

Publicato il 31/07/2023

N. 07412/2023REG.PROV.COLL.
N. 03401/2023 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3401 del 2023, proposto dalla Regione Emilia-Romagna, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Caia, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

contro

la società *****, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Mario Pagliarulo e Andrea Bonanni, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paolo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n.2;

nei confronti

della società *****, della società *****, della società *****, della società *****, della società *****, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 17 del 16 gennaio 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società *****;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2023 il consigliere Michele Conforti e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Consiglio di Stato l'appello proposto dalla Regione Emilia Romagna avverso la sentenza del T.a.r. per l'Emilia Romagna n. 17 del 16 gennaio 2023.

2. La controversia ha ad oggetto la domanda di annullamento proposta dalla società ***** degli atti del procedimento di affidamento dell'appalto pubblico del “*servizio di trattamento della frazione di rifiuto umido (EER 20.01.08) proveniente dalla raccolta presso i Comuni soci di ***** fino al 31.12.2023*”, assegnato con la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, con declaratoria di inefficacia dei relativi contratti, nonché degli atti prodromici e, in particolare, dalla Delibera di Giunta Regionale (DGR) n. 801 del 23 maggio 2022.

2.1. Va precisato, sin d'ora, che innanzi a questo Consiglio è controversa, in particolare, proprio quest'ultima delibera che ha costituito, espressamente, il presupposto dell'affidamento del servizio da parte della società *****.

3. Per una migliore comprensione della controversia, risulta necessario evidenziare i seguenti fatti rilevanti.

3.1. Con la delibera n. 801 del 23 maggio 2022, la giunta regionale dell'Emilia Romagna ha individuato gli impianti c.d. “minimi” di compostaggio/digestione anaerobica, in dichiarata applicazione del “*MTR-2 previsti dalla delibera ARERA n. 363/2021/R/Rif*”, e ha stabilito che i rifiuti

organici prodotti nel territorio regionale sono destinati ad operazioni di recupero da effettuarsi presso questi impianti.

Segnatamente, nell'allegato alla delibera vengono puntualmente individuati gli impianti di compostaggio e digestione anaerobica "minimi" e i relativi flussi di prossimità, con l'indicazione, per ciascun impianto, dei bacini di riferimento e delle tonnellate di rifiuto che ciascuno di questi bacini debbono destinare all'impianto.

3.2. Successivamente, in dichiarata applicazione della suddetta delibera, la società a capitale pubblico ***** ha stabilito di affidare l'appalto di servizio relativo al trattamento della frazione di rifiuti urbani provenienti dalla raccolta differenziata mediante procedura di evidenza pubblica negoziata senza pubblicazione del bando di gara agli operatori titolari degli impianti "minimi" individuati dalla deliberazione n. 801/2022.

4. Avverso gli atti di gara ha proposto ricorso la società *****, formulando due motivi di ricorso.

La società ha puntualizzato, in fatto, di essere risultata aggiudicataria dei precedenti analoghi appalti di servizio e di non essere invece stata individuata nuovamente come affidataria del servizio a causa della delibera n. 801/2022, in quanto non dispone di impianti per il recupero e il riciclaggio dei rifiuti in questione sul territorio dell'Emilia Romagna.

4.1. Si è costituita in giudizio la Regione, formulando un'eccezione pregiudiziale di irricevibilità del ricorso, atteso che sarebbe tardiva la domanda di annullamento della delibera di ARERA n. 363/2021, e resistendo nel merito al ricorso.

5. Con la sentenza n. 17/2023, il T.a.r. ha respinto l'eccezione di tardività, ha accolto il ricorso e ha compensato le spese di lite.

6. La Regione Emilia Romagna ha impugnato la sentenza di primo grado, formulando tre motivi di appello.

6.1. Si è costituita in giudizio la società *****, resistendo all'appello e depositando, in data 5 maggio 2023, una memoria difensiva con la quale ha

riproposto le censure non esaminate in primo grado.

6.2. Con la memoria del 20 giugno 2023, la Regione ribadisce le ragioni poste a fondamento dell'impugnativa, evidenziando che la delibera regionale non avrebbe alcun effetto cogente in quanto *“non prevede divieti o sanzioni a carico dei gestori che eventualmente si discostano da essa”*, ma produce, quale unico vincolo, quello nei confronti dei gestori di impianti di recupero che sono *“sul territorio e tenuti ad accogliere i rifiuti differenziati prodotti nella Regione Emilia-Romagna”*.

La Regione ha poi replicato ai motivi riproposti ai sensi dell'art. 101 c.p.a..

6.3. Con la memoria del 20 giugno 2023, la società appellata ha dedotto che il T.a.r. per la Lombardia con la sentenza n. 557/2023 ha annullato la determinazione ARERA 3 agosto 2021 n. 363, statuendo, espressamente, la caducazione dei provvedimenti adottati dalla regione Emilia Romagna sul presupposto della disciplina delineata dall'ARERA. Secondo la società, la suddetta sentenza, impugnata dall'ARERA, ma non dalla Regione, determinerebbe l'improcedibilità dell'appello, per sopravvenuta carenza d'interesse.

Con la medesima memoria la società deduce, poi, l'inammissibilità dell'appello, per mancata impugnazione di un punto della motivazione del T.a.r., e la sua infondatezza.

Infine, in via subordinata, si domanda il rinvio pregiudiziale interpretativo delle norme nazionali alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, se interpretate nel senso fatto proprio dalla Regione Emilia Romagna.

6.4. Il 23 giugno 2023, ambedue le parti in causa hanno depositato repliche.

7. All'udienza del 6 luglio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

In limine litis, in applicazione del criterio della ragione più liquida, il Collegio ritiene che non sia necessario procedere alla disamina delle eccezioni pregiudiziali di inammissibilità e improcedibilità, formulate dalla società appellata, bensì che si possano esaminare direttamente i motivi di impugnazione, essendone palese la loro infondatezza (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 5 del 2015, § 5.3.).

8. Il Collegio evidenzia che:

1) con il primo motivo di appello, la Regione lamenta che la sentenza avrebbe violato l'art. 181, comma 5, d.lgs. n. 152/2006 che favorisce il recupero dei rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata *“privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità agli impianti di recupero”*;

2) con il secondo motivo di appello, la Regione deduce l'erroneità della sentenza per aver affermato che la delibera n. 801/2022 avrebbe istituito un regime di “privativa” con riferimento all'attività di recupero della porzione di rifiuti urbani differenziati, in quanto la Regione Emilia-Romagna ha coinvolto nel ciclo di gestione dei rifiuti da riciclare tutti gli operatori economici che presentano impianti autorizzati sul territorio e non un unico soggetto, come avverrebbe se vi fosse un effettivo sistema di privativa;

3) con il terzo motivo di appello, si insiste sull'erronea lettura, da parte del T.a.r., dell'art. 181, comma 5, d.lgs. n. 152/2006, evidenziandosi che questa norma, pur ammettendo la *“libera circolazione sul territorio nazionale”* dei rifiuti urbani della raccolta differenziata destinati al riciclaggio e al recupero, pone questa possibilità come *“deroga speciale”* rispetto ai principi di autosufficienza e prossimità.

8.1. Il Collegio ritiene che l'esame dei motivi di appello formulati dalla Regione Emilia Romagna, vada effettuato congiuntamente, in ragione dell'unicità della questione giuridica sottesa alla loro disamina, e vada fatto precedere dalla ricognizione del quadro normativo rilevante, vigente *ratione temporis*.

8.1.1. L'art. 202, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006, dispone che: *“L'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché con riferimento all'ammontare del corrispettivo per la gestione svolta, tenuto conto delle garanzie di carattere tecnico e delle precedenti esperienze specifiche dei concorrenti, secondo modalità e termini*

definiti con decreto dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare nel rispetto delle competenze regionali in materia.”.

8.1.2. L'art. 25, comma 4, d.l. del 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, dispone che: *“Per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività:*

a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti;

b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'ATO. Nel caso in cui gli impianti siano di titolarità di soggetti diversi dagli enti locali di riferimento, all'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani devono essere garantiti l'accesso agli impianti a tariffe regulate e predeterminate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito.”.

8.1.3. Le due disposizioni risultano rilevanti ai fini della decisione della controversia in esame, nella parte in cui prevedono l'affidamento del servizio di recupero dei rifiuti mediante gara (art. 202: *“mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie”*; art. 25: *“sono affidate ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica”*).

8.1.4. L'art. 181, comma 5, d.lgs. n. 152/2006, dispone che: *“Per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali ai sensi dell'articolo 212, comma 5, al fine di favorire il più possibile il loro recupero privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità agli impianti di recupero.”.*

8.1.5. La disposizione è rilevante ai fini della decisione della controversia in esame, nella parte in cui conferisce particolare risalto sia alla *“libera circolazione*

sul territorio nazionale” sia al “principio di prossimità agli impianti di recupero”.

8.2. Prima di procedere alla disamina dei motivi di appello, il Collegio evidenzia, altresì, che il fulcro della controversia è costituito dalla disamina del rapporto sistematico che intercorre fra la previsione dell’evidenza pubblica quale modalità di affidamento della gestione dei rifiuti, il ruolo che assume il “*principio di prossimità degli impianti di recupero*” per il trattamento (di recupero) delle frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata e, infine, la valenza rivestita dalla “*sempre ammessa*” libera circolazione di questa tipologia di rifiuti sul territorio nazionale.

8.3. Va inoltre evidenziato che il servizio integrato di gestione dei rifiuti comprende ora, a differenza di quanto avveniva sulla base dell’art. 201 del d.lgs. n. 152/2006, anche il “recupero” (Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2023 n. 5257, §. 13.8).

8.3.1. La nozione di “recupero” comprende qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all’interno dell’impianto o nell’economia in generale (Cons. giust. amm. regione Sicilia, sez. giur., 30 marzo 2022 n. 410, §. 9.8.).

8.3.2. Relativamente a questa modalità di trattamento, si è affermato che “*la disciplina UE consente la liberalizzazione della fase di recupero dei rifiuti e che la disciplina nazionale prevede ipotesi di autorizzazione all’esercizio di impianti di recupero...*”, sicché “*...si rileva che la disciplina di settore non prevede una riserva di attività del Comune in detto settore...*” (Cons. giust. amm. regione Sicilia, n. 410 del 2022, §. 9.8) e, dunque, “*Non si rinviene [...] la presenza di quella privata comunale dell’attività di recupero...*” (Cons. giust. amm. regione Sicilia, n. 410 del 2022, §. 9.9; Cons. Stato, n. 5257 del 2023, §. 18.2).

8.4. Si è altresì puntualizzato, con l’affermazione di un principio che “interseca” la presente controversia, che “*...nel nostro ordinamento, [...] vige il principio di concorrenza previsto negli artt. 101-109 del Trattato sul funzionamento*

dell'Unione europea. Ne consegue che un regime di privativa e dunque di "riserva di attività", per essere ammesso nel sistema, deve essere sia previsto da una esplicita norma di legge senza che possa essere ricavato o esteso in via interpretativa, sia giustificato alla luce del principio di concorrenza." (Cons. Stato, n. 5257 del 2023, §. 18.1.).

8.5. Giova infine rimarcare che il provvedimento della Regione Emilia Romagna n. 801/2022 dispone "...che l'Allegato 1) parte integrante e sostanziale della presente deliberazione individua gli impianti di chiusura del ciclo "minimi" di compostaggio/digestione anaerobica a partire dal 1 gennaio 2022 nonché la quantificazione per ciascuno di essi dei relativi flussi di prossimità per gli anni 2022 (decorrenti dal 1 luglio 2022) e 2023". Pertanto, risulta condivisibile la tesi della società appellata, secondo cui la suddetta decisione presenta un contenuto precettivo di cui sono destinatari gli enti appartenenti ai bacini che conferiscono la frazione di rifiuto umido, mentre, per converso, risulta infondata la tesi della Regione di negare la sussistenza di una portata cogente al provvedimento in questione.

9. Enuclate le norme di riferimento, passati in rassegna i principi giurisprudenziali ritenuti più pertinenti alla controversia e puntualizzata la valenza provvedimentale e lesiva della delibera impugnata, il Collegio evidenzia che:

i) in linea generale, la regola che si impone in materia di "gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urban?" è quella, improntata alla concorrenza, dell'affidamento mediante gara;

ii) la "libera circolazione sul territorio nazionale" e la "prossimità agli impianti di recupero" non costituiscono eccezioni alla regola della concorrenza, ma principi che possono interagire con quest'ultima regola (anche con valenza "mitigatrice", in particolare il secondo dei due).

9.1. Segnatamente, il Collegio ritiene che vada valorizzata l'affermazione di questo Consiglio, innanzi riportata (ci si riferisce a Cons. Stato, n. 5257 del 2023, §. 18.1, messa in evidenza al §. 8.4. di questa sentenza), che pur riferita al regime della "privativa", si attegga, in realtà, ad enunciazione di carattere generale e, cioè, che la deroga al principio di concorrenza previsto negli artt.

101-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per essere ammesso nel sistema, deve essere sia previsto da un'esplicita norma di legge, senza che possa essere ricavato o esteso in via interpretativa, sia giustificato alla luce del principio di concorrenza.

9.2. Il principio di “*prossimità agli impianti di recupero*”, pur essendo, a sua volta, teleologicamente connesso alla tutela ambientale, non comprime in maniera assoluta la concorrenza, consentendo, come sostenuto dalla Regione, l'affidamento diretto e senza gara di un appalto o di una concessione di servizi, ma permettere di valorizzare – in base a quello che si ricava dalla normativa nazionale e salva la pregiudiziale valutazione di compatibilità euro-unitaria ad opera della competente Corte sovranazionale –, nell'ambito del procedimento di selezione dell'affidatario del servizio svolto mediante gara, quelle offerte che ne garantiscono maggiormente il rispetto.

9.3. In ragione di quanto sin qui affermato risulta l'infondatezza dei primi due motivi di appello.

9.4. L'infondatezza del primo motivo di appello va dichiarata in quanto l'art. 181, comma 5, d.lgs. n. 152/2006 non pone né implica la deroga dei procedimenti concorrenziali di selezione dei contraenti affidatari del servizio, ma, più semplicemente, prevede la possibilità di incentivare (“*privilegiando*”) quelle modalità di recupero e riciclaggio che sono “attuative” del principio di prossimità degli impianti di recupero.

9.5. Analogamente, l'infondatezza del secondo motivo di appello, che si incentra sulla contestazione del termine “privativa”, adoperato dalla sentenza di primo grado, va dichiarata in quanto l'uso di questo lemma e il richiamo al relativo istituto da parte del T.a.r., quand'anche erronei, non risultano determinanti rispetto a quella che è la *ratio decidendi* chiaramente percepibile dalle motivazioni della sentenza di primo grado: il T.a.r. ha infatti ritenuto che la delibera regionale implicherebbe il necessario affidamento diretto dell'attività di recupero dei rifiuti urbani della raccolta differenziata destinati al riciclaggio e al recupero, senza che però questa ipotesi di affidamento senza

gara sia conforme alle fattispecie del d.lgs. n. 50/2016 nelle quali esso è eccezionalmente previsto.

Questa ragione della decisione non è infirmata dalle censure articolate con il secondo motivo di appello.

9.6. Va soggiunto che il T.a.r. ha anche fornito un'interpretazione della delibera di ARERA, differente da quella presupposta dalla Regione, evidenziando come l'atto regolatorio dell'Agenzia si limiti al *“riconoscimento (indiretto) di incentivi agli impianti e agli operatori che li gestiscono; elemento, questo, che pur essendo certamente espressione di un favor nei riguardi di tali impianti, coerente con il principio di tutela ambientale di prossimità degli stessi ai luoghi di produzione del rifiuto, altrettanto certamente non significa che ARERA, mediante tale delibera, abbia inteso sovvertire totalmente il sistema – da anni vigente e nel tempo consolidatosi – di affidamento del peculiare servizio tramite procedure aperte.”*.

Questo punto della motivazione di primo grado non risulta scalfito dalle censure mosse da parte appellante.

9.7. Neppure può essere argomentata la deroga al principio dell'affidamento mediante gara attraverso l'interpretazione dell'inciso secondo cui *“è sempre ammessa libera circolazione sul territorio nazionale”* prospettata con il terzo motivo di appello.

9.7.1. L'esegesi proposta non persuade, in quanto risulta smentita dalla formulazione letterale della norma, che individua nel recupero dei rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata (*“al fine di favorire il più possibile il loro recupero”*) l'obiettivo principale posto dal legislatore, mentre il privilegiare *“il principio di prossimità agli impianti di recupero”* risulta posto come un criterio preferenziale - un obiettivo ulteriore -, da incentivare *“anche con strumenti economici”*, ma senza che tale *“obiettivo ulteriore”* trasformi la libera circolazione sul territorio dei rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero, *“sempre ammessa”*, al fine di *“favorire il più possibile il loro recupero”*, da regola ad eccezione, ed implichi, in via ulteriore, il sovvertimento delle regole in materia di affidamento degli appalti.

9.7.2. Il terzo motivo di appello è dunque infondato.

10. In definitiva, per le motivazioni sin qui esposte, l'appello va respinto.

11. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza nei confronti della Regione Emilia-Romagna, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 3401/2023, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore della società ***** , delle spese del giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Neri, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore

Emanuela Loria, Consigliere

L'ESTENSORE
Michele Conforti

IL PRESIDENTE
Vincenzo Neri

IL SEGRETARIO