

Pubblicato il 24/10/2024

N. 08507/2024 REG.PROV.COLL.
N. 05248/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5248 del 2023, proposto dalla Fibe S.p.A. in proprio e quale Incorporante la Fibe Campania S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Giovanni Carbone ed Ennio Magri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri e Unità Tecnico-Amministrativa ex art. 15 O.p.c.m. n. 3920 del 2011, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 02761/2023.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e della Unità Tecnico Amministrativa ex art. 15 O.p.c.m. n. 3920 del

2011;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2024 il Cons. Luca Monteferrante e uditi per le parti gli avvocati presenti come da verbale;

1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Unità Tecnico-Amministrativa ex art. 15 O.p.c.m. n. 3920 del 2011 con atto di citazione notificato in data 12 novembre 2012 convenivano in giudizio la Fibe s.p.a. (di seguito, Fibe) dinanzi al Tribunale ordinario di Napoli per sentirla condannare all'adempimento dell'obbligazione assunta con l'atto di sottomissione del 25 febbraio 2005, allorquando la stessa, nella sua qualità di affidataria del servizio di smaltimento dei rifiuti – nel periodo di gestione dell'emergenza rifiuti in Campania - aveva assunto, unitamente a Fibe Campania s.p.a., fra gli altri, l'obbligo di *“rinunziare alla percentuale del 21% della tariffa di smaltimento dei rifiuti che percepiranno, riversandola al Commissario Delegato di Governo ed assicurando nel contempo il rigoroso rispetto della legge”* a fronte di una serie di contestazioni relative alla corretta esecuzione degli impegni assunti nella gestione del servizio, con particolare riferimento alla qualità del combustibile derivato da rifiuti (c.d. CdR) da bruciare nei termovalorizzatori da realizzare.

1.1. In particolare FIBE S.p.a. e la FIBE Campania S.p.a., in forza di contratti stipulati nel 2000 (rep. n. 11503 del 2000) e nel 2001 (n. rep. 52 del 2001) con il Commissario di Governo, in relazione allo stato di emergenza rifiuti dichiarato nella Regione Campania, erano divenute affidatarie del servizio di smaltimento dei rifiuti urbani e della realizzazione in *project financing* degli impianti di Cdr e di termovalorizzazione, gestiti per il periodo di durata del contratto, con individuazione del corrispettivo nelle somme dovute a titolo di tariffa per lo smaltimento, poste a carico dei soggetti conferitori di rifiuti, e nei proventi derivanti dalla produzione di energia elettrica prodotta dall'impianto di termovalorizzazione.

La concessionaria del servizio provvedeva anche alla riscossione del contributo di ristoro ambientale destinato ai Comuni ove sono ubicati gli impianti, ed avente funzione compensativa del sacrificio ad essi imposto, da corrispondersi all'affidataria del servizio in occasione del pagamento della tariffa di smaltimento, per poi essere trasferito a favore dei Comuni aventi diritto.

I contratti subivano notevoli difficoltà di esecuzione, poiché, a fronte della realizzazione degli impianti di trattamento dei rifiuti nei termini contrattualmente previsti, con l'attivazione del servizio di trattamento, la realizzazione dei termovalorizzatori e delle discariche di servizio era stata ostacolata da ritardi e dalle omissioni imputate dalle concessionarie al Commissario di Governo, in violazione dei contratti, che prevedevano un sistema integrato, composto da:

- impianti di trattamento finalizzati a separare la parte combustibile dei rifiuti dai residui non facilmente combustibili;
- termovalorizzatori da realizzare nelle località di Acerra e S. Maria La Fossa, finalizzati a smaltire rifiuti combustibili producendo elettricità da cedere a prezzo agevolato;
- dalle discariche di servizio, finalizzate allo smaltimento dei rifiuti non utilmente combustibili; pertanto la mera realizzazione degli stabilimenti di trattamento dei rifiuti non poteva avere alcuna funzionalità in mancanza dei siti di destinazione finale di rifiuti trattati.

A causa della situazione di emergenza causata dall'impossibilità di attivare l'intero sistema di trattamento e smaltimento dei rifiuti, in data 30/11/2005 interveniva il decreto legge n. 245/2005, convertito con la legge n. 21/2006, con cui era disposta la risoluzione dei contratti di affidamento a far tempo dal 15/12/2005, salvi i diritti derivanti dai rapporti contrattuali risolti, con contestuale obbligo a carico delle affidatarie di proseguire nella gestione provvisoria del servizio fino al subentro del nuovo affidatario.

Prima della risoluzione *ex lege*, gli impianti di produzione di CDR erano sottoposti a sequestro dalla locale Procura della Repubblica in data 2 febbraio 2005.

Veniva quindi predisposto un progetto di intervento per migliorare la qualità del CDR – ritenuto non idoneo allo scopo - e renderlo conforme alle previsioni del contratto di affidamento.

La Procura quindi disponeva il dissequestro degli impianti di CDR per consentire l'esecuzione degli interventi di adeguamento ma con divieto di utilizzo e autorizzava il solo stoccaggio dei rifiuti solidi urbani in aree determinate.

In questo contesto di reciproche contestazioni e di potenziale blocco del sistema di smaltimento, anche alla luce dei provvedimenti di sequestro adottati dalla locale Procura, Fibe s.p.a. e Fibe Campania s.p.a. in data 25 febbraio 2005 sottoscrivevano un atto di sottomissione con cui si obbligavano a realizzare gli interventi infrastrutturali necessari a migliorare la qualità del CDR nel rispetto di quanto richiesto dal Commissario straordinario con lettera del 28 gennaio 2005 ed in altra istanza ivi indicata (allegate sub A) e B)) e quelli ulteriori indicati nella istanza di dissequestro degli impianti che il Commissario avrebbe di lì a breve inviato alla Procura della Repubblica.

Al contempo con il medesimo atto d'obbligo si impegnavano, nonostante i maggiori costi di adeguamento, come si è visto, a *“rinunziare alla percentuale del 21% della tariffa di smaltimento dei rifiuti che percepiranno, riversandola al Commissario Delegato di Governo ed assicurando nel contempo il rigoroso rispetto della legge”*.

Per il versamento di tale differenza tariffaria ha dunque agito nel presente giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dapprima dinanzi al giudice ordinario e, successivamente, dinanzi a quello amministrativo.

2. In particolare il Tribunale civile di Napoli, con sentenza 22 gennaio 2018, n. 921, ha declinato la giurisdizione in favore del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, dinanzi al quale il giudizio è stato tempestivamente e ritualmente riassunto dalle predette Amministrazioni.

3. Con memoria del 9 gennaio 2023, Fibe ha chiesto al Collegio di sollevare conflitto negativo di giurisdizione ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.a.

4. Il T.a.r. con sentenza n. 2761 del 2023, nell'accogliere la domanda restitutoria delle amministrazioni statali, ha ritenuto preliminarmente di non dover sollevare il conflitto negativo, trattandosi di controversia comunque afferente al ciclo di gestione dei rifiuti e come tale ricompresa nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art 133, comma 1, lett. p) c.p.a.

5. Fibe ha proposto appello avverso la predetta sentenza e, tra gli altri capi, ha impugnato anche quello con cui il T.a.r. ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, insistendo per la proposizione del conflitto negativo di giurisdizione, dovendosi, a suo dire, ritenere la competenza del giudice ordinario a decidere la presente controversia.

La difesa erariale, con memoria conclusiva, ha contestato tale tesi.

6. La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 26 settembre 2024.

7. Il Collegio è dell'avviso che il presente giudizio debba essere devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario e pertanto ritiene necessario sollevare il conflitto negativo di giurisdizione in relazione alla pronuncia declinatoria resa dal Tribunale civile di Napoli, essendo stato proposto un espresso motivo di appello sul punto che, in forza dell'effetto devolutivo del gravame, ripropone nel presente grado la medesima questione tempestivamente esaminata, "alla prima udienza", dal T.a.r., secondo quanto richiesto dall'art. 11, comma 3 c.p.a. a mente del quale *"Quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione."*

Inoltre ai sensi dell'art. 362, comma 2 *"Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione:*

1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra giudice amministrativo e giudice speciale, o tra questi e i giudici ordinari?".

Cosa debba intendersi per "prima udienza" ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.a. è stato, a più riprese, chiarito dalle Sezioni unite (cfr. tra le tante Cass.

civ., sez. un., ord. 17 giugno 2021, 17329; ord. 29 ottobre 2020 n. 23904; ord. 28 ottobre 2020, n. 23749; ord. 11 aprile 2018, n. 8981).

7.1. Il limite temporale posto dall'art. 11, comma 3, c.p.a. deve intendersi rispettato nel caso di specie poiché il T.a.r. ha espressamente affrontato la questione nella prima udienza di merito fissata, pervenendo alla decisione motivata di non sollevare il conflitto e tale statuizione è oggetto di specifico motivo di appello sicchè la questione riemerge nel presente grado nella sua completezza, anche in ordine al profilo temporale, che resta cristallizzato al momento in cui il tema è stato affrontato, tempestivamente, dal T.a.r. all'esito dell'udienza di trattazione del merito.

Non è dunque ostativo alla ammissibilità del rimedio quanto osservato da Cass. civ., sez. un. 24 gennaio 2020, n. 1611 in fattispecie diversa in cui il T.a.r. non si era pronunciato espressamente sulla insussistenza dei presupposti per sollevare il conflitto negativo e l'appellante si era limitato a riproporre in appello l'eccezione di difetto di giurisdizione, oltre il limite temporale posto dall'art. 11, comma 3, c.p.a., in tal modo precludendo il rimedio del conflitto, per tale ragione ritenuto inammissibile dalle Sezioni unite.

7.2. Venendo al merito del conflitto, il Collegio osserva che nel caso di specie la giurisdizione spetta al giudice ordinario per le seguenti ragioni.

Occorre premettere che secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, la giurisdizione deve essere determinata sulla base della domanda, dovendosi guardare, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, al c.d. *petitum* sostanziale, da identificare, non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto, soprattutto, in funzione della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, da individuare con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono espressione (*ex plurimis*, Cass. civ. sez. un., n. 20350 del 2018; *idem*, sez. un., n. 25578 del 2020 e sez. un. n. 13492 del 2021). In tal senso è stata intesa la formula secondo cui “*la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda*” di cui all'art. 386 c.p.c..

La sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 ha poi chiarito che condizione ineludibile per configurare la giurisdizione amministrativa, sia di legittimità sia esclusiva, è che la pubblica amministrazione agisca come autorità, e non come “qualsiasi litigante privato” e che oggetto di causa sia sempre la contestazione dell'esercizio del potere in concreto. In questa prospettiva la “intrinseca natura della situazione giuridica dedotta in giudizio” - che costituisce l'oggetto dell'indagine sul *petitum* sostanziale - viene sostanzialmente a coincidere con la verifica della esistenza o meno di una contestazione in concreto dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione intesa come autorità, contestazione che costituisce condizione necessaria per radicare la giurisdizione amministrativa.

Non è quindi la generica inerenza dell'oggetto della controversia a una “materia” tra quelle elencate nell'art. 133 c.p.a. – come ritenuto erroneamente dapprima dal Tribunale di Napoli e successivamente dal T.a.r. - a radicare la giurisdizione esclusiva, ma la contestazione sulle modalità di esercizio del potere concretamente esercitato dalla pubblica amministrazione in quella materia.

Nella fattispecie in esame viene in rilievo un atto d'obbligo che ha natura paritetica in quanto sottoscritto dalle parti nell'esercizio della capacità generale di diritto privato, e si inserisce nell'ambito di una fattispecie di *project financing* ascrivibile allo schema della concessione di costruzione e gestione (di impianti di smaltimento di rifiuti).

In particolare la controversia attiene alla fase di attuazione ed esecuzione di un contratto di concessione stipulato tra le parti a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, in cui la natura concessoria dell'affidamento è desumibile dalle modalità di costituzione e svolgimento del rapporto, avendo l'attrice realizzato opere strumentali al servizio di smaltimento dei rifiuti costituenti la proprietà cosiddetta di concessione, che è rimasta in parte acquisita gratuitamente all'Amministrazione concedente, pur trattandosi di lavori realizzati dalla concessionaria con risorse proprie.

Si tratta in sostanza di una concessione di costruzione e gestione realizzata secondo il meccanismo finanziario del *projet financing*, in cui la prestazione del privato consiste nella progettazione, esecuzione e gestione funzionale ed economica dei lavori pubblici o di pubblica utilità e nella loro gestione funzionale ed economica, il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati per un significativo arco temporale, in cui l'interesse economico del contraente privato consiste nei maggiori ricavi attesi dalla gestione dell'opera rispetto ai costi sostenuti per la realizzazione e la gestione della stessa: trattasi di un meccanismo in forza del quale il concessionario trae la remunerazione non dal concedente, bensì dalla gestione del servizio, a differenza dell'appalto, in cui l'appaltante provvede al pagamento del corrispettivo nei confronti dell'appaltatore.

In tale contesto si iscrive la sottoscrizione da parte delle concessionarie di un atto d'obbligo che costituisce un accordo finalizzato a porre rimedio – senza rinuncia alle rispettive pretese - alle reciproche contestazioni relative ad “inadempimenti” rispetto agli impegni assunti con la stipula dei contratti n. 11503/2000 e n. 52/2001:

Ne consegue che ad agire non è un privato che impugna atti o contesta l'esercizio - anche mediato - di poteri amministrativi bensì una pubblica amministrazione e la natura intrinseca della situazione giuridica azionata è di diritto soggettivo alla ripetizione di una somma di denaro.

Si tratta di controversie che attengono alla fase esecutiva del rapporto in relazione ad una concessione di costruzione e gestione (Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32728; *idem* 13 settembre 2017, n. 21200).e, più in particolare, alla fase attuativa di un accordo stipulato, senza che vengano in rilievo poteri pubblici.

Inoltre, in via generale, la giurisprudenza delle Sezioni Unite è univoca nell'affermare che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie attinenti alla complessiva azione di gestione

dei rifiuti, ora prevista dall'art. 133, comma 1, lett. p), cod. proc. amm., presuppone che gli atti di gestione siano espressione dell'esercizio di un potere autoritativo della pubblica amministrazione (o dei soggetti a questa equiparati), mentre quando in giudizio sia dedotto un rapporto obbligatorio avente la propria fonte in una pattuizione di tipo negoziale intesa a regolamentare gli aspetti meramente patrimoniali della gestione, come accade nel caso di specie, la controversia continua ad appartenere alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2010, n. 14126; Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2010, n. 23597; Cass. civ., sez. un., 24 maggio 2013, n. 12901; Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2016, n. 23227).

A tal ultima tipologia di contenzioso è stato ricondotto anche il caso di pretesa concernente la corresponsione del corrispettivo della gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, affidato sulla base di ordinanze contingibili e urgenti adottate (per ragioni di emergenza ambientale) ai sensi del d.lgs. 191/2006, anch'esso devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che esso riguarda unicamente l'esecuzione del rapporto di natura privatistica intercorrente tra le parti e la cognizione di aspetti puramente patrimoniali, senza involgere il sindacato, in via diretta o incidentale, della legittimità dell'attività provvedimento urgente posta a monte dello stesso, la quale costituisce uno strumento alternativo e sostitutivo del contratto di appalto (Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2020, n. 12483).

A fortiori il suddetto principio vale nel caso di specie in cui il fatto costitutivo della pretesa restitutoria è rappresentato da una mera appendice contrattuale, un patto aggiunto, la cui interpretazione non presuppone in alcun modo accertamenti sull'esercizio di poteri pubblici i cui caratteri non sono ravvisabili nella pretesa di pagamento delle amministrazioni ricorrenti, nonostante il quadro emergenziale in cui la stessa si colloca.

8. Per le ragioni sin qui esposte, è dunque necessario sollevare il conflitto negativo al fine di far dichiarare dalla Corte regolatrice la giurisdizione del giudice ordinario a decidere la presente controversia.

9. La regolamentazione delle spese verrà effettuata al momento dell'adozione della decisione definitiva, se di competenza del giudice amministrativo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) solleva conflitto negativo di giurisdizione con il Tribunale di Napoli, sentenza n. 921 del 22 gennaio 2018 e, per l'effetto, dispone che la presenta pronuncia e copia degli atti del fascicolo siano trasmessi alla Cancelleria della Corte di cassazione per la decisione del conflitto. Spese riservate al definitivo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

Luigi Furno, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE
Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO