

Pubblicato il 15/07/2024

N. 00636/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00628/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 628 del 2022, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
IMPRESA SANGALLI GIANCARLO & C. SRL, rappresentata e difesa dall'avv.
Roberto Invernizzi, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

COMUNE DI DALMINE, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Di Lascio e
Saul Monzani, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

nei confronti

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA, RETI E AMBIENTE, non
costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

(a) nel ricorso introduttivo:

- della deliberazione consiliare n. 26 di data 6 maggio 2022, con la quale è stato
approvato il piano economico-finanziario (PEF) della gestione integrata dei rifiuti

urbani per il periodo regolatorio 2022-2025, inclusi gli allegati (relazione di accompagnamento al PEF; relazione di validazione);

- della nota di trasmissione di data 3 giugno 2022;

(b) nei primi motivi aggiunti:

- della deliberazione consiliare n. 23 di data 12 aprile 2023, con la quale sono state approvate le tariffe della tassa rifiuti (TARI) per il 2023;

(c) nei secondi motivi aggiunti:

- della determinazione del dirigente del Servizio Tutela Ambientale e Territoriale n. 636 di data 6 giugno 2023, con la quale sono stati aggiornati ex art. 46 del capitolato speciale i prezzi unitari offerti dalla ricorrente in sede di gara, nella parte in cui concede alla ricorrente un incremento di corrispettivo inferiore a quanto sarebbe derivato applicando il metodo tariffario;

- della nota di avvio del procedimento di revisione dei prezzi di data 27 marzo 2023;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Dalmine;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2024 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente è affidataria del servizio integrato di igiene urbana del Comune di Dalmine in esito a una gara bandita il 20 giugno 2018.

2. L'aggiudicazione è stata disposta dal responsabile del Servizio Tutela Ambientale e Territoriale n. 730 di data 4 agosto 2020 per un importo complessivo pari a € 6.821.743,99 (IVA esclusa), di cui € 23.752,50 quali oneri per la sicurezza non

soggetti a ribasso. L'importo complessivo per la sola esecuzione dei servizi base, come definiti nei documenti di gara (ossia esclusi i servizi opzionali), ammontava a € 6.302.021,72 (IVA esclusa), di cui € 20.752,50 quali oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

3. L'art. 46 del capitolato speciale stabiliva che *“[a]i costi unitari delle singole voci dell'Offerta Economica presentata in sede di gara sarà applicato a partire dal secondo anno dalla data di sottoscrizione del verbale di consegna dell'Appalto, l'indice ISTAT dei prezzi per famiglie di operai e lavoratori con base all'anno e mese dell'avvio dei servizi. Non sono soggetti a revisione i costi unitari afferenti lo smaltimento e trattamento rifiuti a carico di I.A. [Impresa Aggiudicataria dell'Appalto]”*.

4. Il meccanismo di revisione dei costi è richiamato all'art. 3 del contratto stipulato in data 11 dicembre 2020. La durata del servizio è stata fissata in 5 anni (dal 1 gennaio 2021 al 31 dicembre 2025).

5. Prima e dopo la sottoscrizione del contratto, la ricorrente ha rappresentato al Comune che le condizioni economiche della propria offerta erano divenute insostenibili nel biennio intercorso tra la domanda di partecipazione alla gara e l'aggiudicazione dell'appalto. Secondo la tesi della ricorrente, vi sarebbe stata già all'epoca una perdita annua di circa € 200.000.

6. Per ottenere la condanna del Comune a concedere la revisione dei prezzi unitari ai sensi dell'art. 3 del contratto e dell'art. 46 del capitolato speciale la ricorrente ha promosso davanti al TAR Brescia il ricorso n. 10/2021, che tuttavia è stato respinto con sentenza n. 239 del 10 marzo 2022. In tale pronuncia si afferma che la ricorrente non aveva provato la sopravvenienza di circostanze impreviste e imprevedibili ai sensi dell'art. 106 comma 1-c del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50, e dunque, essendo espressamente esclusa nell'art. 46 del capitolato speciale la revisione dei costi relativi allo smaltimento e al trattamento dei rifiuti, rimaneva unicamente il rimedio generale ex art. 1467 c.c. della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'appello è stato respinto con sentenza del Consiglio di Stato n. 9426 del 31 ottobre 2022.

7. Nel corso del rapporto, il Comune, con deliberazione consiliare n. 26 di data 6 maggio 2022, ha approvato il piano economico-finanziario (PEF) che individua i costi operativi e di capitale del servizio integrato di igiene urbana, quale presupposto per la determinazione delle entrate tariffarie nel periodo 2022-2025. Il PEF è stato elaborato utilizzando il metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025, stabilito dall'ARERA con deliberazione n. 363/2021 di data 3 agosto 2021. Il Comune ha però considerato insuperabile il corrispettivo contrattuale rivalutato, limitando di conseguenza il riconoscimento tariffario a una parte soltanto dei costi documentati dalla ricorrente.

8. Più precisamente, il Comune ha motivato come segue: *“Rispetto ai costi efficienti esposti dal Gestore affidatario del servizio di raccolta, trasporto, trattamento dei rifiuti e della gestione della piazzola per la raccolta differenziata, questo Ente ha ritenuto di riconoscere e ammettere a tariffa un importo di € 1.301.095,00 pari a quanto dallo stesso offerto in sede di gara, aggiornato con la variazione ISTAT, e previsto nel contratto sottoscritto tra le parti. Con la sottoscrizione del contratto l'impresa, ancorché abbia lamentato che il canone non fosse più adeguato rispetto alle prestazioni previste, ha accettato le condizioni contrattuali. [...] Il Comune ritiene pertanto rispettato l'equilibrio economico-finanziario del Gestore, ed ha conseguentemente detratto dal PEF «grezzo» dello stesso, l'importo di € 174.500,00, eccedente il valore del contratto già rivalutato con l'indice di adeguamento ISTAT. [...] Analogo ragionamento viene applicato per i costi direttamente sostenuti dal Comune, per i quali si è deciso di non ammettere a tariffa l'importo di € 70.682,00 considerato, da un lato, che anche l'equilibrio economico-finanziario della gestione del comune è garantito e, dall'altro, di tenere conto dell'esigenza di contenere le tariffe a carico delle utenze.”*

9. Il limitato riconoscimento dei costi si è riflesso anche sulle proiezioni tariffarie degli anni successivi, fino al 2025 compreso.

10. Contro la deliberazione consiliare n. 26/2022, e contro gli atti connessi, la ricorrente ha presentato impugnazione, formulando censure così sintetizzabili:

(i) vi sarebbero travisamento e violazione dell'art. 4.6 della deliberazione dell'ARERA n. 363/2021, in quanto mancherebbero le due condizioni necessarie per l'applicazione di tariffe inferiori a quelle risultanti dal MTR-2 (equilibrio economico-finanziario della gestione; indicazione delle componenti di costo ammissibili ai sensi della disciplina tariffaria che il Comune non ritiene di coprire integralmente);

(ii) le componenti di costo non coperte integralmente sono state indicate solo in un foglio *excel* (v. doc. 23) inviato alla ricorrente con nota del 3 giugno 2022 (v. doc. 2). In dettaglio, sono stati immotivatamente tagliati i seguenti importi: € 49.500,00 dai costi delle attività di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani indifferenziati; € 9.000,00 dai costi delle attività di trattamento e recupero dei rifiuti urbani; € 21.000,00 dai costi delle attività di raccolta e trasporto delle frazioni differenziate; € 75.000,00 dai costi delle attività di spazzamento e di lavaggio; € 20.000,00 dai costi generali di gestione;

(iii) ulteriori vizi consisterebbero nella violazione dell'art. 1 comma 527-f della legge 27 dicembre 2017 n. 205 e nell'intralcio al potere regolatorio dell'ARERA, in quanto le deliberazioni in materia tariffaria integrerebbero *ex lege* i contratti di appalto ai sensi dell'art. 1339 c.c. (v. TAR Milano Sez. I 17 agosto 2021 n. 1938).

11. In corso di causa, il Comune, con deliberazione consiliare n. 23 di data 12 aprile 2023, ha approvato le tariffe della tassa rifiuti (TARI) per il 2023. Le tariffe sono definite sulla base dei costi risultanti dal PEF approvato con la citata deliberazione consiliare n. 26/2022.

12. Contro la deliberazione consiliare n. 23/2023 la ricorrente ha proposto impugnazione mediante i primi motivi aggiunti, utilizzando i medesimi argomenti esposti nel ricorso introduttivo.

13. Successivamente, il Comune, con determinazione del dirigente del Servizio Tutela Ambientale e Territoriale n. 636 di data 6 giugno 2023, ha aggiornato i prezzi unitari offerti dalla ricorrente in sede di gara. La revisione è stata disposta sulla base dell'indice ISTAT – FOI di dicembre 2022, e vale per il periodo 1 gennaio 2023 - 31 dicembre 2023. In conseguenza della revisione è stata riconosciuta alla ricorrente la somma integrativa annua, per i soli servizi base, di € 187.407,06, pari a € 15.617,26 mensili (IVA esclusa).

14. Con i secondi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato anche la determinazione n. 636/2023, osservando che il corrispettivo annuo derivante dalla revisione dei prezzi unitari (€ 1.447.811,41) è comunque inferiore a quanto sarebbe risultato applicando il MTR-2 (€ 1.523.659,00). Sviluppando gli argomenti già esposti nei precedenti atti di impugnazione, la ricorrente sottolinea che l'art. 7.2 del MTR-2 contenuto nell'allegato A alla deliberazione dell'ARERA n. 363/2021 impone di riconoscere i costi risultanti dalle voci di bilancio del gestore del servizio, fermo restando il potere del Comune di modificare i costi ritenuti non efficienti, ai sensi del successivo art. 28.2, nella fase di esame e approvazione del PEF.

15. Il Comune si è costituito in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso, e chiedendone la reiezione.

16. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Sull'eccezione di giudicato

17. Preliminarmente, occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità formulata dal Comune per violazione del principio del *ne bis in idem*, con riferimento al ricorso sulla revisione dei prezzi respinto dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 9426/2022. In proposito, si ritiene che l'argomento sia superabile, in quanto la corrispondenza dei due giudizi è, per la maggior parte, solo apparente.

18. In effetti, il giudicato formatosi attraverso la sentenza n. 9426/2022 ha ritenuto non provata l'asserita perdita dell'equilibrio economico-finanziario per circostanze impreviste e imprevedibili intercorse tra la presentazione dell'offerta e l'aggiudicazione, che si sarebbero poi ulteriormente aggravate. Nel presente giudizio sono quindi inammissibili solo i motivi di impugnazione che partono dal medesimo presupposto, e ripropongono la tesi di uno squilibrio originario, invocato sia direttamente sotto il profilo del travisamento della situazione, sia indirettamente per censurare la mancata applicazione del MTR-2.

19. Il giudicato riguarda, in altri termini, la ricostituzione del sinallagma contrattuale per vie interne, attraverso il riequilibrio delle prestazioni delle parti nei casi ammessi dal legislatore per i contratti di appalto (clausola di revisione dei prezzi; circostanze impreviste e imprevedibili). Il presente ricorso si fonda, invece, su una circostanza perfettamente prevista e prevedibile, ossia il metodo tariffario dell'ARERA, che, in quanto disciplina imperativa, integra dall'esterno, progressivamente e automaticamente, le pattuizioni contrattuali ai sensi dell'art. 1339 c.c., modellando il nuovo equilibrio economico-finanziario nell'interesse sia delle parti sia degli utenti del servizio. Il punto da esaminare, non coperto da giudicato, è quindi come vadano riaccordate le originarie clausole contrattuali sui prezzi unitari con il metodo tariffario, e come vada applicato in concreto il metodo tariffario.

Sull'interesse all'impugnazione

20. Con precedenza rispetto a questi temi, occorre però esaminare la seconda eccezione di inammissibilità, legata al carattere asseritamente endoprocedimentale dei provvedimenti comunali. L'argomento non appare condivisibile.

21. La procedura descritta nell'art. 7 della deliberazione dell'ARERA n. 363/2021 prevede l'elaborazione del PEF a cura del gestore (comma 7.1), la validazione o la correzione dei dati da parte del Comune secondo criteri funzionali al riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio (comma 7.4), la trasmissione del

PEF e delle tariffe basate sullo stesso all'ARERA (comma 7.5), la verifica della coerenza regolatoria degli atti e dei dati da parte dell'ARERA e, in caso di esito positivo, l'approvazione (comma 7.7). Finché l'ARERA non approva le tariffe basate sul PEF, si applicano direttamente, quali prezzi massimi del servizio, quelli determinati dal Comune (comma 7.8).

22. In questo quadro, è evidente che non vi è duplicazione di valutazioni tra Comune e ARERA. La validazione dei costi efficienti è un'attività di analisi che trova la sua collocazione naturale presso l'ente territoriale, essendo quest'ultimo l'unico soggetto in grado di conoscere e di valutare i dettagli della gestione del servizio. Il pacchetto dei dati validati dal Comune è un elemento che l'ARERA non sottopone a verifica d'ufficio, e neppure rielabora su opposizione del gestore, se non nei limiti in cui ritenga utile farlo. Il compito dell'ARERA è di altra natura, e consiste nella verifica del corretto inserimento dei dati nella formula tariffaria. L'ARERA interviene, in sostanza, sulla valorizzazione dei costi, non sulla quantificazione degli stessi a partire dal bilancio del gestore.

23. Di qui l'interesse del gestore a impugnare direttamente il PEF nella versione validata dal Comune, essendo la via giudiziaria l'unico strumento idoneo a tutelare in modo effettivo l'aspettativa al riconoscimento dei costi di bilancio come costi efficienti ai fini tariffari. Integrazioni o modifiche in sede amministrativa da parte dell'ARERA sono solo eventuali, e comunque non inserite in uno specifico procedimento con tempistiche e garanzie predefinite. Conferma l'interesse all'impugnazione immediata il fatto che le tariffe comunali siano efficaci anche prima dell'approvazione dell'ARERA, e mantengano indefinitamente il vincolo di prezzi massimi del servizio, senza alcun meccanismo di conguaglio per eventuali costi efficienti pretermessi. Qualora sopravvenga una dilatazione del procedimento di approvazione davanti all'ARERA, le tariffe comunali possono anche cristallizzarsi come unica fonte di regolazione della sostenibilità finanziaria della gestione.

Viceversa, la presenza di meccanismi di conguaglio predeterminati dalla stessa ARERA per consentire al gestore l'integrale recupero dei costi effettivamente sostenuti è stata ritenuta un elemento che cancella l'interesse all'impugnazione immediata dei provvedimenti comunali (v. TAR Brescia Sez. I 29 dicembre 2022 n. 1388, in relazione alla diversa tariffa del servizio idrico integrato).

Sui rapporti tra contratto e metodo tariffario

24. Passando agli argomenti di merito, si osserva che l'offerta presentata in sede di gara e recepita nel contratto di appalto costituisce la base condivisa dai contraenti per lo svolgimento del rapporto, e come tale non può più essere messa in discussione, dovendosi presumere che corrisponda a uno stato originario di equilibrio economico-finanziario. Tuttavia, l'adeguamento dei prezzi unitari ricade nel metodo tariffario, anche in sostituzione delle specifiche clausole contrattuali che ammettono o escludono la rivalutazione automatica, trattandosi di una condizione necessaria per il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario. Nei settori regolati, il metodo tariffario garantisce infatti tutti i soggetti coinvolti, avendo come obiettivo una gestione che sia efficiente, non eccessivamente onerosa per gli utenti, e allo stesso tempo finanziariamente sostenibile.

25. Nell'ambito del metodo tariffario, ogni decisione viene presa in una logica di equilibrio tra interessi contrapposti. Il Comune non è quindi obbligato a riconoscere per intero l'adeguamento contrattuale dei costi unitari all'inflazione, benché inferiore al limite risultante dall'applicazione del MTR-2, e neppure a riconoscere un adeguamento pari al suddetto limite, ma per fare questo deve dimostrare che la gestione rimarrebbe in equilibrio anche senza l'adeguamento nella misura massima consentita (v. art. 4.6 della deliberazione dell'ARERA n. 363/2021). Correlativamente, il gestore è costretto a una gestione efficiente, in quanto la crescita annuale delle entrate tariffarie (ossia del flusso finanziario che pareggia il corrispettivo versato dal Comune) incontra, anche per i contratti già sottoscritti, il

limite dell'art. 4 del MTR-2 (differenza tra il tasso di inflazione programmata e il coefficiente di recupero di produttività, a cui vanno aggiunti il coefficiente per il miglioramento previsto della qualità delle prestazioni e il coefficiente connesso alle modifiche del perimetro gestionale). In base all'art. 5 del MTR-2, il coefficiente di recupero di produttività è inversamente proporzionale alla produttività recuperata, e quindi una scarsa efficienza eroderà maggiormente il potenziale incremento tariffario.

Sui costi efficienti

26. Se dunque va riconosciuta in capo alla ricorrente un'aspettativa tutelata a incrementare il corrispettivo annuo entro il limite di crescita annuale delle entrate tariffarie, occorre però sottolineare che tale incremento non è mai automatico, in quanto può essere riconosciuto solo per costi di esercizio e di investimento che siano qualificabili come efficienti ai sensi degli art. 7 e 28.2 del MTR-2.

27. Nello specifico, le valutazioni formulate dal Comune a proposito dei costi efficienti della ricorrente compongono una motivazione inidonea a sostenere l'esclusione delle singole voci di costo. In realtà, manca un vero e proprio apparato motivazionale, in quanto i costi ritenuti inefficienti sono meramente elencati in un foglio *excel*, e non è chiaro per quali ragioni non siano considerati in linea con il *benchmark* di una gestione virtuosa. In apparenza, il Comune ha ritenuto soddisfacente per il gestore l'aggiornamento degli importi con la variazione ISTAT, secondo quanto previsto nel contratto, ma in questo modo ha disapplicato il MTR-2 in una parte essenziale, eliminando la necessaria correlazione tra i costi del servizio e il livello tariffario che deve assicurare una gestione non in perdita.

28. Se il corrispettivo viene calcolato unicamente in base al contratto, sia pure con il recupero dell'inflazione, le tariffe nel corso del rapporto vengono progressivamente svincolate dai costi. È vero che il metodo tariffario non può essere la camera di compensazione per rimediare a errori di impostazione dell'offerta, perché questo

implicherebbe un trasferimento del rischio di impresa dall'aggiudicatario agli utenti del servizio, e a livello generale introdurrebbe un incentivo alla presentazione di offerte prossime al limite di sostenibilità finanziaria. Tuttavia, questi inconvenienti possono essere neutralizzati, in quanto il metodo tariffario non consente al gestore di riaprire la questione dell'equilibrio economico-finanziario originario. L'art. 4.6 della deliberazione dell'AREERA n. 363/2021 impone invece al Comune di affrontare il problema dell'attuale sostenibilità finanziaria della gestione solo qualora non intenda concedere al gestore l'intero incremento derivante dall'applicazione dei parametri del MTR-2.

29. È quindi necessario che il Comune effettui una nuova valutazione del PEF e degli atti connessi, esaminando singolarmente le voci di costo escluse, per stabilire motivatamente se possano essere considerate efficienti o meno. Una volta ridefinito su questo presupposto il limite di crescita annuale delle entrate tariffarie, dovrà essere ripetuta la scelta se concedere in tutto o solo in parte l'incremento del corrispettivo alla ricorrente, evidenziando, in caso di attribuzione parziale, il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario.

Conclusioni

30. Il ricorso deve essere parzialmente accolto, limitatamente ai profili esposti in motivazione.

31. L'accoglimento viene espresso attraverso una pronuncia di accertamento, senza annullamento delle tariffe attualmente praticate dal Comune per il servizio in questione.

32. L'effetto conformativo della pronuncia vincola il Comune a ripetere l'esame del PEF e degli atti connessi, e a pronunciarsi con un nuovo provvedimento nel rispetto delle indicazioni formulate nella presente sentenza. Viene fatto salvo il diritto della ricorrente all'eventuale conguaglio a decorrere dalla data di notifica del ricorso, senza interessi legali fino alla quantificazione degli importi.

33. Per la conclusione del procedimento e l'adozione del nuovo provvedimento è fissato il termine ragionevole di 90 giorni dal deposito della presente sentenza.

34. Le difficoltà applicative che i Comuni possono incontrare nel ricondurre i contratti in essere all'interno del metodo tariffario giustificano la compensazione delle spese di giudizio.

35. Il contributo unificato è a carico dell'amministrazione ai sensi dell'art. 13 comma 6-*bis*.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia
(Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

(a) accoglie parzialmente il ricorso, nei limiti e con gli adempimenti precisati in motivazione;

(b) compensa le spese di giudizio;

(c) pone il contributo unificato a carico del Comune.

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

Così deciso in Brescia, nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2024, con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Luigi Rossetti, Referendario

L'ESTENSORE
Mauro Pedron

IL PRESIDENTE
Bernardo Massari

IL SEGRETARIO