

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/1/2008 n. 156

Sui presupposti per far luogo all'applicazione dell'art. 113, c. 14° del T.U.E.L.: nozione di rete, impianti e le altre dotazioni patrimoniali.

Le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali richiamati dal legislatore nell'art. 113, c.14° del D. Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, devono essere individuati in quelle infrastrutture fisse, complesse e non facilmente riproducibili (quali le linee ferroviarie, i gasdotti, le reti idriche, quelle telefoniche, ecc.) che attengono ai settori del trasporto, dell'energia e delle telecomunicazioni, e non siano da confondere con le attrezzature mobili, ove del caso deperibili ed agevolmente duplicabili, come sono quelle che afferiscono allo svolgimento del servizio di igiene urbana, nei suoi specifici segmenti relativi alla raccolta ed al trasporto dei rifiuti. Deve, poi, trattarsi di infrastrutture inamovibili che appartengano ad un soggetto estraneo all'ente locale e di cui quest'ultimo non possa dotarsi, se non con rilevante e non conveniente dispendio di risorse finanziarie e strumentali.

Non sono certo ascrivibili a tale nozione gli strumenti ordinariamente adoperati nell'espletamento della raccolta e del trasporto dei rifiuti urbani, ove si consideri che i cassonetti, gli autocompattatori e gli altri mezzi eventualmente necessari, sono soggetti ad usura e notevole deperibilità e, quindi, si rivelano suscettibili di un frequente ricambio, in quanto agevolmente duplicabili

Se è vero, infatti, che le attrezzature e gli impianti utilizzati nello svolgimento di detto servizio appartengono, di regola, all'appaltatore e non all'ente locale, deve negarsi che essi costituiscano una "rete" nel senso dianzi specificato.

Materia: servizi pubblici / affidamento e modalità di gestione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso n. 1847/2006, proposto dal *CONSORZIO INDUSTRIALE NORD EST SARDEGNA*, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Vittore Davini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mario Cervone in Roma, Via Giacomo Caneva n. 19;

contro

COGES SCRL, con sede legale in Cagliari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi e Antonello Rossi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via F, Gonfalonieri n. 5;

e nei confronti di

COMUNE DI GOLFO ARANCI, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Piergiuseppe Lai e Cristina Scarfò, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Azzariti in Roma, Via Otranto n. 39;

DE VIZIA TRANSFER S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Contu ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Via Massimi n. 154;

per la riforma

della sentenza n. 13, in data 16 gennaio 2006, della Sezione I del T.A.R. per la Sardegna che, previa riunione, ha deciso sui ricorsi n. 780/2005, proposto da De Vizia Transfer s.p.a., e n. 782/2005 proposto da Coges scrl;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Visto il controricorso, con appello incidentale, proposto dal Comune di Golfo Aranci;

Vista la dichiarazione di rinuncia al predetto atto;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 15 maggio 2007, il Consigliere Francesco GIORDANO;

Uditi, altresì, gli avvocati Bazzoni per delega di Davini, Manzi e Contu;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

L'attuale appellante impugna la sentenza specificata in epigrafe, con cui il T.A.R. per la Sardegna ha accolto i ricorsi proposti in primo grado nn. 780-782/05, previamente riuniti, per l'annullamento della delibera consiliare del Comune di Golfo Aranci n. 21 del 24 maggio 2005, che aveva disposto l'affidamento al C.I.N.E.S. del servizio di igiene urbana ed annessi, nonché delle successive delibere giuntali n. 80 e n. 109 del 2005.

Con provvedimento n. 21 del 24 maggio 2005 il Consiglio comunale di Golfo Aranci aveva deliberato l'affidamento al C.I.N.E.S., con sede in Olbia, della gestione del ciclo dei rifiuti nel territorio comunale.

Con successive delibere giuntali n. 80 del 27 maggio 2005 e n. 82 del 19 luglio 2005 erano stati stabiliti due affidamenti temporanei, rispettivamente, di 45 giorni e di 110 giorni, per consentire la presumibile definizione dei ricorsi medio tempore proposti dalle odierne appellate.

Avverso la sentenza del giudice di prime cure a lui sfavorevole, l'intestato Consorzio deduce ora i seguenti motivi d'appello:

1) Inammissibilità del ricorso di primo grado. Error in iudicando.

Si ribadisce l'eccezione di inammissibilità del ricorso (n. 782/05) proposto dalla Coges scrl, concernente la mancata iscrizione della Cooperativa ricorrente all'Albo Nazionale gestore rifiuti - Sezione Sardegna.

L'omessa prova di tale iscrizione non solo renderebbe inconfigurabile una posizione differenziata della predetta, ma neppure consentirebbe di ipotizzare una partecipazione in una eventuale ATI in sede di espletamento della gara.

2) Sull'infondatezza del primo motivo di ricorso. Error in iudicando.

Il motivo del ricorso di primo grado, che qui viene in considerazione, si riferisce al contrasto della procedura seguita dal Comune per l'affidamento dei servizi di igiene urbana ed annessi, con il principio del necessario espletamento di gare con procedura concorsuale ad evidenza pubblica, nell'assegnazione della gestione di reti ed erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'intimata Amministrazione comunale aveva ritenuto applicabile, in fattispecie, l'art. 113, comma 14° del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.), che consente agli enti locali di affidare la gestione di servizi o loro segmenti a soggetti distinti da essi, che siano proprietari delle reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi stessi.

Infatti, secondo il Comune, esisterebbe la rete, di proprietà del CINES, per la gestione del servizio di igiene pubblica nel suo territorio, la quale consisterebbe nei cassonetti di raccolta, nei camion appositi e negli impianti di smaltimento.

Il TAR per la Sardegna avrebbe, quindi, errato per varie ragioni nel ritenere che tali impianti non abbiano le caratteristiche che consentono l'autorizzazione alla gestione del servizio ex art. 113, comma 14°.

In sintesi, l'attuale appellante, essendo titolare delle reti, impianti e dotazioni patrimoniali necessari e complementari alla gestione del ciclo unitario dei rifiuti, sarebbe in possesso dell'idoneità tecnico-economica, nonché dei titoli e delle iscrizioni richiesti per operare nello specifico settore.

Ha resistito alle argomentazioni di controparte la Co.ge.s. srl, la quale nei suoi scritti difensivi ha contestato il contenuto dell'avverso ricorso, confutando puntualmente le dedotte censure e concludendo per il rigetto dell'interposto appello, con vittoria di spese ed onorari del presente grado di giudizio.

Si è costituita formalmente in giudizio la De Vizia Transfer s.p.a., chiedendo il rigetto del ricorso in appello con ogni consequenziale pronuncia come per legge.

Dal canto suo, il Comune di Golfo Aranci ha depositato un controricorso con appello incidentale al quale ha, peraltro, successivamente rinunciato con atto di cui le altre parti del giudizio hanno attestato di aver preso conoscenza con dichiarazione sottoscritta in calce, precisando di prestare adesione alla clausola di compensazione delle spese.

DIRITTO

Il contenzioso che forma oggetto dell'odierno giudizio di secondo grado nasce dalla deliberazione con cui il Comune di Golfo Aranci ha diviso di affidare direttamente al C.I.N.E.S. il servizio di igiene urbana ed annessi, facendo applicazione al caso di specie della disposizione di cui all'art. 113, comma 14° del D. Lgs. 18 luglio 2000, n. 267 e successive modificazioni ed integrazioni, che consente di prescindere dal principio generale vigente in materia, in virtù del quale è richiesto l'esperimento di una gara con procedura concorsuale ad evidenza pubblica, ai fini dell'assegnazione della gestione ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'appello è infondato.

Privo di pregio è il primo motivo di appello, con cui il CINES ha riproposto, aderendovi, l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, che il Comune di Golfo Aranci aveva formulato contestando alla COGES di non aver dimostrato la sua iscrizione all'Albo Nazionale delle Imprese esercenti il servizio rifiuti, con riferimento alla categoria ed alla classe prescritte in considerazione della quantità dei rifiuti da trattare e della popolazione da servire.

Al riguardo, il primo decidente ha ritenuto ammissibile il gravame osservando che la ricorrente, in quanto operatrice del settore, aveva un interesse differenziato ad ottenere la chance di affidamento del servizio che sarebbe conseguito all'eventuale indizione di una gara pubblica.

Tale assunto va condiviso, in quanto già dal certificato di iscrizione nella sezione ordinaria, rilasciato dalla C.C.I.A.A. di Cagliari in data 2/2/2005 e prodotto nel giudizio di primo grado, era dato evincere che la COGES fin dal 28/9/1998 opera nel settore della raccolta e del trasporto rifiuti.

Risultanza questa, che appare *ex se* sufficiente a legittimare la COGES ad opporsi alle determinazioni riguardanti le modalità di conferimento e svolgimento del servizio in questione, avuto riguardo alla possibilità, che essa aveva (ed ha), di vantare una posizione differenziata che, come tale, evidenziava la titolarità in capo alla medesima società cooperativa di un interesse qualificato a proporre tutte le impugnazioni del caso.

Se, poi, si procede all'esame del certificato, in data 22/2/2005, di iscrizione all'Albo Nazionale delle Imprese che effettuano la gestione dei rifiuti, per la Sezione Regionale Sardegna, è possibile appurare che la COGES, dal 6/2/2003, è iscritta per la categoria 1 (raccolta e trasporto di rifiuti urbani ed assimilabili) e la classe E (popolazione complessivamente servita inferiore a 20.000 abitanti e superiore o uguale a 5.000 abitanti).

Il che smentisce per tabulas l'eccezione dell'appellante, giacché la popolazione del Comune di Golfo Aranci (n. 1.961 abitanti) rientra pienamente nella classe di validità dell'iscrizione concessa alla COGES, con la conseguenza che quest'ultima risulta potenzialmente abilitata a svolgere il servizio in favore del Comune di Golfo Aranci.

Neppure il secondo motivo coglie nel segno.

Come rilevato dal giudice di prime cure, la controversia si incentra sull'accertamento circa l'eventuale esistenza di una rete per la gestione del servizio di igiene pubblica, nel territorio del Comune di Golfo Aranci, di proprietà del Consorzio oggi appellante.

Occorre premettere che, con la principale deliberazione impugnata in primo grado (n. 21/2005), il Consiglio comunale di Golfo Aranci aveva stabilito l'affidamento al CINES del "servizio di igiene urbana ed annessi" nel territorio comunale, intendendosi per tale "l'intero ciclo rifiuti" (dalla raccolta allo smaltimento ed eventuale utilizzazione a fini energetici), come si evince dalla proposta di deliberazione del Consiglio comunale.

Va, peraltro, rilevato che in realtà si trattava di affidare non già il segmento relativo allo smaltimento dei rifiuti, che in atto era svolto dal CINES, bensì il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, relativamente al quale era in scadenza il contratto di appalto stipulato con la ditta Masia Stefania di Golfo Aranci.

Ciò appare confermato dalla relazione dell'Assessore Vagnarelli che, appunto, ritiene che l'obiettivo da perseguire sia quello di "potenziare, migliorare e ridefinire il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani e servizi connessi, da integrare con il servizio di raccolta differenziata dei rifiuti, dei materiali ingombranti e delle frazioni umide."

Esula, dunque, dall'oggetto della delibera impugnata in primo grado la fase dello smaltimento che, ai sensi dell'art. 5, comma 1° del D. Lgs. n. 22/97, costituisce la fase residuale della gestione dei rifiuti e si distingue nettamente dalle precedenti, in quanto contempla le complesse operazioni di cui all'allegato B [cfr. artt. 5, comma 6° e 6, c.1° - lett. g), D.Lgs. cit.], mentre quella della raccolta consiste, più semplicemente, nell'operazione di prelievo, di cernita e di raggruppamento dei rifiuti per il loro trasporto [cfr. art. 6, c.1° - lett.e), D.Lgs. cit.].

L'attività di smaltimento, però, pur dovendo essere attuata con il ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti di smaltimento (art. 5, comma 3 D.Lgs. cit.), si colloca al di fuori anche dell'ambito applicativo dell'art. 113, comma 14° giacché, come esattamente osservato dal primo giudice, neanche la proprietà degli impianti di smaltimento consente l'affidamento diretto del servizio al Consorzio, non solo perché la gestione dell'intero ciclo rifiuti non è affatto obbligatoria e neppure necessitata dalla peculiarità del servizio, costituendo essa il frutto di una scelta discrezionale del Comune, ma anche perché il Consorzio rappresenta solo un possibile gestore del servizio medesimo e l'affidamento di questo alle sue cure costituisce solo una delle opzioni possibili, non essendo il Consorzio stesso "proprietario dell'unico impianto del quale il Comune resistente debba necessariamente avvalersi, a meno di volerne realizzare uno nuovo." (cfr. sent. 13/06).

In effetti, occorre aver chiaro che la citata disposizione di cui all'art. 113, comma 14° è una norma sicuramente eccezionale, in quanto esula dai canoni dell'ordinarietà laddove -in deroga al principio della tutela della concorrenza, a presidio del quale sono dettate in subiecta materia proprio le disposizioni del menzionato art. 113 (cfr. comma 1°)- consente agli enti locali di affidare direttamente, e perciò senza alcun confronto concorrenziale, la gestione dei servizi pubblici locali o di loro segmenti a soggetti da loro distinti, che abbiano la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali all'uopo necessari.

E' evidente, dunque, che la sua applicabilità al caso concreto richiede necessariamente la presenza di una fattispecie singolare, che non possa trovare adeguata disciplina negli ordinari strumenti e principi tratti dalla normativa nazionale e comunitaria che regola il settore.

Delimitato così il campo di applicazione della norma in questione e posto che ad esso non è riconducibile la fase dello smaltimento dei rifiuti, deve precisarsi che a fortiori non appare sussumibile nella fattispecie legale il segmento della raccolta e del trasporto dei rifiuti medesimi.

Deve, invero, trattarsi di un'ipotesi inusuale in cui l'espletamento del servizio richieda l'utilizzazione di un complesso stabile di attrezzature e di impianti tecnologici, che siano di non agevole realizzazione, anche sotto l'aspetto economico, e che non appartengano all'ente locale, ma siano di proprietà di un soggetto estraneo all'Amministrazione.

La nozione di "rete" non può, in realtà, essere genericamente identificata con tutto ciò che occorra per garantire il servizio pubblico, nell'assunto secondo cui, non esistendo a livello normativo alcuna definizione degli elementi oggettivi (reti, impianti, dotazioni patrimoniali) contemplati dall'art. 113, comma 14°, essi dovrebbero essere identificati con "qualsiasi rete, qualsiasi impianto e qualsiasi dotazione patrimoniale la cui titolarità possa garantire qualificati livelli di economicità, efficacia ed efficienza nella gestione del servizio o suo segmento, attraverso una valutazione tecnico-discrezionale insindacabile in sede di legittimità ..." (cfr. atto d'appello, pagg. 22-23).

Né appare, comunque, consentito considerare "alternativi" alle reti tutti gli impianti e le dotazioni patrimoniali necessari per la gestione del servizio.

In verità, tali affermazioni si rivelano assolutamente gratuite, giacché non solo non trovano riscontro nella lettera della norma, laddove si menzionano le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali, con una particella congiuntiva che non lascia adito a dubbi di sorta, ma quando si parla di "rete", assegnando al concetto un significato del tutto vago ed impreciso, si ometterebbe che la norma di cui si discute è una norma eccezionale e che ad una fattispecie, del pari eccezionale, essa palesemente si riferisce.

Deve, pertanto, ritenersi che le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali richiamati dal legislatore, vadano individuati in quelle infrastrutture fisse, complesse e non facilmente riproducibili (quali le linee ferroviarie, i gasdotti, le reti idriche, quelle telefoniche, ecc.) che attengono ai settori del trasporto, dell'energia e delle telecomunicazioni, e non siano da confondere con le attrezzature mobili, ove del caso deperibili ed agevolmente duplicabili, come sono quelle che afferiscono allo svolgimento del servizio di igiene urbana, nei suoi specifici segmenti relativi alla raccolta ed al trasporto dei rifiuti.

Deve, poi, trattarsi di infrastrutture inamovibili che appartengano ad un soggetto estraneo all'ente locale e di cui quest'ultimo non possa dotarsi, se non con rilevante e non conveniente dispendio di risorse finanziarie e strumentali.

Così delineati i presupposti giuridici per l'applicazione in concreto dell'art. 113, comma 14°, ne consegue in tutta evidenza come non potesse il Comune di Golfo Aranci far ricorso legittimamente a tale disposizione, per procedere all'affidamento diretto del servizio di igiene urbana al Consorzio appellante, senza attivare una procedura di scelta del contraente basata sulla selezione concorrenziale dei possibili aspiranti presenti sul mercato.

Se è vero, infatti, che le attrezzature e gli impianti utilizzati nello svolgimento di detto servizio appartengono, di regola, all'appaltatore e non all'ente locale, deve negarsi che essi costituiscano una "rete" nel senso dianzi specificato.

Non sono certo ascrivibili a tale nozione gli strumenti ordinariamente adoperati nell'espletamento della raccolta e del trasporto dei rifiuti urbani, ove si consideri che i cassonetti, gli autocompattatori e gli altri mezzi eventualmente necessari, sono soggetti ad usura e notevole deperibilità e, quindi, si rivelano suscettibili di un frequente ricambio, in quanto agevolmente duplicabili.

Discende, dunque, da quanto sopra che, come correttamente ritenuto dal giudice di prime cure, non si rinvergono nella specie i presupposti per far luogo all'applicazione dell'art. 113, comma 14° del T.U.E.L., approvato con D. Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000.

L'opzione ermeneutica evidenziata dalla Sezione I del T.A.R. per la Sardegna incontra, quindi, l'adesione di questo Collegio giudicante per la ragione che essa risponde pienamente alla ratio della norma in discorso la quale, solo a determinate e rigorose condizioni, consente di prescindere dall'espletamento di una procedura concorsuale ad evidenza pubblica per l'affidamento di un servizio pubblico locale.

D'altronde, diversamente opinando, la disposizione de qua risulterebbe un facile veicolo di legittimazione, idoneo a consentire alle Amministrazioni interessate di procedere all'affidamento diretto di gran parte dei servizi pubblici assimilabili a quello in questione.

In conclusione, l'appello va rigettato e deve darsi contestualmente atto della rinuncia all'appello incidentale, regolarmente espressa dal Comune di Golfo Aranci.

Si rinvencono giuste ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, respinge l'appello principale. Dà atto della rinuncia all'appello incidentale del Comune. Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 15 maggio 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI PRESIDENTE

Marco LIPARI CONSIGLIERE

Nicla RUSSO CONSIGLIERE

Giancarlo GIAMBARTOLOMEI CONSIGLIERE

Francesco GIORDANO est. CONSIGLIERE

ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Francesco Giordano F.to Chiarenza Millemaggi

IL SEGRETARIO

F.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 23 gennaio 2008

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)