

Publicato il 30/01/2018

N. 00138/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00998/2017 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 998 del 2017, proposto da:

Cesaro Mac Import S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Pavanini, Valeria
Zambardi e Francesco Fontana, con domicilio eletto in Brescia,
presso lo studio di quest'ultimo, via Armando Diaz, n. 28;

contro

A2a S.p.A., A2a Ambiente S.p.A., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Fabio
Cintioli, Giuseppe Lo Pinto e Romano Rotelli, con domicilio eletto
presso lo studio Donatella Mento in Brescia, via Cipro, 30;

nei confronti di

Aprica S.p.a., Amsa S.p.A., Anac Autorita' Nazionale Anticorruzione,
non costituiti in giudizio;

Atzwanger S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Santa Lucia, 20;

per l'annullamento

- del non conosciuto provvedimento di aggiudicazione della procedura mediante gara telematica per l'affidamento della "progettazione digestori anaerobici per impianto trattamento FORSU di Bedizzole con opzione per la costruzione digestori", di cui alle comunicazioni via email a firma Scarioni in data 26 settembre 2017 e pec in data 23 ottobre 2017;

- del diniego di ostensione degli atti in esito alla richiesta in data 9 ottobre 2017, di cui alla comunicazione pec 23 ottobre 2017;

- della lettera di invito 29 giugno 2017, della graduatoria di gara, dei verbali, e del regolamento della procedura, ove esistenti, laddove non prevedano l'osservanza delle norme sull'evidenza pubblica di cui al D.Lgs 50 del 2016;

- di ogni altro atto presupposto e conseguente;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato

e per la reintegrazione in forma specifica mediante subentro nel contratto e, solo in subordine, per il risarcimento del danno mediante equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società A2a S.p.A. - A2a Ambiente S.p.A., nonché Atzwanger S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ai fini della progettazione (con opzione sulla realizzazione) di un nuovo impianto pilota rispetto ad altre iniziative riguardanti il nord Italia, A2A s.p.a. e A2A Ambiente hanno dato vita a una fase preliminare di confronto, che si è conclusa con l'invito rivolto anche alla ricorrente a presentare un'offerta per la progettazione di un digestore anaerobico per l'impianto di trattamento della FORSU in Comune di Bedizzole, con opzione per la costruzione del digestore stesso.

Come la stessa ricorrente dà atto nel ricorso, l'invito medesimo prevedeva che l'aggiudicazione fosse disposta “a insindacabile giudizio sulla base di un confronto tecnico ed economico a seguito di negoziazione anche in più fasi e in qualsiasi momento di valutazione delle offerte con una o più società concorrenti.”.

Alla presentazione dell'offerta seguiva una negoziazione relativa agli aspetti tecnici e economici, fino all'ultimo incontro dell'1 settembre, a seguito del quale la ricorrente chiedeva l'assegnazione di un termine per rivedere la propria offerta. Tale richiesta è stata, però, respinta da A2A, escludendo che vi fosse spazio per un ulteriore confronto.

A seguito dell'intervenuta individuazione del soggetto cui è stata affidata la progettazione, A2A negava, in esito alla richiesta di avere notizie e chiarimenti su come essa sia avvenuta, ogni obbligo di informazione circa i criteri di scelta utilizzati, atteso “che la

procedura a cui voi avete partecipato è stata svolta in libero mercato, pertanto la scrivente non è tenuta ad altri adempimenti e comunicazioni verso i partecipanti oltre a quelli che diligentemente sono già stati resi”.

Con la proposizione del ricorso in esame, la ricorrente lamenta, dunque, l’illegittimità del rifiuto opposto alla richiesta di conoscere gli atti e della omissione di ogni pubblicità relativa alle fasi procedurali, in particolare per quanto riguarda la conoscibilità dei criteri di valutazione delle offerte presentate, che rappresenterebbe un requisito minimo, idoneo a garantire il rispetto di quei principi di pubblicità, trasparenza e garanzia di imparzialità che dovrebbero caratterizzare le procedure connotate dalla evidenza pubblica.

Nel ricorso è, quindi, stata dedotta la violazione e falsa applicazione dei principi di cui al D.Lgs. 50 del 2016 e, in particolare, di quello desumibile dall’art. 3, nonché la violazione dei principi di trasparenza, parità di condizioni nell’affidamento di pubblici appalti, anche in relazione agli artt. 22 e seguenti della L. 7 agosto 1990 n. 241.

A tal fine la ricorrente ha richiamato i precedenti giurisdizionali che hanno esteso l’assoggettamento all’evidenza pubblica di tutti gli appalti relativi a servizi e forniture direttamente connessi con la *mission* di A2A e, quindi, all’espletamento della sua attività di concessionario.

Per meglio comprendere l’oggetto dell’affidamento, quindi, parte ricorrente ha evidenziato come la progettazione esecutiva di cui si controverte sia finalizzata a ottenere l’autorizzazione (VIA/AIA) necessaria per la realizzazione di un impianto per il recupero del residuo del trattamento dei rifiuti organici. In caso di esito positivo

del procedimento autorizzatorio è prevista un'opzione di A2A Ambiente per la progettazione vera e propria e la costruzione dell'impianto (per un valore attuale di dieci milioni di euro, ma suscettibile di arrivare a quaranta milioni di euro grazie alla possibilità dell'estensione del progetto pilota ad altre realtà).

Parte ricorrente si è, quindi, dilungata sulla natura di A2A Ambiente, nata dall'incontro delle ex municipalizzate AEM e AMSA di Milano e ASM di Brescia, per dimostrare che essa avrebbe dato mandato a A2A s.p.a. di selezionare la migliore offerta per la realizzazione di un impianto di trattamento dei rifiuti nel Comune di Bedizzole, in cui è titolare, tramite Aprica e AMSA, dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti, giusti affidamenti assegnati senza procedure concorsuali.

Ricorda, quindi, parte ricorrente, che con sentenza 114/2016, questo Tribunale ha affermato che “Perché sussistesse la giurisdizione del GA sulla procedura in esame, A2A dovrebbe essere un organismo di diritto pubblico, o un'impresa pubblica non volta al mercato, ovvero un soggetto attivo nei settori speciali, in quest'ultimo caso alle condizioni ulteriori previste. Come ora si vedrà nessuna di queste 3 ipotesi sussiste”.

A2A, come rammenta anche la ricorrente, non è qualificabile come organismo di diritto pubblico perché non è costituita al fine di soddisfare esigenze avente carattere non industriale o commerciale: A2A è, invece, una società quotata in borsa, che offre il proprio prodotto ai consumatori, in concorrenza con altre imprese del suo settore.

Da ultimo, rileva ancora la ricorrente, “le società “in cui sia presente capitale privato non possono legittimamente essere destinatarie di affidamenti diretti e lo stesso secondo logica vale per le controllate in

ragione del carattere del capitale della controllante”. Ciononostante, A2A avrebbe “ereditato” dalle società assorbite degli affidamenti diretti di cui essa continua a fruire e questo sarebbe un dato di fatto rilevante a prescindere, in quanto imporrebbe, di fatto, l’obbligo di A2A di fare ricorso alle regole dell’evidenza pubblica ogni volta che essa proceda all’affidamento di servizi connessi a quello di igiene ambientale, svolto dalla stessa per affidamento diretto.

E che vi sia un stretto collegamento tra servizio di raccolta rifiuti e realizzazione del biodigestore sarebbe confermato dal fatto che sull’economicità e remuneratività del suo esercizio ha un’influenza sostanziale proprio la possibilità di alimentare l’impianto con materiale adeguato. Per cui, chi dispone della materia prima per l’alimentazione al di fuori delle regole di mercato non realizza un impianto secondo le regole della concorrenza, ma realizza un impianto funzionale a garantirsi il mantenimento della garanzia extraconcorrenziale che gli viene dalla disponibilità, a monte, del materiale in condizioni non di mercato.

Quindi, la realizzazione dell’impianto non potrebbe essere qualificata come un’operazione sul mercato, in quanto sarebbe determinante, sul piano economico finanziario, la titolarità dei diritti esclusivi relativi al materiale necessario per alimentarlo.

Si è costituita in giudizio A2A, sostenendo che l’attività oggetto di affidamento “non afferisce ad attività di pubblico servizio e a diritti speciali o esclusivi e non riguarda neppure impianti per la produzione di energia.”. Ciò in quanto la progettazione affidata riguarderebbe solo la fase della digestione anaerobica, ma non la precedente fase di preparazione della FORSU (raccolta, selezione e

triturazione), né la successiva fase di trattamento dei due derivati della digestione (per la produzione di biogas e di compost).

Quanto rappresentato nel ricorso tenderebbe, dunque, all'annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità formali, derivanti da una mancata pubblicità che sarebbe legittima conseguenza del non assoggettamento della procedura all'evidenza pubblica per le ragioni suddette.

Più precisamente, l'aggiudicazione sarebbe illegittima, secondo quanto sostenuto in ricorso, perché A2A avrebbe chiuso la trattativa e rifiutato di dare accesso agli atti e di comunicare alla ricorrente l'aggiudicazione, ma nulla di tutto ciò potrebbe, secondo la società convenuta, incidere sulla legittimità dell'aggiudicazione.

In ogni caso, il ricorso, oltre che infondato sarebbe palesemente inammissibile, perché la Cesaro Mac Import s.r.l., partecipando alla selezione, avrebbe accettato il fatto che la procedura fosse considerata "libera" dai limiti dell'evidenza pubblica e, comunque, non sarebbero state evidenziate violazioni delle regole di evidenza pubblica incidenti sulla legittimità dell'aggiudicazione, ma solo dedotte delle illegittimità che riguarderebbero esclusivamente quanto accaduto dopo l'aggiudicazione.

Il ricorso sarebbe, dunque, in primo luogo inammissibile per acquiescenza prestata al non assoggettamento all'evidenza pubblica, nonché irricevibile per tardività (in quanto la ricorrente avrebbe dovuto tempestivamente impugnare la lettera di invito dopo il suo ricevimento) e, ancora, inammissibile per mancanza di interesse alla caducazione degli atti, in quanto la ripetizione della gara non potrebbe che portare agli stessi risultati (essendo l'offerta selezionata più conveniente di quella della ricorrente).

Infine, proprio in ragione del fatto che l'affidamento in questione non sarebbe inerente a un'attività strumentale alla prestazione di servizi nel settore dell'energia e/o del trattamento dei rifiuti, la giurisdizione sarebbe del giudice ordinario e non di quello amministrativo.

In sede cautelare, è stato, in primo luogo, evidenziato un profilo di irricevibilità del ricorso, potendosi profilare un'ipotesi di acquiescenza rispetto alla scelta espressamente esplicitata di ritenere la procedura di selezione non assoggettata alle regole dell'evidenza pubblica.

Appreso, nel corso del giudizio, che il soggetto cui la progettazione è stata affidata è la ditta Atzwanger s.p.a. di Bolzano, parte ricorrente ha provveduto ad integrare il contraddittorio nei confronti di tale soggetto.

Il 3 gennaio 2018, A2A ha depositato una relazione sul tipo di attività svolta presso l'impianto di Bedizzole.

La ditta Atzwanger si è, quindi, costituita, eccependo, con apposita memoria, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, derivante dal fatto che la realizzazione di un impianto di digestione anaerobico non sarebbe un'opera pubblica, ma un'iniziativa economica imprenditoriale.

In ogni caso, tale attività non sarebbe strumentale all'attività di cui al settore speciale in cui A2A opera, in quanto non ricorrerebbe il presupposto fondamentale, rappresentato dal fatto che l'attività medesima non potrebbe essere svolta o subirebbe una menomazione in assenza dell'appalto di cui si controverte. La progettazione e la possibile realizzazione di un impianto di digestione anaerobica, invece, non potrebbe essere considerata come attività strumentale ai

settori speciali nei quali opera la A2A, ma, al più, collaterale e/o connessa al ciclo integrato dei rifiuti. Ciò per le stesse ragioni già evidenziate dalla difesa di A2A.

Il ricorso sarebbe, comunque, irricevibile, in considerazione della tardività delle doglianze volte a censurare l'espressa dichiarazione, contenuta nell'invito, relativa alla mancata applicazione della disciplina degli appalti pubblici, ma anche inammissibile perché non sarebbe stato in alcun modo indicato o chiarito in che modo le regole dell'evidenza pubblica sarebbero state violate, determinando lesioni della posizione giuridica soggettiva della Cesaro Mac.

La stessa ricorrente, inoltre, avrebbe prestato acquiescenza alla dedotta esclusione dell'applicazione del codice degli appalti, con conseguente inammissibilità del ricorso anche per tale motivo.

Nel merito il ricorso sarebbe infondato.

In vista dell'udienza pubblica, la ricorrente ha chiarito, in fatto, come il biodigestore in questione sarà destinato a garantire "un procedimento di trasformazione della FORSU che ha l'essenziale caratteristica, rispetto al semplice compostaggio, di produrre gas in misura tale da garantire un apporto energetico largamente superiore alla quantità di energia necessaria per il funzionamento dell'impianto e, come effetto secondario, di elevare la qualità del compost prodotto in virtù del trattamento di digestione cui è preventivamente sottoposta la frazione organica dei rifiuti". Esso sarà, quindi, "funzionale ad utilizzi di distribuzione o autotrazione anziché semplice produzione di energia elettrica in sito con motore endotermico e generatore", specificando che solo il 10 % dell'energia prodotta sarà impiegato per il funzionamento dell'impianto, mentre il restante 90 % sarà destinato ad essere utilizzato per la distribuzione.

Tutto ciò giustificerebbe l'affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

Essa confuta, invece, la prospettata inammissibilità del ricorso per acquiescenza e tardività, sostenendo che non avrebbe avuto alcuna ragione, prima della conclusione delle trattative, di immaginare il, contestato, mancato rispetto dei principi fondamentali di pubblicità e parità di trattamento poi subito.

Quanto alla sussistenza dell'interesse a ricorrere, la ricorrente si dice certa che la sua fosse la migliore offerta, essendo l'unico soggetto a essere presente in Italia con almeno tre impianti già in funzione (in Trentino, in Liguria e in Umbria), mentre la tecnologia proposta da Atzwanger non sarebbe stata realizzata in nessun impianto funzionante in Italia.

Quindi, laddove fosse stata messa in condizione di verificare l'attività posta in essere da A2A, la ricorrente avrebbe potuto puntualmente tradurre la propria certezza in ragioni di illegittimità dell'aggiudicazione.

A2A ha replicato, insistendo sul difetto di giurisdizione connesso al fatto che l'impianto in questione non accede né all'attività di gestione integrata dei rifiuti, né a quella produzione di energia che determina l'assoggettamento all'evidenza pubblica, considerato che il biometano prodotto dall'impianto di Bedizzole sarà destinato all'autotrazione con distribuzione sul libero mercato (così la relazione tecnica) e la sua commercializzazione, a differenza dell'immissione in rete del gas naturale, è un'attività svolta in libero mercato.

Alla pubblica udienza del 25 gennaio 2018, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione, su conforme richiesta dei procuratori delle parti.

DIRITTO

Il ricorso in esame tende all'annullamento degli esiti della fase preliminare di confronto cui A2A s.p.a. e A2A Ambiente s.p.a. hanno fatto ricorso per l'affidamento della progettazione (con opzione sulla realizzazione) di un digestore anaerobico per l'impianto di trattamento FORSU di Bedizzole (impianto pilota rispetto ad altre iniziative riguardanti il nord Italia).

Infatti, A2A, essendo ente aggiudicatore solo in relazione alle attività strumentali alla prestazione dei servizi speciali da essa gestiti, ha ritenuto che la progettazione in questione non fosse soggetta alla disciplina dell'evidenza pubblica e proprio in ragione di ciò, nell'invito a presentare l'offerta, specificava chiaramente che il richiamo a norme del codice dei contratti aveva valore meramente esemplificativo e nessun valore vincolante per A2A.

Tutto ciò premesso, deve essere preliminarmente trattata l'eccezione di difetto di giurisdizione introdotta da A2A.

Essa deve essere esaminata tenendo conto della particolare natura dell'opera la cui progettazione si è previsto fosse affidata sulla scorta dell'invito ad offrire impugnato, che, secondo la tesi di parte ricorrente, porterebbe a concludere per la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

Proprio in considerazione di tale punto di partenza, questo Tribunale ravvisa la necessità, *re melius perpensa*, di declinare la propria giurisdizione.

Richiamata, preliminarmente, la natura di impresa pubblica (il capitale è, infatti, pubblico) rivolta al mercato di A2A e l'impossibilità di qualificare tale società come organismo di diritto pubblico, non essendo stata costituita al fine di soddisfare esigenze aventi carattere

non industriale o commerciale e avendo, invece, natura di società quotata in borsa, la quale offre il proprio prodotto ai consumatori in concorrenza con altre imprese del suo settore e, dunque, rimanendo soggetta al rischio di impresa (cfr., sul punto, la sentenza di questo Tribunale n.1024/2017, da cui il Collegio non ravvisa ragione di discostarsi), il che esclude che la giurisdizione del giudice amministrativo possa essere affermata in relazione al profilo soggettivo della società appaltante, la questione non può che essere risolta, così come già affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011, avendo riguardo alla natura strumentale dell'appalto rispetto all'attività propria del concessionario di pubblico servizio.

Come è stato possibile accertare sulla scorta di un più approfondito esame della documentazione, proprio della fase della decisione nel merito del ricorso, guidato da quanto prodotto dopo la pronuncia cautelare, nel caso di specie l'impianto in questione è solo parte di un ciclo produttivo ben più ampio, diretto al trattamento della FORSU, che sarebbe comunque da qualificarsi come attività libera, e avrebbe il più limitato fine della produzione di digestato e biogas da trattare in ulteriori fasi ed in diversi impianti. Più in particolare, l'impianto in questione andrebbe ad affiancarsi a quello già esistente, destinato alla produzione di compost per l'agricoltura dal trattamento della frazione verde, estendendo la lavorazione non solo al verde, ma anche a tutti i rifiuti organici derivanti dalla raccolta differenziata.

Secondo parte ricorrente, dunque, la realizzazione di tale impianto avrebbe dovuto essere assoggettata ai principi degli appalti pubblici, in quanto non solo strumentale alla produzione di energia e, dunque, a un ambito di attività tra quelli che rimangono assoggettati al codice

degli appalti, ma idonea a garantire una posizione di vantaggio, sul mercato, a chi riesca ad assicurarsi il controllo del prodotto sia in entrata (acquisizione della FORSU), che in uscita (distribuzione del gas metano e produzione di energia elettrica) dal biodigestore.

La prospettiva indicata dal ricorso appare almeno in parte fuorviata: nella fattispecie in esame, infatti, si può controvertere solo della legittimità dell'affidamento della progettazione (e, eventualmente, della realizzazione) di un impianto di trattamento del FORSU, a prescindere dal fatto che l'affidamento della gestione di quest'ultimo possa determinare una posizione di privilegio sul mercato nella definizione di un'eventuale gara per la gestione del ciclo dei rifiuti.

In altre parole, sebbene non possa negarsi che, in un prossimo futuro, la disponibilità da parte di A2A di un biodigestore possa attribuire ad A2A stessa una posizione di vantaggio in una potenziale gara per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti, ciò non risulta sufficiente a determinare alcun obbligo giuridico, per la stessa A2A, di ricorrere all'evidenza pubblica in relazione a un'operazione di mercato, ricadente nell'ambito libero del recupero dei materiali residuanti dal ciclo dei rifiuti, benchè idonea a rendere la società stessa maggiormente competitiva in quest'ultimo settore.

Considerato, peraltro, che la Cesaro Mac non è soggetto operatore nella gestione del sistema dei rifiuti, ci si potrebbe addirittura chiedere se essa sia legittimata a proporre una tale censura, ma l'esercizio risulta, di fatto, superfluo, considerata la sua infondatezza per quanto sin qui detto.

Ciò chiarito, la problematica che ci occupa nel caso di specie, relativa all'assoggettamento all'evidenza pubblica - e alla conseguente riconducibilità della questione alla giurisdizione di questo Tribunale

al fine di accertare la necessità di essa - dell'attività svolta da A2A non può essere risolta a prescindere da una corretta qualificazione dell'attività di produzione che discende dall'utilizzo del biodigestore, poiché l'eventuale rinconducibilità dell'attività al settore speciale della produzione di energia determinerebbe l'obbligo di verifica dell'operato di A2A per accertare il rispetto delle invocate regole dell'evidenza pubblica.

A tale proposito appare, però, necessario chiarire, preliminarmente, che non può essere rilevante, come, invece, vorrebbe A2A, il fatto che l'impianto in questione non produrrà direttamente né energia, né compost, ma solo biogas e digestato che verranno poi trattati in altri e diversi impianti. L'impianto è comunque destinato ad essere parte del più complesso procedimento di trattamento del compost derivante dal sistema dei rifiuti che, laddove dovesse determinare la produzione di energia con le caratteristiche di cui all'art. 115 del d. lgs. 50/2016, imporrebbe comunque l'applicazione delle speciali regole dettate dal codice dell'appalto nell'affidamento della sua progettazione, realizzazione e gestione.

La risoluzione della questione necessita, dunque, dell'approfondimento della specifica disciplina, dapprima contenuta nell'art. 208 del d. lgs. 163/06 e poi riproposta in modo del tutto identico nell'art. 115 del d. lgs. 50/2016.

In base a tale disposizione il principio generale per cui l'ente aggiudicatore attivo nei settori speciali è tenuto al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica trova eccezione nel caso in cui l'alimentazione con gas o energia termica di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico da parte di un ente aggiudicatore che non è un'amministrazione aggiudicatrice sia l'inevitabile risultato

dell'esercizio di un'attività non prevista dal comma 1. Tale circostanza è ravvisabile nel caso in esame, essendo il gas prodotto dell'attività di smaltimento rifiuti non compresa tra i settori speciali e comunque inferiore al 20 per cento del fatturato dell'ente aggiudicatore, considerando la media dell'ultimo triennio.

Più compiutamente, il secondo comma dell'art. 208 (e, in modo del tutto identico, il secondo comma dell'art. 115 del d. lgs. 50/2016) stabilisce che l'alimentazione con gas o energia termica di reti che forniscono un servizio al pubblico da parte di un ente aggiudicatore che non è un'amministrazione aggiudicatrice non è considerata un'attività di messa a disposizione di energia elettrica soggetta alle disposizioni del capo I del titolo I della Parte III del codice dei contratti (oggi sezione I del capo I del titolo VI), se ricorrono due condizioni: la produzione di gas o di energia termica da parte dell'ente interessato è l'inevitabile risultato dell'esercizio di una attività diversa da quelle specificamente preordinata alla messa a disposizione e gestione di energia e l'alimentazione della rete pubblica mira solo a sfruttare economicamente tale produzione e corrisponde al massimo al 20% del fatturato dell'ente, considerando la media dell'ultimo triennio, compreso l'anno in corso.

A2A ha depositato bilanci consolidati che evidenziano come, nell'ultimo triennio, l'attività di fornitura di gas (di ogni origine e non solo biometano) ha prodotto, per tale società, ricavi inferiori al 20 % dei totali.

Pertanto, pur essendo A2A un soggetto che opera anche nei c.d. settori speciali e sebbene l'attività svolta mediante il biodigestore determini anche la produzione di una non irrilevante quantità di energia, essa deve comunque essere ricondotta al più ampio spettro

dell'attività di recupero dei rifiuti e non può ritenersi soggetta alla disciplina propria dei settori speciali di rilevanza comunitaria (tra cui rientra, per l'appunto, l'immissione in rete e la gestione di gas e energia termica), in primo luogo in ragione della limitata incidenza della produzione di energia nell'attività svolta da A2A attraverso impianti come quello in questione.

Peraltro, nell'ultima memoria depositata, A2A ha anche chiarito che l'impianto produrrà metano destinato all'autotrazione con distribuzione sul libero mercato (così la relazione tecnica) e, per ciò stesso, la sua commercializzazione, a differenza dell'immissione in rete del gas naturale, è un'attività svolta in libero mercato, non soggetta alla disciplina di cui al già citato art. 115.

Escluso, dunque, l'applicabilità alla fattispecie della parte del codice degli appalti dedicata agli appalti nei settori speciali, ad analoga conclusione si deve pervenire anche con riferimento alle ulteriori parti del codice stesso, previa corretta qualificazione dell'ambito di riferimento, che, nel ricorso si sostiene sarebbe quello del trattamento dei rifiuti.

A tale proposito, si deve ricordare che il t.u. degli enti locali prevede che l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti formi oggetto di affidamento di un'apposita gara. In esso si legge, infatti: «Sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'art. 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all' art. 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267» (seconda parte del comma 1).

Pertanto, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani differenziati e indifferenziati, lo spazzamento stradale e altri servizi di igiene urbana sono effettuati dalle aziende selezionate dai Comuni, cui il servizio di gestione dei rifiuti urbani è affidato, con apposita gara, dai Comuni.

Tale previsione riguarda, però, la gestione dei rifiuti urbani e assimilati «avviati allo smaltimento» e non destinati al recupero, il quale quindi deve intendersi, in linea di principio, si ribadisce ancora una volta e anche in quest'ottica, «liberalizzato».

Non appare, dunque, corretto il richiamo operato dalla ricorrente ai precedenti giurisprudenziali con cui questo Tribunale ha ravvisato la propria giurisdizione in ordine all'affidamento di appalti, da parte di A2A s.p.a., aventi a oggetto servizi, lavori e forniture specificamente connessi all'esercizio dell'attività in qualità di concessionario di pubblico servizio.

Al Collegio non rimane, dunque, tutto ciò chiarito, che declinare la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario, non potendosi controvertere, davanti al giudice amministrativo, della legittimità di atti e comportamenti posti in essere da A2A come operatore sul mercato libero rispetto alle invocate regole dell'evidenza pubblica.

Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza, considerato anche quanto già evidenziato in sede cautelare in ordine all'acquiescenza prestata da parte ricorrente nella partecipazione al confronto sul libero mercato che ha condotto al risultato avversato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il proprio difetto di giurisdizione, dando atto che il termine per la riassunzione davanti al

giudice ordinario – termine fino alla scadenza del quale saranno salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda – è pari a tre mesi dal passaggio in giudicato della presente decisione.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore di A2A s.p.a. e A2A Ambiente s.p.a., congiuntamente considerate come un'unica parte e della società Atzwanger s.p.a., nella somma di euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) ciascuna parte, per un totale di euro 5.000,00 (cinquemila), oltre ad accessori, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO