Pubblicato il 14/01/2021

N. 00084/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00438/2020 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 438 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

La Portuale II Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lo Duca Bonaventura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via Milano n. 85;

contro

Comune di Catania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Macrì Daniela, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, in persona del suo Presidente;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro legale rappresentante pro tempore, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, ed ivi domiciliati in via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Dusty S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Capizzi Marianna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

con il ricorso principale

- dei provvedimenti, ignoti data, numero e non pubblicati, con i quali il Comune di Catania ha affidato alla Dusty S.r.l. il servizio di pulizia, spazzamento e raccolta rifiuti delle banchine, dei piazzali e delle calate del porto di Catania;
- dei provvedimenti, ignoti data, numero e non pubblicati, con i quali il Comune di Catania ha determinato la propria competenza in ordine allo svolgimento del servizio di pulizia, spazzamento e raccolta rifiuti delle banchine, dei piazzali e delle calate del porto di Catania;
- dei provvedimenti, ignoti data, numero e non pubblicati, con i quali l'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale ha determinato la propria incompetenza in ordine allo svolgimento del
servizio di pulizia, spazzamento e raccolta rifiuti delle banchine, dei piazzali e delle calate del porto di Catania;

nonché, ove occorra:

- della nota prot. n. 10251 del 17.4.2018 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, avente ad oggetto "Articolo 6, comma 4 lett. c) della legge 84/94. Servizi di interesse generale";
- della nota prot. n. 186-U-2020/SG dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale del 9.1.2020, avente ad oggetto "Porto di Catania - Servizio di pulizia di sedime portuale (…)";
- della nota prot. n. 14254-U-2019/SG del 31.12.2019 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, avente ad oggetto "Servizi di interesse generale raccolta rifiuti in ambito portuale", conosciuta in data 21.1.2020;

- nota prot. n. 34888 del 30.12.2019 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, avente ad oggetto “Servizi di interesse generale raccolta rifiuti in ambito portuale”, conosciuta in data 21.1.2020;
- della nota prot. n. 13633-U-2019/SG del 12.12.2019 dell’Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, avente ad oggetto “Servizi di interesse generale raccolta rifiuti in ambito portuale”, conosciuta in data 21.1.2020;
- della nota prot. n. 435941 del 12.12.2019 del Comune di Catania, avente ad oggetto “(…) interruzione del Servizio di raccolta dei rifiuti (…)”, conosciuta in data 21.1.2020;
- della nota prot. n. 13089-U-2019/SG del 29.11.2019 dell’Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, avente ad oggetto “Contratto d’appalto rep. n. 54/19 (…)”, conosciuta in data 21.1.2020;
- della nota prot. n. 13634-U-2019/SG del 12.12.2019 dell’Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, avente ad oggetto un intervento di pulizia straordinaria del sedime portuale;
- di ogni ulteriore atto, presupposto, comunque connesso, consequenziale, anche se non conosciuto.

e con il ricorso per motivi aggiunti,

del provvedimento n. 13/91 del 6.3.2020 del Comune di Catania, avente ad oggetto “procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell’art. 63, comma 2, lettera c, d. lgs. 50/2016”, relativa ai servizi di pulizia e connessi del sedime portuale;

della nota prot. n. 88861 del 6.3.2020 del Comune di Catania, con la quale si dispone l’avvio delle attività di pulizia e connesse del sedime portuale;

di ogni ulteriore atto, presupposto, comunque connesso,

consequenziale, anche se non conosciuto.

e inoltre per la declaratoria di inefficacia

- dell’atto di sottomissione a favore del Comune di Catania, relativo alle attività di pulizia, spazzamento, ivi incluso lo scerbamento, lavaggio e disinfezione di tutte le

banchine, dei piazzali e delle calate portuali, sottoscritto dalla ditta affidataria Dusty S.r.l.;

nonché, ove occorra,

- della nota prot. n. 1648-U-2020 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale del 7.2.2020, avente ad oggetto "Servizio di pulizia del sedime portuale del Porto di Catania", con la quale si esorta il Comune di Catania ha provvedere al recupero dei rifiuti presenti sul

sedime portuale;

- della nota prot. n. 56543 del 13.2.2020 del Comune di Catania, con la quale si chiede al Ministero Infrastrutture e Trasporti parere in merito alla competenza in materia di raccolta rifiuti in ambito

portuale;

- della nota prot. n. 6565 del 5.3.2020 del Ministero Infrastrutture e Trasporti, con la quale si riscontra la richiesta di parere del Comune di Catania;

- della nota prot. n. 419100 del 5.12.2019 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, indirizzata al Comune di Catania, ancorchè non conosciuta;

ed altresì, degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Catania, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Dusty S.r.l. e dell'Autorita' di Sistema Portuale del Mar della Sicilia Orientale - Catania;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 13 gennaio 2021 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Portuale II Società Cooperativa ha avuto affidato dall'Autorità di Sistema Portuale competente il servizio di pulizia, spazzamento e connessi di tutte le banchine, piazzali e calate portuali, nonché del servizio di pulizia degli specchi acquei del porto di Catania, giusto contratto rep. n. 54 del 14.1.2019, con scadenza originaria il 17.8.2019 e, poi, sino al 30.11.2019. In data 15.11.2019, con nota assunta al prot. n. 12506-E-2019, la coop. La Portuale II, ha richiesto il rilascio di concessione per lo svolgimento del servizio già affidatole in precedenza, senza tuttavia ottenere alcun riscontro.

A seguito della novella legislativa introdotta dal D.lgs. n. 232/2017, che ha modificato l'art. 6, comma 4 della l. n. 84/1994, eliminando sostanzialmente la preventiva individuazione con decreto ministeriale dei servizi di interesse generale di competenza dell'Autorità portuale, è divenuto dubbio se il servizio di pulizia e spazzamento delle aree portuali rientrasse ancora tra le competenze dell'Autorità portuale, o non fosse transitato in capo all'amministrazione comunale. Questa situazione si è verificata anche all'interno del Porto di Catania, dove, in via di mero fatto, dipendenti della Portuale II Società Cooperativa hanno potuto ravvisare – non si sa a quale titolo - la presenza ivi di personale e mezzi di un operatore privato, nello specifico della Dusty S.r.l., ivi impegnati nell'esecuzione del servizio di pulizia e raccolta.

Pur mancando la conoscenza specifica degli atti in base ai quali la Dusty s.r.l. era (apparentemente) a sé succeduta nell'esecuzione del servizio di pulizia e raccolta presso il Porto di Catania, la Portuale II Società agiva a tutela delle proprie ragioni con un ricorso notificato il 02/03/2020.

Si costituivano in giudizio gli intimati Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Autorità Portuale del Mare di Sicilia Orientale e Comune di Catania.

A seguito del positivo riscontro di istanze di accesso agli atti del 25/03/2020 e del 03/04/2020, la Portuale II Società Cooperativa acquisiva ulteriori elementi di conoscenza che le consentivano di proporre un ricorso per motivi aggiunti con atto depositato in segreteria il 13/05/2020.

Con ordinanza n. 2699/2020 veniva respinta la domanda cautelare proposta dalla società cooperativa ricorrente, ritenendo il Collegio che "*nel bilanciamento dei contrapposti interessi, appare assolutamente prevalente l'esigenza di salvaguardare la continuità del servizio, tenuto conto del modesto rilievo patrimoniale della vicenda (il servizio svolto dalla controinteressata nell'area portuale risulta pari ad € 54.178,14, IVA inclusa, con un utile imprenditoriale che dovrebbe, quindi, essere pari a poche migliaia di euro); ed altresì segnalando, ma "in via del tutto dubitativa", "la questione relativa alla eventuale insussistenza della competenza territoriale di questo Tribunale, essendo state impugnate delle note ministeriali che sembrano spiegare efficacia su tutto il territorio nazionale*".

Le parti scambiavano fra loro ulteriori scritti defensionali.

Il giorno 13/01/2021 si svolgeva – concretamente in assenza della discussione da remoto da parte dei patrocinatori delle parti, sebbene la possibilità di ciò fosse stata garantita dall'operare delle previsioni di cui al primo comma dell'art. 4 del D.L. n. 28/2020, così come richiamato dall'art. 25 del D.L. n. 137/2020 - l'udienza pubblica per l'esame del ricorso in epigrafe, che veniva trattenuto in decisione

Preliminarmente il Collegio deve definitivamente sciogliere il dubbio circa il sussistere o meno della propria competenza. In proposito deve osservarsi come gli unici atti esorbitanti dalla competenza del giudice adito che potrebbero astrattamente aver condizionato la adozione del provvedimenti impugnato - ovvero la nota prot. n. 10251 del 17.4.2018 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, avente ad oggetto "Articolo 6, comma 4 lett.c) della legge 84/94. Servizi di interesse generale, la nota prot. n. 34888 del 30.12.2019 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, avente ad oggetto "Servizi di interesse generale raccolta rifiuti in ambito portuale", conosciuta in data 21.1.2020, e la nota prot. n. 6565 del 5.3.2020 del Ministero Infrastrutture e Trasporti, di riscontro alla nota prot. n. 56543 del 13.2.2020 del Comune di Catania -, oltre ad esser stati impugnati soltanto "ove occorra" (e quindi: in via soltanto eventuale; e pertanto da doversi

tenere in non cale ove tali da precludere la possibilità stessa della tutela giurisdizionale dinnanzi al giudice concretamente adito), non sono mai stati fatto oggetto di espresso richiamo all'interno della motivazione del provvedimento n. 13/91 del 6.3.2020 del Comune di Catania. Da ciò consegue che nel valutare la legittimità di quest'ultimo il giudice adito potrà e dovrà prendere in considerazione esclusivamente le fonti normative che disciplinano il potere concretamente esercitato dall'Amministrazione che ne è stata autrice, e non meri atti d'indirizzo, che oltretutto il Comune intimato non ha mai palesato la volontà di ritener condizionanti quanto alla decisione da assumere - ed i quali, pertanto, non incidono negativamente sulla potestas judicandi del Collegio con riguardo alla presente controversia.

Passando all'esame dei rapporti fra il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti, il Collegio osserva come tali atti di gravame risultino perfettamente speculari nel relativo impianto, e caratterizzati unicamente dal maggior dettaglio in punto di fatto che le argomentazioni della ricorrente società cooperativa hanno potuto assumere dopo le informazioni acquisite in esito ad una richiesta di accesso, del cui positivo esito essa ha ragguagliato il Collegio all'interno dello stesso ricorso per motivi aggiunti. Dato queste circostanze, il Collegio condurrà il proprio esame considerando unicamente quest'ultimo atto di gravame; e precisando poi se le corrispondenti censure del ricorso principale debbano essere respinte od accolte per i medesimi motivi, o se debbano invece andare incontro ad una diversa sorte, e per quali (eventuali) ragioni.

Con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti sono stati postulati vizi di violazione dell'art. 6, comma 4, della L n. 84/1994, del principio di buon andamento, trasparenza ed imparzialità della P.A., di incompetenza, nonché di eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto dei presupposti e difetto d'istruttoria.

Secondo la società cooperativa ricorrente "*sia l'abrogazione del D.M. 14 novembre 1994 (così art. 15, comma 12, del d.lgs. n. 232/2017), sia la soppressione delle*

parole "individuati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti" (soppressione operata dall'art. 2, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 232/2017), non producono altro effetto se non quello di rendere non più tassativo, ed affidato all'individuazione di un apposito decreto ministeriale, l'elenco dei servizi di interesse generale attribuiti alla cure dell'Autorità del sistema portuale". Da questa premessa essa farebbe discendere che, rispetto ad una vocazione "generalista" del servizio di igiene urbana da parte degli enti locali con riguardo a ciascuna parte del proprio territorio, essa dovrebbe trovar deroga con riguardo agli spazi ricompresi all'interno di aree portuali in base a talune previsioni della L. n. 84/1994 non negativamente incise dal d.lgs. n. 232/2017; e più in particolare in base alle previsioni del quarto comma della lettera 6 della L. n. 84/1994, alla cui stregua rientrano fra i compiti intestati alla rispettiva Autorità Portuale quelli di:

****

b) manutenzione ordinaria e straordinaria delle parti comuni nell'ambito portuale, ivi compresa quella per il mantenimento dei fondali;

c) affidamento e controllo delle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale, non coincidenti né strettamente connessi alle operazioni portuali di cui all'articolo 16, comma 1;

****

****

e) amministrazione in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella propria circoscrizione, in forza di quanto previsto dalla presente legge e dal codice della navigazione, fatte salve le eventuali competenze regionali e la legislazione speciale per la salvaguardia di Venezia e della sua laguna. Per la gestione delle attività inerenti le funzioni sul demanio marittimo le Autorità di sistema portuale si avvalgono del Sistema informativo del demanio marittimo (S.I.D.).

Tanto premesso, appare chiaro come l'unica deroga prevista dalla L. n. 84/1994 -

nel testo a tutt'oggi vigente - in materia di "*amministrazione in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella … circoscrizione*" di ciascuna Autorità Portuale sia rappresentato dal sussistere di "*competenze regionali*".

Già in base a tale circostanza, non è quindi dato comprendere come la "*competenz*(a)" di un ente locale, quale il Comune di Catania, potrebbe sottrarre a quella dell'Autorità Portuale di Catania una attività – quella del servizio di igiene urbana – che rimane a parere del Collegio indefettibilmente assorbita in quella di "*amministrazione in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella propria circoscrizione*". Basti pensare, in proposito, ai risultati aberranti cui potrebbe condurre un diverso opinare. L'Autorità Portuale, chiamata alla "*amministrazione in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella propria circoscrizione*" in base alla lettera e) del quarto comma dell'art. 5 della L. n. 84/1990, sarebbe da un lato – dove la situazione di pericolo dovesse discendere dal precario stato di svolgimento dell'attività di raccolta dei rifiuti in area portuale – esposta a responsabilità nei confronti degli operatori portuali e di qualunque altro soggetto ivi ammesso a norma dell'art. 2051 c.c.: mentre, dall'altro, sarebbe priva di qualunque potere giuridico per riportare a normalità l'attività di raccolta dei rifiuti nel medesimo ambito, non potendone esercitare alcuno (come la comminatoria di penali e, quale *extrema ratio*, la risoluzione del rapporto contrattuale, con la scelta di altro operatore economico cui affidare lo svolgimento del medesimo servizio) nei confronti della controinteressata Dusty s.r.l.

Per quanto poi, in base alle considerazioni di cui a seguire, nessun vizio diverso da quello di incompetenza possa essere scrutinato dal Collegio, non possono sottacersi le (ulteriori) incongruenze cui darebbe luogo il riconoscimento di una competenza del Comune di Catania quanto alla individuazione del soggetto cui affidare il servizio di recupero dei rifiuti in area portuale: dato che quelli relativi allo specchio acqueo – che costituiscono rifiuti speciali a norma dell'art. 184, comma 3, lett. e)

ed f) del d. lgs. n.152/2006 – imporrebbero comunque la presenza in rada di un operatore diverso dalla controinteressata Dusty s.r.l. per la loro rimozione: creando così una diarchia poco in linea con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, e compromettendo altresì la possibilità di realizzare economie di scala le quali, abbassando il costo del servizio, tornino a vantaggio dell'Autorità Portuale e, per essa, degli operatori portuali, sui quali i relativo costi vengono ribaltati a norma della lettera c) del quarto comma dell'art. 6 della L. n. 84/1994.

Nella Regione Siciliana, poi, i beni del demanio marittimo (ivi compresi quelli del demanio portuale), in forza delle previsioni dell'art. 32 dello Statuto, sono di appartenenza della medesima Regione, piuttosto che dello Stato. Da ciò consegue che la prevista salvezza delle "*eventuali competenze regionali*" si sarebbe potuta avere, nella Regione Siciliana, soltanto ove tale ente territoriale avesse previsto, fra i compiti di gestione del proprio demanio marittimo (ivi compreso quello portuale), anche quello della gestione dei rifiuti all'interno delle aree portuali: o direttamente, (ed eventualmente) mediante articolazioni territoriali del proprio Assessorato Territorio e Ambiente – Dipartimento dell'Ambiente – Ufficio Demanio Marittimo; od attribuendo originariamente, o soltanto delegando, l'esercizio di quell'attività ai Comuni, all'interno del cui territorio ricadessero le aree di demanio marittimo ricomprese entro la circoscrizione di una delle Autorità Portuali esistenti all'interno del territorio regionale.

Niente di tutto ciò è però mai accaduto.

A tal proposito occorre aver particolare riguardo alla L.R. n. 9/2010, che, con previsione generale, ha fatto salve le competenze dei Comuni siciliani – con rinvio all'art. 198 del D. Lgs. n. 152/2006 – per l'attività di gestione dei rifiuti nell'ambito del rispettivo territorio sino all'avvio degli ATO. Com'è evidente quella norma generale, benchè sopravvenuta, non può in alcun modo elidere una competenza che il Collegio ritiene invece radicarsi (ancora) alla lettera e) del quarto comma dell'art. 6 della L. n. 84/1994 nel testo attualmente vigente. Correttamente dunque la società

ricorrente invoca il principio di specialità nel concorso fra norme via via succedutesi nel tempo: anche se a ben vedere esso riguarda, non già il rapporto fra la L. n. 84/1994 e il D. Lgs. n. 22/1997 e il D. Lgs. n. 232/2017, ma fra la prima e la L.R. n. 9/2010, che in quanto legge generale sopravvenuta (in materia di igiene urbana nell'ambito della Regione Siciliana), non individua alcuna "*eventual(e) competenz*(a) r*egiona*l(e)" che possa far venir meno il potere delle Autorità Portuali di "*amministra*(re) *in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella propria circoscrizione*"; e quindi, anche quello - che a giudizio del Collegio ne costituisce un ineludibile corollario – di garantire l'igiene, la salubrità e il decoro delle relative aree mediante il servizio ivi di pulizia e di rimozione dei rifiuti: per la cui gestione essa deve ritenersi avere conservato l'attribuzione di tutti i poteri e le connesse responsabilità, anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 232/2017 (quantomeno nell'ambito della Regione Siciliana).

Dato che in base alle predette considerazioni deve ritenersi inverato il postulato – in modo sostanzialmente coincidente, tanto all'interno del ricorso per motivi aggiunti, quanto all'interno del ricorso principale - vizio di incompetenza, una tale circostanza è tale da precludere al Collegio l'esame di ogni altro motivo di ricorso in base al condiviso orientamento giurisprudenziale secondo cui "*una volta ritenuta incompetente l'autorità che ha emanato l'atto impugnato, una valutazione su vizi sostanziali si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente …* (che) *si risolverebbe poi in una violazione dell'art. 34 comma 2 c.p.a., per cui "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*""(*ex plurimis* e da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. 30 ottobre 2020, n. 6655).

Conclusivamente, pertanto, il Collegio, riconosciuta la fondatezza tanto del ricorso principale, quanto del ricorso per motivi aggiunti in relazione alla postulata incompetenza del Comune di Catania - e prescindendo dall'esame di ogni altra censure per le ragioni sopra indicate -, li accoglie entrambi, e per gli effetti annulla il provvedimento n. 13/91 del 6.3.2020 del Comune di Catania,

avente ad oggetto “procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell’art. 63, comma 2, lettera c, d. lgs. 50/2016”, relativa ai servizi di pulizia e connessi del sedime portuale e la nota prot. n. 88861 del 6.3.2020 del Comune di Catania, con la quale si dispone l’avvio delle attività di pulizia e connesse del sedime portuale.

Tenuto conto delle incertezze che negli operatori del settore hanno comunque determinato le innovazioni normative realizzate dal D. Lgs. n. 232/2017, il Collegio ritiene che una tale circostanza possa essere apprezzata quale giustificato motivo per disporre la totale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) accoglie tanto il ricorso principale, quanto il ricorso per motivi aggiunti, e per gli effetti annulla il provvedimento n. 13/91 del 6.3.2020 del Comune di Catania, avente ad oggetto “procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell’art. 63, comma 2, lettera c, d. lgs. 50/2016”, relativa ai servizi di pulizia e connessi del sedime portuale e la nota prot. n. 88861 del 6.3.2020 del Comune di Catania, con la quale si dispone l’avvio delle attività di pulizia e connesse del sedime portuale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Giuseppa Leggio, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Gustavo Giovanni Rosario Cumin	**Daniele Burzichelli**

IL SEGRETARIO