

T.A.R. per l'Umbria, sez. I, 3 febbraio 2009, n. 33

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria
sezione I
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 229 del 2008, proposto da:
associazione A. rappresentata e difesa dall'avv. G.C. anche
domiciliatario in Perugia, via del S. n. 8;

CONTRO

Comune di O. rappresentato e difeso dall'avv. F.F. anche
domiciliatario in Perugia, via B. n. 1;

nei confronti di

S. S.p.a., con sede in O., rappresentata e difesa dagli avv.ti A.M.M.
e P.C., con domicilio eletto presso A.M.M. in Perugia, via M.A. n.
80/B;

PER L'ANNULLAMENTO

"in parte qua" della deliberazione consiliare n.33 in data 20 marzo
2008, pubblicata all'Albo Pretorio il 26 marzo 2008, e di ogni altro
atto o provvedimento presupposto, conseguente e/o comunque connesso e
collegato;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di O. Sindaco;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S. S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 03/12/2008 il dott.
Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti i difensori come specificato
nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il servizio pubblico di selezione, trattamento e smaltimento dei
rifiuti urbani prodotti dai Comuni dell'Ambito Territoriale Ottimale -
A.T.O. - 4 [omissis] nonché dei rifiuti speciali derivanti dal
trattamento dei predetti, è stato affidato dall'A.T.O. alla S. S.p.a.
(gruppo A.), mediante convenzione rep. n. 639 in data 13 agosto 2007
(conforme alla deliberazione della conferenza dei sindaci n. 8 in pari
data).

La S., in base alla convenzione rep. n. 6518 in data 8 febbraio 1996,
era già concessionaria del servizio di ecologia ambientale integrato
del Comune di O.

Il servizio di gestione dei rifiuti viene svolto mediante l'impianto
di selezione e trattamento di rifiuti urbani e speciali e l'annessa
discarica di servizio ubicati in località P. (detto anche "Le Crete")
del Comune di O.

Gli impianti - ad eccezione di alcuni manufatti di proprietà comunale
- appartengono alla S.

Le autorizzazioni all'esercizio degli impianti - da ultimo, quella
relativa alla discarica, rilasciata dalla Provincia di T., ai sensi
degli articoli 10 del d.lgs. 36/2003 e 210 del d.lgs. 152/2006, con
atto prot. 30415-07/TR in data 14 maggio 2007 - erano intestate al
Comune di O.

2. Con deliberazione n. 33 in data 20 marzo 2008, il Consiglio comunale di O. ha approvato le "Linee guida del piano energetico comunale e della riorganizzazione della raccolta dei rifiuti urbani", unitamente ad un accordo con la S.

Detto accordo (allegato C alla deliberazione), in particolare, concerne: a) la cessione alla S. dei beni immobili di proprietà comunale esistenti nel compendio - sezione I; b) il trasferimento alla S. della titolarità delle autorizzazioni all'esercizio degli impianti suindicati - sezione II; c) la definizione transattiva di partite economiche pregresse tra la S. ed il Comune - sezione III e VI; d) un "piano industriale", che prevede la cooperazione delle parti nella realizzazione di un impianto alimentato a biomasse e di un impianto fotovoltaico, nell'area degli impianti - sezione IV; e) una sponsorizzazione della S. per l'iniziativa "U. Jazz Winter" (peraltro, già tenutasi nel dicembre 2007-gennaio 2008) - sezione V; f) la partecipazione del Comune di O. al capitale della S., per una quota non superiore al 3% - sezione VII.

3. L'associazione di protezione ambientale A., impugna detta deliberazione, nella parte relativa all'accordo con la S.

3.1. Lamenta che la definizione mediante accordo transattivo dell'affidamento del servizio di selezione, trattamento e smaltimento dei rifiuti urbani contrasta con i principi di trasparenza e buona amministrazione di cui all'articolo 97 Cost., con l'articolo 1 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006 e s.m.i., e con l'articolo 113 del d.lgs. 267/2000, che richiedono il ricorso a procedure di evidenza pubblica.

Il tentativo di far entrare il Comune di O. nell'assetto societario - con una partecipazione così irrisoria da risultare inidonea a garantire la partecipazione del Comune alle scelte gestionali della società - non consente di qualificare la S. come società mista, e comunque non consente l'affidamento diretto ad essa in deroga alle procedure di evidenza pubblica, anche perché manca una predeterminazione dell'attività da svolgere.

Parimenti, costituisce violazione dei principi comunitari sulla concorrenza, l'individuazione senza gara della S. come partner esclusivo di un articolato piano industriale.

3.2. Inoltre, la vendita di beni comunali senza una previa individuazione e al di fuori dell'evidenza pubblica, contrasta con l'articolo 12 della legge 127/1997 e con le disposizioni della legge 783/1908 e del R.D. 454/1909.

3.3. Sono stati omessi il parere di regolarità contabile, ai sensi dell'articolo 49, e quello attestante la copertura finanziaria, ai sensi dell'articolo 153, comma 5, del d.lgs. 267/2000.

3.4. Anche l'accordo di sponsorizzazione "postumo" si pone in contrasto con l'obbligo di evidenza pubblica, sancito dalle predette disposizioni oltre che dall'articolo 119 del d.lgs. 267/2000.

3.5. In ogni caso, ai sensi degli articoli 200, 201, 202 e 204 del d.lgs. 152/2006, la competenza a sottoscrivere un simile accordo rientrerebbe nella competenza dell'A.T.O., e non in quella del singolo Comune.

4. Si sono costituiti in giudizio e controdeducono puntualmente il Comune di O. e la controinteressata S. S.p.a., anche eccependo l'inammissibilità del ricorso sotto i profili appresso indicati.

5. Viene anzitutto eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sul presupposto che l'accordo contestato comporti la definizione transattiva degli effetti di precedenti rapporti contrattuali, e sia quindi un atto paritetico che sottende situazioni di diritto soggettivo (ed obbligo), riconducibili pertanto alla giurisdizione del giudice ordinario.

Le parti resistenti ricordano come la Corte Costituzionale, con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204, abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 33, comma 1, del d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'articolo 7, lettera a, della legge 205/2000, "nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli» anziché «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore ...".

Il Collegio ritiene che detta eccezione sia fondata soltanto in parte. A ben vedere (al di là di talune espressioni che chiamano direttamente in causa l'affidamento del servizio pubblico), gran parte delle censure vengono prospettate sulla base del presupposto che l'atto impugnato incida sulla gestione da parte della S. del servizio pubblico affidatole, integrando o modificando quanto precedentemente stabilito dagli atti convenzionali suindicati.

Ora, una natura in senso lato esecutiva o attuativa di precedenti atti negoziali può essere riconosciuta soltanto ad alcuni dei contenuti dell'accordo in esame, quali la definizione transattiva di partite creditorie-debitorie e la formalizzazione "postuma" di una "sponsorizzazione" per un "evento" culturale già svoltosi; ciò che si traduce nel pagamento di somme di danaro, discendenti dall'esecuzione di rapporti preesistenti, secondo la disciplina stabilita in via negoziale, o in via di mero fatto. A quanto è dato di capire dagli atti, si tratterebbe di corrispettivi dovuti dal Comune per il servizio e di contributi dovuti dalla S. a titolo di compensazione ambientale, ai sensi dell'articolo 22 della convenzione del 1996 - sui quali incide anche il precedente accordo transattivo rep. 10196 in data 2 novembre 2005; inoltre, del contributo di sponsorizzazione promesso a fronte della diffusione e promozione del logo e dell'immagine della S. effettuate dal Comune in relazione alla manifestazione suindicata.

Invece, per quanto concerne il trasferimento della titolarità (voltura) dell'autorizzazione provinciale all'esercizio degli impianti, la cessione dei beni immobiliari comunali e l'acquisizione di quote societarie, e finanche l'attuazione del piano industriale, non è riscontrabile un collegamento giuridico con impegni negoziali pregressi; mentre sembra difficile negare l'incidenza sulle condizioni e modalità di esercizio del servizio pubblico di gestione dei rifiuti, ovvero sull'attività, soggetta a mera autorizzazione ma in concreto ad esso collegata (non fosse altro che per la localizzazione degli impianti da realizzare), di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Le scelte del Comune riguardanti lo svolgimento dell'attività della S., quale società concessionaria nonché operatore economico nel settore delle energie alternative, non discendono da diritti od obblighi pregressi, ma vanno oltre, rappresentando esercizio di discrezionalità amministrativa nell'individuazione dei bisogni della collettività locale e degli strumenti per soddisfarli adeguatamente, vale a dire nell'ottimizzazione della cura dell'interesse pubblico.

Pertanto, con riferimento ai contenuti da ultimo indicati, si è in presenza di atti autoritativi, di fronte ai quali la posizione attivabile da parte dei terzi assume consistenza di interesse legittimo. E tanto, quale che sia la portata attribuibile al vincolo

attualmente derivante dall'accordo (che, quanto meno, rileva sotto il profilo dell'autolimitazione di comportamenti ed atti futuri del Comune di O.).

Pertanto, la controversia - si ripete, nella parte concernente i contenuti predetti - rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, succitato, o, comunque (per quanto concerne le iniziative di produzione energetica), in quella generale di legittimità del giudice amministrativo.

6. Viene poi eccepito il difetto di legittimazione dell'associazione ricorrente, in quanto la legittimazione ope legis ad agire in giudizio in materia ambientale prevista dall'articolo 18, comma 5, della legge 349/1986 in favore delle associazioni ambientaliste riconosciute ai sensi dell'articolo 13 della stessa legge, varrebbe soltanto per le associazioni nazionali in quanto tali, e non per le loro articolazioni territoriali (cfr., da ultimo, Cons. Stato, VI, 3 ottobre 2007, n. 5111); conseguentemente, dette articolazioni territoriali sarebbero tenute a dimostrare la propria autonoma legittimazione alla causa, in base ad indici di fatto quali: a) il perseguimento statutario di obiettivi di tutela ambientale; b) un adeguato grado di rappresentatività e stabilità; c) un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene che si assume lesa.

Ciò che condurrebbe ad escludere la legittimazione dell'odierna ricorrente, in quanto si esprime locale [omissis] dell'Associazione A. (a sua volta aderente all'organizzazione mondiale "F."), ma costituita poco più di un mese prima della proposizione del ricorso.

Il Collegio ricorda come la giurisprudenza di questo Tribunale non abbia mai negato la legittimazione processuale alle organizzazioni regionali delle associazioni di protezione ambientale riconosciute.

Peraltro, gli stessi orientamenti giurisprudenziali richiamati dalle parti (cfr. Cons. Stato, V, 14 giugno 2007, n. 3191; VI, 26 luglio 2001, n. 4123) sottolineano come l'articolo 13, succitato, abbia creato un ulteriore criterio di legittimazione che si è aggiunto, e non sostituito, a quelli in precedenza elaborati dalla giurisprudenza in tema di azionabilità degli interessi diffusi in materia ambientale. Quindi, la valutazione della consistenza degli elementi fattuali ritenuti necessari ai fini della legittimazione di comitati ed associazioni locali, non può non tenere conto dell'esistenza dei riconoscimenti ai sensi dell'articolo 13, e della loro rilevanza anche indiretta.

Deve perciò ritenersi che, nel caso in esame, detti elementi fattuali sussistano, posto che (non essendo contestati le finalità statutarie ed il collegamento territoriale) anche la "rappresentatività e stabilità" (da intendersi quale indice presuntivo di serietà e solidità del collegamento tra l'interesse diffuso ed il soggetto che si candida a tutelarlo in giudizio) dell'associazione locale ricorrente, nonostante la sua recente costituzione, non possono essere messe in discussione, alla luce del collegamento organizzativo ufficiale con l'associazione di protezione ambientale nazionale riconosciuta e dell'adesione all'organizzazione internazionale a difesa del pianeta, sopramenzionate.

7. Viene anche eccepita l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, con riferimento al contenuto sostanziale dell'atto impugnato, che esulerebbe dalle finalità dell'associazione.

Il Collegio ritiene invece che l'incidenza ambientale delle scelte del Comune di O. oggetto di censura risulti evidente, posto che mediante tali scelte - sia secondo quanto si legge nell'accordo, sia secondo quanto paventato dall'associazione ricorrente - il Comune abbia inteso

determinare un diverso assetto delle forme di partecipazione e di controllo alle scelte di politica ambientale connesse alla gestione del ciclo dei rifiuti.

Dagli atti emerge infatti univocamente (e del resto, viene sottolineato anche nelle memorie delle parti resistenti) che una delle ragioni dell'accordo è rappresentata dalla convinzione che il mantenimento della proprietà degli immobili e della titolarità dell'autorizzazione all'esercizio degli impianti, "non costituisce più strumento idoneo per la partecipazione del Comune stesso alle scelte di politica ambientale", così che tale obiettivo "può essere più efficacemente perseguito attraverso l'ingresso del Comune nel capitale sociale" (punti XII e XIII delle premesse dell'accordo).

8. Viene infine eccepita l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione di atti presupposti, costituiti dalla convenzione rep. 6518/96 e dall'accordo transattivo rep. 10196/05, precedentemente sottoscritti.

Ma il Collegio ha già rilevato che - con l'eccezione dei contenuti strettamente transattivi di pretese patrimoniali, che, come esposto, si sottraggono alla giurisdizione del giudice amministrativo - l'accordo risulta preminentemente espressione di scelte discrezionali, rispetto alle quali gli accordi negoziali precedenti assumono il ruolo di presupposti di fatto, non condizionanti.

Pertanto, anche quest'ultima eccezione va disattesa.

9. Nel merito, il ricorso appare fondato soltanto in parte.

9.1. Occorre ribadire che oggetto dell'accordo impugnato non è l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti, né l'individuazione di un socio privato per la costituzione di una società mista cui affidare il servizio.

Come esposto, il servizio risulta affidato alla controinteressata in forza di atti pregressi, qui non impugnati.

Le censure di violazione delle disposizioni che richiedono il ricorso a procedure di evidenza pubblica, così come quelle incentrate sulla spettanza all'ATO delle relative decisioni, appaiono perciò inconferenti.

9.2. Può aggiungersi che la titolarità dell'autorizzazione all'esercizio degli impianti di trattamento e smaltimento dei rifiuti dovrebbe coincidere (non tanto con la proprietà degli impianti stessi, come sottolineano le parti resistenti, ma piuttosto) con quella della gestione del servizio pubblico cui gli impianti sono adibiti.

In questo senso, può dirsi che la volturazione dell'autorizzazione venga a regolarizzare la situazione gestionale, ponendo fine ad una anomalia. Risulta inoltre che la Provincia di T. abbia provveduto ad accordare la volturazione mediante l'atto prot. 0028646 in data 15 maggio 2008 (peraltro, non impugnato).

Anche riguardo a tale contenuto dell'accordo, comunque, non sussiste il lamentato contrasto con la normativa a tutela della concorrenza e del mercato, essendo evidente che dell'autorizzazione il Comune non avrebbe potuto disporre a favore del miglior offerente.

9.3. Il parere del responsabile di ragioneria del Comune in ordine alla regolarità contabile è richiesto dall'articolo 49 del d.lgs. 267/2000 su ogni proposta che comporti impegno di spesa o diminuzione di entrata; esso, al pari dell'attestazione di copertura della spesa da parte del responsabile del servizio finanziario, ai sensi dell'articolo 153, si giustifica in presenza di atti che impegnino esborsi finanziari o una diminuzione di entrate nelle casse dell'ente locale.

Ora, i contenuti dell'accordo sindacabili in questa sede non comportano effetti economici di questo tipo (probabilmente, lo stesso

non potrebbe dirsi per la definizione transattiva delle partite economiche pregresse).

Pertanto, l'omissione in questione non inficia detti contenuti dell'accordo.

9.4. Com'è noto, il mercato delle energie da fonti rinnovabili costituisce un mercato liberalizzato, la cui attività è sottoposta a regime autorizzatorio e non concessorio.

Tuttavia, anche se chiunque, in possesso dei requisiti previsti dalla legge, può ambire al rilascio del titolo abilitativo per realizzare iniziative nel settore, è vero che una "collaborazione" con il Comune potrebbe risultare non indifferente sotto il profilo della par condicio tra operatori concorrenti.

Il Comune, in ipotesi, può realizzare la partnership con l'operatore privato costituendo una società mista, mettendo a disposizione terreni o immobili, concedendo agevolazioni finanziarie o procedurali (ulteriori rispetto a quelle già previste dalla normativa nazionale).

Di tali forme di collaborazione o cooperazione occorrerebbe vagliare l'incidenza sulla concorrenza e sul mercato, anche in relazione alla possibilità per gli altri operatori interessati di accedere ad analoghe opportunità industriali, per verificare la necessità o meno che il Comune ponga in essere, ai fini dell'individuazione del partner privato, forme di confronto concorrenziale pubbliche e trasparenti.

Peraltro, nel caso in esame, l'intenzione del Comune e della S. di "condividere i principi essenziali del piano industriale" (punto XXIV delle premesse) e quindi di "cooperare nell'ambito delle rispettive competenze per implementare l'uso e lo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili" (punto 4.1. dell'accordo), richiede di essere concretizzata in impegni specifici e coercibili. L'accordo prevede sì la realizzazione di un impianto alimentato a biomasse (punto 4.2.) e di un impianto fotovoltaico, attraverso la copertura del fabbricato dell'impianto di compostaggio e dell'area della discarica già esaurita, oltre che di ulteriori siti (punto 4.3.). Ma, se appare del tutto logico che tali iniziative vedano protagonista la S., che gestisce il ciclo dei rifiuti ed ha la disponibilità delle aree principalmente interessate alla localizzazione degli impianti, le modalità della partecipazione del Comune restano tutte da definire; così come sono da concordare "gli indennizzi da corrisponderci al Comune di O. stesso a compensazione delle esternabilità derivanti dall'entrata a regime delle iniziative industriali" (punto 4.5.).

In altri termini, l'attuazione del piano industriale appare in sostanza eventuale, e comunque i contenuti devono ancora essere definiti.

Allo stato, pertanto, l'accordo, sotto il profilo in esame, non può comportare alcuna violazione delle disposizioni sull'evidenza pubblica a tutela della concorrenza e del mercato.

9.5. Un analogo discorso può essere fatto riguardo all'acquisto di azioni della S.

L'acquisizione di partecipazioni azionarie da parte dell'ente locale non contrasta con disposizioni di legge invocate, dovendo peraltro una simile decisione rispondere in concreto a canoni di ragionevolezza, congruità, completezza e trasparenza della valutazione di convenienza effettuata.

In ogni caso, l'accordo (punto 7.1.) si limita invero a prevedere che "S. si impegna ad attivare le procedure di autorizzazione interna per il trasferimento al Comune di O. di una quota societaria di minoranza del capitale S. stessa non superiore al 3 % entro 45 (quarantacinque) giorni dalla richiesta del Comune di O." (Sezione VII dell'accordo).

Ma l'attuazione di tale previsione resta legata alla manifestazione di interesse del Comune ed alla condivisione del prezzo di acquisto, su cui allo stato non vi sono elementi di valutazione.

Pertanto, anche in questo caso, dall'accordo non può derivare nemmeno un pregiudizio per l'efficacia del controllo del Comune sulla gestione del servizio pubblico.

9.6. Resta da esaminare il profilo della cessione dei beni immobili di proprietà comunale.

L'accordo, in questo caso, ha stretta valenza di preliminare, in quanto prevede che il contratto definitivo di compravendita venga definito entro il 31 dicembre 2008, ad un prezzo che sarà stabilito, "sulla base dell'equo apprezzamento, ai sensi dell'art. 1349 del c.c., dal competente Ufficio Tecnico Erariale".

L'articolo 12 della legge 127/1997, nel prevedere la possibilità che gli enti locali procedano all'alienazione del patrimonio immobiliare anche in deroga alla legge 783/1908 ed al regolamento di cui al R.D. 545/1990, nonché alle disposizioni della contabilità generale degli enti locali, richiede che vengano "assicurati criteri di trasparenza e adeguate forme di pubblicità per acquisire e valutare concorrenti proposte di acquisto ...".

La previsione di una cessione diretta al concessionario del servizio non realizza i suddetti presupposti, che avrebbero richiesto quanto meno la verifica dell'insussistenza di altri potenziali interessati all'acquisto, disposti ad assicurare al Comune un corrispettivo più vantaggioso.

Tanto più che la cessione degli immobili, nell'accordo, non viene configurata quale prestazione posta in diretta relazione (sinallagmatica) con l'acquisizione della partecipazione azionaria.

Non osta a tale conclusione la circostanza che i beni insistono nel compendio industriale di proprietà della S., prevedibilmente adibito al servizio di gestione dei rifiuti fino al 2017, e che quindi per detti manufatti siano difficilmente ipotizzabili prospettive di un'utilizzazione diversa da quella finora realizzata.

Di ciò sembra essersi tardivamente reso conto anche il Comune, se è vero che, con determinazione dirigenziale n. 1434 in data 20 ottobre 2008, "al fine di assicurare la massima trasparenza dell'azione amministrativa da parte del Comune ed onde evitare eventuali contenziosi che potrebbero insorgere con eventuali controinteressati", è stato disposto di bandire una gara per la cessione dei beni già promessi a S.

L'asta pubblica si è svolta in data 7 novembre 2008, ed è andata deserta.

Quanto accaduto consentirebbe oggi di procedere alla vendita all'unico soggetto che ha mostrato interesse all'acquisto, ma non evita che la deliberazione n. 33/2008, nella parte in cui prevede l'accordo con la S. relativo alla cessione degli immobili, valutata con riferimento al contesto fattuale in cui il provvedimento è stato adottato, risulti illegittima.

10. In conclusione, il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo - per quanto concerne la definizione transattiva delle pretese economiche pregresse e la formalizzazione della sponsorizzazione -; in parte accolto - con conseguente annullamento della deliberazione n. 33/2008, impugnata, nella parte concernente la cessione diretta alla S. S.p.a. dei beni immobili comunali; e, per il resto, respinto.

Sussistono giustificati motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Dichiara in parte inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in parte accoglie - e, per l'effetto, annulla la deliberazione n. 33/2008, impugnata, nella parte concernente l'accordo relativamente alla cessione diretta alla S. S.p.a. dei beni immobili comunali - e, per il resto, respinge il ricorso in epigrafe, secondo quanto indicato in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 03/12/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Annibale Ferrari, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO