

Pubblicato il 25/06/2021

N. 04852/2021REG.PROV.COLL.

N. 00167/2021 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 in appello numero di registro generale 167 del 2021, proposto da

Acea s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Grazzini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti – ATERSIR, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Matteo Ferrario, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Reggio Emilia, AGAC Infrastrutture s.p.a., IREN s.p.a., IRETI s.p.a., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma (Sezione prima) n. 226/2020, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti – ATERSIR;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 10 giugno 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.-l. n. 137 del 2020, convertito dalla l. n. 176 del 2020, il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Grazzini e Ferrario, in collegamento da remoto;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

L'Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti-Atersir bandiva il 3-9 dicembre 2019 una procedura ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, retta dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la scelta del *partner* privato, socio di minoranza (40%) della costituenda società di gestione alla quale affidare la concessione ventennale del servizio idrico integrato (SII) nel territorio della provincia di Reggio Emilia, escluso il Comune di Toano.

Acea s.p.a., che aveva manifestato il proprio interesse a partecipare alla procedura, e che aveva ricevuto il 20 luglio 2020 la comunicazione di prequalifica e di ammissione alla successiva fase della gara, nonché la lettera di invito e le credenziali per accedere all'area riservata del sito *web* della stazione appaltante contenente la documentazione necessaria alla formulazione dell'offerta, impugnava *in parte qua* tale documentazione nonché, in via cautelativa, il bando e gli atti prodromici dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Emilia Romagna. La società, sottolineata l'autonomia di ciascuno dei segmenti della procedura c.d. "bifasica" bandita da Atersir, affermava che le gravate regole di gara, conosciute solo dopo la ricezione della lettera di invito, delineassero la *governance* della futura società mista in modo tale da relegare il socio privato nel ruolo di mero finanziatore ed esecutore delle scelte e degli indirizzi gestionali del *partner* pubblico, ponendosi così in contrasto con i principi posti dalle norme europee e nazionali che, come chiarito dalla giurisprudenza, affidano a questo la conduzione manageriale della società; lamentava che per tale ragione, comportante l'aleatorietà della remunerazione del futuro contratto di servizio, le fosse stata preclusa la formulazione di una offerta seria e ponderata.

L'adito Tribunale, con sentenza della Sezione staccata di Parma (Sezione prima) n. 226/2020, in accoglimento delle eccezioni spiegate dalla resistente Atersir, dichiarava il ricorso in parte inammissibile e in parte irricevibile e condannava la ricorrente alle spese del giudizio. In estrema sintesi, nel giungere a tale conclusione, il primo giudice: non rinveniva nella fattispecie clausole c.d. "escludenti", siccome tipizzate dalla consolidata giurisprudenza amministrativa, che legittimano l'immediata impugnazione della *lex specialis*; rilevava inoltre come sin dalla data di pubblicazione del bando, non impugnato tempestivamente, gli interessati fossero stati posti nella condizione di conoscere tutti gli elementi necessari a valutare l'opportunità della partecipazione alla procedura, e ciò anche quanto ai contestati profili attinenti alla *governance* della costituenda società.

Acea ha impugnato la predetta sentenza deducendo: 1) *Error in procedendo* ed *error in iudicando*: carenza e contraddittorietà della motivazione; travisamento delle risultanze di fatto e dei motivi proposti in primo grado; erroneità

della sentenza per aver ritenuto il ricorso inammissibile per carenza di interesse; motivazione carente ed errata; violazione e falsa applicazione dell'art. 106 TFUE e dell'art. 17, d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175; 2) *Error in procedendo ed error in iudicando*: ulteriore carenza e contraddittorietà della motivazione; travisamento delle risultanze di fatto e dei motivi proposti in primo grado; erroneità della sentenza per aver ritenuto il ricorso irricevibile perché tardivo. Ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., tutti i motivi di ricorso non esaminati dalla sentenza gravata, nonché la richiesta della eventuale remissione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea o alla Corte costituzionale delle sollevate questioni pregiudiziali (contrasto tra l'art. 17, d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e gli artt. 14 e 32 della direttiva nn. 24/2014/UE e 30 della direttiva n. 23/2014/UE, anche con riferimento all'art. 107 TFUE, e con gli artt. 3, 97, 117 Cost.), concludendo per la riforma della sentenza impugnata e l'annullamento *in parte qua* degli atti gravati.

Atersir si è costituita in resistenza anche nel giudizio di appello svolgendo eccezioni di rito e di merito.

Le parti hanno depositato memorie e repliche.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 10 giugno 2021.

DIRITTO

1. Con il primo motivo l'appellante Acea s.p.a. sostiene che le gravate clausole della procedura bandita dalla resistente Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti-Atersir ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 per la scelta, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del *partner* privato, socio di minoranza (40%) della costituenda società di gestione alla quale affidare la concessione ventennale del servizio idrico integrato (SII) nella quasi totalità del territorio della provincia di Reggio Emilia, rendendo aleatoria la remunerazione del futuro contratto di servizio, le hanno precluso la formulazione di una offerta ponderata, seria e attendibile, e rientrano pertanto nel novero di quelle c.d. "escludenti" che legittimano per consolidata giurisprudenza la immediata impugnazione della legge di gara. Indi afferma che il primo giudice, nel concludere in senso opposto, sarebbe incorso in un duplice travisamento: avrebbe ascritto a un problema di convenienza della società ciò che invece sarebbe una obiettiva incongruenza economica dell'assetto imposto dalla gara; avrebbe travisato le censure proposte, ritenendo che Acea avesse contestato la scelta del partenariato di minoranza, laddove la società si è doluta esclusivamente della modalità della sua strutturazione, che determinerebbe un forte squilibrio a sfavore del socio privato, deprivato di qualsiasi ruolo di indirizzo e gestionale.

Il motivo è destituito di fondamento.

1.1. La sentenza gravata riassume le censure proposte da Acea nelle pagine 8 e 9, riferendo che "*la Ricorrente lamenta [...] l'impossibilità di formulare 'un'offerta seria, congrua e ponderata e minimamente remunerativa' (pag. 10 del ricorso) imputando tale criticità alla disciplina di gara che non riconoscerebbe al socio privato il necessario ruolo gestorio, relegandolo a mero socio di capitale*", e ciò in quanto: "*la disciplina di gara negherebbe al socio privato poteri di governance effettiva determinando una partnership solo apparente [...]; 'la gara sarebbe solo apparentemente a doppio oggetto ma, in realtà, finalizza ad un mero reperimento di risorse finanziarie dal socio privato (di fatto, di solo capitale) in violazione del modello gestionale del partenariato istituzionalizzato'*"; "*la Lettera di invito ed i relativi allegati sarebbero in contraddizione con le linee guida approvate dall'Agenzia'*"; "*in violazione della normativa di settore, Atersir avrebbe creato un 'filtro intermedio' fra concedente e privato mantenendo in capo ad ARCA [la costituenda società mista, n.d.r.] tutti i poteri di approvazione dei piani industriali ed economici attribuendo al socio privato il solo potere di proposta*".

La esposta sintesi, i cui termini non sono stati qui contestati da Acea e coincidono con le linee portanti delle doglianze dalla medesima riproposte in appello *ex art.* 101 Cod. proc. amm., rende evidente che il primo giudice non ha mai affermato né che la società ritenesse la disciplina di gara non conveniente sotto un profilo soggettivo né che la medesima avesse contestato a monte la scelta della stazione appaltante di ricorrere al partenariato di minoranza.

Piuttosto, il primo giudice è chiaro nell'affermare nelle seguenti pagine della sentenza appellata il proprio avviso in ordine alla non ricorrenza nel caso di specie delle clausole c.d. "escludenti" tipizzate dalla giurisprudenza, che legittimano in quanto tali l'immediata impugnazione della *lex specialis*, nonché alla mancata comprova della "*pretesa incompletezza degli elementi resi conoscibili precedentemente all'invio della lettera di Invito*" e della conseguente "*pretesa impossibilità di prefigurare la futura governance della costituenda Società*" alla luce del bando.

Sicché l'affermazione della sentenza gravata che "*la disciplina di gara poneva gli interessati, sin dalla pubblicazione del Bando, nella condizione di conoscere tutti gli elementi necessari per valutare la possibilità di una eventuale partecipazione, a nulla rilevando, ai fini in esame, la concreta convenienza dell'operazione per il singolo soggetto imprenditoriale*", non costituisce sotto alcun profilo un travisamento del piano su cui Acea ha strutturato le proprie censure, bensì conclude un percorso motivazionale che, proprio in ragione dell'apprezzamento giudiziale della loro consistenza, ha portato il primo giudice a escludere che, come ipotizzato dalla società, l'architettura della procedura rendesse oggettivamente impossibile agli interessati la formulazione dell'offerta.

Tale conclusione va del resto confermata anche in questa sede.

In particolare, a fronte della regola per cui l'impugnativa autonoma della *lex specialis* proposta nella qualità di partecipante alla procedura è inammissibile in mancanza della deduzione di vizi comportanti l'automatica esclusione dalla partecipazione alla gara, per carenza di una lesione concreta e attuale e quindi per carenza di interesse a ricorrere, che sorge solo a seguito dell'eventuale esito finale negativo, Acea richiama la tipizzazione delle clausole c.d.

"escludenti", siccome rinvenibile massimamente nelle decisioni dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 1 del 2003, n. 4 del 2011 e n. 4 del 2018, e afferma che la gara in esame renderebbe aleatoria la remunerazione del

contratto di servizio, essendo state poste in essere clausole rientranti in detta tipizzazione che: a) hanno determinato l'impossibilità di calcolare la convenienza tecnica ed economica della partecipazione alla gara; b) hanno previsto condizioni negoziali atte a rendere il futuro rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente.

Ma le difese esposte a sostegno di tale tesi non chiariscono in che modo le asserite violazioni normative siano di consistenza tale da aver impedito all'appellante la stessa partecipazione alla procedura (si rammenta che per l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 4/2018, le clausole "escludenti" sono quelle che "con assoluta certezza" precludono all'operatore economico l'utile partecipazione"), e quindi non dimostrano che la società abbia subito quella lesione effettiva, concreta e attuale all'interesse sostanziale che, sola, legittima l'immediata impugnazione della legge di gara.

Infatti Acea, nel sostenere in vario modo lo sbilanciamento del rapporto negoziale scaturente dal previsto affidamento in concessione, non individua alcun aspetto specifico della legge di gara che, effettivamente, possa averle precluso, a monte e definitivamente, la presentazione dell'offerta. Tant'è che il motivo in esame consiste nel richiamo di norme di legge nazionali e comunitarie nonché di massime giurisprudenziali relative ai principi reggenti la costituzione delle società miste pubblico - private, e nella esposizione di doglianze dirette avverso l'impalcatura generale della gara, nei cui confronti si lamenta, genericamente, la "strutturazione illogica ed abnorme della futura partnership, nella quale al socio privato non vengono riconosciuti il ruolo e il compito del gestore e soprattutto nessuna leva finanziaria a fronte del rischio di impresa assunto".

Indi, una volta chiarito, come sopra, che il primo giudice non è incorso nel vizio di lettura del ricorso di primo grado qui denunziato, non può che concordarsi con la declaratoria di inammissibilità del gravame per carenza di clausole cd. "escludenti" raggiunta nella sentenza appellata, non essendo stata fornita neanche nella odierna sede prova della loro sussistenza.

2. Con il secondo motivo Acea afferma che il primo giudice, nel dichiarare altresì l'irricevibilità del ricorso per tardività, non si è avveduto che l'impugnazione era tempestiva, perché le clausole "escludenti", da intendersi per tali – in tesi – quelle introdotte mediante la lettera di invito e gli ulteriori atti conosciuti da Acea dopo la prequalifica, che hanno modulato i rapporti tra socio pubblico e socio privato privando quest'ultimo dei poteri decisori gestionali, non erano ricavabili e nemmeno prevedibili alla luce del bando e della documentazione ivi allegata o richiamata, asseritamente contenente solo "indicazioni di massima, di per sé accettabili".

Il motivo, anche in disparte ogni questione circa la valenza assorbente della declaratoria di inammissibilità sopra confermata, è infondato e va respinto.

2.1. Il primo giudice ha dato conto in modo accurato ed esauriente delle ragioni per cui ha ritenuto che sin dalla data di pubblicazione del bando per cui è causa (3-9 dicembre 2019) gli operatori economici fossero stati posti in grado di valutare consapevolmente la possibilità della loro eventuale partecipazione alla procedura, e ciò anche per quanto attinente alla *governance* della costituenda società qui in discussione, i cui profili – precisa la sentenza appellata – sono stati compiutamente delineati da atti precedenti alla lettera di invito, cui questa, nonché l'ulteriore documentazione della seconda fase della procedura "bifasica" di cui trattasi, non poteva che attenersi.

La sentenza appellata, per quanto di interesse specifico del punto controverso, ha infatti richiamato e illustrato tutti i passaggi salienti degli atti che hanno preceduto la legge di gara, conformandola puntualmente, nonché della stessa *lex specialis*. In tale ambito, ha considerato partitamente: la delibera di proposta n. 7/2015 del Consiglio locale di Reggio Emilia, organo di indirizzo di Atersir in ambito provinciale; la delibera Atersir di approvazione della proposta n. 48/2017; le "Linee guida degli enti locali della provincia di Reggio Emilia per la futura società mista a controllo pubblico titolare del servizio idrico integrato", approvate con delibera n. 2/2018 del Consiglio d'ambito; la delibera Atersir n. 40/2019 di approvazione degli atti della procedura; il punto II.2.4. del bando; la relazione illustrativa al bando; il "Modello gestionale del servizio idrico integrato" allegato al bando.

Tra questi, merita di essere particolarmente segnalata la delibera Atersir n. 40/2019.

La delibera n. 40/2019 ha approvato gli atti della procedura (e segnatamente: il bando di gara; il capitolato d'oneri; il documento descrittivo del modello gestionale ipotizzato; la relazione *ex art.* 34, comma 20, del d.l. 179/2012; la lettera di invito; lo schema dello statuto societario; lo schema dei patti parasociali della costituenda ARCA; lo schema di convenzione Atersir-Arca; lo schema di convenzione Arca-Sot e relativi allegati tecnici; lo schema di atto convenzionale regolante i rapporti tra Arca, gestore uscente e Agac Infrastrutture in merito al trattamento del Fondo di ripristino beni di terzi; il progetto gestionale di dettaglio del servizio).

La stessa delibera n. 40/2019, unitamente alle pure succitate delibere n. 7/2015, n. 48/2017, n. 2/2018, è stata poi espressamente menzionata nel capitolato d'oneri, sezione 1 "Informazioni generali", paragrafo 1.3., dandosi atto da parte della stazione appaltante che la procedura ristretta bandita ha costituito "esecuzione" delle deliberazioni e determinazioni ivi assunte.

E poiché proprio tutti tali atti, ovvero sia le delibere approvative che gli atti approvati, come si deduce dall'epigrafe del ricorso di primo grado, coincidono con quelli che Acea individua quali fonti delle clausole asseritamente "escludenti" impuginate nell'odierno giudizio, emerge con ogni evidenza la impossibilità di accedere alle prospettazioni con cui la società:

- assume che essi sono "apparsi per la prima volta" (pag. 19 dell'atto di appello) in occasione della trasmissione della lettera di invito e nell'ambito della documentazione resa disponibile ai fini della formulazione dell'offerta, laddove

la *lex specialis*, nel richiamarli espressamente, li ha resi sin da subito conoscibili per tutti gli operatori economici interessati all'utile partecipazione alla gara, ivi compresa Acea;
- evoca un contesto nel quale le due fasi della procedura ristretta in esame assumono una spiccata autonomia, ciò che risulta invece sconfessato *per tabulas*.

3. Per tutto quanto precede l'appello deve essere respinto.

Restano pertanto assorbite le questioni preliminari spiegate da Atersir nonchè i motivi riproposti da Acea *ex art.* 101 Cod. proc. amm. in uno alle sollevate questioni pregiudiziali.

Le spese di giudizio del grado, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte appellante alla refusione in favore della parte resistente delle spese di giudizio del grado, che liquida nell'importo pari a € 5.000,00 (euro cinquemila/00).

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

Così deciso nella camera di consiglio del 10 giugno 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.-l. n. 137 del 2020, convertito dalla l. n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO