D.Lgs. 152/2006 si intitola "Gestione dei rifiuti", termine che (cfr. la lett. n) dell'art. 183) comprende " ... la raccolta, il

trasporto, il recupero e lo smaltimento dei rifiuti compresi il controllo di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento, nonché le operazioni effettuate in qualità di commerciante o intermediario ... ". Ed, ancora, l'art. 182 afferma: "Lo smaltimento dei rifiuti è effettuato in condizioni di sicurezza e costituisce la fase residuale della gestione dei rifiuti, previa verifica, da parte della competente autorità, della impossibilità tecnica ed economica di esperire le operazioni di recupero di cui all'articolo 181".

L'art. 179 dello stesso D.Lgs. 152/2006 prevede anche un'apposita "gerarchia" nella gestione dei rifiuti e così stabilisce:

“..1 .. La gestione dei rifiuti avviene nel rispetto della seguente gerarchia:

- a) prevenzione;
- b) preparazione per il riutilizzo;
- c) riciclaggio;
- d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia;
- e) smaltimento.

2. La gerarchia stabilisce, in generale, un ordine di priorità di ciò che costituisce la migliore opzione ambientale. Nel rispetto della gerarchia di cui al comma 1, devono essere adottate le misure volte a incoraggiare le opzioni che garantiscono, nel rispetto degli articoli 177, commi 1 e 4, e 178, il miglior risultato complessivo, tenendo conto degli impatti sanitari, sociali ed economici, ivi compresa la

fattibilità tecnica e la praticabilità economica.

3. Con riferimento a singoli flussi di rifiuti è consentito discostarsi, in via eccezionale, dall'ordine di priorità di cui al comma 1 qualora ciò sia giustificato, nel rispetto del principio di precauzione e sostenibilità, in base ad una specifica analisi degli impatti complessivi della produzione e della gestione di tali rifiuti sia sotto il profilo ambientale e sanitario, in termini di ciclo di vita, che sotto il profilo sociale ed economico, ivi compresi la fattibilità tecnica e la protezione delle risorse...”

Infine, il comma 2 dell' art. 177 stabilisce che " ... La gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse ... ", mentre il comma 7 del medesimo articolo dispone che "Le regioni e le province autonome adeguano i rispettivi ordinamenti alle disposizioni di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema contenute nella parte quarta del presente decreto entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente disposizione".

Se ne deve concludere che, sotto il profilo generale della normativa, l'attività di gestione dei rifiuti urbani costituisce un unicum, ricompreso fra le attività di pubblico interesse, non scindibile per il fatto che venga svolto in proprio, ovvero affidato a terzi, in un solo blocco, o in più blocchi, qualora tale ultima opzione sia ritenuta la migliore sotto il profilo "sociale ed economico".

Quanto all'individuazione di colui al quale compete tale decisione, l'art. 198 del D.Lgs. 152/2006 dispone che "I comuni concorrono,

nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati. Sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'articolo 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000. n. 267".

Quindi i Comuni sono delegati alla gestione dei rifiuti solidi urbani, intesi in particolare come (comma 2, art. 184) "i rifiuti domestici, anche ingombranti, provenienti da locali e luoghi adibiti ad uso di civile abitazione", il cui onere ricade sui cittadini, in virtù dell'art. 238, D.Lgs. 152/2006. Questo, infatti, stabilisce che "Chiunque posseda o detenga a qualsiasi titolo locali, o aree scoperte ad uso privato o pubblico non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale, che producano rifiuti urbani, è tenuto al pagamento di una tariffa. La tariffa costituisce il corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e ricomprende anche i costi indicati dall'articolo 15 del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36. La tariffa di cui all'articolo 49 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, è soppressa a decorrere dall'entrata in vigore del presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 11". Il comma 11 stabilisce che, in attesa di norme

regolamentari, continua ad applicarsi la TARSU.

Va da sé, Quindi, che il costo dello smaltimento dei rifiuti urbani ricade direttamente in capo ai cittadini produttori, essendo il Comune, per espressa previsione di legge, il gestore, per loro conto. di tali rifiuti.

Anche la sentenza n. 2012 del 1.4.2011 del Consiglio di Stato espressamente precisa che " ...Sulla scorta di tale presupposto, l'art. 184, co.3, lett. g) del d. lgs. n. 152 del 2006, stabilisce espressamente che lo smaltimento dei fanghi risultanti dal complessivo processo di trattamento effettuato nell'impianto di depurazione, resta soggetto alla disciplina propria dei rifiuti speciali, con ciò stesso escludendosi la natura di servizio pubblico locale che è invece attribuita al servizio di smaltimento dei rifiuti urbani.", ribadendo quindi la natura di servizio pubblico locale di quest'ultimo, che è poi quello che interessa la presente controversia. Viene quindi escluso che ricorra ipotesi di servizio pubblico " a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione direttamente o indirettamente, possa poi provvedere ad erogare una determinata attività. In quest'ultimo caso si parla, infatti, di mero appalto di servizi e non di servizio pubblico locale." Proprio applicando quest'ultimo ragionamento al caso di specie si deve concludere che l'affidamento dell'attività di smaltimento non presenta alcuna utilità strumentale per il Comune di Lignano Sabbiadoro, in quanto ente territoriale dotato di soggettività giuridica, essendo un'attività finalizzata al benessere della collettività

dei residenti come tutte quelle rientranti nel ciclo della gestione dei rifiuti urbani. Del resto dall'unica norma che fornisce i criteri fondamentali per chiarire cosa possa rientrare nella categoria dei "servizi pubblici locali", vale a dire l'art. 112 del Dlgs 267/2000, (che definisce i "servizi pubblici locali" come quei servizi che abbiano " ... per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali ... ") si evince che il criterio discriminante è eminentemente "finalistico". Quindi l'assenza di un rapporto diretto con la collettività o la remunerazione del servizio interamente a carico dell'ente, rappresentano circostanze la cui presenza non può essere ritenuta, di per sé, sufficiente ad escludere di essere in presenza di un servizio pubblico locale. Va in ogni caso anche chiarito che nel caso di specie il costo del servizio viene pur sempre sostenuto ricorrendo alla locale imposizione fiscale della TARSU, come si evince dall'imputazione di spesa prevista proprio dalla determinazione n. 1380 che fa riferimento al capitolo "Fin Entrata Cap. 170-1510" e dalla relativa documentazione di bilancio depositata in atti dal Comune.

Ad abundantiam, si precisa anche che, in tema di finalità che la legge ricollega all'attività di smaltimento dei rifiuti urbani, l'art. 1, comma 2, lett. a) della L. 12.6.1990, n. 146 annovera tra i "servizi pubblici" ritenuti "essenziali" in quanto finalizzati a garantire la tutela della vita, della salute, della libertà, della sicurezza della persona e dell'ambiente,

anche "la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani".

Ne consegue che anche l'eventuale utilizzo dello schema negoziale dell'"appalto" non implica di per sè il venir meno della caratteristica di "servizio pubblico locale" dell'attività di smaltimento dei rifiuti urbani. Infatti, le "finalità" che la Legge riconduce a tale attività, in sé considerata (tutela dell'ambiente e della salute della collettività), sono pacificamente annoverabili tra quelle destinate a promuovere lo sviluppo civile ed economico della collettività (art. 112, D.Lgs.267/2000).

Con la seconda censura la ricorrente afferma la non applicabilità, nei propri confronti, del divieto di cui trattasi, invocando la "clausola di salvezza" relativa alle "prime gare", prevista dall'art. 4 comma 33, nell'ultima parte, del D.L. 138/2011, ma tale argomentazione risulta palesemente infondata alla luce della precisazione fornita dal Comune di Lignano circa il fatto che la medesima ricorrente ha precedentemente partecipato alla gara indetta dal medesimo per lo smaltimento dei rifiuti dall'1.5.2011 al 31.12.2011, sicchè appare icu oculi evidente che la gara di cui ora si tratta non poteva più ritenersi "la prima gara", con la conseguente infondatezza della censura.

Con il terzo motivo di ricorso vengono impugnati gli atti di gara per una presunta violazione della norma del Programma Provinciale dei rifiuti, nella parte in cui prescrive che i rifiuti prodotti da un comune debbano essere obbligatoriamente smaltiti presso l'impianto di "Bacino", il quale, nel caso che ci occupa, coinciderebbe

asseritamente con la Provincia di Udine (Provincia a cui appartiene il Comune di Lignano), mentre, nel caso di aggiudicazione dell'appalto ad AcegasAps spa, i rifiuti sarebbero stati smaltiti presso l'impianto di un altro Bacino (Trieste).

A prescindere dall'erroneo riferimento all'art. 18, L.R. 30/1987, che è stato abrogato ad opera del comma 4, art. 18, L.R. 12/2003, la quale, con il comma 3 del medesimo articolo, ha anche aggiunto l'art. 8-bis alla stessa L.R. 30/1987, intitolato : "Procedure per la formazione e approvazione delle modifiche e integrazioni al Piano regionale in relazione a obblighi di legge", che prevede (comma 1) che "In relazione alla necessità di corrispondere a obblighi previsti da leggi statali o da direttive comunitarie, l'Amministrazione regionale provvede con decreto del Presidente della Regione, previa deliberazione della Giunta regionale, su parere della Commissione consiliare competente, alla modifica e integrazione del Piano regionale di gestione dei rifiuti", ciò che rileva è che, alla luce dei limiti e principi fissati dall'art. 196 del d.lgs 152/2006, è giocoforza concludere che anche il richiamato Piano Regionale del 2001 e le sue norme tecniche (riferite a "Bacini" e non a "ATO") siano ormai inapplicabili perché superati dalla normativa nazionale nonché dalla stessa sopravvenuta normativa regionale, dato che, con L.R. 11.8.2011, n. 11, è stato previsto (comma 51, art. 3) che "Nelle more dell'approvazione del piano regionale dei rifiuti solidi urbani, da approvarsi entro il 31 dicembre 2011, ai fini del contenimento dei

costi della gestione integrata dei rifiuti solidi urbani sul territorio regionale, è delimitato fino al 31 dicembre 2011 un unico ambito territoriale ottimale coincidente con il territorio regionale medesimo". Tale norma, che si inserisce nel percorso di adeguamento della Regione FVG alla lett. g), comma 1, art. 196, D.Lgs. 15212006, costituiva la normativa vigente al momento dell'indizione della gara ed alla stessa bando e capitolato dovevano attenersi. Quindi il bando era sicuramente legittimo al momento in cui la gara è stata indetta, la sua legittimità è stata tra l'altro confermata ad opera della L. R. 1/2012 (lett. c), comma 52, art. 5), che sostituisce il riferimento alla data del 31 dicembre 2011 con quello del 31 dicembre 2012. In ogni caso il Collegio deve anche rimarcare che a nulla rileva la circostanza che il bando, adottato nel 2011, si riferisse ad un servizio da svolgersi in un periodo successivo e quindi per il quale, alla data del bando, non si poteva ritenere ancora certa la conferma dell'ambito unico, così come non lo è ancora per l'anno 2013, poiché comunque, per il principio generale di irretroattività delle Leggi, il mutamento normativo non potrebbe incidere all'interno di rapporti giuridici che fossero sorti in vigenza delle disposizioni normative all'epoca vigenti e non fossero ancora esauriti all'entrata in vigore della nuova norma.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Le spese possono essere compensate in relazione alla novità delle

questioni proposte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe
proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio
2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

