N. 01600/2016REG.PROV.COLL.
N. 09654/2015 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 9654 del 2015, proposto dalla Regione Valle D'Aosta, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Marini e Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via dei Monti Parioli, n. 48;

contro

Noy Ambiente Spa, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con Rea Dalmine Spa, Gea Srl, Valeco Spa, Cogeis Spa, Ivies Spa, nonché tutte queste ultime, ognuna in persona del rispettivo legale rappresentante in carica, rappresentate e difese dagli avvocati Riccardo Montanaro, Cristiana Romanoe Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso lo studio di questo ultimo in Roma, Via Cosseria, n. 5;

nei confronti di

Paul Wurth Italia Spa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Abbruzzese, Tommaso Li Bassi, Alessandro Botto e Filippo Pacciani, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Associato Legance in Roma, Via San Nicola Da Tolentino, n. 67;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Valle d'Aosta n. 88/2015, resa tra le parti, concernente il provvedimento di revoca di procedura di affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani oltre al risarcimento;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Noy Ambiente Spa, in proprio e quale capogruppo mandataria costituenda Ati con Rea Dalmine, Gea Srl , Valeco Spa, Cogeis Spa, di Ati - Ivies Spa, nonché queste ultime e della Paul Wurth Italia Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore all'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2016 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Marini, Romano e Abbruzzese;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 29 novembre 2010 la Regione Valle d'Aosta aveva indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 153 D. Lgs. n. 163 del 2006 per l'affidamento in concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani prodotti del territorio regionale, prevedendo tra l'altro la progettazione e la realizzazione di un impianto di trattamento di rifiuti "a caldo", con un processo di pirolisi e gassificazione, volti alla valorizzazione energetica dei rifiuti urbani indifferenziati secondo tale modalità di trattamento.
Il servizio veniva provvisoriamente aggiudicato alla costituenda Ati con mandataria Noy Ambiente s.p.a. e mandanti le società Rea Dalmine s.p.a., Gea s.r.l., Valeco s.p.a., Cogeis s.p.a. e Ivies s.p.a., ma tale aggiudicazione provvisoria veniva revocata con la deliberazione della Giunta regionale n. 2452 del 21 dicembre 2012, in seguito allo svolgimento di un referendum sulla proposta di legge regionale di iniziativa popolare che aveva portato alla promulgazione della legge regionale n. 33 del 2012 recante, tra l'altro, divieto di realizzazione o di utilizzazione sul territorio regionale di impianti di trattamento "a caldo".
La deliberazione di revoca veniva impugnata dinanzi al TAR per la Valle

d'Aosta dalla aggiudicataria provvisoria, ma il TAR respingeva tale ricorso con la sentenza n. 51 del 10 luglio 2013; nelle more dell'appello in Consiglio di Stato proposto dalla Noy Ambiente s.p.a. e mentre la nuova Giunta regionale aveva avviato un nuovo programma di gestione dei rifiuti con obiettivi del tutto opposti a quelli del precedente programma, la Corte Costituzionale con sentenza n. 285 pubblicata il 2 dicembre 2013 dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1 della legge di approvazione referendaria n. 33 del 2012, sul rilievo della competenza esclusiva dello Stato in materia ambientale.

Nel frattempo l'Amministrazione regionale proseguiva la formazione dei nuovi programmi sulla gestione dei rifiuti, con l'incremento tendenziale della raccolta differenziata e la riduzione al minimo di quanto conferire in discarica e con deliberazione n. 1242 del 5 settembre 2014 la Giunta regionale deliberava di confermare la revoca della procedura di gara al tempo indetta, sostenendo il superamento del sistema della termovalorizzazione rispetto ai nuovi indirizzi di gestione.

La Noy Ambiente s.p.a. impugnava dinanzi al TAR.

Nel frattempo il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1862 del 14 aprile 2015, dichiarava improcedibile l'appello proposto avverso la sentenza n. 51 del 10 luglio 2013, in ragione dell'emanazione della nuova delibera di revoca, escludendo peraltro la spettanza del risarcimento dei danni e rimandandone l'esame all'esito del successivo giudizio, all'epoca già instaurato, nonché dell' indennizzo ex art. 21-*quinquies* L. 241 del 1990.

Con sentenza n. 88 del 21 ottobre 2015 l'adito TAR, rilevata, per un verso, la natura di conferma della (nuova) impugnata deliberazione di Giunta, sia pure accompagnata da nuove valutazioni amministrative, e, per altro verso, la sindacabilità della presupposta deliberazione assunta dal Consiglio regionale 667/XIV/2014 quale atto di "alta amministrazione", accoglieva il ricorso, osservando che le predette deliberazioni, nonostante la sentenza della Corte Costituzionale, avrebbero sostanzialmente reintrodotto il divieto di realizzare e utilizzare tutto il territorio regionale di impianti di trattamento "a caldo", mentre lo smaltimento "a freddo", frutto della nuova istruttoria scaturita dalla

relazione predisposta a tal fine della Valeco s.p.a., partecipata regionale, non avrebbe garantito l'autosufficienza dello smaltimento medesimo, mentre l'impianto pirogassificatore non era impianto di mero smaltimento e la sua installazione avrebbe potuto garantire l'autosufficienza regionale, principio rafforzato dall'art. 35 del D.L. n. 133 del 2014, convertito nella L. 166 del 2014 (il quale attribuisce allo Stato la competenza dell'individuare un sistema nazionale integrato moderno di gestione e smaltimento dei rifiuti, necessario garantire il principio di autosufficienza anche nazionale).

I primi giudici dichiaravano l'obbligo dell'Amministrazione regionale di concludere la procedura per l'affidamento in concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani della Valle d'Aosta di cui alla deliberazione della Giunta Regionale n. 2452 del 21 dicembre 2012, oggetto dei provvedimenti gravati, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione e/o notificazione della presente sentenza, fatte salve eventuali ulteriori determinazioni dell'Amministrazione, rilevando che tale adempimento costituiva risarcimento del danno in forma specifica – come richiesta da parte ricorrente – con l'assorbimento delle altre richieste risarcitorie e/o di indennizzo svolte in via meramente subordinata.

Con rituale e tempestivo atto di appello la Regione Valle d'Aosta ha impugnato tale sentenza, sollevando le seguenti censure: 1.Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui, accogliendo il ricorso dell'Ati Noy Ambiente, ha violato i principi in materia di revoca degli atti amministrativi, di cui all'art. 21 *quinquies* della L. 7 agosto 1990 n. 241; 2. Illegittimità della sentenza impugnata per errore di motivazione, nella parte in cui ha ritenuto che la Regione avrebbe reintrodotto in via amministrativa il divieto di realizzazione di impianti di trattamento "a caldo", già dichiarata incostituzionale; 3. Illegittimità della sentenza impugnata per erronea valutazione, nella parte in cui ha contestato la carenza di motivazione e la contraddittorietà intrinseca della delibera consiliare n. 667 del 2014, per asserita violazione del principio di autosufficienza regionale della gestione dei rifiuti.

La Regione Valle d'Aosta ha quindi concluso per l'accoglimento dell'appello e

per la conseguente riforma della sentenza impugnata, con rigetto del ricorso di primo grado e vittoria di spese.

Si sono costituiti in giudizio la costituenda Ati capeggiata dalla Noy Ambiente s.p.a., insieme alle mandanti, e l'interveniente *ad adiuvandum* in primo grado Paul Wurth s.p.a., sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello regionale.

Inoltre la Noy Ambiente ha riproposto espressamente i motivi sollevati con il ricorso di primo grado, non esaminati per assorbimento e precisamente: 2. violazione degli artt. 7 e ss. l. n. 241 del 1990 e succ. modif. e della l. reg. n. 19 del 2007, nonché eccesso di potere per vizio del procedimento, errore e difetto dei presupposti e della motivazione, illogicità ed ingiustizia manifesta, avendo concesso l'Amministrazione solo 10 giorni per le osservazioni degli interessati e avendo, tra l'altro, la Regione avviato il procedimento per la revoca solo dopo che il Consiglio regionale aveva già espresso le sue determinazioni con la delibera n. 667/XIV del 30 luglio 2014;

3. violazione anche dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241 cit. ed eccesso di potere sotto l'ulteriore profilo della mancanza di motivazione e della mancata previsione di un indennizzo; B. illegittimità dei criteri regionali approvati con d.C.R. n. 667 del 2014 ed inidoneità ai fini della conferma della revoca per: 4. violazione degli artt. 196 e 199, d.lgs. n. 152 del 2006 e successive modificazioni ed eccesso di potere per errore e difetto nei presupposti, di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà e sviamento, giacché lo strumento con cui la Regione avrebbe dovuto disciplinare la gestione del servizio rifiuti era il piano regionale di cui ai menzionati artt. del d.lgs. n. 152; 5. le medesime violazioni e l'eccesso di potere anche per la mancanza di un'idonea motivazione sul "ripensamento": sarebbe mancato il mutamento del contesto normativo, economico e finanziario logistico e organizzativo assunto dalla Regione, essendo, invece, da un lato, il quadro normativo ben noto da tempo, la scelta del sistema di smaltimento del tutto neutra sotto il profilo logistico ed organizzativo ed, inoltre, non convincente l'affermazione della tesi secondo cui gli impianti a freddo consentirebbero una dilazione nel tempo degli

investimenti, poiché la stessa gara con la previsione della realizzazione del pirogassificatore avrebbe assicurato un'ampia possibilità di assorbire il costo dell'investimento; C. illegittimità derivata dai vizi della procedura di formazione della legge di iniziativa popolare n. 33 del 2012, attraverso la riproposizione dei vizi dedotti dinanzi al Consiglio di Stato; D. illegittimità derivata dall'illegittimità del precedente provvedimento di revoca; E. violazione delle regole di correttezza e buona fede da parte della Regione nella fase di gara e sino all'aggiudicazione provvisoria ed oltre, in particolare con riferimento ai tempi del procedimento.

Inoltre la Noy Ambiente ha formulato richiesta di risarcimento dei danni in forma specifica attraverso il riconoscimento dell'obbligo alla conclusione della procedura di affidamento in via principale; in via subordinata ha chiesto il risarcimento, comprensivo di rivalutazione ed interessi, dei danni subiti quantificati in €. 21.253.000,00, oltre al danno curriculare ed alle spese di partecipazione alla gara pari a €. 960.000,00; in via gradatamente subordinata, il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale ed in ulteriore subordine, l'indennizzo ed art, 21 *quinquies*.

All'odierna udienza del 10 marzo 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L'appello della Regione è fondato con particolare riferimento alle censure sub 2 e sub 3.

Invero la deliberazione della Giunta regionale n. 1242 del 5 settembre 2014, recante la conferma della revoca della procedura dell'appalto di affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti regionali e la presupposta deliberazione del Consiglio regionale n. 667/XIV del 30 luglio 2014 hanno costituito una generale rivisitazione degli intenti dell'ente in merito alla complessiva politica di gestione dei rifiuti, dando avvio, nel rispetto della Direttiva 2008/98/CE, ad un diverso tipo di smaltimento dei rifiuti, ampliando al massimo gli obiettivi di raccolta differenziata e riducendo al minimo i conferimenti in discarica attraverso la raccolta separata della frazione organica, accompagnati da progetti di impianto adeguati sia sotto il profilo tecnico, sia

sotto quello economico, al cosiddetto "trattamento a freddo"dei rifiuti, con il superamento dei sistemi di "trattamento a caldo", ritenuti antieconomici.

Secondo tali linee generali, la Giunta regionale con la predetta deliberazione n. 2452 del 2014, pur tenuto espressamente conto della sentenza della Corte Costituzionale n. 285 del 2 dicembre 2013 che aveva sostanzialmente travolto la legge regionale n. 33 del 2012 di recepimento del referendum popolare che aveva interdetto sull'intero territorio regionale la realizzazione di termovalorizzatori, aveva approvato i nuovi indirizzi e gli orientamenti formulati dal Consiglio regionale in tema di gestione dei rifiuti, ponendo in primo luogo la prevenzione della produzione dei medesimi, la preparazione del riutilizzo, il riciclaggio ed il recupero, ponendo in via residuale lo smaltimento, richiamando la priorità dell'incremento delle percentuali di raccolta differenziata, la valorizzazione dell'indifferenziato mediante la realizzazione di impianti per il "trattamento a freddo" dei medesimi e la riduzione dei rifiuti da destinare alle discariche, e quindi confermando la revoca degli atti di gara per la realizzazione e la gestione degli impianti di pirolisi o gassificazione, ormai superati da tali nuovi progetti di massima.

Sotto tale profilo le deliberazioni finora rassegnate non risultano inficiate dai dedotti vizi di legittimità, né, come rilevato dai giudici di primo grado, possono essere interpretate come una semplice reiterazione del divieto di realizzare nel territorio regionale termovalorizzatori, questa sì in contrasto con quanto statuito dalla Corte Costituzionale.

In primo luogo l'integrale nuovo disegno degli obiettivi permette di superare la lettura riduttiva operata dai giudici di primo grado, essendosi al cospetto di atti caratterizzati da un'amplissima discrezionalità attinenti a a scelte fondamentali per la comunità stanziata sul territorio regionale che non possono essere qualificati come una mera inottemperanza, rientrando piuttosto nell'ambito di una totale rivisitazione del programma generale gestione dei rifiuti regionali e delle scelte delle relative modalità operative.

In secondo luogo i provvedimenti degli organi regionali risultano coerenti o quanto meno non incompatibili con la direttiva del Parlamento europeo 19

novembre 2008 n. 98, ed in particolare degli artt. 4 e 11.

L'art. 4 stabilisce espressamente una "gerarchia dei rifiuti" da applicarsi in materia di prevenzione e gestione dei rifiuti; tale gerarchia ha il seguente ordine:

a) prevenzione;

b) preparazione per il riutilizzo;

c) riciclaggio;

d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia; e

e) smaltimento.

L'art. 11 prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie per promuovere il riutilizzo dei prodotti, favorendo la costituzione e il sostegno di reti di riutilizzo e di riparazione, l'uso di strumenti economici, di criteri in materia di appalti e di obiettivi quantitativi;

gli stessi Stati sono tenuti ad adottare misure intese a promuovere il riciclaggio di alta qualità e per questo va istituita la raccolta differenziata dei rifiuti, ove essa sia fattibile sui vari piani tecnico, ambientale ed economico: in particolare per i seguenti rifiuti: carta, metalli, plastica e vetro.

Sempre l'art. 11 stabilisce la necessità dell'aumento complessivo almeno del 50% in termini di peso entro il 2020, del riutilizzo e del riciclaggio di rifiuti quali, come minimo, carta, metalli, plastica e vetro provenienti dai nuclei domestici, e possibilmente di altra origine;

sempre entro il 2020 la necessità dell'aumento complessivo almeno del 70% in termini di peso, del riutilizzo, del recupero e del riciclaggio di altri tipi di rifiuti di materiale, inclusi quelli derivanti da costruzione e demolizione non pericolosi.

A ciò va aggiunto che tali deliberazioni hanno trovato recepimento della legge regionale 22 dicembre 2015 n. 22, recante l'approvazione dell'aggiornamento del piano regionale di gestione di rifiuti per il quinquennio 2016/2020 e tale testo non trova disarmonie con le norme statali, visto l'accordo nella Conferenza delle Regioni e delle Province autonome raggiunto il 6 febbraio 2016 sullo schema di d.P.C.M. sull'individuazione della capacità degli impianti

di incenerimento con recupero energetico di rifiuti urbani assimilati esistenti ed ancora da realizzare delle necessità del fabbisogno residuo nazionale. Nella macro area del Nord Italia, cui è inserita la Valle d'Aosta, non è prevista la realizzazione di termovalorizzatori e dunque appare ormai irrilevante anche la questione di legittimità costituzionale della predetta normativa.

7. Vanno ora esaminati i motivi sollevati dal Rti appellato in sede di ricorso di primo grado, dichiarati assorbiti dal giudice di primo grado e riproposti ex art. 101 comma 2 c.p.a.

Si deve dapprima rilevare l'inammissibilità per difetto di interesse della censura con cui il Rti Noy Ambiente si duole della mancanza di contraddittorio procedimentale in sede di conferma di revoca e ciò sia per il termine ristretto assegnato, sia per la scelta del periodo estivo tipicamente feriale.

Indipendentemente da ogni altra considerazione, si deve osservare che l'appellato ha comunque depositato una memoria più che adeguata a fronte della deliberazione di Giunta, né vi era l'onere per la Regione di coinvolgere il Rti anche in sede di predisposizione della deliberazione del Consiglio regionale, viste le caratteristiche di questa, atto generale che necessitava di attuazione avvenuta poi da un lato con la deliberazione della Giunta anch'essa impugnata e dall'altro con la legge regionale 22 dicembre 2015 n. 22.

Altresì infondato è la censura successiva, con la quale l'appellato si duole della mancanza di motivazione e della mancata previsione di un indennizzo.

Per quanto concerne la questione della motivazione è sufficiente rinviare a quanto precedentemente esposto al par. 6, potendo escludersi la sussistenza del dedotto difetto di motivazione, essendo agevole ricavare le ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto l'amministrazione ad assumere le contestate determinazioni.

Quanto alla richiesta di indennizzo, la Sezione non può che richiamare un proprio recentissimo precedente in cui si è affermato che può qualificarsi *atto di "revoca", ma al più di un atto di ritiro, trattandosi di un diniego di aggiudicazione provvisoria, sicché non può in alcun modo invocarsi, né quale parametro di legittimità, né a fini indennitari, quanto disposto dall' art. 21-quinquies, L. n. 241 del 1990. Infatti, la*

giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942; Sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 195) ha più volte chiarito che la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli art. 11 comma 11, art. 12 e art. 48 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista illegittimità nell'operato dell'Amministrazione, non spettando nemmeno l'indennizzo di cui all' art. 21 quinquies L. 7 agosto 1990 n. 241, poiché in tal caso si è di fronte al mero ritiro (o all'annullamento) di un provvedimento avente per sua natura efficacia destinata ad essere superata con l'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento, e non a una revoca di un atto amministrativo "ad effetti durevoli", come previsto dalla disposizione sulla indennizzabilità della revoca (Sez. V, 9 luglio 2015 n. 3453).

E' poi infondato il motivo *sub* 4 laddove ci si duole che la modificazione delle politiche in materia di gestione dei rifiuti ed insieme la revoca in controversia non siano state portate a termine mediante l'elaborazione di un nuovo piano regionale di gestione dei rifiuti: in realtà le deliberazioni impugnate hanno dettato indirizzi complessivi della politica regionale nella materia in questione e successivamente sono stati definiti con la già richiamata legge regionale 22 dicembre 2015 n. 22.

Quanto sin qui osservato comporta l'infondatezza anche del successivo motivo *sub* 5 circa un'asserita mancanza di motivazione sulle diverse scelte regionali, potendo aggiungersi indugia su questioni di merito amministrativo inerenti i costi, che esulano dal sindacato del giudice amministrativo, tanto più che le scelte contestate non risultano macroscopicamente arbitrarie, irrazionali, irragionevoli, illogiche o fondate su un macroscopico travusamento dei fatti.

Quanto finora esposto è sufficiente superare le residue censure in materie violazione dei principi di correttezza e buona fede.

8. In conclusione l'appello deve perciò essere accolto con il conseguente rigetto del ricorso di primo grado.

La peculiarità della controversia e le modalità dell'intera vicenda consentono compensare tra le parti le spese di giudizio per ambedue i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2016

IL SEGRETARIO

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