

Gruppo di lavoro “legislazione e regole comunitarie”

PUNTO 1.....	3
ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE	3
AGGIORNAMENTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI:	3
SUSSISTENZA REQUISITI PER L’AFFIDAMENTO DIRETTO:	3
<i>Giurisprudenza comunitaria.....</i>	<i>3</i>
<i>Conclusioni dell’Avvocato Generale L. A. Geelhoed, 12/1/2006, causa C-412/04, sulla conformità con il diritto comunitario della disciplina nazionale recata dall’articolo 113, Dlgs 267/2000, comma 5, lett. c.....</i>	<i>3</i>
<i>Conclusioni dell’avvocato Generale Christine Stix-Hackl presentate il 12 gennaio 2006 Causa C-340/04, sulla valutazione giuridica delle partecipazioni pubbliche indirette.....</i>	<i>8</i>
<i>Giurisprudenza nazionale.....</i>	<i>26</i>
<i>Corte Costituzionale, sentenza dell’1/2/2006 n. 29</i>	<i>26</i>
<i>TAR Molise, 17/11/2005 n. 991.....</i>	<i>37</i>
<i>TAR Friuli Venezia Giulia, 12/12/2005 n. 986, sul requisito del controllo analogo</i>	<i>41</i>
<i>Consiglio di Stato, Sez. V, 22/12/2005 n. 7345, sul requisito del controllo analogo</i>	<i>51</i>
<i>TAR Lombardia, Sez. Brescia, 5/12/2005 n. 1250.....</i>	<i>57</i>
<i>TAR Sardegna, sez. I, 16/1/2006 n. 13.....</i>	<i>64</i>
PROFILI PUBBLICISTICI LEGATI ALL’OPERATO DELLE SOCIETÀ DI GESTIONE DEI SERVIZI DI INTERESSE GENERALE	69
<i>Corte dei Conti, sentenza n. 1375/2005 del 31 ottobre 2005, sulla configurabilità di un danno erariale derivante dalla cessione di una partecipazione societaria priva di deliberazione consiliare e gara pubblica.....</i>	<i>69</i>
<i>Corte dei Conti, sentenza 356 del 3 novembre 2005, sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di (amministratori e dipendenti) enti pubblici economici costituiti in forma societaria.....</i>	<i>92</i>
<i>Consiglio di Stato n. 5830/2005 (natura di organismo di diritto pubblico di una società per azioni).....</i>	<i>99</i>
PERIODO TRANSITORIO ART. 113 D.LGS 267/2000.....	102
<i>TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11/11/2005 n. 3969.....</i>	<i>102</i>
PUNTO 2.....	114
AGGIORNAMENTI ITER DECRETO LEGISLATIVO RECANTE “NORME IN MATERIA AMBIENTALE” ATTUATIVO DELLA LEGGE 15 DICEMBRE 2004, N. 308, C.D. “DELEGA AMBIENTALE”: AGGIORNAMENTI	114
PARERE NEGATIVO DELLA CONFERENZA UNIFICATA STATO-REGIONI 26 GENNAIO SULLO SCHEMA DI DECRETO DELEGATO ATTUATIVO DELLA LEGGE 15 DICEMBRE 2004 N. 308 “DELEGA AL GOVERNO PER IL RIORDINO, IL COORDINAMENTO E L’INTEGRAZIONE DELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA AMBIENTALE EMISURE DI DIRETTA APPLICAZIONE”.....	114
PUNTO 4.....	172
SERVIZIO IDRICO INTEGRATO.....	172
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 21/11/2005 N. 6429	172

LEGGE 23 DICEMBRE 2005, N. 266 (LEGGE FINANZIARIA 2006), ART. 1, C. 415: INCENTIVI ALLA ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO NELLE AREE SOTTO UTILIZZATE DEL MEZZOGIORNO.....	180
CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, SEZ. VI, 12/1/2006 CAUSA C-85/06, CONDANNA PER IL MANCATO RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2000/60/CE (RECANTE IL QUADRO PER L'AZIONE COMUNITARIA IN MATERIA DI ACQUE).	181
PUNTO 5.....	184
PERIODO TRANSITORIO DELLE CONCESSIONI GAS	184
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 7/11/2005 N. 6189.....	184
TAR LOMBARDIA, SEZ. BRESCIA, 10/1/2006 N. 61	190
DECRETO LEGGE 30 DICEMBRE 2005, N. 273 (C.D. DECRETO MILLEPROROGHE), ART. 23: PROROGA PERIODO TRANSITORIO GAS.....	192
PUNTO 6.....	193
RECUPERO AIUTI DI STATO EX ART. 27 DELLA LEGGE 62/2005: AGGIORNAMENTI ALLA LUCE DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE 23 DICEMBRE 2005, N. 266 (LEGGE FINANZIARIA 2006).....	193
PUNTO 8.....	196
RINNOVO DEI CONTRATTI DI APPALTO, DI FORNITURE E SERVIZI, ART. 23, C. 1, DELLA LEGGE N. 62/2005 (LEGGE COMUNITARIA 2004).....	196
TAR LAZIO, SEZ. I BIS, 12/12/2005 N. 13404	196
TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 20/12/2005 N. 20502	201

PUNTO 1

Organizzazione dei servizi di interesse economico generale

*Aggiornamenti normativi e giurisprudenziali:
Sussistenza requisiti per l'affidamento diretto:*

Giurisprudenza comunitaria

Conclusioni dell'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, 12/1/2006, causa C-412/04, sulla conformità con il diritto comunitario della disciplina nazionale recata dall'articolo 113, Dlgs 267/2000, comma 5, lett. c

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE L. A. GEELHOED

presentate il 12 gennaio 2006 1(1)

Causa C-410/04

Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)

contro

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA

(domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia)

«Imprese pubbliche – Normativa nazionale che riconosce agli enti locali il potere di attribuire ad una società a capitale interamente pubblico un appalto di servizi in assenza di una procedura di gara»

I - Considerazioni introduttive

1. Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia chiede alla Corte di pronunciarsi sulla conformità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che consente l'attribuzione diretta di un servizio di trasporto pubblico locale ad un'impresa detenuta e controllata dall'ente pubblico aggiudicatore. Si tratta di una nuova controversia in cui si chiede alla Corte di chiarire la portata della propria sentenza Teckal (2).

2. Al punto 49 di tale sentenza, la Corte ha affermato che, ai fini dell'esistenza di un appalto pubblico di forniture ai sensi della direttiva del Consiglio 93/36/CEE (3), occorre, segnatamente, la sussistenza di un accordo tra due soggetti distinti.

3. Al riguardo, al punto 50 della menzionata sentenza, la Corte ha affermato quanto segue:

«(...) basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

II - Il contesto normativo

4. Nella normativa italiana, l'art. 14 del decreto legge n. 269/03 ha modificato l'art. 113 del decreto legislativo n. 267/00. La nuova versione dell'art. 113, comma 5, che ne è risultata, così recita:

«L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

III - La causa principale e la questione pregiudiziale

5. Con delibera 17 luglio 2003, l'amministrazione comunale di Bari aveva indetto una procedura d'appalto pubblico per l'aggiudicazione del servizio di trasporto pubblico locale sul territorio del proprio Comune. Successivamente, con delibera 18 dicembre 2003, l'amministrazione medesima decideva di non proseguire la procedura di appalto indetta e di procedere all'attribuzione del servizio in questione mediante l'affidamento diretto alla società AMTAB Servizio SpA.

6. Dalla decisione di rinvio emerge che la nuova delibera del Comune di Bari è intervenuta a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 del decreto legge n. 269/03, che ha modificato l'art. 113, comma 5, del decreto legislativo n. 267/00.

7. In particolare, la nuova disposizione dell'art. 113, comma 5, lett. c), che descrive la gestione «interna» di un servizio pubblico secondo la definizione datane dalla Corte al punto 50 della menzionata sentenza Teckal e da cui emerge che la gestione «interna» di un servizio pubblico non ricade nella sfera di applicazione del diritto comunitario

relativo alle procedure d'appalto, avrebbe indotto l'amministrazione comunale di Bari a non proseguire la procedura d'appalto stessa.

8. Alla luce di quanto emerge dalla decisione di rinvio, la società concessionaria AMTAB Servizio SpA è una società il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Comune di Bari e la cui unica attività consiste nel fornire servizi di trasporto pubblico locale nella città di Bari. Tale società è interamente controllata dall'amministrazione comunale di Bari per effetto del contratto di servizio concluso inter partes.

9. La ricorrente nella causa principale, l'Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori, adiva il giudice del rinvio chiedendo l'annullamento della delibera del Comune di Bari 18 dicembre 2003, con cui il servizio in questione era stato attribuito alla società AMTAB Servizio SpA, per violazione degli artt. 3 CE, 16 CE, 43 CE, 49 CE, 50 CE, 51 CE, 70 CE, 71 CE, 72 CE, 81 CE, 82 CE, 86 CE e 87 CE.

10. Ciò premesso, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46 CE, 49 CE e 86 CE (...), l'art. 113, comma quinto, d.lgs. n. 267/00, come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269/03, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata».

IV - Analisi

11. Nella specie si chiede se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE ostino ad una normativa, come quella oggetto della questione pregiudiziale, che lasci alle amministrazioni locali la scelta di affidare la gestione di un servizio, quale il trasporto pubblico, ad una società appartenente alla relativa amministrazione locale o di avviare la procedura di appalto con gara pubblica ai fini dell'attribuzione della concessione del servizio medesimo ad un soggetto privato.

12. Questa è, sostanzialmente, la questione sulla quale il giudice del rinvio si interroga e che, alla luce della giurisprudenza recente e recentissima della Corte (4), appare relativamente agevole da risolvere.

13. Dagli atti della causa principale, depositati presso la cancelleria della Corte, emerge che il servizio di cui trattasi viene finanziato, quantomeno in parte, per mezzo dell'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti, ragion per cui si tratta di una concessione di servizi che ricade non nella sfera delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici, bensì direttamente nella sfera delle disposizioni di diritto primario, in particolare delle libertà fondamentali previste dal Trattato CE (5). Il giudice del rinvio sembra essere giunto alla stessa conclusione, in quanto nella questione pregiudiziale fa unicamente riferimento agli artt. 43 CE (6), 49 CE e 86 CE, e non alla direttiva 92/50/CEE (7).

14. Gli elementi più importanti ai fini della soluzione della questione sono racchiusi nel punto 50 della sentenza Teckal, citata supra, nonché nel punto 49 della sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, citata supra. Da tale giurisprudenza risulta che l'appello alla concorrenza non è obbligatorio, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'autorità aggiudicatrice, nell'ipotesi in cui l'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, eserciti sull'ente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e in cui tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano (8).

15. Orbene, ponendo a raffronto il nuovo testo dell'art. 113, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 267/00 [«società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano»] con i passi della giurisprudenza della Corte richiamati al punto precedente, si rileverà che il legislatore italiano si è evidentemente conformato a tale giurisprudenza.

16. Ciò è confermato dalla Commissione delle Comunità europee, la quale rileva, nelle proprie osservazioni scritte, che il testo attuale del detto art. 113, comma 5, lett. c), è conseguente ad una procedura d'infrazione avviata dall'Istituzione nei confronti della Repubblica italiana.

17. Alla luce della conformità della normativa nazionale con la giurisprudenza della Corte, qualsiasi decisione di un'amministrazione locale che, a sua volta, risulti conforme a tale normativa dev'essere parimenti considerata compatibile con il diritto comunitario.

18. A tal riguardo, si deve tuttavia osservare che i criteri che consentono di ritenere sussistenti situazioni «interne» devono essere applicati restrittivamente. In particolare, dalle menzionate sentenze Parking Brixen e Commissione/Austria emerge, da un lato, che il controllo esercitato dalla autorità aggiudicatrice non deve essere diluito per effetto della partecipazione, «anche di minoranza», di un'impresa privata nel capitale della società cui sia stata affidata la gestione del servizio di cui trattasi e, dall'altro, che la detta società deve realizzare la parte essenziale delle proprie attività unitamente all'ente o gli enti che la controllano.

19. Alla luce delle circostanze di fatto da cui è scaturita la controversia principale, tali due criteri appaiono soddisfatti, ragion per cui potrei terminare la mia analisi con tale rilievo, se dalla menzionata sentenza Commissione/Austria (9) non emergesse peraltro un terzo criterio, vale a dire l'esigenza che i due detti criteri devono risultare soddisfatti permanentemente.

20. Infatti, nell'ipotesi in cui, una volta soddisfatti i due primi criteri all'atto dell'attribuzione della gestione del servizio di cui trattasi, l'amministrazione competente procedesse alla cessione di una parte, «anche di minoranza», delle quote della società interessata ad un'impresa privata, ne conseguirebbe che – mediante una costruzione artificiale comprendente varie fasi distinte, vale a dire la creazione della società, l'attribuzione della gestione del servizio di trasporto pubblico alla medesima e

la cessione di parte delle sue quote ad un'impresa privata – la concessione di un servizio pubblico potrebbe venire attribuita ad un'impresa ad economia mista senza previa aggiudicazione in regime di concorrenza.

21. Lo stesso ragionamento vale per il caso in cui all'ente concessionario originario dovessero essere attribuiti, altri servizi pubblici, senza previo esperimento della procedura d'appalto in regime di concorrenza, da parte di enti pubblici diversi da quelli che lo controllino.

22. Nelle due suesposte ipotesi, non risulterebbero più soddisfatti i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, rammentati dalla Corte nelle menzionate sentenze Coname e Parking Brixen.

V – Conclusione

23. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale posta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia nei termini seguenti:

«Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano all'applicazione di una disposizione quale l'art. 113, comma 5, del decreto legislativo italiano n. 267/00, nel testo attualmente vigente, sempreché i due criteri ivi previsti, vale a dire che la società concessionaria sia soggetta ad un controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi e che realizzi la parte essenziale dei propri servizi unitamente all'ente che la controlli, risultino continuativamente soddisfatti successivamente all'attribuzione, alla società medesima, della gestione di un servizio pubblico».

1 – Lingua originale: il francese.

2 – Sentenza 18 novembre 1999 (causa C-107/98, Racc. pag. I-8121).

3 – Direttiva 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1).

4 – Sentenze Teckal, citata supra; 11 giugno 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1); 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, (Racc. pag. I-0000); 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-0000), e 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I-0000).

5 – Sentenza Coname, citata supra (punto 16).

6 – Nella questione pregiudiziale il giudice a quo cita l'art. 46 CE, e non l'art. 43 CE. Dalla lettura completa dell'ordinanza di rinvio si deve peraltro dedurre che si tratta di un errore materiale.

7 – Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

8 – V. parimenti la sentenza Commissione/Austria, citata supra (punto 34).

9 – V. punti 38-42.

Conclusioni dell'avvocato Generale Christine Stix-Hackl presentate il 12 gennaio 2006 Causa C-340/04, sulla valutazione giuridica delle partecipazioni pubbliche indirette

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
CHRISTINE STIX-HACKL
presentate il 12 gennaio 2006 ¹
Causa C-340/04

Carbotermo s.p.a.

e

Consorzio Alisei

contro

Comune di Busto Arsizio

Interveniente: A.G.E.S.I

(domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia)

«Appalti pubblici – Direttiva 93/36/CEE – Appalti pubblici di forniture – Affidamento diretto – Affidamento “quasi in house”»

I – Introduzione

1. Il presente procedimento pregiudiziale riguarda la questione dei presupposti necessari affinché l'aggiudicazione di un appalto pubblico possa costituire un affidamento «quasi in house», sfuggendo pertanto all'applicazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (2) (in prosieguo: la «direttiva 93/36»). Anche questo procedimento verte dunque sull'interpretazione e l'applicazione dei criteri indicati nella sentenza Teckal (3) e precisati – almeno parzialmente – nella sentenza Stadt Halle (4).

2. Peraltro il presente si inserisce in una serie di procedimenti – in parte già definiti (5) – relativi agli affidamenti effettuati da comuni italiani nei settori della fornitura di energia e dello smaltimento dei rifiuti.

II – Contesto normativo: diritto comunitario

3. La direttiva 93/36 fissa, all'art. 1, le norme fondamentali relative al suo campo di applicazione.

4. L'art. 1, frase introduttiva e lett. a), così prevede:

«Ai fini della presente direttiva si intendono per:

a) “appalti pubblici di forniture”, i contratti a titolo oneroso, aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto di prodotti, conclusi per iscritto fra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla lettera b). La fornitura di tali prodotti può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e installazione»;

5. Ai punti 49 e 50 della sentenza Teckal, la Corte ha fissato i seguenti principi per l'esclusione di specifiche vicende dall'applicazione delle direttive:

«49 Relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte.

50 A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e,

dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

6. Il primo dei due presupposti indicati è stato ulteriormente specificato dalla Corte nelle sentenze Stadt Halle (6) e Parking Brixen (7).

7. La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (8) (in prosieguo: la «direttiva 93/38») contiene una disposizione relativa all'aggiudicazione di appalti ad imprese che presentano un particolare legame con gli enti aggiudicatori, modificata ora dalle direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (9).

8. L'art. 13, n. 1, della direttiva 93/38 prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi:

a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata;

b) assegnati da un'impresa comune, costituita da più enti aggiudicatori per l'esercizio di attività ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, ad uno di questi enti aggiudicatori o ad un'impresa collegata ad uno degli enti aggiudicatori, sempreché almeno l'80 % della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata.

Allorché lo stesso servizio o servizi simili sono forniti da più di un'impresa collegata all'ente aggiudicatore, occorre tener conto della cifra d'affari totale nella Comunità risultante dalla fornitura di servizi da parte di queste imprese».

III – Fatti e procedimento

9. Il 22 settembre 2003 il comune di Busto Arsizio ha indetto una gara per la fornitura di energia, nonché per la manutenzione, l'adeguamento e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici a servizio degli edifici comunali (l'importo a base d'asta di EUR 8 450 000 oltre ad IVA era ripartito in EUR 5 700 000 per la fornitura di combustibili – gasolio per 4/5 e metano per 1/5 – EUR 1 000 000 per la manutenzione ed EUR 1 750 000 per la riqualificazione e la messa a norma).

10. Il comune di Busto Arsizio (in prosieguo: il «Comune») ha deciso, con deliberazione 21 novembre 2003, n. 804, di sospendere la procedura di gara fino al 10 dicembre 2003, in attesa di una eventuale decisione circa l'affidamento diretto dell'appalto. La ricorrente Carbotermo s.p.a. (in prosieguo: la «Carbotermo») ha presentato la propria offerta in data 22 novembre 2003. Il consorzio Alisei (in prosieguo: l'«Alisei») ha predisposto l'offerta tecnica, senza tuttavia presentarla entro il termine originariamente previsto del 24 novembre 2003, avendo ricevuto in data 21 novembre 2003 la nota del Comune che comunicava la sospensione della gara fino al 10 dicembre 2003, ed in seguito l'avviso della revoca della gara.

11. Con deliberazione 10 dicembre 2003, n. 857, il Comune ha revocato la gara, riservandosi di affidare in seguito direttamente l'appalto alla AGESP s.p.a. (in prosieguo: la «AGESP»).

12. La AGESP è controllata al 100% dalla AGESP Holding s.p.a. (10), che è a sua volta una società per azioni, il cui capitale appartiene per il 99,98 % al Comune (11).

Le quote restanti sono nelle mani di alcuni comuni confinanti, nella medesima provincia.

13. Il 18 dicembre 2003 l'appalto in questione è stato affidato direttamente alla AGESP.

14. La Carbotermo e l'Alisei hanno impugnato tali deliberazioni dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia. Il TAR ha riunito i ricorsi e, con ordinanza 27 maggio 2004, pervenuta il 9 agosto 2004, ha proposto le seguenti questioni pregiudiziali:

1) se sia compatibile con la direttiva 93/36/CEE l'affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una società per azioni il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza (al 99,98%) il Comune appaltante, ovvero ad una società (AGESP) che non è partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (Agesp Holding) il cui capitale è attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione;

2) se il requisito dello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla, debba essere accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE, e possa ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante, o, in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso.

IV – Sulle questioni pregiudiziali

15. Tutte e due le questioni pregiudiziali riguardano in sostanza i due presupposti cumulativi che consentono a determinati appalti quasi in house di essere sottratti alla direttiva 93/36 (la c.d. «eccezione Teckal», o i «requisiti Teckal»): un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e lo svolgimento della parte più importante della propria attività a favore di chi detiene le quote. Se tali presupposti sussistono, non sono applicabili le disposizioni della direttiva, tra le quali l'obbligo di seguire specifiche procedure.

16. Va chiarito che nel presente procedimento è rilevante la vecchia disciplina normativa, non la nuova (quella del c.d. «pacchetto legislativo»).

V – Osservazioni preliminari

17. Il presente procedimento, come anche quelli precedenti, dimostra che i requisiti Teckal consistono in un insieme di concetti indeterminati, che hanno comportato tutta una serie di problemi giuridici e di distinzioni problematiche. Sulla base di tale esperienza si pone il problema di come la Corte possa garantire la massima chiarezza giuridica e, in tal modo, la massima certezza del diritto per gli interessati: una possibilità potrebbe essere quella di non raffinare la propria giurisprudenza solo con riferimento a casi specifici, ma di precisarla in termini più generali di quanto fatto sino ad ora. Un'altra possibilità potrebbe essere quella di superare le incertezze introdotte con l'eccezione Teckal attraverso una completa revisione della propria giurisprudenza. Nel novembre 1999 la Corte, con la sentenza Teckal, ha aperto le porte ad eccezioni alla direttiva. Resta però non chiaro quanto tale spiraglio sia largo.

18. Proprio il presente procedimento indica che tale situazione ha effetti anche sui supremi giudici nazionali, come il Consiglio di Stato italiano. Stando all'ordinanza di rinvio, le linee guida fissate dal Consiglio di Stato per gli appalti quasi in house si rifanno ad una decisione della Corte (12). A prescindere dalla questione dell'aderenza

di tale giurisprudenza a quella della Corte, resta il fatto che il procedimento principale, come altri in diversi Stati membri, dimostra che, evidentemente, la giurisprudenza della Corte non fornisce alcuna chiara indicazione per gli ambienti economici interessati e per i giudici degli Stati membri.

19. Per rendere possibile alla Corte una scelta tra le diverse opzioni, nel prosieguo preciserò in termini più generali, nonostante i dubbi espressi, l'eccezione Teckal. Alla Corte resta comunque sempre aperta l'altra opzione.

VI – Primo requisito: controllo analogo a quello esercitato su un proprio servizio

20. Il presente procedimento presenta varie particolarità, che lo distinguono nel suo insieme da altre cause, pendenti o già decise, in materia di c.d. «Public-Private-Partnerships».

21. A differenza che nella vicenda esaminata nella causa Stadt Halle, qui manca, a quanto risulta dagli atti, una partecipazione di imprese private. Inoltre, nel presente procedimento è in gioco uno strumento societario diverso da quello della causa Stadt Halle, e cioè una società per azioni. A differenza che nelle cause Parking Brixen (13) e Teckal, in questo caso l'appalto non è andato ad una società figlia, ma ad una «nipote» dell'ente locale.

A – Valutazione giuridica delle partecipazioni indirette

22. Il primo elemento che connota la vicenda che deve essere esaminata nel presente procedimento è la circostanza, analoga a quella della causa Stadt Halle, che l'appalto non è andato direttamente al soggetto a cui l'ente locale direttamente partecipa.

23. In tale contesto si pone il problema dell'applicabilità in via di principio dei criteri Teckal a situazioni di partecipazione indiretta; in altri termini, se siano sottratte alle regole delle direttive sugli appalti anche fattispecie in cui l'ente pubblico a favore del quale è svolta la prestazione partecipa al soggetto interessato solo tramite un'altra società.

24. La Commissione e il governo polacco respingono recisamente tale ipotesi, per ragioni di principio.

25. Dalla giurisprudenza della Corte non si può trarre alcuna indicazione conclusiva. Ciò vale anche dopo la sentenza nella causa Parking Brixen.

26. A favore della generale applicabilità dei criteri Teckal anche nei casi di partecipazione indiretta depone il fatto che la Corte, nella causa Stadt Halle, ha appunto verificato la sussistenza dei presupposti per entrambi i criteri Teckal. Se ne potrebbe inferire un implicito riconoscimento di principio.

27. Il testo della sentenza Stadt Halle sembra però fornire un'indicazione opposta. Al punto 49 è affermato quanto segue: «(...) realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano». Se ne potrebbe dedurre che lo scambio di prestazioni deve avvenire direttamente tra l'amministrazione aggiudicatrice, detentrica delle quote, e il soggetto di cui l'amministrazione aggiudicatrice possiede le quote.

28. Poiché tuttavia tale diversa interpretazione si riferisce espressamente al secondo criterio, cioè allo svolgimento della parte principale della propria attività, se ne potrebbe in realtà concludere che la sentenza Teckal non contiene alcuna esplicita indicazione sulla possibilità che anche partecipazioni indirette possano soddisfare il primo criterio.

29. D'altra parte, il fatto che alla base della causa Teckal vi fosse una partecipazione di più enti pubblici, e che la Corte abbia implicitamente riconosciuto simili situazioni, introducendo i c.d. requisiti Teckal, depone invece nel senso che in via di principio

anche le partecipazioni indirette possono essere comprese. Il presupposto è però che il requisito del controllo sia rispettato a tutti i livelli di partecipazione.

30. Tale criterio è soddisfatto, stando alla sentenza *Parking Brixen*, se sussiste una «possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti». A tal fine è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti (14). D'altra parte, secondo tale sentenza non sembra necessario che tale influenza sia anche concretamente esercitata.

B – Valutazione giuridica delle imprese partecipate da più enti pubblici

1. In generale

31. La vicenda del procedimento principale presenta anche un'altra particolarità che la distingue da quella alla base della sentenza *Stadt Halle*. Nel presente procedimento non siamo in presenza di un ente misto pubblico-privato, ma di un soggetto, o meglio della sua società controllante, del quale non fanno parte imprese private. Ciò non risulta dall'ordinanza di rinvio, ma dagli altri atti di causa. Peraltro la partecipazione di altri soggetti riguarda solo lo 0,02 %. Poiché tale quota residua è in possesso di altri comuni, e quindi di soggetti pubblici, siamo in presenza di un'impresa partecipata da più enti pubblici, ovvero di una c.d. «Public-Public-Partnership».

32. Se si contestualizza la situazione del procedimento in esame nella giurisprudenza elaborata dalla Corte fino ad oggi, risulta il quadro seguente. Da un lato vi è una chiara differenza rispetto alla causa *Stadt Halle*, al centro della quale era un soggetto pubblico-privato, dall'altro appare chiara la prossimità alla vicenda *Teckal*, che ruotava attorno ad un soggetto le cui quote erano detenute da più enti pubblici. Infatti il soggetto che in tale secondo caso doveva effettuare eseguire l'appalto di fornitura, l'AGAC, possedeva sì una propria personalità giuridica, ma era il prodotto dell'iniziativa di più comuni.

33. A favore dell'applicabilità dell'eccezione *Teckal* a soggetti le cui quote sono detenute da più enti pubblici depone, oltre alla sentenza *Teckal*, come già esposto, anche il fatto che per la Corte, nella causa *Stadt Halle* (15), l'elemento decisivo è stata la considerazione che le imprese private perseguono fini differenti rispetto a quelli degli enti locali.

34. Nel presente procedimento vi è però soltanto una partecipazione di comuni, e non vi sono interessi di privati. Poiché i comuni perseguono fini di pubblico interesse, quanto meno ad un primo esame si potrebbe concludere che il requisito del controllo è rispettato perfino nella sua interpretazione più rigorosa. Ciò è senza dubbio vero qualora si interpreti il requisito della coincidenza degli interessi (16) nel senso che esso è garantito già dall'assenza di interessi privati. D'altra parte non è escluso, ed è anzi confermato dalla partecipazione dei comuni alla vita economica, che i comuni possano anche perseguire interessi diversi. In un simile caso la coincidenza degli interessi non esiste più.

35. Non si può infine ignorare il fatto che nella causa *Teckal* la questione riguardava una c.d. «azienda municipalizzata», e non una società per azioni, come nel presente caso. Sul significato della forma societaria si ritornerà più avanti.

36. La risposta alla questione relativa al modo di considerare i soggetti le cui quote sono detenute da più enti pubblici deve però essere data anche alla luce dei principi interpretativi esplicitamente affermati nella sentenza *Stadt Halle*, in base ai quali ogni eccezione all'obbligo di applicare le disposizioni comunitarie deve essere interpretata restrittivamente (17).

37. Anche nella sentenza *Stadt Halle*, in cui pure non si trattava di una partecipazione di più soci, la Corte ha avvalorato la sostanziale applicabilità

dell'eccezione Teckal a soggetti con più soci. Ciò si può ricavare dal fatto che la Corte (18) non solo ha ripreso letteralmente l'eccezione Teckal, ma ha anche ricordato che nella causa Teckal il soggetto era controllato da «autorità pubbliche». Qui dunque la Corte ha utilizzato la pluralità di soci non solo in riferimento al secondo criterio dell'eccezione Teckal.

38. Ne consegue dunque che, in via di principio, anche i soggetti che hanno più soci possono ricadere nell'eccezione Teckal.

39. Per poter ricorrere all'eccezione Teckal anche nel presente caso è però necessario fare ancora un altro passo, poiché qui ci si trova anche in presenza di una partecipazione indiretta. A mio parere, anche in un simile caso non si può escludere a priori, in via generale ed astratta, l'applicabilità dell'eccezione Teckal.

40. E' invece necessario verificare in concreto se il criterio del controllo sia rispettato. In proposito, va tenuta a mente l'indicazione formulata dalla Corte nella causa Parking Brixen. Si tratta di verificare se l'entità controllata disponga soltanto di una limitata autonomia (19), in particolare nei confronti dei soci (20).

41. Poiché in questo caso, ai sensi dello statuto, sussiste la possibilità della partecipazione di soggetti privati, sotto il profilo del criterio del controllo è necessario verificare se una futura apertura del capitale sociale a privati possa avere un rilievo giuridico.

42. Relativamente all'apertura del capitale sociale a privati è possibile distinguere il caso in cui una partecipazione di privati sia soltanto legalmente possibile da quello in cui essa sia giuridicamente obbligatoria. Per quanto riguarda il primo caso, si potrà poi ulteriormente distinguere a seconda che di tale possibilità si sia poi realmente fatto uso – in tal caso la situazione della preventiva apertura a privati, come nel caso Stadt Halle, è fuori discussione fin dall'inizio – oppure no.

43. A tale proposito la Commissione ha sostenuto che anche una partecipazione solo potenziale di privati, come quella prevista dallo statuto di una società di capitali, depone nel senso di una mancata soddisfazione del criterio del controllo.

44. Contro tale posizione estrema, sostenuta dalla Commissione, militano innanzitutto considerazioni di principio. In tal modo la qualificazione giuridica di piani di cooperazione tra pubblico e privato dipenderebbe da semplici possibili futuri sviluppi. Che questi si verificassero effettivamente diverrebbe invece irrilevante. Un tale approccio è inusuale rispetto al sistema delle direttive sugli appalti. Inoltre, secondo il diritto dello Stato membro interessato potrebbe anche essere vietato proibire, nello statuto, il trasferimento di quote a privati.

45. D'altra parte il principio della protezione dagli abusi, che permea le direttive in materia di appalti, richiede, viceversa, che siano tenuti in considerazione determinati eventi che si dovessero verificare dopo l'assegnazione dei servizi, vale a dire dopo l'aggiudicazione. Ciò riguarda in particolare il caso in cui al momento dell'affidamento un'apertura non sia ancora avvenuta, ma sia già in concreto programmata.

46. Ci si può chiedere se la sentenza Parking Brixen modifichi qualcosa in tale valutazione. A favore di una risposta negativa depone il fatto che lì, al contrario che nel caso presente, l'apertura della società al capitale esterno era necessariamente prevista, ed ha costituito soltanto uno dei cinque elementi fondamentali per la decisione (21). Ciò non esclude ancora, tuttavia, che già l'apertura possibile – anche se solo insieme ad altre particolarità che caratterizzano la situazione oggetto del procedimento principale – possa condurre al fatto che, qui, non sia raggiunta la soglia minima di controllo. E' dunque necessario ancora esaminare tali particolarità, e il loro significato per il controllo.

47. A tale proposito è necessario richiamare la situazione alla base di un procedimento d'infrazione contro la Repubblica d'Austria (22), e la valutazione giuridica che ne ha di recente fatto la Corte.

48. Nella causa Commissione/Austria la questione era quella dell'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti, da parte della città di Mödling, ad una società a responsabilità limitata, dunque da parte di un comune ad una società controllata al 100 %. Circa due settimane dopo l'affidamento del servizio l'amministrazione comunale aveva deciso di cedere il 49 % delle quote ad un'impresa privata. Tale cessione aveva a sua volta luogo dopo altre due settimane circa. Qualche settimana più tardi era iniziato lo svolgimento del servizio affidato.

49. Nella relativa sentenza, del 10 novembre 2005, la Corte ha affermato che tutte le fasi devono essere considerate nel loro insieme e in funzione del loro obiettivo, e non isolatamente (23). Ciò significa che devono essere tenuti in considerazione anche gli sviluppi successivi all'aggiudicazione del servizio, come la Corte ha in quel procedimento anche affermato in modo esplicito (24). Lì però, a differenza che nel presente caso, si trattava di sviluppi effettivamente verificatisi: in particolare, era stato già fatto uso della possibilità di aprire la società a partecipazioni private. Ciò era già avvenuto nel momento in cui la Corte si è pronunciata sulla vicenda.

50. Nel presente procedimento invece non risulta dagli atti se – ed eventualmente quando – si sia avuta una cessione di quote a privati, né che si siano elaborati piani in tal senso. In tale prospettiva né la sentenza Parking Brixen né quella Commissione/Austria forniscono una chiara indicazione del fatto che la semplice possibilità di apertura della società a privati possa essere sufficiente.

51. Si può pertanto concludere che la giurisprudenza, ad oggi, non esclude necessariamente dall'eccezione Teckal gli appalti affidati a soggetti partecipati da più enti pubblici. Si devono quindi vedere ora le caratteristiche che tali situazioni devono presentare.

2. Le specifiche condizioni

52. Le condizioni necessarie affinché un appalto affidato ad un soggetto partecipato da più enti pubblici possa ricadere nell'eccezione Teckal si riferiscono al rapporto tra il soggetto interessato e i soggetti pubblici che direttamente o indirettamente ne detengono le quote.

53. Va innanzitutto respinto l'argomento, dedotto nel corso del procedimento, secondo il quale l'eccezione Teckal riguarderebbe soltanto i casi di «delegazione interorganica (o interorganizzativa)» e di articolazioni della struttura organizzativa di un ente locale. Nella giurisprudenza della Corte non si rinviene alcun riferimento a tali categorie.

54. In generale in tale ambito la Corte, in particolare anche nella sentenza Parking Brixen, muove da considerazioni di tipo sostanziale, e non formale. Bisogna quindi esaminare, come si vedrà meglio più avanti, la struttura dei rapporti tra i soci. Andranno specificamente esaminate tanto disposizioni generali ed astratte, come il diritto societario nazionale, quanto la configurazione concreta, come lo statuto del soggetto interessato (25).

55. Nel presente caso il soggetto che deve svolgere il servizio non è, come nella sentenza Stadt Halle, una società a responsabilità limitata di diritto tedesco, ma una società per azioni di diritto italiano.

56. Sono qui applicabili le disposizioni rilevanti del codice civile italiano.

57. Vi è una differenza anche rispetto al soggetto preso in esame nella causa Teckal. Mentre lì la forma giuridica era quella dell'azienda municipalizzata, qui siamo in

presenza di un soggetto, la AGESP, che era tale in origine, ma che è stata trasformata in società per azioni con deliberazione 24 settembre 1997, n. 148.

58. Anche secondo il diritto italiano le società per azioni dispongono in generale di autonomia più ampia delle società a responsabilità limitata.

59. A mio giudizio un esame astratto delle possibilità di influenza dei soci sulle società per azioni in base al codice civile e della loro capacità di influire sulle relative società controllate non è sufficiente. Come ho già indicato, si tratta invece di esaminare la concreta configurazione dei rapporti tra la società «nonna» e la società madre, nonché tra la società madre e la società figlia (26).

60. La forma giuridica della società per azioni, ad esempio di quella secondo il diritto italiano, di per sé non crea problemi. Ciò si ricava del resto anche dalla sentenza *Parking Brixen*, che riguarda proprio una società per azioni di diritto italiano. Già dal fatto che per la Corte tale elemento non sia stato sufficiente per affermare l'autonomia della società, e quindi l'assenza del controllo, si ricava che la forma giuridica della società per azioni di diritto italiano, di per sé, non esclude l'esistenza di un sufficiente controllo.

61. D'altra parte, la trasformazione di un'azienda municipalizzata in una società per azioni è quantomeno una delle varie circostanze di cui va tenuto conto per valutare l'autonomia (27).

62. Per valutare la configurazione concreta occorre in ogni caso fare riferimento ai poteri effettivamente spettanti ad ogni socio, e non al loro effettivo esercizio nella prassi (28). Tale principio è stato ora confermato dalla Corte nella sentenza *Parking Brixen*, in cui essa ha esaminato lo statuto della società per azioni in oggetto (29).

63. Inoltre i diritti di controllo del socio o dei soci non devono necessariamente riguardare soltanto le decisioni di aggiudicazione degli appalti in generale o il singolo specifico affidamento (30), ma devono estendersi alla gestione della società in generale.

64. Quanto ai mezzi per esercitare il controllo, in genere si tratta di poteri direttivi, ispettivi e di nomina. Sul punto occorre muovere dal principio secondo il quale si guarda alla possibilità di esercitare un'influenza, e non soltanto alle disposizioni normative (31).

65. In conclusione, bisogna ancora fare riferimento all'argomento, dedotto nel corso del procedimento, secondo il quale la valutazione di una procedura di affidamento e l'utilizzo dell'eccezione *Teckal* dipendono dal comportamento delle parti, vale a dire del soggetto controllante e del soggetto controllato, in occasione del singolo specifico appalto.

66. Si potrebbe così, sulla base del comportamento delle parti – in primo luogo del soggetto partecipato da più enti pubblici – nella procedura di appalto, valutare il loro grado di autonomia rispetto all'ente aggiudicatore.

67. Nel presente procedimento si è fatto essenzialmente riferimento al contenuto del contratto. In particolare, secondo questa tesi si dovrebbe valutare, quale indizio dell'autonomia della AGESP, la penale prevista nel contratto per il caso del mancato raggiungimento di determinati obiettivi.

68. Poiché il criterio del controllo si riferisce alla capacità di influenzare la gestione della società nel suo complesso, il comportamento tenuto dal soggetto da valutare nell'ambito di una concreta procedura di appalto può non essere decisivo. Ciò potrebbe infatti in particolare condurre ad una situazione in cui il medesimo soggetto ricade nell'eccezione *Teckal* in una procedura di affidamento e non vi ricade in un'altra. Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte non si ricava un tale metodo valutativo «caso per caso». Al contrario, la qualificazione del rapporto, e quindi la sussistenza del

criterio del controllo, è ricondotta dalla Corte ad elementi che caratterizzano i soggetti interessati.

69. In concreto, per valutare se le disposizioni generali ed astratte del diritto nazionale e la concreta configurazione dello statuto della società interessata, in questo caso in particolare l'art. 19, consentano un controllo sufficiente, è necessario esaminare una fattispecie concreta. Questa valutazione però, così come l'interpretazione del diritto nazionale, ai sensi della ripartizione di competenze di cui all'art. 234 CE non spetta alla Corte, ma al giudice nazionale.

C – Conclusioni intermedie

70. Il criterio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi può essere soddisfatto anche nel caso di imprese partecipate da più enti pubblici. La valutazione del caso concreto oggetto del procedimento principale spetta al giudice nazionale. Egli deve valutare la situazione sulla base dei seguenti elementi:

- gli interessi dei detentori delle quote;
- la trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni;
- la circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né sia di fatto avvenuta;
- la possibilità per la AGESP di aprire filiali anche all'estero;
- l'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del consiglio di amministrazione e la dirigenza della società;
- i poteri del consiglio di amministrazione della AGESP, nonché
- la circostanza che il comune partecipi alla AGESP indirettamente, attraverso la AGESP Holding.

71. Naturalmente la Corte potrebbe anche in questo caso – come già nelle cause Stadt Halle e Parking Brixen - dare già una valutazione conclusiva di una vicenda come quella oggetto del procedimento principale. Poiché la situazione che si è esposta coincide largamente con quella della causa Parking Brixen (32), a cui si aggiunge qui la partecipazione indiretta, si potrebbe concludere – sulla base della giurisprudenza formatasi fino ad oggi, da molti considerata troppo rigorosa – che nella situazione di cui alla causa principale non sia soddisfatto il primo criterio, vale a dire quello del controllo sufficiente, analogo a quello esercitato sui propri servizi.

72. Se invece la Corte ritenesse di cogliere l'occasione per precisare ulteriormente la propria giurisprudenza affermando che almeno alcune partnership di enti pubblici possono soddisfare il requisito del controllo, e pervenisse alla conclusione che è quanto avviene anche nel caso in esame, la Corte avrebbe la possibilità di chiarire – per la prima volta – il secondo criterio Teckal, vale a dire quello della prevalenza.

VII – Secondo requisito: svolgimento prevalente della propria attività a favore del titolare delle quote

73. A differenza che per il primo, per il secondo criterio Teckal non esiste una giurisprudenza della Corte, successiva a tale sentenza, che lo abbia precisato. Il presente procedimento offre ora alla Corte l'occasione di farlo.

74. Il procedimento principale riguarda peraltro una situazione in cui al primo livello, vale a dire tra il Comune e la AGESP Holding, vi è una partecipazione quasi del 100 %, e al secondo livello, cioè tra la AGESP Holding e la AGESP, una partecipazione del 100 %.

75. Come già nella causa Stadt Halle, anche qui si ha un caso di partecipazione indiretta. Si tratta dunque di verificare se anche l'attività di una «società nipote» a favore della «nonna» possa essenzialmente soddisfare il secondo requisito Teckal.

A – Ipotesi di partenza

76. Poiché la Corte, nella sentenza Stadt Halle, a causa dell'interpretazione che ha scelto per il primo criterio, non ha dovuto affrontare l'analisi del secondo, è ora logico che io riprenda quanto ho affermato nelle mie conclusioni in quella causa.

77. Il secondo criterio indicato nella sentenza Teckal, relativo alla prevalenza, riguarda una determinata quota minima delle attività svolte nel complesso dal soggetto controllato. Di conseguenza, si tratta di accertare la portata delle attività complessivamente svolte nonché di quelle svolte, in senso ampio, per l'ente titolare delle quote.

78. Tuttavia, a questo proposito, occorre osservare che dalla circostanza che la nozione di ente titolare delle quote non va interpretata in senso troppo restrittivo non si può concludere che in essa siano incluse anche attività prestate a favore di terzi, che però l'ente stesso dovrebbe altrimenti fornire. Nella pratica ciò riguarda innanzi tutto i servizi di interesse generale e nella fattispecie segnatamente le amministrazioni comunali, sulle quali grava l'obbligo di fornire determinate prestazioni nei confronti di determinati soggetti.

79. Occorre inoltre chiarire che assumono rilievo le attività effettive, e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale, o addirittura le attività che il soggetto controllato è obbligato a svolgere (33).

80. Orbene, la questione fondamentale è a partire da quale percentuale venga raggiunta la soglia di applicabilità del secondo criterio Teckal. A questo riguardo ci sono diverse tesi, e nel ventaglio di soluzioni proposte la quota necessaria va da più del 50 % a «considerevole», «decisamente prevalente», «quasi esclusiva», fino ad «esclusiva».

81. Quanto alla soglia, oltre ad un approccio positivo, consistente nel determinare la portata delle prestazioni fornite all'ente che detiene le quote, viene propugnato anche un approccio negativo. Secondo tale approccio negativo occorrerebbe considerare l'entità della quota di prestazioni fornite a soggetti diversi dall'ente detentore delle quote. Quest'ultima tesi è quella sostenuta nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger nella causa ARGE. L'avvocato generale sostiene che «la direttiva è applicabile quando tale ente svolge essenzialmente la propria attività con operatori o enti territoriali diversi da quelli che compongono tale amministrazione aggiudicatrice» (34). Tuttavia, alla luce dell'approccio positivo scelto per il secondo criterio nella causa Teckal, nel caso di specie non occorre soffermarsi ulteriormente sull'approccio negativo.

82. Nondimeno, dal brano citato delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger emerge un altro aspetto rilevante da prendere in considerazione nell'ambito della determinazione della quota.

83. Si pone infatti la questione di capire se il secondo criterio Teckal consenta solo un metodo di valutazione quantitativo o se invece occorra tener conto anche di elementi qualitativi. Quest'ultima tesi è corroborata dalla lettera e dal senso dell'eccezione stessa, che non fornisce neppure alcuna indicazione circa il modo di valutare le attività. Nemmeno la versione autentica del corrispondente passaggio della sentenza Teckal, vale a dire la versione italiana, esclude un metodo di valutazione qualitativo, in aggiunta o in alternativa («la parte più importante della propria attività»).

84. Del resto, la sentenza Teckal non contiene neppure alcuna indicazione circa il metodo di calcolo della quota. Pertanto, non è scontato che a tal fine assuma rilievo esclusivo il fatturato.

85. Il giudice nazionale deve dunque accertare, a mio parere, quale sia la «parte più importante delle attività» sulla base di elementi quantitativi e qualitativi.

86. A questo proposito va ricordato che la versione facente fede delle conclusioni è quella nella lingua scelta dall'avvocato generale. Pertanto, dalle conclusioni dell'avvocato generale Léger emerge il seguente quadro: da un lato, l'avvocato generale si fonda sulla «quasi-exclusivité» delle prestazioni fornite, mentre nella versione tedesca si incontra l'espressione «sämtliche Dienstleistungen» (tutte le prestazioni di servizi) (35). Dall'altro, l'avvocato generale fa leva sulla versione del secondo criterio Teckal nella lingua processuale, che è l'italiano, e usa le espressioni «en grande partie», che nella versione tedesca viene resa con «im Wesentlichen» (sostanzialmente) (36), o «la plus grande partie de leur activité» («den größten Teil ihrer Tätigkeit», la maggior parte della propria attività) (37).

87. Per concretizzare ulteriormente, viene richiamata in dottrina, ma anche in procedimenti dinanzi alla Corte, la regola dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38. A motivazione di tale proposta è stato addotto il carattere «oggettivo» o «congruo» della regola suddetta.

88. A questo riguardo va osservato che anche un'altra percentuale fissa potrebbe essere oggettiva o congrua. Tuttavia, come evidenziato da alcune parti nel presente procedimento pregiudiziale, ho già sottolineato nelle mie conclusioni nella causa Stadt Halle come la rigidità di una percentuale fissa possa anche costituire un ostacolo per una soluzione corretta. Inoltre essa non consente di prendere in considerazione elementi che non siano quantitativi.

89. Alla trasponibilità della regola dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38 osta in primo luogo la circostanza che si tratta di una disposizione eccezionale contenuta in una direttiva valida solo per taluni settori. La valutazione ivi contenuta è circoscritta, conformemente alla volontà del legislatore comunitario, alla medesima direttiva. Seppure il concetto di fondo dovesse essere praticamente applicabile anche al di fuori dei settori esclusi dal regime generale, è tuttavia determinante il fatto che una siffatta disciplina non è stata adottata invece nella direttiva applicabile nel caso di specie.

90. In secondo luogo, chi sostiene l'applicabilità della soglia dell'80 % trascura il fatto che l'art. 13 della direttiva 93/38 vale soltanto per le prestazioni di servizi. In quanto disposizione eccezionale essa non può essere applicata agli appalti di forniture nell'ambito dei settori esclusi dal regime generale neanche in via analogica. Solo la modifica intervenuta con il pacchetto legislativo ne ha previsto l'estensione alle forniture (38).

91. In terzo luogo, il legislatore comunitario, anche in occasione della riformulazione delle direttive nell'ambito del c.d. pacchetto legislativo ha conservato la soglia dell'80 % solo per i settori esclusi dal regime generale, evitando di estenderla all'ambito della c.d. direttiva classica. Eppure quando è intervenuta la nuova disciplina il secondo criterio Teckal era già noto, ed è stato anzi oggetto di discussioni nel corso del procedimento legislativo.

92. In quarto luogo, un ulteriore motivo osta ad un'applicazione analogica dell'art. 13 della direttiva 93/38. Infatti, il n. 2 di detto articolo impone agli enti aggiudicatori di fornire alla Commissione, dietro sua richiesta, talune informazioni. Questa disposizione funge da contrappeso procedurale all'eccezione disciplinata dall'art. 13. Tuttavia, nel caso dell'eccezione Teckal la Corte ha preso un'altra direzione.

93. In quinto luogo, già solo il fatto che la Corte non abbia definito il secondo criterio Teckal richiamando la direttiva 93/38, ad essa certamente nota, depone contro la trasferibilità della regola. La Corte si è invece accontentata di due presupposti di fatto diversi dall'art. 13, e cioè i due criteri Teckal. Tali presupposti devono peraltro, in

assenza di una norma procedimentale comparabile a quella di cui all'art. 13, essere interpretati restrittivamente.

94. Si deve quindi in definitiva ritenere che la soglia dell'80 % di cui alla direttiva 93/38 non costituisca un parametro per determinare la prevalenza dell'attività svolta (39).

B – Sviluppi dell'ipotesi alla luce della giurisprudenza più recente

95. Il requisito della prevalenza, in quanto presupposto per l'applicazione di un'eccezione, deve essere interpretato restrittivamente. Ciò è stato confermato dalla Corte quando essa ha affermato, al punto 63 della causa Parking Brixen, quanto segue:

«Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene».

96. Tali indicazioni devono essere osservate anche nel presente procedimento.

97. Io sostengo inoltre – come già nelle mie conclusioni nella causa Stadt Halle (40) – che la «parte più importante dell'attività» deve essere verificata non solo sulla base di criteri quantitativi, ma anche qualitativi (41).

98. Per quanto riguarda gli elementi qualitativi, sarebbe necessario verificare come e a favore di chi il soggetto controllato in esame svolge la propria attività. A tale proposito è determinante il fatto che esista un mercato per l'attività del soggetto, e che questo offra su tale mercato una parte delle prestazioni fornite a soggetti diversi dall'ente controllante (42).

99. Ciò non deve tuttavia essere inteso nel senso che le prestazioni fornite dal soggetto interessato devono essere richieste per forza anche da soggetti non pubblici. Il fatto che per un determinato bene o servizio vi siano soltanto richiedenti pubblici ancora non significa che non vi sia un mercato. Ci possono infatti essere altri offerenti. Così, la valutazione degli aspetti qualitativi non dipenderebbe soltanto dal rapporto tra il soggetto offerente e quello che lo controlla, ma piuttosto, in linea con gli obiettivi concorrenziali della normativa sugli appalti, anche dalla loro posizione economica sul mercato. In tal modo ci si accosterebbe all'ipotesi nella quale, in base alle direttive, è possibile procedere a trattativa senza pubblicazione del bando, e cioè nei casi in cui solo un operatore economico è in grado di eseguire l'appalto (43).

100. E' inoltre indispensabile chiarire se si deve fare riferimento solo alle attività effettivamente esercitate o invece anche allo scopo dell'impresa – ad esempio l'oggetto sociale in base allo statuto – vale a dire a tutte le attività che il soggetto potrebbe esercitare. Anche se la normativa sugli appalti fa talvolta riferimento agli scopi di un'impresa, una tale impostazione renderebbe ancora più difficile la stima della prevalenza, poiché per potenziali – e non certe – future attività non sarebbe possibile dare al momento indicazioni affidabili.

101. Ci si deve inoltre chiedere se abbiano rilievo soltanto alcune specifiche attività dell'impresa, oppure tutte. Si potrebbe in effetti anche intendere il requisito della prevalenza nel senso che si deve guardare soltanto a quelle attività che devono essere fornite anche al soggetto controllante, come la fornitura di energia: resterebbero quindi escluse altre attività svolte dall'impresa, come lo smaltimento dei rifiuti, e sarebbe determinante solo la quota nello specifico settore che interessa.

102. A mio parere già solo il fatto che si sia in presenza di un'eccezione al regime previsto dalla direttiva depone contro una simile interpretazione del secondo criterio

Teckal. Ciò potrebbe infatti portare ad un incremento delle eccezioni alla direttiva, in tutti i casi in cui il requisito della prevalenza sia sì soddisfatto per uno specifico tipo di attività, ma non invece per tutte le attività dell'impresa.

103. Come sembra risultare necessario sia dal testo della sentenza Teckal che dalla vicenda alla base del procedimento, il requisito della prevalenza non può però essere considerato soddisfatto solo perché l'attività a favore di un detentore di quote supera la soglia della prevalenza; è invece necessario considerare l'insieme delle attività svolte per tutti i detentori di quote, insieme che deve poi essere posto in relazione con l'insieme di tutte le attività svolte.

104. Al punto 50 della sentenza Teckal anche la Corte ha utilizzato, con riferimento al secondo requisito, il plurale, affermando quanto segue:

«Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (44).

105. Se si segue tale indicazione, non si guarderà soltanto alle prestazioni svolte a favore dell'ente controllante, cioè del comune di Busto Arsizio, ma anche a quelle erogate agli altri detentori di quote.

106. Per quanto riguarda l'aspetto quantitativo, non si deve guardare soltanto al fatturato. Devono invece essere considerati anche altri indicatori economici dell'impresa. In tal senso è possibile, come indicato nella seconda questione pregiudiziale, confrontare la somma dei proventi derivanti dalle attività a favore dei detentori di quote con la somma totale delle entrate. Peraltro, anche per la quota dei proventi totali va utilizzato lo stesso principio che vale per la quota del fatturato totale: non è sufficiente una semplice prevalenza sugli altri proventi. In entrambi i casi si resta fermi all'aspetto quantitativo.

107. Infine, relativamente al requisito della prevalenza, la Corte non ha precisato in quale momento tale requisito deve sussistere, o quale sia il periodo da prendere in considerazione nell'effettuare la valutazione.

108. In base al sistema previsto dalle direttive sugli appalti, si dovrebbe trattare del momento in cui l'ente aggiudicatore agisce, in questo caso affida l'appalto. Ciò conduce però ad una valutazione istantanea, a meno che non sia previsto – come nell'art. 13 della direttiva 93/38 – un arco di tempo più ampio.

109. Poiché la AGESP non svolge prestazioni soltanto per il Comune, ma anche per soggetti terzi nel territorio comunale, sia imprese che privati, si pone poi la questione di capire se, ed eventualmente a quali condizioni, anche prestazioni non erogate direttamente al Comune possano essere considerate prestazioni svolte per il Comune, cioè per l'ente controllante, ai sensi del secondo criterio Teckal.

110. A questo punto appaiono di nuovo chiare l'indeterminatezza del secondo criterio Teckal e la connessa incertezza giuridica per i soggetti interessati. Proprio ai fini di una maggiore certezza del diritto è necessario un chiarimento.

111. A tale proposito è stata in particolare sollevata la questione del rilievo possibile del luogo in cui la prestazione è stata svolta. Seguendo tale impostazione, nel procedimento principale si dovrebbero prendere in considerazione solo le prestazioni svolte nel territorio del comune di Busto Arsizio. Un sufficiente legame territoriale rappresenta quantomeno un criterio adeguato di imputazione. Ciò dipende dal fatto che un simile legame svolge un ruolo essenziale anche per la definizione delle competenze degli enti pubblici, in particolare dei comuni. Sarebbe invece troppo restrittivo ritenere di dover considerare soltanto le prestazioni svolte a favore di

persone residenti nel territorio del comune. Al contrario si potrebbero però considerare le prestazioni svolte al di fuori del comune, ma a beneficio di persone del comune, ad esempio perché il comune non offre direttamente tali prestazioni – per es. per ragioni di costi – e queste vengono effettuate da un soggetto al quale partecipano più comuni e/o una o più regioni.

112. Va anche evidenziato che, ai fini della classificazione, non è rilevante chi sia il destinatario della fattura relativa alla prestazione, o chi effettui il pagamento della prestazione. E' tipico ad esempio dei servizi di interesse generale svolti in concessione che almeno una parte del corrispettivo provenga dai beneficiari dei servizi dell'ente. Penso in particolare qui alle concessioni per la costruzione di autostrade, previste nelle direttive, che si accompagnano alla riscossione di un pedaggio. Nella realtà comunale sono di grande importanza innanzitutto i trasporti, la fornitura di energia, lo smaltimento dei rifiuti nonché la costruzione, ed eventualmente anche la gestione, di strutture per la formazione o il tempo libero, nonché di parcheggi. In tali casi sarebbe necessario innanzitutto verificare che non si tratti di concessioni di servizi, alle quali, già per la loro natura, non si applica il regime della direttiva.

113. La Corte dovrebbe chiarire il secondo criterio Teckal indicando le condizioni al sussistere delle quali sono ricomprese anche le prestazioni a favore di terzi. Viene innanzitutto in considerazione il tipo di relazione esistente fra i terzi e il soggetto controllante, in questo caso dunque il comune. Una imputazione al comune è particolarmente verosimile nei casi in cui il comune è tenuto a fornire a terzi una prestazione. Non deve trattarsi necessariamente di un obbligo di prestare assistenza previsto normativamente, ad esempio da leggi regionali. Si potrebbe anche pensare ad obbligazioni di diritto privato, come quelle derivanti da un contratto di privati con il comune. Sarebbe pure necessario chiarire se abbiano rilievo anche ulteriori vincoli contrattuali fra terzi e l'ente che fornisce le prestazioni. Anche in tal caso la risposta dovrebbe dipendere dall'esistenza, a fianco della prestazione materiale, di un rapporto giuridico tra il comune e il soggetto che fornisce le prestazioni.

114. E' comunque da rigettare la tesi secondo la quale va ricompresa ogni prestazione svolta a favore della popolazione dell'ente locale interessato, in questo caso il comune di Busto Arsizio. In tal modo verrebbero infatti incluse anche tutte le altre forniture effettuate a privati, prive di qualunque rapporto con il comune. Non si guarderebbe più al tipo di attività commerciale svolta. Se ad esempio un'impresa non si limitasse a fornire energia o smaltire rifiuti, ma vendesse anche determinati beni, come stufe o contenitori per i rifiuti, anche tali operazioni sarebbero ricomprese, pur trattandosi di beni che ogni consumatore potrebbe acquistare anche da altri fornitori. Un'interpretazione imperniata soltanto sulla qualità dei terzi che ricevono le prestazioni condurrebbe a ritenere ricompresa ogni prestazione svolta a favore degli utenti, solo in quanto residenti nel comune.

115. Si deve dunque in sintesi affermare che è necessario guardare non soltanto alla qualità del terzo richiedente, ma anche al contenuto negoziale.

C – Conclusioni intermedie

116. Il criterio in base al quale il soggetto controllato deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano può essere soddisfatto anche nei casi di imprese partecipate da più enti pubblici e di partecipazione indiretta. A tale proposito devono essere ascritte al soggetto controllante anche determinate prestazioni erogate a favore di terzi.

117. Nel presente procedimento il giudice nazionale deve a tal fine considerare una serie di elementi, tra i quali anche i proventi derivanti da attività svolte a favore degli

enti controllanti, ma non deve utilizzare il criterio dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38.

VIII – Conclusione

118. In conclusione, propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni pregiudiziali:

La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, deve essere interpretata nel senso che essa non osta all'affidamento diretto di un appalto in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, purché siano soddisfatte le condizioni seguenti.

In primo luogo, l'ente locale deve esercitare sull'altro soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Il giudice nazionale deve in proposito verificare i seguenti fattori:

- gli interessi dei detentori delle quote;
- la trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni;
- la circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né sia di fatto avvenuta;
- la possibilità per la AGESP di aprire filiali anche all'estero;
- l'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del consiglio di amministrazione e la dirigenza della società;
- i poteri del consiglio di amministrazione della AGESP, nonché
- la circostanza che il comune partecipi alla AGESP indirettamente, attraverso la AGESP Holding.

In secondo luogo tale soggetto deve anche svolgere la parte più importante della propria attività per l'ente o gli enti locali che lo controllano. Il giudice nazionale deve al riguardo prendere in considerazione le circostanze indicate ai paragrafi 76 115, ivi compresi i proventi derivanti da attività svolte a favore dei detentori delle quote, ma non deve utilizzare il criterio dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38/CEE.

1 – Lingua originale: il tedesco.

2 – GU L 199, pag. 1.

3 – Sentenza 18 novembre 1999, causa C 107/98, Teckal (Racc. pag. I 8121).

4 – Sentenza 11 gennaio 2005, causa C 26/03, Stadt Halle (Racc. pag. I 1).

5 – V. ordinanza 14 novembre 2002, causa C 310/01, Comune di Udine (GU 2003, C 55); sentenza 9 settembre 1999, causa C 108/98, RI.SAN. (Racc. pag. I 5219).

6 – Sentenza nella causa C 26/03 (cit. alla nota 4).

7 – Sentenza 13 ottobre 2005, causa C 458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I 0000).

8 – GU L 199, pag. 84.

9 – GU L 134, pag. 1.

10 – Ai sensi dell'art. 7 dello statuto dell'AGESP «nessun socio, ad eccezione della società controllante AGESP Holding s.p.a., può possedere una quota superiore alla decima parte dell'intero capitale della società».

11 – Ai sensi dell'art. 6 dello statuto della AGESP Holding s.p.a., la maggioranza delle azioni è riservata al Comune.

Ai sensi dell'art. 7 dello statuto della AGESP Holding s.p.a., «nessun socio privato può possedere una quota superiore alla decima parte dell'intero capitale della società».

12 – Ordinanza nella causa C 310/01 (cit. alla nota 5).

13 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7).

14 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punto 65.

15 – Sentenza nella causa C 26/03 (cit. alla nota 4), punto 50.

16 – Cfr. il ragionamento dell'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni 1° marzo 2005 nella causa C 458/03 (sentenza cit. alla nota 7), paragrafi 74 e segg..

17 – Sentenza nella causa C 26/03 (cit. alla nota 4), punto 46.

18 – Sentenza nella causa C 26/03 (cit. alla nota 4), punto 49.

19 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punto 70.

20 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punto 68.

21 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punto 67.

22 – Sentenza 10 novembre 2005, causa C 29/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I 0000).

23 – Sentenza nella causa C 29/04 (cit. alla nota 22), punto 41.

24 – Sentenza nella causa C 29/04 (cit. alla nota 22), punto 38.

25 – Così nella sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punti 66 ss.

26 – Cfr. le mie conclusioni nella causa C 26/03 (sentenza cit. alla nota 4), paragrafo 65.

27 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punto 67.

28 – Cfr. le mie conclusioni nella causa C 26/03 (sentenza cit. alla nota 4), paragrafo 76.

29 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punti 66 ff.

30 – Cfr. le mie conclusioni nella causa C 26/03 (sentenza cit. alla nota 4), paragrafo 77.

31 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punto 65.

32 – Sentenza nella causa C 458/03 (cit. alla nota 7), punto 67.

33 – Conformemente alle mie conclusioni anche l'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni 1° marzo 2005 nella causa C 458/03 (sentenza cit. alla nota 7), paragrafo 81.

34 – Conclusioni dell'avvocato generale Léger 15 giugno 2000 nella causa C 94/99, ARGE Gewässerschutz (Sentenza 7 dicembre 2000, Racc. pag. I 11037), paragrafo 93 (il corsivo è mio).

35 – Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa C 94/99 (cit. alla nota 34), paragrafo 74.

36 – Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa C 94/99 (cit. alla nota 34), paragrafo 81.

37 – Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa C 94/99 (cit. alla nota 34), paragrafo 83.

38 – Art. 23 della direttiva 2004/17/CE, cit. alla nota 9.

39 – Per quanto riguarda la dottrina di tale avviso, nel frattempo divenuta maggioritaria: Meinrad Dreher, «Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater», NZBau 2002, pag. 245 (253); Wolfram Krohn, «“Aus” für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen», NZBau 2005, pag. 92 (95); Opitz, Zeitschrift für Vergaberecht 2000, pag. 97 (105); Ulf-Dieter Pape/Henning Holz, «Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte», NJW 2005, pag. 2264 (2265 s.); Wolfgang Jaeger, «Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht», in: Büdenbender/Kühne/Baur (a c. di), Das neue Energierecht in der Bewährung; Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS, 2002, pag. 455 (464); Christoph Riese/Andreas van den Eikel, «Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?», Vergaberecht 2005, pag. 590 (601); Kurt Weltzien, «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», Public Procurement Law Review 2005, pag. 237 (249), il quale correttamente rileva che la direttiva 93/38 vale anche per imprese private; Jan Ziekow/Thorsten Siegel, «Die Vergaberechtpflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand», Vergaberecht 2005, pag. 145 (148), che mettono in dubbio la conformità al diritto comunitario della formula dell'80 %.

40 – Conformemente alle mie conclusioni anche l'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni nella causa C 458/03 (sentenza cit. alla nota 7), paragrafo 83.

41 – Nello stesso senso: Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, *Vergaberecht* 2005, pag. 103 ss.; Holger Schröder, «In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?», *NZBau* 2005, pag. 127 ss.; Kurt Weltzien, «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review* 2005, pag. 237 (248).

42 – Si fa rinvio in proposito alla definizione normativa contenuta all'art. 1, n. 8, primo comma, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), nonché all'art. 1, n. 7, primo comma, della direttiva 2004/17 (cit. alla nota 9).

Nella direttiva applicabile qui manca una definizione analoga, con riferimento esplicito al mercato.

43 – V. ora art. 31, n. 1, lett. b), della direttiva 2004/18, e art. 40, n. 3, lett. c), della direttiva 2004/17.

44 – Il corsivo è mio.

Corte Costituzionale, 1/2/2006 n. 29

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, e dell'art. 7, comma 1, lettera b), e comma 4, lettere b), d), f) e g), della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 18 ottobre 2004, depositato nella cancelleria della Corte il successivo 21 ottobre, ed iscritto al n. 100 del registro ricorsi 2004.

Visto l'atto di costituzione della Regione Abruzzo;
udito nell'udienza pubblica del 13 dicembre 2005 il Giudice relatore Alfonso Quaranta;
uditi l'avvocato dello Stato Giorgio D'Amato per il Presidente del Consiglio dei ministri e l'avvocato Sandro Pasquali per la Regione Abruzzo.

Ritenuto in fatto

1.— Con ricorso notificato il 18 ottobre 2004 e depositato il successivo 21 ottobre, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato gli articoli 4, comma 4, e 7, comma 1, lettera b), e comma 4, lettere b), d), f), g), della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo del 20 agosto 2004, n. 22, per violazione degli articoli 3, 117, primo comma – anche in relazione agli articoli da 52 a 66 (ora articoli da 43 a 55) del Trattato dell'Unione europea –, secondo comma, lettere e), l) e p), nonché terzo comma, della Costituzione, chiedendo che ne venga dichiarata l'illegittimità costituzionale.

2.— Il ricorrente osserva, preliminarmente, che la legge reg. Abruzzo n. 23 del 2004 detta disposizioni normative in un settore, servizi pubblici locali a rilevanza economica, che per i profili relativi alla tutela della concorrenza - materia oggetto, ex art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, di competenza legislativa esclusiva dello Stato - è disciplinato dall'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), norma, quest'ultima, di principio, non derogabile dalla legislazione regionale (il Presidente del Consiglio dei ministri richiama la sentenza n. 272 del 2004).

3.— Tanto premesso, l'Avvocatura dello Stato sospetta di illegittimità costituzionale l'art. 4, comma 4, e l'art. 7, comma 4, lettera b), della legge regionale in esame.

La difesa dello Stato rileva come l'art. 4, comma 4, vieti alle società a capitale interamente pubblico (e rispettive società collegate e controllate), proprietarie di reti, impianti, dotazioni patrimoniali e beni essenziali all'espletamento di un servizio pubblico locale, di partecipare alle gare disciplinate dall'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267 del 2000, per la scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero per la scelta del socio privato delle società a capitale misto pubblico/privato.

A sua volta, l'art. 7, comma 4, lettera b), vieta alle medesime società, affidatarie dirette della gestione (in ipotesi anche integrata) del servizio pubblico locale, di partecipare alle gare, ad evidenza pubblica, per la scelta del soggetto gestore del servizio e per la scelta del socio privato delle società a capitale misto.

Tuttavia, rileva il Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi del comma 15-quater, dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, analogo divieto - previsto dal comma 6 per le società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, nonché per le società a capitale interamente pubblico affidatarie dirette della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, ovvero per le imprese titolari della gestione a seguito di procedure ad evidenza pubblica - «non opera sino al 31 dicembre 2006».

Da tali rilievi il ricorrente deduce che le disposizioni impugnate - che riguardano le società proprietarie delle reti e non solo quelle titolari della relativa gestione - impediscono l'esercizio di un'attività economica sul territorio abruzzese, contrastano con l'unicità del mercato e violerebbero, pertanto, l'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, che riserva allo Stato la potestà legislativa esclusiva nella materia "tutela della concorrenza".

Per altro verso, le norme in oggetto, negando l'esigenza di una disciplina transitoria riconosciuta, invece, dalla legge statale, lederebbero «uno dei canoni fondamentali di cui all'art. 3 della Costituzione».

4.— Il Presidente del Consiglio dei ministri censura anche l'art. 7, comma 1, lettera b), della legge reg. Abruzzo n. 23 del 2004, che stabilisce un limite minimo (40 per cento del capitale sociale) alla partecipazione azionaria del socio privato nelle società a capitale sociale misto pubblico/privato, cui può essere conferita la titolarità della gestione del servizio pubblico locale a rilevanza economica.

Tale limitazione, non contemplata dall'art. 113, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 267 del 2000, contrasterebbe con l'art. 3 della Costituzione, in quanto appare irrazionale stabilire un limite minimo, anziché massimo, alla partecipazione privata.

La disposizione in esame, inoltre, sarebbe suscettibile di alterare il regime di libero mercato, nonché contraddittoria con la scelta del legislatore statale di consentire anche apporti di non elevato rilievo finanziario da parte di soggetti in possesso, peraltro, delle necessarie capacità tecniche.

Ad avviso della difesa dello Stato, quindi, vi sarebbe la lesione della competenza statale in ordine alla determinazione dei principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, della Costituzione), nonché della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia "tutela della concorrenza" (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione).

5.— Il ricorrente impugna l'art. 7, comma 4, lettera d), della legge reg. Abruzzo de qua, che vieta alle società a capitale interamente pubblico di conferire incarichi professionali, di collaborazione e di qualsiasi altro genere, a persone e/o a società legate da rapporti di dipendenza e/o di collaborazione con l'ente o gli enti titolari del capitale sociale, in quanto tali obbligati ad esercitare sulle società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Poiché, secondo l'Avvocatura dello Stato, il mancato rispetto della norma darebbe luogo alla nullità dell'atto costitutivo del rapporto, si profilerebbe, ad opera del legislatore regionale, un'invasione della competenza legislativa nella materia "ordinamento civile", riservata in via esclusiva allo Stato, ex art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

La disposizione in esame, inoltre, verrebbe a configurare delle incompatibilità nell'esercizio delle professioni, che attengono, ugualmente, al piano dell'ordinamento civile.

Potrebbe, infine, ipotizzarsi un contrasto con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, di cui agli artt. da 52 a 66 (ora artt. da 43 a 55) del Trattato dell'Unione europea, con violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

6.— A sostegno della ritenuta illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera f), della legge regionale in esame, la difesa dello Stato deduce che detta disposizione - la quale prevede che le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico locale, siano obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente - pone a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato, ed invaderebbe, quindi, la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia "ordinamento civile" (art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione).

7.— Infine il Presidente del Consiglio dei ministri deduce l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera g), della medesima legge regionale, in quanto detta norma - nel prevedere l'ineleggibilità a sindaco, presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei Comuni e delle Province titolari del capitale sociale delle società affidatarie della gestione del servizio pubblico, per i legali rappresentanti ed i componenti degli organi esecutivi delle società medesime - lederebbe la competenza esclusiva dello Stato, ex art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, «in materia di organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane».

8.— Si è costituita nel giudizio la Regione Abruzzo, depositando in cancelleria comparsa con apposta a margine la procura speciale alle liti rilasciata dal Presidente della Giunta regionale «per rappresentare e difendere la Regione Abruzzo nel presente giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale concernente il ricorso per incostituzionalità promosso dalla Presidenza del Consiglio dei ministri avverso la legge regionale n. 22 del 5 agosto 2004».

La difesa regionale ha chiesto che la Corte «voglia in parte dichiarare» manifestamente infondate le questioni di costituzionalità sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri.

9.— In ordine alla prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, della legge suddetta, la Regione ha osservato che la lettura offerta dall'Avvocatura non può essere condivisa, e che deve essere, invece, privilegiata un'interpretazione conforme a Costituzione.

Il legislatore regionale ha ritenuto, infatti, non necessario ribadire il termine iniziale di operatività del divieto, poiché lo stesso era già stabilito dalla normativa statale di principio in materia, in modo inderogabile.

Con riguardo alle censure rivolte all'art. 7, comma 4, lettera b), della legge reg. n. 23 del 2004, la Regione ha dedotto che - in particolare, rispetto al rilievo che l'estensione soggettiva del divieto ricomprende le società proprietarie delle reti, anziché solo quelle titolari della relativa gestione - «si riscontra una non perfetta aderenza con la normativa statale».

10.— La Regione ritiene, altresì, che l'art. 7, comma 1, lettera b), della legge impugnata, ricalchi esattamente il contenuto della corrispondente disposizione statale (art. 113, comma 5, lettera b, del d.lgs. n. 267 del 2000) discostandosene, unicamente,

per l'introduzione di una soglia minima di partecipazione al capitale sociale del socio privato.

La norma regionale andrebbe, quindi, letta come una specificazione di dettaglio della disciplina statale di principio, che tace al riguardo, attribuendo una connotazione giuridica ben precisa al concetto di "società mista".

11.— In merito alle censure formulate rispetto all'art. 7, comma 4, lettera d), la difesa regionale ha osservato che la norma costituisce, in primo luogo, emanazione diretta del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, ex art. 97, primo comma, della Costituzione, e, nello specifico, che essa è estrinsecazione di quel presupposto naturale che caratterizza la stessa essenza giuridica del controllo, il quale esige, quantomeno, l'alterità tra controllante e controllato.

12.— Rispetto alla dedotta illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera f), della legge reg. n. 23 del 2004, la resistente ha rilevato come, con riguardo alle società a capitale interamente pubblico, vada tenuto distinto l'aspetto formale da quello sostanziale, di modo che il ricorso, da parte degli enti pubblici, a forme organizzative proprie del diritto privato, non vale a dissolverne totalmente la natura pubblicistica.

13.— Infine, rispetto all'impugnativa dell'art. 7, comma 4, lettera g), la Regione osserva che la norma non contrasta con l'assetto costituzionale, poiché si limita a ribadire figure di ineleggibilità già previste a livello statale (cfr. artt. 60, 61 e 63 del d.lgs. n. 267 del 2000).

Considerato in diritto

1.— Il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale di diverse disposizioni della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), che disciplinano le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica alle società a capitale interamente pubblico o a capitale misto pubblico/privato, nonché il regime giuridico delle medesime.

La citata legge regionale, secondo quanto disposto dall'art. 2, regola il servizio di gestione dei rifiuti urbani, il servizio idrico integrato, nonché i servizi di trasporto pubblico locale, come specificati, tutti qualificati «a rilevanza economica».

In particolare, il ricorrente impugna l'art. 4, comma 4, l'art. 7, comma 4, lettere b), d), f) e g), nonché l'art. 7, comma 1, lettera b), della legge regionale, prospettando la violazione dell'art. 3, dell'art. 117, primo comma - anche in relazione agli articoli da 52 a 66 (ora artt. da 43 a 55) del Trattato istitutivo dell'Unione europea -, secondo comma, lettere e), l) e p), e terzo comma, della Costituzione.

2.— In via preliminare deve essere dichiarata inammissibile - ai sensi degli artt. 25, 31 e 34 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e dell'art. 23, comma 1, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale - la costituzione in giudizio della Regione Abruzzo.

La procura speciale alle liti, apposta a margine dell'atto di costituzione, infatti, è stata rilasciata dal Presidente della Giunta regionale, per la rappresentanza e la difesa della Regione, nel giudizio di costituzionalità della legge reg. 5 agosto 2004, n. 22 (la cui rubrica reca "Nuove disposizioni in materia di politiche di sostegno all'economia ittica"), e non della legge reg. 5 agosto 2004, n. 23.

Il difetto di una valida procura alle liti, rende, quindi, tamquam non esset l'attività processuale svolta dalla difesa regionale.

3.— Le censure proposte devono essere esaminate, in primo luogo, con riferimento alle disposizioni contenute negli artt. 4, comma 4, e 7, comma 4, lettera b), che violerebbero

la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia “tutela della concorrenza”, quale desumibile dalla disciplina dettata dall'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), nonché l'art. 3 della Costituzione, «negando l'esigenza di una disciplina transitoria riconosciuta invece dalla legge statale».

In particolare, l'art. 4, comma 4, della legge regionale impugnata stabilisce che le società a capitale interamente pubblico – alle quali gli enti locali abbiano conferito la proprietà delle reti, degli impianti, delle dotazioni patrimoniali e dei beni essenziali all'espletamento di un servizio pubblico locale – nonché le società controllate e collegate con le medesime, non sono ammesse a partecipare alle gare (ad evidenza pubblica) indette per la scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero per la scelta del socio privato delle società a capitale misto, gare disciplinate dall'art. 113, comma 5, del citato d.lgs. n. 267 del 2000.

L'art. 7, comma 4, lettera b), a sua volta, vieta alle società a capitale interamente pubblico di cui al precedente comma 1, lettera c), in quanto già affidatarie dirette della gestione (anche integrata) di un servizio pubblico locale a rilevanza economica, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto cui conferire la gestione dei servizi.

4.— Il ricorrente si duole, in sostanza, che la legge regionale avrebbe introdotto limitazioni non previste, o con una non consentita efficacia immediata, rispetto alla disciplina statale, in ordine alla partecipazione delle società costituite da enti pubblici, a capitale interamente pubblico, alle gare di cui innanzi, nella ipotesi in cui le medesime:

a) siano proprietarie di reti, impianti e dotazioni patrimoniali (divieto assoluto in ragione del richiamo all'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267 del 2000);

b) siano già affidatarie della gestione di servizi pubblici locali (divieto relativo in ragione dell'art. 7, comma 1, lettera c, della medesima legge reg. n. 23 del 2004).

Il primo divieto (art. 4, comma 4) non sarebbe previsto dalla normativa statale dettata dal citato d.lgs., mentre il secondo (art. 7, comma 4, lettera b), potrebbe essere ricondotto alla previsione dell'art. 113, comma 6, dello stesso d.lgs., la quale però, in ragione del successivo comma 15-quater, opererà soltanto a partire dal 1° gennaio 2007.

5.— Ciò precisato, appare opportuno, in via preliminare, richiamare, sia pure in sintesi, la disciplina statale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con particolare riguardo al regime giuridico delle procedure per l'affidamento della gestione delle reti, nonché per l'affidamento della gestione del servizio.

6.— La disciplina in questione è contenuta nel Titolo V del d.lgs. n. 267 del 2000 e, in particolare, nell'art. 113 che ha subito, nel corso del tempo, varie modificazioni per effetto dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002), dell'art. 14, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326, nonché dell'art. 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2004).

7.— Proprio l'art. 14, comma 1, del citato decreto-legge n. 269 del 2003, secondo cui le disposizioni dell'art. 113, sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, «concernono la tutela della concorrenza e sono

inderogabili ed integrative delle discipline di settore», è stato sottoposto al vaglio di costituzionalità.

E questa Corte, con la sentenza n. 272 del 2004, ha affermato che tale disposizione si può sostanzialmente ritenere «una norma-principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di «rilevanza economica» e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali».

La Corte ha ritenuto, altresì, che «alle stesse finalità garantistiche della concorrenza appare ispirata anche la disciplina transitoria, che, in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni già assentite in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di società affidataria del servizio».

In conclusione, pertanto, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia «tutela della concorrenza», devono essere ricondotte le disposizioni statali di principio contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, in quanto le medesime, pur incidendo sulla materia dei servizi pubblici locali, che appartiene alla competenza residuale delle Regioni, disciplinano l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, di rilevanza economica, secondo un sistema teso a salvaguardare la concorrenzialità del mercato.

8.— Orbene, il richiamato art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, nel testo risultante dalle varie modifiche subite nel tempo, delinea una complessa disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che risulta caratterizzata, in linea generale:

- dalla separazione tra la proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali, riservata all'ente locale (o trasferita da quest'ultimo a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile), e la gestione del servizio pubblico;
- da un tendenziale accorpamento della gestione delle reti all'erogazione del servizio pubblico locale, prevedendosi la tipizzazione, ad opera della normativa di settore, dei casi in cui le suddette attività possono, invece, essere eccezionalmente disgiunte.

In detto sistema, quindi, si possono distinguere tre aspetti nella regolamentazione dei servizi pubblici locali, che possono essere così individuati:

- proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali;
- gestione della rete;
- erogazione del servizio.

Dall'esame del contenuto del citato art. 113, in combinato disposto con altre norme nel medesimo articolo richiamate, sono desumibili, i seguenti principi:

- la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali spetta agli enti locali (art. 113, comma 2), che possono conferirla però – come si è precisato – a società a capitale interamente pubblico (art. 113, comma 13);
- le discipline di settore possono stabilire i casi in cui l'attività di gestione delle reti e degli impianti può essere separata dalla erogazione del servizio (art. 113, comma 3); qualora sia stata prevista detta separazione, per la gestione gli enti locali si avvalgono, con affidamento diretto, delle società proprietarie delle reti, di società a capitale

interamente pubblico costituite allo scopo, oppure, mediante procedure di evidenza pubblica, di imprese idonee (art. 113, commi 13 e 4);

– il conferimento della titolarità del servizio pubblico, per l'erogazione dello stesso, è affidato (art. 113, comma 5):

a) a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare ad evidenza pubblica;

b) a società di capitale misto pubblico/privato, nelle quali il socio privato sia scelto attraverso gare ad evidenza pubblica;

c) a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulle società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

– le società che in Italia o all'estero gestiscono a qualsiasi titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi, nonché le società controllate o collegate alle medesime ovvero i soggetti titolari della gestione delle reti (quando sia disgiunta dall'erogazione del servizio) non possono partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio pubblico di cui al comma 5 (art. 113, comma 6);

– il divieto da ultimo richiamato opera per entrambe le categorie di soggetti ivi indicate soltanto a partire dal 1° gennaio 2007, a meno che non si tratti «dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa» (comma 15-quater, aggiunto all'art. 113 dall'art. 4, comma 234, della legge n. 350 del 2003).

9.— Orbene, lo scrutinio di legittimità costituzionale, in ordine alle disposizioni della legge regionale ora oggetto di censure da parte dello Stato, deve essere condotto alla luce del suddetto quadro normativo statale, che – come si è sopra visto – trova la sua fonte nel parametro costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione, al quale ha fatto fondamentalmente riferimento, nel suo ricorso, il Presidente del Consiglio dei ministri.

10.— Ciò chiarito, deve essere, innanzitutto, esaminata la questione di legittimità costituzionale proposta dal ricorrente con riferimento all'art. 4, comma 4, della legge regionale impugnata.

Tale questione non è fondata.

La disposizione regionale oggetto di impugnazione esclude che le società a capitale interamente pubblico, cui sia stata conferita dagli enti locali la proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali, destinati all'esercizio dei servizi pubblici, possano partecipare alle gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto gestore del servizio o del socio privato delle società a capitale misto pubblico/privato.

Dalla formulazione della disposizione in esame e, in particolare, dalla specificazione degli ulteriori compiti e poteri che le società a capitale totalitario pubblico possono esercitare (tra i quali può essere compreso anche quello di espletare le gare per la scelta del soggetto affidatario dell'erogazione del servizio, ex art. 113, comma 13) si desume che il legislatore statale non ha specificamente previsto la possibilità per le suddette società di partecipare alle gare per l'affidamento della gestione del servizio; né, per converso, ha escluso in modo espresso tale possibilità.

In tale situazione, versandosi pur sempre in materia riservata alla competenza residuale delle Regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato, prevedendo il divieto per le società proprietarie delle

reti di partecipare alle gare in questione. D'altronde, siffatta determinazione si presenta anche coerente con il principio d'ordine generale, pure se derogabile, che postula la separazione tra soggetti proprietari delle reti e soggetti erogatori del servizio.

Si deve, pertanto, escludere che sussista il denunciato contrasto tra la disposizione regionale impugnata (art. 4, comma 4) e le norme contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000.

11.— Va esaminata ora la questione relativa all'art. 7, comma 4, lettera b), della stessa legge regionale.

La questione è fondata nei termini che seguono.

La norma impugnata, nel vietare alle società a capitale interamente pubblico, già affidatarie in via diretta della gestione di un servizio pubblico, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore del servizio, contrasta con le disposizioni contenute nell'art. 113 (segnatamente nel comma 15-quater) del d.lgs. n. 267 del 2000 e, dunque, con il parametro costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

Occorre ricordare, in proposito, che questa Corte (sentenza n. 272 del 2004) ha ritenuto che, allo scopo di salvaguardare le esigenze della concorrenza, operano non solo le disposizioni previste a regime sulle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, ma anche le relative disposizioni aventi carattere soltanto transitorio.

La previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 113, cui si riconnette l'impugnata norma regionale, nel disporre il divieto di partecipare alle gare di cui al precedente comma 5, tende a garantire la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – di rilevante incidenza sul mercato (cfr. la citata sentenza n. 272 del 2004). Ma proprio una corretta attuazione del nuovo regime di divieti ha richiesto, ragionevolmente, come disposto dal legislatore statale con il comma 15-quater del medesimo art. 113, una disciplina transitoria per consentire un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del “mercato”. Ciò comporta che la mancata previsione, nella legge regionale, di un analogo regime transitorio, che definisca le modalità temporali di efficacia del divieto in esame, è idonea ad arrecare un vulnus all'indicato parametro costituzionale.

Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera b), della legge impugnata, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, nella parte in cui non prevede che il divieto ivi contemplato si applica a decorrere dal 1° gennaio 2007, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa. Resta assorbito l'ulteriore profilo di illegittimità costituzionale prospettato dal ricorrente con riguardo all'art. 3 della Costituzione.

12.— Il Presidente del Consiglio dei ministri lamenta, altresì, l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, lettera b), della legge in esame, che stabilisce un limite minimo (40 per cento del capitale sociale) per la partecipazione azionaria del socio privato, da scegliere con procedura di evidenza pubblica, della società mista cui può essere conferita la titolarità della gestione del servizio pubblico di rilevanza economica. Ad avviso dell'Avvocatura dello Stato, la norma contrasta con l'art. 113, comma 5, lettera b), del d.lgs. n. 267 del 2000, violando sia la competenza statale riguardo alla determinazione dei principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, della Costituzione), sia la competenza

esclusiva statale nella materia “tutela della concorrenza” (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione). La disposizione in esame lederebbe, altresì, l'art. 3 della Costituzione.

13.— La questione non è fondata.

Occorre rilevare come l'art. 113, comma 5, lettera b), nell'individuare tra i possibili soggetti, cui conferire direttamente la gestione del servizio pubblico locale, le società a capitale misto pubblico/privato, non stabilisca alcun limite percentuale, né massimo né minimo, alla partecipazione al capitale sociale da parte del socio privato, limitandosi soltanto a richiedere che detto socio sia scelto con le procedure dell'evidenza pubblica. La mancanza di una qualsiasi previsione statale in merito alla consistenza del capitale privato nell'ambito della compagine sociale consente al legislatore regionale, nell'esercizio della sua discrezionalità, di stabilire quote minimali di partecipazione. Né può ritenersi che la specificazione operata dalla norma impugnata possa considerarsi intrinsecamente irragionevole: la previsione di un siffatto limite, al di là delle sue implicazioni sul piano della concorrenza, risponde, infatti, all'esigenza di evitare che partecipazioni minime o addirittura simboliche si possano risolvere in una elusione delle modalità complessive di conferimento della gestione del servizio pubblico locale.

14.— Ulteriore questione di legittimità costituzionale è stata proposta nei confronti dell'art. 7, comma 4, lettera d), della medesima legge regionale, che vieta alle società a capitale interamente pubblico, alle quali sia affidato in via diretta la gestione di un servizio pubblico locale, il conferimento di incarichi professionali, di collaborazione e di qualsiasi altro genere in favore di persone e/o di società legate da rapporti di dipendenza e/o di collaborazione con l'ente o gli enti titolari del capitale sociale, in quanto tali obbligati all'esercizio del controllo di cui al precedente comma 1, lettera c). Deduce la difesa dello Stato che, poiché si può ricondurre alla trasgressione del divieto la nullità dell'atto costitutivo del rapporto vietato, si profila un'invasione della competenza nella materia “ordinamento civile”, la quale spetta in via esclusiva allo Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

La norma, inoltre, verrebbe a configurare una incompatibilità nell'esercizio della professione, che attiene ugualmente al piano dell'ordinamento civile. Può, inoltre, profilarsi, ad avviso del ricorrente, un contrasto con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi di cui agli artt. da 52 a 66 (ora artt. da 43 a 55) del Trattato istitutivo dell'Unione europea, con conseguente violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

15.— La questione non è fondata.

Le censure, dedotte con riferimento alla competenza legislativa statale esclusiva nella materia “ordinamento civile”, non possono accogliersi, in quanto la prospettata nullità del contratto d'opera professionale è meramente ipotetica, né è prevista dalla norma impugnata. D'altronde, le conseguenze della stipulazione del contratto de quo, come vietato, dovranno essere eventualmente verificate in sede di giudizio davanti alla competente autorità giudiziaria ordinaria. Neppure può ritenersi che si versi in una ipotesi di non consentite limitazioni all'esercizio di attività professionali, giacché non vi è alcun divieto imposto al professionista in quanto tale, ma alla società, sulla quale ricadono le conseguenze della violazione del divieto.

Inammissibile deve, invece, considerarsi il profilo della censura relativo alla dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, per contrasto con i principi

di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi (ora articoli da 43 a 55, già articoli da 52 a 66, del Trattato dell'Unione europea), in quanto trattasi di profilo sornito di elementi minimi argomentativi (cfr., ex multis, sentenza n. 176 del 2004 e ordinanza n. 23 del 2005).

La norma impugnata trova, in realtà, la sua esclusiva giustificazione nella esigenza di evitare che si determinino situazioni di conflitto di interessi tra controllori e controllati e di garantire, fin dove possibile, trasparenza nei rapporti tra società incaricate della gestione dei servizi in questione ed enti pubblici titolari del capitale sociale.

16.— Con la successiva censura il ricorrente deduce l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera f), della legge regionale in esame, in quanto la stessa, nel prevedere che le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, sono obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, pone a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato ed invade quindi la competenza esclusiva statale nella materia "ordinamento civile" (art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione).

17.— La questione non è fondata.

La disposizione in esame non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici.

D'altronde, questa Corte, sulla base della distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, e dunque con riferimento al suindicato principio, ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico (sentenza n. 466 del 1993).

18.— Infine, con il ricorso viene impugnato l'art. 7, comma 4, lettera g), della legge regionale, che, nel prevedere l'ineleggibilità a sindaco, presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei Comuni e delle Province titolari del capitale sociale delle società affidatarie della gestione del servizio pubblico, per i legali rappresentanti ed i componenti degli organi esecutivi delle società medesime, invaderebbe la competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, in materia di organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane.

19.— La questione è fondata.

L'impugnata norma regionale, disciplinando un caso di ineleggibilità a cariche elettive in enti locali territoriali, invade la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia "organi di governo" di Comuni, Province e Città metropolitane, prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione. Né rileva che, in parte, la disposizione impugnata coincide con quanto previsto dalla legislazione statale negli artt. 60, 61 e 63 del d.lgs. n. 267 del 2000, dal momento che, vertendosi in materia riservata in modo esclusivo allo Stato, la Regione non è legittimata ad adottare nella materia stessa alcuna disciplina, ancorché in parte coincidente con quella statale.

Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera g), della legge della Regione Abruzzo n. 23 del 2004.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibile la costituzione in giudizio della Regione Abruzzo;
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera b), della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), nella parte in cui non prevede che il divieto ivi previsto si applica a decorrere dal 1° gennaio 2007, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa;
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera g), della medesima legge regionale;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, della medesima legge regionale, proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione agli artt. 3 e 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, lettera b), della medesima legge regionale, proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione agli artt. 3 e 117, secondo comma, lettera e), e terzo comma, della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera d), proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117, primo comma - anche in relazione agli articoli da 52 a 66 (ora artt. da 43 a 55) del Trattato dell'Unione europea -, e secondo comma, lettera l), della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera f), della medesima legge regionale, proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione all' art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso, in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 gennaio 2006.

F.to:

Franco BILE, Presidente

Alfonso QUARANTA, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria

l'1 febbraio 2006.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: DI PAOLA

TAR Molise, 17/11/2005 n. 991

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise - Sezione unica di Campobasso -
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 92/2005 proposto da

C.M.P. COMPAGNIA MOLISANA PARCHEGGI - S.r.l.

in persona del rappresentante pro tempore sig. Paolo Rizzi rappresentata e difesa
dagli Avv.ti Giuseppina Cennamo e Vittoria Farinacci ed elettivamente domiciliata
presso lo Studio della prima in Campobasso, Via Matteotti, n. 7

contro

COMUNE DI CAMPOBASSO

in persona del Sindaco pro tempore,

costitutosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Antonio Calise ed
elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura comunale in Campobasso, P.za Vittorio
Emanuele II°, n. 29

e nei confronti di

S.E.A. – Servizi e Ambienti S.p.a.

in persona dell'Amministratore delegato pro tempore sig. Alberto Mangianiello,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Italo Spagnolo Vigorita e
Lucia Liberatore ed elettivamente domiciliata presso la seconda in Campobasso Via
Roma, n. 48

per l'annullamento

della deliberazione 20.12.2004, n. 63 con cui il Consiglio comunale ha affidato il
servizio di gestione della sosta a pagamento;

della convenzione intercorsa tra il Comune e la società SEA inerente al predetto
servizio

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del resistente Comune e della società
controinteressata;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato, come relatore, alla pubblica udienza del 5.10.2005 il dottor Antonio
Massimo Marra;

Uditi altresì i difensori delle parti: Avv. Guida in sostituzione degli Avv.ti Cennamo e
Farinacci per la parte ricorrente; Avv. Calise per l'ente comunale intimato e gli Avv. ti
Lucia Liberatore e Spagnuolo Vigorita per la società controinteressata.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con delibera consiliare 8.7.1996, n. 41 il Comune di Campobasso decideva di regolamentare il servizio pubblico di sosta a pagamento nel centro cittadino al fine di decongestionare il traffico ed, in data 13.9.1996, stipulava una convenzione sperimentale, per il quinquennio 1997/2001, con l'Automobile Club di Campobasso per l'esercizio di detto servizio.

Con successive delibere 31.12.2001, n. 666, 31.1.2002, n. 26, 15.3.2002, n. 82 e 30.5.2002, n. 224 la stessa Giunta municipale decideva di prorogare il ridetto servizio. Con delibera 23.7.2002, n. 28 il Consiglio comunale rinnovava, infine, la suindicata convenzione in favore dell'Automobile Club di Campobasso per il quinquennio 2002/2006.

Tale ultima delibera consiliare è stata impugnata dalla società SELENE - S.r.l. dinanzi a questo Tribunale che con sentenza 10.3.2004, n. 262, in accoglimento del proposto ricorso, annullava gli atti impugnati, rilevando che il servizio in questione era stato affidato, in via diretta, mediante il rinnovo della convenzione all'A.C. locale, omettendosi di osservare le disposizioni di cui dell'art. 113 del D.L.gs 18.8.2000, n. 267.

Con ricorso notificato 25.2.2005, tempestivamente depositato, la società C.M.P. Compagnia Molisana Parcheggi - S.r.l. con sede in Campobasso, impugna la deliberazione in epigrafe indicata (unitamente alla suddetta convenzione), con la quale si è proceduto all'affidamento del servizio di gestione della sosta a pagamento nel centro cittadino di Campobasso.

A sostegno dell'introdotta domanda è stata dedotta: 1) la violazione dell'art. 113, 5° comma lett. c), del D. lgs 18.8.2000, n. 267; degli artt. 2325 e ss del cod. civ.; eccesso di potere per travisamento dei fatti e sviamento dell'interesse pubblico, difetto di motivazione, in quanto la veste societaria assunta dalla controinteressata avrebbe impedito un controllo pregnante da parte dell'ente comunale; 2) inesatta esecuzione della sent. 262/04, emessa dal TAR Molise; 3) la violazione dell'art. 113, 5° comma lett. c) del D.lgs 18.8.2000, n. 267; violazione per mancata applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 3, 16, 43, 49, 50, 51, 70, 71, 72, 81, 82, 86, 87 e ss. del Trattato istitutivo C. E.; violazione per mancata applicazione dell'art. 24, 8° comma della L. 448/01, del D. lgs 442/ 97, del Regolamento C.E. 1191/69, nonché delle direttive C.E. nn. 93/38 e 92/50; oltre che per violazione dei principi di diritto comunitario in materia di concorrenza nella gestione dei pubblici servizi; difetto di motivazione in ordine all'interesse pubblico; difetto d'istruttoria; eccesso di potere per travisamento dei fatti, in quanto la società aggiudicataria andrebbe configurata come società privata; 4) violazione per mancata applicazione, sotto ulteriore profilo, delle disposizioni di cui agli artt. 3, 16, 43, 49, 50, 51, 70, 71, 72, 81, 82, 86, 87 e ss. del Trattato istitutivo C. E.; violazione per mancata applicazione dell'art. 24, 8° comma della L. 448/01, del D. lgs 442/ 97, del Regolamento C.E. 1191/69, nonché delle direttive C.E. nn. 93/38 e 92/50; oltre che per violazione dei principi di diritto comunitario in materia di concorrenza nella gestione dei pubblici, in quanto sarebbe stato disatteso il principio inerente alla tutela della concorrenza enunciato tra l'altro dall'art. 113 del citato Dlgs 267/2000.

Sia il Comune di Campobasso sia la società controinteressata si sono costituite in giudizio, resistendo all'impugnativa.

All'udienza del 5.10.2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1- Con il ricorso all'esame la C.M.P. Compagnia Molisana Parcheggio - S.r.l. impugna la deliberazione consiliare 63/2004 indicata in epigrafe, con cui il Comune intimato ha disposto di gestire il servizio di regolamentazione della sosta tramite la Sea - S.p.a., società a capitale interamente pubblico, partecipata (per il 62%) dal Comune di Campobasso e da "Italia lavoro" S.p.a., società quest'ultima, controllata interamente dal Ministero del Tesoro che possiede la quota residua del 38%.

2- Il Collegio deve darsi, anzitutto, carico di esaminare l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ad agire sollevata dalla società controinteressata.

Detta eccezione deve essere disattesa tenuto conto che, pur nel difetto di ogni prova in ordine alla possibilità della C.M.P. Compagnia Molisana Parcheggio - S.r.l., di poter direttamente concorrere all'ipotizzata gara, non pare possibile negare la sussistenza di un suo interesse strumentale, capace di cogliere nell'eventuale svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica il soddisfacimento non già d'un interesse diretto, bensì di ogni strumentale pretesa alla riedizione e rivalutazione della vicenda da parte del Comune in sede di predisposizione di un bando di gara e di un annesso capitolato e, in particolare, nell'eventuale gestione di ogni successiva connessa facoltà non da parte di una società partecipata dal Comune, ma da un soggetto terzo ed a questi non strettamente collegato sulla base del capitale sociale.

Non vi è dubbio, invero, che la scelta del Comune di affidare direttamente il servizio alla società controinteressata produca una lesione concreta per la ricorrente, attesa la finalità statutaria perseguita dalla stessa ossia di operare nel settore specifico della Regolamentazione dei parcheggi e servizi connessi.

3. - Nel merito il ricorso è infondato.

I provvedimenti qui gravati concernono la scelta del Comune del capoluogo molisano di gestire il servizio pubblico dei "parcheggi a pagamento" tramite la SEA, società di servizi a capitale, come accennato, interamente pubblico. Osserva, anzitutto, il Collegio che l'affidamento di un servizio in via diretta, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, può disporsi, ai sensi della direttiva 92/50/Cee, solo nei confronti di soggetti "in house" ossia di soggetti sottoposti ad un penetrante controllo da parte dell'Amministrazione.

Come emerge dalla lettura della documentazione versata in atti, poiché la costituzione della SEA è avvenuta per la gestione di "servizi d'interesse comunale", non può, a priori, ritenersi precluso detto l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali (art. 113, 5° comma lett. c).

Opinando altrimenti, la costituzione da parte del Comune di società a capitale pubblico per la gestione dei servizi locali non avrebbe alcuna pratica utilità pratica ove, poi, non potesse affidare direttamente i servizi pubblici di propria competenza.

Nella specie, l'affidamento del servizio della gestione dei parcheggi a pagamento è stato effettuato dal Comune di Campobasso, in via diretta, alla SEA - S.p.a., a capitale pubblico, costituita e controllata dallo stesso Comune, di tal che sussistendo un penetrante controllo da parte dell'Amministrazione, non può ritenersi illegittimo il contegno del Comune che, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, affidi direttamente, come nel caso di specie, il servizio ad una società all'uopo costituita.

Ora se è vero che, come ha avuto modo di affermare recentemente la giurisprudenza comunitaria (Corte giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, n. 26): (...) l'affidamento diretto di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata, pregiudica l'obiettivo di un'effettiva e libera concorrenza tra le imprese e contrasta con il principio della parità di trattamento degli interessati. In tal modo, le imprese presenti nel

capitale della società mista ottengono un vantaggio rispetto a tutti gli altri potenziali concorrenti; è, del pari vero, che nel caso di specie, in disparte la non trascurabile circostanza che la società SEA svolge la propria attività in via esclusiva per il Comune di Campobasso, i soci della SEA sono entrambi soggetti pubblici che esercitano per statuto sulla società medesima controlli analoghi e certamente pregnanti.

In effetti, non solo i soci della SEA sono - come detto - entrambi soggetti pubblici, ma nella compagine societaria non sono presenti soggetti privati.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che: Sussiste la fattispecie dell'affidamento del servizio pubblico "in house", con la conseguente esclusione dell'applicabilità dei principi comunitari, nell'ipotesi eccezionale in cui l'Ente pubblico eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quando tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano (T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 8 settembre 2004, n. 885).

Analogamente: è legittimo l'affidamento diretto del servizio pubblico di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani da parte di un Comune ad una società multicomunale a totale partecipazione pubblica della quale il medesimo comune titolare del servizio detiene una quota azionaria. Tale ipotesi non appare riconducibile né alla figura della concessione di pubblico servizio, né alla fattispecie di appalto pubblico di servizi, ma rientra nella ipotesi legislativa di affidamento "in house" contemplata dal legislatore nazionale. Non sono pertanto invocabili i principi comunitari in materia di concorrenza. (T.A.R. Toscana, sez. II, 4 ottobre 2002, n. 2366).

In sostanza, non sussiste contrasto con il diritto comunitario, avendo la Corte di giustizia altresì riconosciuto la legittimità di conferimenti di prestazioni cosiddette in house (sent. 18.11.1998 in causa C-107/98) e, cioè, di quelle prestazioni che, come rilevato, si commettono a soggetti formalmente distinti dall'Ente pubblico, ma sui quali quest'ultimo esercita un penetrante potere di controllo analogo a quello che eserciterebbe se la stessa attività fosse svolta direttamente.

In conclusione il ricorso deve essere respinto.

Reputa, peraltro, il Collegio che, in relazione alle questioni giuridiche trattate, sussistano sufficienti elementi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese, delle competenze e degli onorari di difesa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise - Sezione Unica di Campobasso – definitivamente pronunciando respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Così deciso in Campobasso il 5.10.2005, dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello	Presidente
Orazio Ciliberti	Primo Referendario
Antonio M. Marra	Referendario, estensore

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Depositata in segreteria
il 17 novembre 2005

TAR Friuli Venezia Giulia, 12/12/2005 n. 986, sul requisito del controllo analogo

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, nelle persone dei magistrati:

Vincenzo Borea – Presidente

Oria Settesoldi - Consigliere

Vincenzo Farina – Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

sentenza

sul ricorso n. 132/04 proposto dalla società AMGA-Azienda Multiservizi s.p.a., in persona del Presidente del Consiglio di amministrazione, rappresentata e difesa dall' avv. Angelica Citossi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia ;

contro

il Comune di Faedis, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Piero Zanfagnini e Luca Zanfagnini con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia ;

e nei confronti della controinteressata

società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall' avv. Renato Fusco, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Trieste, Via di Donota n. 3 ;

per l'annullamento:

1. della deliberazione n. 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio comunale di Faedis, con la quale è stata affidata direttamente alla società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, con decorrenza dal 1°.1.2004, per il corrispettivo lordo di € 229.075,00 (IVA 20% esclusa);

2. di ogni altro atto precedente o successivo, presupposto o necessario, ancorché non conosciuto, comunque connesso con quello impugnato;

nonché per la risoluzione e/o l'annullamento e/o la declaratoria di nullità e/o di inefficacia

del corrispondente contratto stipulato tra il Comune di Faedis e il CAFC s.p.a.;

e per l'affermazione

dell'obbligo del Comune di Faedis di indire una gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore dell'attività di pubblica illuminazione;

Visto il ricorso, ritualmente notificato e depositato presso la Segreteria generale con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 17.11.2005 la relazione del consigliere Vincenzo Farina ed uditi i difensori delle parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

Il Comune di Faedis (UD) faceva parte del “Consorzio per l’Acquedotto del Friuli Centrale” (C.A.F.C.).

Il consorzio si è trasformato nel 1993 in azienda speciale consortile in base agli artt. 25 e 60 della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Al consorzio, costituito per la gestione di servizi pubblici locali, partecipavano settantuno Comuni della Provincia di Udine (tra cui quello di Faedis) e la Provincia di Udine.

Con “Atto di trasformazione” del 28.12.2000 il consorzio veniva trasformato, con decorrenza 1°.1.2001, in società per azioni “a prevalente capitale pubblico locale”, ai sensi dell’art. 22, comma 3, lett. e) della legge n. 142 del 1990.

La denominazione era quella di “CAFC s.p.a.”.

La partecipazione finanziaria del Comune di Faedis ammontava a £. 883.800.000 (l’1,47305% del capitale sociale), con riferimento al capitale sociale iniziale di 60 miliardi, suddiviso tra gli enti soci (art. 5 del rogito).

L’art. 7 del rogito confermava per un triennio i componenti del consiglio di amministrazione del consorzio trasformato.

Il successivo art. 9 prevedeva la possibilità di individuare “tra i servizi pubblici istituzionalmente affidati alla società quelli da svolgere per specifiche esigenze degli enti locali associati”.

Quanto all’oggetto sociale ed alle norme sull’amministrazione della nuova società, l’art. 2 rinviava allo statuto sociale.

Quest’ultimo – per quello che qui rileva – prevede tutta una serie di interventi (“Oggetto”: art. 4) nel campo dei servizi pubblici locali (tra cui quello relativo alla illuminazione pubblica: punto f); interventi da effettuarsi anche a favore di terzi (rispetto agli enti associati) ed attraverso moduli operativi ad ampio spettro (partecipazioni finanziarie ad altre società, concessione a terzi, esecuzione di operazioni commerciali, finanziarie, immobiliari, ecc.: art. 4, comma 2, 3, 4, 6, 7).

L’art. 4, comma 5 stabilisce che il consiglio di amministrazione “autorizzi di volta in volta o in linea generale per attività omogenee” l’effettuazione delle attività contemplate dai commi precedenti.

L’art. 9, comma 1 e 2, fissa nella misura del cinquantuno per cento il capitale sociale che deve essere posseduto dai soci di diritto pubblico, mentre il restante quarantanove per cento può essere posseduto anche da soci non di diritto pubblico.

L’art. 10 prevede che siano membri dell’assemblea degli azionisti ope legis i sindaci dei comuni associati ed il presidente della provincia associata.

L’art. 12 stabilisce che l’assemblea ordinaria - in particolare - approva il bilancio e nomina il presidente del consiglio di amministrazione “scelto tra gli amministratori nominati dai soggetti di diritto pubblico” .

Questi ultimi nominano i membri del consiglio di amministrazione (composto da un numero variabile da tre a sette: art. 16) in proporzione “all’entità della propria partecipazione” (art. 17, comma 1).

I restanti amministratori sono nominati dall’assemblea (art. 17, comma 4).

L'art. 18, comma 6 attribuisce al consiglio di amministrazione: "tutti i più ampi poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria della società, salvo quanto espressamente riservato per legge all'assemblea e quanto previsto dal presente statuto".

L'art. 20 stabilisce che il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni, escluse quelle indelegabili per legge e sei attribuzioni di grande rilievo: "piani programma" annuali e pluriennali e budget di esercizio, politica generale degli investimenti e dei prezzi, provvedimenti relativi alla nomina, sospensione e licenziamento del direttore generale, convenzioni ed accordi con i soggetti di diritto pubblico in ordine ai contratti di servizio, mutui, operazioni immobiliari di vario genere (comma 2).

L'art. 25 riserva ai soci di diritto pubblico la nomina del presidente del collegio sindacale (composto dal presidente e da due sindaci effettivi e da due supplenti), di un sindaco effettivo e di un sindaco supplente.

Ciò premesso, con la gravata deliberazione n. 58 del 15 dicembre 2003, il Consiglio comunale di Faedis ha affidato direttamente alla società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, con decorrenza 1° 1.2004, verso un corrispettivo lordo di € 229.075,00 (IVA 20% esclusa).

Contro detta deliberazione insorge in questa sede la società AMGA-Azienda Multiservizi s.p.a., deducendo cinque mezzi.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Faedis e la controinteressata società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.), chiedendo il rigetto del gravame.

Quest'ultimo è stato introitato dal Collegio ed è passato in decisione nella pubblica udienza del 17.11.2005.

In rito, va disattesa l'eccezione con la quale il resistente Comune di Faedis ha dedotto la irricevibilità del gravame per essere stato depositato oltre il termine dimezzato (quindici giorni) stabilito dall'art. 23-bis della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Ed invero, il ricorso è stato notificato il 28 febbraio 2004 ed il 1° marzo 2004, rispettivamente al Comune ed alla controinteressata, ed è stato depositato il 16 marzo 2004, ossia entro il termine di quindici giorni dall'ultima notifica (art. 21, comma 2 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dall'art. 1 della legge n. 205 del 2000).

Sgombrato il campo dalla eccezione comunale ed entrando nel merito del ricorso, il Collegio osserva – in via assorbente – che coglie nel segno, in parte qua, il quarto motivo.

Con esso l'istante denuncia la violazione dell'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326.

Il nucleo argomentativo centrale del mezzo ruota intorno alla considerazione che nel caso di specie difetta sia il requisito del controllo "analogo a quello esercitato sui propri servizi" da parte dell'intimato Comune sulla controinteressata "CAFC s.p.a", che quello della realizzazione, ad opera di quest'ultima, della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano: requisiti entrambi contemplati dall'art. 113, comma 5, lett. c) del D. Lgs. n. 267 del 2000.

Non ricorrendo le suddette condizioni – conclude l'istante – il servizio di illuminazione pubblica andava affidato mediante una gara ad evidenza pubblica, e non già mediante l'affidamento diretto (c.d. affidamento "in house providing").

E' d'uopo prendere le mosse dalla normativa di riferimento.

L'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, così recita:

“Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164.

1-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano al settore del trasporto pubblico locale che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni.

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

2-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

5-bis. Le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse

disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio. [.....]”.

5-ter. In ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e all'articolo 143 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. [.....]

6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4. [.....]”.

Il Collegio osserva che la impugnata deliberazione n. 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio comunale di Faedis, con la quale è stata affidata direttamente alla società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, non può dirsi rispettosa dell'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, né, tampoco, può dirsi conforme ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia della Comunità europea (Cfr., in particolare, Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di giustizia n. 349 - 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio in house providing purchè l'Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano.

Si è visto che l'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 stabilisce che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio “a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Quanto alla pronuncia pregiudiziale 18 novembre 1999 adottata in causa 107/98, Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano, di cui si è testè fatto cenno, era stato chiesto se, a norma della Direttiva CEE 93/36, doveva farsi luogo alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di fornitura, considerando che era stato prescelto con trattativa diretta un soggetto consortile cui l'Amministrazione committente partecipava con proprio capitale.

La Corte (punto 50) ha affermato che, essendo il Comune amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva 93/36 CEE, la relativa normativa doveva essere applicata: quindi occorre bandire una gara, se, secondo la valutazione del giudice a quo, si trattava di due soggetti distinti tra i quali si era concluso un contratto configurabile come appalto. “Può avvenire diversamente - ha soggiunto la Corte - solo nel caso in cui, nel contempo, l'Ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello che da esso esercitato sui propri

servizi, e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti locali che la controllano.”.

Circa il concetto di “controllo analogo”, la Corte aveva avvertito che deve trattarsi di “un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione”.

Questa conclusione è stata ribadita dal recente arresto della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c458/03, secondo il quale, in particolare: “[.....] deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti. [.....]

Nel solco di questo indirizzo giurisprudenziale la Commissione europea, sin dalla nota del 16 giugno 2002, sottolineava che non era sufficiente, al fine di individuare il presupposto del “controllo analogo”, il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, essere concretamente parte della stessa.

In ambito nazionale, sia pure con sfumature diverse, ovviamente dettate dalla particolarità delle fattispecie (anche in relazione alla specifica legislazione domestica) la giurisprudenza ha seguito e confermato l'indirizzo europeo.

In questo contesto è stato puntualizzato che il soggetto gestore si attegga ad una sorta di longa manus dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo; deve, in altri termini, trattarsi di una sorta di amministrazione “indiretta”, nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività della società affidataria: la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo (Cfr., ex pluribus, Cons. St., VI, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Campania, 30 marzo 2005, n. 2784, ove si parla di “controllo assoluto” da parte dell'ente concedente).

Venendo al caso di cui alla presente controversia, si è visto che il Comune di Faedis (UD) faceva parte del “Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale” (C.A.F.C.).

Il consorzio si è trasformato nel 1993 in azienda speciale consortile in base agli artt. 25 e 60 della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Al consorzio, costituito per la gestione di servizi pubblici locali, partecipavano settantuno Comuni della Provincia di Udine (tra cui quello di Faedis) e la Provincia di Udine.

Con “Atto di trasformazione” del 28.12.2000 il consorzio veniva, per l'appunto, trasformato, con decorrenza 1°.1.2001, in società per azioni “a prevalente capitale pubblico locale”, ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e) della legge n. 142 del 1990.

La denominazione era quella di “CAFC s.p.a.”.

La partecipazione finanziaria del Comune di Faedis ammontava a £. 883.800.000 (l'1,47305% del capitale sociale), con riferimento al capitale sociale iniziale di 60 miliardi, suddiviso tra gli enti soci (art. 5 del rogito).

L'art. 7 del rogito confermava per un triennio i componenti del consiglio di amministrazione del consorzio trasformato.

Il successivo art. 9 prevedeva la possibilità di individuare “tra i servizi pubblici istituzionalmente affidati alla società quelli da svolgere per specifiche esigenze degli enti locali associati”.

Quanto all’oggetto sociale ed alle norme sull’amministrazione della nuova società, l’art. 2 rinviava allo statuto sociale.

Quest’ultimo – per quello che qui rileva – prevede tutta una serie di interventi (“Oggetto”: art. 4) nel campo dei servizi pubblici locali (tra cui quello relativo alla illuminazione pubblica: punto f); interventi da effettuarsi anche a favore di terzi (rispetto agli enti associati) ed attraverso moduli operativi ad ampio spettro (partecipazioni finanziarie ad altre società, concessione a terzi, esecuzione di operazioni commerciali, finanziarie, immobiliari, ecc.: v. art. 4, comma 2, 3, 4, 6, 7).

L’art. 4, comma 5 stabilisce che il consiglio di amministrazione “autorizzi di volta in volta o in linea generale per attività omogenee” l’effettuazione delle attività contemplate dai commi precedenti.

L’art. 9, comma 1 e 2, fissa nella misura del cinquantuno per cento il capitale sociale che deve essere posseduto dai soci di diritto pubblico, mentre il restante quarantanove per cento può essere posseduto anche da soci non di diritto pubblico.

L’art. 10 prevede che siano membri *ope legis* dell’assemblea degli azionisti i sindaci dei comuni associati ed il presidente della provincia associata.

L’art. 12 stabilisce che l’assemblea ordinaria - in particolare - approva il bilancio e nomina il presidente del consiglio di amministrazione “scelto tra gli amministratori nominati dai soggetti di diritto pubblico” .

Questi ultimi, a loro volta, nominano i membri del consiglio di amministrazione (composto da un numero variabile da tre a sette: art. 16) in proporzione “all’entità della propria partecipazione” (art. 17, comma 1).

I restanti amministratori sono nominati dall’assemblea (art. 17, comma 4).

L’art. 18, comma 6 attribuisce al consiglio di amministrazione: “tutti i più ampi poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria della società, salvo quanto espressamente riservato per legge all’assemblea e quanto previsto dal presente statuto”.

L’art. 20 stabilisce che il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni, escluse quelle indelegabili per legge e sei attribuzioni di grande rilievo: “piani programma” annuali e pluriennali e budget di esercizio, politica generale degli investimenti e dei prezzi, provvedimenti relativi alla nomina, sospensione e licenziamento del direttore generale, convenzioni ed accordi con i soggetti di diritto pubblico in ordine ai contratti di servizio, mutui, operazioni immobiliari di vario genere (comma 2).

L’art. 25 riserva ai soci di diritto pubblico la nomina del presidente del collegio sindacale (composto dal presidente e da due sindaci effettivi e da due supplenti), di un sindaco effettivo e di un sindaco supplente.

Ora, dall’ esame dell’atto costitutivo e dello statuto della società controinteressata è da escludersi – *ictu oculi* - che essa sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune intimato – nei termini paradigmatici di cui si è detto sopra - analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente.

Basti osservare che, soprattutto a fronte di un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro (Cfr. per un caso analogo, Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c458/03, cit.), è in buona sostanza previsto da parte degli enti associati, ma solo attraverso l’assemblea degli azionisti ed il consiglio di

amministrazione, un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta dalla CAFC (v. , in particolare, gli artt. 12 e 20); però manca un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti nel loro complesso, riguardante "l'insieme dei più importanti atti di gestione".

Ciò è tanto più vero se si considerano gli amplissimi poteri di gestione del consiglio di amministrazione (art. 18 dello statuto), che possono essere gestiti autonomamente (Cfr. sul punto, ancora, la sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03).

Ma, quello che più conta, è che non è ravvisabile "un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione" del Comune di Faedis sull'attività del soggetto partecipato e che riguarda i più importanti atti di gestione.

Non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore, cioè la CAFC, si atteggi ad una sorta di *longa manus* dell'affidante nell'ambito di una amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente.

In realtà, il Comune di Faedis – al pari degli altri soggetti associati – a parte il controllo indiretto di cui si parlato più sopra, ha una rappresentanza diretta (attraverso la figura del sindaco: art. 10 dello statuto) solo in seno alla assemblea degli azionisti; ha, poi, un ruolo nella nomina degli amministratori nel contesto dello speciale meccanismo elettorale disciplinato dall'art. 17 dello statuto.

Tutto ciò – de plano – non significa, però, che il Comune di Faedis posseda quell'"assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato", con riguardo ai più importanti atti di gestione della CAFC.

Oltretutto, come si è visto, la Commissione europea - sin dalla nota del 16 giugno 2002 - ha avvertito che non è sufficiente, al fine di individuare il presupposto del "controllo analogo", il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, concretamente essere parte della stessa.

Inoltre, come ha stabilito la ripetuta sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03, la circostanza che il Comune possa designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione, non è risolutivo per stabilire l'esistenza di un penetrante controllo gestionale da parte del Comune stesso.

Nel caso di specie neppure questa maggioranza è statutariamente assicurata (art. 17). In realtà, il tipo di controllo di cui si sta parlando avrebbe potuto consistere - per esempio – seguendo il *modus operandi* prefigurato da questo T.A.R., 15 luglio 2005, n. 634:

nella consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale, e, soprattutto, circa le concrete scelte operative: con audizione, da disporsi con una frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale;

nelle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;

nel consenso degli enti associati all'eventuale esercizio delle attività contemplate dall'art. 4, commi dal 2 al 7 dello statuto;

nel controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione, con

successiva relazione all'Assemblea degli azionisti, ovvero in ispezioni dirette da parte dei soci.

Un siffatto tipo di controllo si sarebbe potuto prevedere attraverso il meccanismo della convenzione tra tutti gli enti associati ex art. 30 del D. Lgs. n. 267 del 2000 (Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, testè richiamata), che appare uno strumento idoneo a realizzare la condizione del "controllo analogo", voluta dall'ordinamento europeo e nazionale, da parte di una pluralità di enti.

Così però non è stato.

Va soggiunto, quanto meno sotto forma di obiter dictum - posto che il relativo rilievo non ha formato oggetto di una chiara specifica censura nel gravame originario, ma solo nella memoria del 10.11.2005 - che il CAFC non può considerarsi a capitale interamente pubblico (come previsto dall'art. 113, comma 5, lett. c), prevedendo lo statuto una possibile partecipazione di privati nella misura del 49% del capitale sociale (art. 9, comma 2).

Ordunque, sotto il profilo considerato - assorbite le altre censure - il gravame va accolto e l'impugnata deliberazione n. 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio comunale di Faedis va caducata.

Vanno dichiarate, invece, inammissibili le domande attoree volte ad ottenere la risoluzione e/o l'annullamento e/o la declaratoria di nullità e/o di inefficacia del corrispondente contratto stipulato tra il Comune di Faedis e il CAFC s.p.a., nonché l'affermazione dell'obbligo del Comune di Faedis di indire una gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore dell'attività di pubblica illuminazione.

Trattasi di pronunce che esulano dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: gli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 limitano, infatti, l'ambito di giurisdizione esclusiva ai soli provvedimenti inerenti alla procedura di affidamento degli appalti (con conseguente, implicita, esclusione della cognizione di tutti gli atti successivi alla sua conclusione, ivi compreso il contratto).

Quanto alla affermazione dell'obbligo del Comune di Faedis di indire una gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore dell'attività di pubblica illuminazione, va ricordato che la condanna dell'amministrazione ad un facere - perché questa è in sostanza la richiesta attorea - è da ritenersi circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 6, legge 7 agosto 1990, n. 241) e sul silenzio (art. 21-bis, comma 2, legge n. 1034/1971).

Può aggiungersi, riguardo all'annullamento del contratto chiesto dalla ricorrente, che, com'è noto, la questione, che rivela profili di grande complessità per l'evidente commistione di aspetti pubblicistici e privatistici ravvisabili nella sequenza che connette la fase procedimentale di scelta del contraente a quella, propriamente negoziale, della conclusione dell'accordo, ha impegnato per anni dottrina e giurisprudenza: esse hanno indicato soluzioni assai diversificate tra loro (la questione è stata, da ultimo, sottoposta alla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza della quarta sezione, n. 3355/04 del 21 maggio 2004).

Da un lato, si sostiene la sussumibilità della patologia del contratto nello schema dell'annullabilità relativa ex art. 1441 c.c.; dall'altro si propende per la nullità del vincolo negoziale e per la conseguente soggezione dello stesso al regime di cui agli artt. 1421 ss. c.c.; secondo la terza opzione ermeneutica si realizzerebbe un effetto caducante automatico; infine, autorevole dottrina e recenti arresti giurisprudenziali affermano l'inefficacia del vincolo negoziale.

Senza, ovviamente, voler affrontare la tematica ex professo, pare al Collegio che prima facie la soluzione più persuasiva, e sostanzialmente collimante con la conclusione di

cui si è detto circa i poteri ordinamentali del T.A.R. in questa materia, sia quella indicata dal Consiglio di Stato, VI sezione, 5 maggio 2003, n. 2332 e 30 maggio 2003, n. 2992: essa ha ricondotto la fattispecie allo schema della caducazione automatica, che comporta la necessaria ed immediata cessazione dell'efficacia del contratto ex tunc per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione (senza bisogno, cioè, di pronunce costitutive), sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto: il che implica, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente nel caso di annullamento di quello presupposto.

In conclusione, alla stregua delle complessive argomentazioni che precedono, il ricorso va in parte dichiarato inammissibile e in parte va accolto, con il conseguenziale annullamento dell'atto impugnato.

Le spese del giudizio possono venire compensate, sussistendone le giuste ragioni.

p. q. m.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo accoglie, e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, meglio indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste, in camera di consiglio, il 17.11.2005 .

f.to Vincenzo Borea - Presidente

f.to Vincenzo Farina - Estensore

f.to Erica Bonanni - Segretario

Depositata nella segreteria del Tribunale

il 12 dicembre 2005

f.to Erica Bonanni

Consiglio di Stato, Sez. V, 22/12/2005 n. 7345, sul requisito del controllo analogo

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE Sezione Quinta ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 534 del 2004, proposto dal Comune di Pistoia, rappresentato e difeso dagli avv.ti Avilio Presutti e Vittorio Gesmundo elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Piazza San Salvatore in Lauro 10

contro

la società Energy Service s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Francesco Massimo Pozzi e Iacopo Sforzellini, elettivamente domiciliata presso il sig. Gian Marco Grez in Roma, Lungotevere Flaminio 46

e nei confronti

della società Publienergia s.p.a., non costituita in giudizio

e

sul ricorso n. 658 del 2004, proposto dalla società Publienergia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Lilli, Andrea Musenga e Gianni Zgagliardich, elettivamente domiciliata nello studio del primo in Roma, Viale America 11

contro

la società Energy Service s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Francesco Massimo Pozzi e Iacopo Sforzellini, elettivamente domiciliata presso il sig. Gian Marco Grez in Roma, Lungotevere Flaminio 46

e nei confronti

della società Publienergia s.p.a., non costituita in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana 19 dicembre 2003 n. 6137, resa tra le parti.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 5 aprile 2005 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avvocati Calugi su delega dell'avv. Vittorio Gesmundo e l'avv. Mazzocco su delega dell'avv. M. Pozzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso proposto dalla società Energy Service s.r.l. per l'annullamento degli atti relativi all'affidamento da parte del Comune di Pistoia alla società Publienergia s.p.a. del servizio di riscaldamento degli edifici comunali.

Il TAR ha ritenuto fondato ed assorbente il motivo con il quale si è sostenuto che la c.d. "gestione calore" non possa configurarsi come servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 112 del d.lgs n. 267 del 2000, in quanto attività espletata in favore dell'ente locale e non dei membri della comunità comunale.

Il Comune di Pistoia e l'aggiudicataria Publienergia s.p.a. hanno proposto separati appelli per la riforma della sentenza, previa sospensione dell'efficacia.

La società Energy Service si è costituita per resistere ai gravami.

La Sezione con ordinanze in data 24 febbraio 2004 ha accolto le istanze cautelari.

Alla pubblica udienza del 5 aprile 2005 le cause venivano trattenute in decisione.

DIRITTO

Gli appelli investono la medesima sentenza. Essi vanno quindi riuniti e decisi unitariamente.

Le appellanti contestano la affermazione dei primi giudici circa la impossibilità di ricomprendere nella nozione di servizio pubblico locale di cui all'art. 22 della legge n. 142 del 1990, poi art. 122 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, la complessa attività preordinata a fornire il riscaldamento agli edifici di proprietà o comunque nella disponibilità del Comune. Da ciò sarebbe scaturito l'obbligo di procedere alla scelta del contraente secondo le procedure ad evidenza pubblica di cui al d.lgs. n. 157 del 1995, e, quindi, l'illegittimità dell'affidamento diretto dell'appalto ad una società per azioni a capitale pubblico e privato, secondo la previsione dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, nel testo originario, concernente appunto le modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali.

Si assume, in senso contrario, che la decisione, pur potendo richiamarsi ad un precedente specifico della Sezione (10 marzo 2003 n. 1289), non è confortata dalla giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia della Comunità Europea, nella quale riceve rilievo preminente il rapporto instaurato tra l'Amministrazione aggiudicatrice e la soggettività affidataria del servizio, potendosi trascurare la circostanza che il fruitore immediato del servizio sia l'Amministrazione e non i membri della comunità comunale.

A quest'ultimo riguardo il Collegio ritiene di dover confermare l'orientamento seguito dalla Sezione con la sentenza 9 maggio 2001 n. 2605 e con la sentenza 16 dicembre 2004 n. 8090, con la quale ha affermato che sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112, T.U.E.L. n. 267/2000, quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. L'ultima decisione, che aveva ad oggetto l'illuminazione pubblica, ha espresso principi che ben possono applicarsi al complesso delle attività che garantiscono la temperatura necessaria alla vita ed al lavoro nelle numerose strutture gestite dall'ente comunale. E' evidente, infatti, che l'utenza del servizio in questione non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali.

Appare decisivo, d'altra parte, che secondo la Direttiva 92/50, recepita in Italia con il d.lgs. n. 157 del 1995, tra i servizi pubblici cui si applica la specifica normativa, elencati nell'Allegato "A", sono indicati i "servizi di pulizia e di gestione delle proprietà immobiliari", risultando quindi testualmente stabilito che il riscaldamento delle proprietà comunali, in quanto evidente attività di gestione, al pari dal servizio di pulizia, è un servizio pubblico.

Con riguardo alle fonti giurisprudenziali europee va ricordato che la Corte di Giustizia si è pronunciata con la sentenza 18 novembre 1999 C-107, meglio nota come sentenza Teckal, affermando la legittimità dell'affidamento di un servizio pubblico locale anche senza l'osservanza della procedura ad evidenza pubblica, se l'ente locale eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e la società realizzi la parte più importante delle propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

La parte appellata contesta che nella specie tali circostanze si verificassero perché il Comune di Pistoia non era in condizioni di esercitare sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitabile sui propri uffici. E ciò perché il capitale sociale della aggiudicataria era detenuto da più enti pubblici tramite una società per azioni capo gruppo, e in questa figurava la partecipazione dell'1% di una banca privata, la Cassa di risparmio di San Miniato.

La tesi non può essere condivisa alla stregua dei chiarimenti forniti sul tema della giurisprudenza comunitaria più recente.

Va sottolineato, in via preliminare, che l'avviso espresso dalla Commissione della comunità con la nota 26 giugno 2002, diretta al Governo Italiano, circa l'insufficienza degli strumenti propri dell'azionista di maggioranza ai fini dell'esercizio del controllo "analogo", di cui alla sentenza Teckal, citata sopra, non è mai stato fatto proprio dalla Corte di Giustizia, che, a quanto consta, non ha ancora fornito risposta al quesito pregiudiziale avanzato da questa Sezione con l'ordinanza 22 aprile 2004 n. 2316.

L'appellata, peraltro, cita in proposito la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003, in causa C-373, nella quale si afferma l'esigenza che l'ente controllante svolga delle verifiche contabili particolarmente approfondite, da cui si desumerebbe, sempre secondo l'assunto, che il controllo "analogo" richieda un "effettivo potere di programmazione, direzione e controllo".

A tale riguardo va ritenuto, per esigenze fondamentali di logica interpretativa, che l'adozione nel diritto comunitario della figura societaria, come strumento alternativo alla prestazione diretta dei servizi pubblici, impone di risolvere il problema del "controllo analogo" secondo un criterio coerente con la peculiarità dell'istituto in questione. La giurisprudenza comunitaria si mostra consapevole del fatto che, se si effettua l'affidamento diretto ad una società, il servizio verrà gestito da una persona giuridica separata e distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice, un ente, cioè, che determina la propria azione mediante gli organi di cui è dotato. E' quindi da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra Amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente.

Per conseguenza, si rivela improponibile l'impostazione accolta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, 19 ottobre 2001 n. 12727, nella quale si fa riferimento, addirittura, alla "subordinazione gerarchica".

Osserva inoltre il Collegio che la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003 n. in causa C-373 citata sopra, non autorizzi a ritenere che il possesso della totalità o della maggioranza delle azioni della società affidataria da parte dell'ente o degli enti

pubblici consorziati non permetta l'esercizio di una funzione di direzione e di controllo della gestione, che, se pure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti. L'ente pubblico, o gli enti pubblici, proprietari dell'intero pacchetto delle azioni, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio.

Ed è, appunto, tale identificazione che rende compatibile con le regole comunitarie che tutelano la concorrenza l'affidamento di un servizio pubblico ad una società privata senza l'adozione delle procedure ad evidenza pubblica. La circostanza emerge in maniera palmare dal più recente intervento della Corte di Giustizia nella materia dell'affidamento in house, la sentenza 11 gennaio 2005, n. 2603 in C-26, ben nota alle parti in causa.

La sentenza afferma, in primo luogo (parag.50), che il possesso dell'intero pacchetto azionario della società da parte della mano pubblica garantisce lo svolgimento del servizio secondo "esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico", mentre la partecipazione di capitali privati "persegue obiettivi di natura differente". Ma, in disparte tale considerazione, che appare opinabile, se si considera che anche la procedura concorsuale conduce all'affidamento, pienamente legittimo, di un servizio pubblico a società private, risulta decisivo secondo la Corte che l'esplicazione di un'attività economica da parte di società a capitale pubblico e privato "offrirebbe ad una impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti" (parag. 51); e ciò sarebbe lesivo della libera concorrenza se l'affidamento sia avvenuto senza il rispetto delle procedure previste dalla Direttiva 92/50 (parag. 51).

E' palese dunque che, secondo questa giurisprudenza, cui il Collegio aderisce, il problema della sussistenza del "controllo analogo" si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria.

E tale presupposto nella specie va riconosciuto sussistente posto che il capitale della aggiudicataria è pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota in possesso della Cassa di Risparmio di San Miniato, di entità simbolica, non realizzerebbe comunque un illecito vantaggio ad una società concorrente operante nel settore energetico.

Anche il diverso requisito dello svolgimento del servizio in favore degli enti pubblici consorziati è da ritenere osservato osservato, tenendo conto che la giurisprudenza comunitaria richiede soltanto "la parte più importante" dell'attività esercitata dalla società.

La società appellante ha anche riproposto due motivi, dichiarati assorbiti in primo grado.

Il primo concerne la illegittimità della procedura per aver applicato la normativa destinata allo svolgimento di servizi pubblici (artt. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000) mentre l'attività appaltata doveva essere qualificata appalto di fornitura oppure appalto di lavori, in ragione della prevalenza del valore del combustibile, ovvero delle opere previste.

Il motivo è infondato.

Il riscaldamento degli uffici comunali si svolgeva già prima dell'appalto in questione mediante la fornitura di metano da parte della odierna aggiudicataria. Appare quindi

corretto che l'individuazione del valore del contratto sia avvenuta sottraendo l'importo della fornitura del metano.

Con riguardo alla asserita eccedenza dell'importo dei lavori rispetto a quello dei servizi, le argomentazioni svolte dagli appellanti si rivelano persuasive, ove si tenga presente che, secondo le disposizioni invocate dall'appellata (art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 157 del 1995; art. 2 della legge n. 109 del 1994), per aversi appalto di lavori, l'importo di questi ultimi deve superare il 50% dell'importo totale.

In disparte rilievo, che il Collegio condivide, secondo cui non possono farsi rientrare nell'importo dei "lavori" gli interventi che rientrano nell'attività di manutenzione, e quindi rappresentano spese di gestione, le cifre offerte dal Comune di Pistoia (L. 832.558.000, per spese di gestione più spese di carburante escluso il metano, e L. 750.000.000, per opere edili di varia natura) portano a concludere che il contratto poteva essere legittimamente considerato un contratto di servizi.

Si è poi denunciata in primo grado la violazione dell'art. 11, comma 1 del d.P.R. 26 agosto 1993 n. 142 e della circolare del Ministero delle finanze 23 novembre 1998 n. 273, assumendo che la appellante aggiudicataria non avrebbe potuto svolgere la funzione di terzo responsabile di un impianto, in quanto fornitrice del combustibile, e il contratto qui in discussione non potrebbe qualificarsi come contratto servizio energia. Si allega, in modo alquanto generico, la mancanza dei requisiti di cui ai punti 7, 8 e 9 della detta circolare, ma la doglianza non regge alle opposte osservazioni dell'appellante Comune sulla base delle previsioni della convenzione.

Il profilo della medesima doglianza, che attiene alla pretesa mancanza della abilitazioni prescritte dalla legge n. 46 del 1990 per svolgere il servizio appaltato, non può essere accolto. Al conseguimento delle abilitazioni in questione, effettivamente avvenuto nell'imminenza della data di inizio dello svolgimento del servizio, 1 novembre 2001, o qualche giorno dopo, può attribuirsi efficacia sanante del ritardo nella presentazione della documentazione, dovendo considerarsi che le relative istanze erano avviate al momento della stipula della convenzione, e che la prescrizione di cui si invoca la violazione risulta invece osservata, posto che il servizio è stato svolto da impresa regolarmente autorizzata.

In conclusione gli appelli devono essere accolti, con conseguente riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso di primo grado.

Sussistono valide ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunisce gli appelli in epigrafe, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 aprile 2005 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro Presidente

Cesare Lamberti Consigliere

Goffredo Zaccardi Consigliere

Marzio Branca Consigliere est.

Gabriele Carlotti Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Marzio Branca

F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

F.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22 dicembre 2005

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p.IL DIRIGENTE

f.to Luciana Franchini

TAR Lombardia, Sez. Brescia, 5/12/2005 n. 1250

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA LOMBARDIA – BRESCIA
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

(*omissis*)

per l'annullamento, previa sospensione,
della deliberazione 21 dicembre 1999 n. 54 del Consiglio comunale di Cingia De'Botti, con la quale è stato affidato a Padania Acque S.p.a. il servizio di gestione, distribuzione e manutenzione degli impianti per l'erogazione del gas metano per il periodo dal 1 gennaio 2000 al 31 dicembre 2005 ed è stato approvato il relativo schema di convenzione;
di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale ovvero connesso;

nonché per l'accertamento
dell'inadempimento da parte del Comune di Cingia De'Botti alle obbligazioni discendenti dal contratto stipulato con il Co.Na.Me. in data 30 aprile 1999;

e per la condanna
del Comune medesimo al risarcimento, anche in forma specifica, del relativo danno;
(*omissis*)

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Comune di Cingia De'Botti, con atto 30 aprile 1999 n. 1174 di repertorio, ebbe ad affidare al Co.Na.Me. il servizio di "manutenzione, conduzione e sorveglianza del metanodotto comunale" per il periodo dal 1 gennaio 1999 al 31 dicembre 2000 (doc. 2 ricorrente, copia contratto; cfr. in part. a pag. 2).

Successivamente, con la delibera meglio indicata in epigrafe, lo stesso Comune procedette ad affidare alla Padania Acque S.p.a. "la gestione, distribuzione, manutenzione degli impianti per l'erogazione del servizio gas metano" per il periodo dal 1 gennaio 2000 al 31 dicembre 2005 (doc. 1 ricorrente, copia delibera; cfr. in part. il dispositivo), e di tale delibera diede comunicazione al Co.Na.Me. con propria nota 30 dicembre 1999, pervenuta il successivo 5 gennaio 2000, puntualizzando in tal sede che "il contratto in essere per l'anno 2000" con il Co.Na.Me. stesso "non subirà modifiche, ma subentrerà in tutto la Padania Acque S.p.a." (cfr. doc. 4 ricorrente, copia missiva citata).

Ravvisando in tale formula una volontà di cessione del contratto con esso stipulato, il Co.Na.Me. da un lato, con propria lettera 25 gennaio 2000 (doc. 5 ricorrente, copia di essa), comunicava all'amministrazione interessata di non accettare la cessione stessa, con ogni riserva sulla delibera di cui sopra; procedeva dall'altro lato a prendere esame del testo completo di essa, e in particolare della convenzione allegata (doc. 3 ricorrente, copia convenzione).

Dall'esame congiunto della delibera impugnata e della convenzione in parola, si ricava in particolare che alla Padania Acque è stato affidato in gestione il servizio di

distribuzione del gas combustibile per uso civile domestico e di riscaldamento, nonché per utenze industriali, artigianali e simili nel territorio del Comune interessato, con incarico specifico di provvedere alla manutenzione anche straordinaria degli impianti, di conservarli nella migliore efficienza, di garantire la continuità e regolarità dell'erogazione agli utenti, di organizzare i servizi tecnici ed amministrativi a ciò necessari, di fatturare, riscuotere e gestire i pagamenti del gas e di provvedere alle necessarie coperture assicurative (cfr. doc. 3 , copia convenzione, § 2).

Si ricava ancora che la Padania S.p.a. sarebbe succeduta in via diretta alle altre società affidatarie di parti della gestione senza bisogno di ulteriori determinazioni dell'ente, e che sarebbe subentrata con effetto immediato ai responsabili dei servizi comunali nelle attività da essi svolte (cfr. sempre doc. 3 ricorrente, § 6).

Si ricava infine che l'affidamento del servizio viene disposto senza gara alcuna, poiché la Padania Acque, società nata dalla trasformazione ai sensi della l. 142/1990 del Consorzio per l'acqua potabile dei Comuni della Provincia di Cremona, è reputata "strumento operativo per rendere efficiente ed economica la gestione del servizio" (cfr. doc. 1 ricorrente, copia delibera, pag. 2). In linea di fatto, poi, il Comune di Cingia De'Botti è socio della Padania Acque assieme a 112 Comuni sui 115 che compongono la Provincia di Cremona e all'ente Provincia stesso; della società in parola detiene 489.274 azioni, pari allo 0,97% (cfr. doc. 6 ricorrente, visura CCIAA; il dato è comunque incontrovertito in causa).

Avverso la delibera meglio indicata in epigrafe, il Co.Na.Me. ha proposto impugnazione con ricorso articolato in cinque distinti motivi:

con il primo motivo, a p. 5 del ricorso introduttivo, si deduce l'eccesso di potere per contrasto con precedenti deliberazioni e la violazione degli artt. 3 e 7 della l. 241/1990, ovvero in alternativa la violazione dell'art. 1406 c.c. in tema di cessione del contratto. Deduce infatti il ricorrente che per il periodo 1 gennaio – 31 dicembre 2000 la delibera impugnata affiderebbe alla controinteressata il medesimo servizio già oggetto del contratto 30 aprile 1999 n°1174. Di ciò sarebbero possibili due interpretazioni, entrambe nel senso dell'illegittimità della delibera stessa: o si tratterebbe di una revoca del contratto precedente, operata peraltro senza avvisare il Co.Na.Me. dell'avvio del procedimento e senza ragionevole motivazione, ovvero di una cessione del contratto stesso in cui però il contraente ceduto, il Co.Na.Me. stesso, avrebbe rifiutato in modo espresso di dare il necessario consenso (cfr. la citata missiva doc. 5 ricorrente);

con il secondo motivo, a p. 10 del ricorso, si deduce in sintesi l'illegittimità dell'affidamento diretto del servizio, operato senza gara e non giustificato nemmeno dal suddetto particolare assetto dell'azionariato della controinteressata;

con il terzo motivo, a p. 18 del ricorso, si deduce la violazione dell'art. 56 della l. 142/1990, sotto il profilo della mancanza di una previa delibera di contrarre che indicasse, fra l'altro, le modalità di scelta del contraente;

con il quarto motivo, a p. 19 del ricorso, si deduce in estremo subordine la violazione dell'art. 47 della l. 142/1990, in quanto vi sarebbe contraddizione fra l'efficacia della delibera, decorrente dal 18 gennaio 2000, e quella della convenzione con essa approvata, retroattiva al 1 gennaio 2000.

Si sono costituite l'amministrazione intimata, con atto 31 marzo 2000, e la controinteressata, con atto 30 marzo 2000, deducendo:

in via preliminare (v. controricorso Comune 31 marzo 2000, pp. 4-5), l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, per non aver subito il Co.Na.Me. pregiudizio alcuno dalla delibera impugnata, nei termini di cui appresso;

nel merito, con argomenti sostanzialmente identici, l'infondatezza del ricorso per essere del tutto legittimo l'operato del Comune. In particolare, anche per sostenere l'eccezione di difetto di interesse, si deduce che la delibera impugnata non comporta alcuna interferenza con il contratto stipulato con il Co.Na.Me., cui la Padania sarebbe subentrata solo alla naturale scadenza. Si ribadisce poi la legittimità dell'affidamento diretto alla stessa.

Rinunciata la domanda cautelare, del che la Sezione dava atto con ordinanza 28 aprile 2000 n° 264, la causa veniva chiamata alla udienza di merito del 18 maggio 2001, in vista della quale la ricorrente, con memoria 10 maggio 2001, e la controinteressata, con memoria 18 aprile 2001, ribadivano le rispettive posizioni.

In esito a detta udienza, con sentenza non definitiva 18 maggio – 5 giugno 2001 n°413, dichiarava inammissibili per difetto di giurisdizione i motivi primo e quarto, in quanto attinenti a profili dello svolgimento del rapporto contrattuale fra il Comune e il Co.Na.Me. devoluti come tali alla giurisdizione dell'A.G.O.; assegnava poi al ricorrente un termine per provare documentalmente il proprio interesse ad agire.

A tale onere, il ricorrente ottemperava depositando il 29 giugno 2001 documenti dai quali desumere la sua qualità di imprenditore nel settore della distribuzione del gas metano, in grado come tale di assumere in proprio il servizio affidato alla Padania Acque.

Nuovamente chiamata la causa alla udienza di merito del giorno 8 ottobre 2002, la controinteressata ribadiva ancora le proprie ragioni con memoria 29 luglio 2002.

In esito all'udienza di cui sopra, la Sezione pronunciava ulteriore sentenza non definitiva, 8 ottobre 2002 – 14 maggio 2003 n°680, con la quale si riconosceva al Co.Na.Me. la legittimazione a ricorrere in forza della dimostrata sua qualità di imprenditore del settore, e si dichiarava inammissibile per difetto di giurisdizione la domanda di accertamento dell'inadempimento contrattuale e di conseguente risarcimento del danno avanzata dal ricorrente nei confronti del Comune, per lo stesso ordine di ragioni valorizzato nella sentenza non definitiva n° 264 di cui sopra; contestualmente, la Sezione, con ordinanza coeva n° 681, per decidere della legittimità dell'affidamento diretto, cui si riconnettono i residui motivi di ricorso, rimetteva alla Corte di Giustizia delle Comunità europee la questione concernente la compatibilità con il Trattato dell'affidamento in questione, operato nelle circostanze di cui al caso concreto.

Pronunciatasi la Corte europea, con sentenza della Grande sezione 21 luglio 2005 in causa C-231/03, le parti hanno ulteriormente dedotto con memorie depositate il 31 ottobre 2005 dalla resistente e dalla controinteressata e il 16 novembre 2005 dal ricorrente. In particolare, nella memoria 31 ottobre 2005 del Comune intimato si eccepisce la sopravvenuta improcedibilità del ricorso per essere intervenuta una proroga dell'affidamento per cui è causa, con delibera del Consiglio comunale 21 dicembre 2004 n°39 (v. copia allegata alla memoria in questione), che non è stata impugnata.

All'udienza del giorno 22 novembre 2005, da ultimo, la causa è stata trattenuta in decisione sui punti ancora controversi, ovvero sul secondo motivo di ricorso, concernente come si è detto la legittimità o illegittimità dell'affidamento diretto, e sulla domanda di risarcimento del danno conseguente ad un eventuale annullamento dell'atto impugnato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato e va accolto quanto alla domanda di annullamento, va invece respinto per quanto concerne la domanda risarcitoria, e tutto ciò per le ragioni di seguito esposte.

Va anzitutto disattesa l'eccezione preliminare di improcedibilità sopravvenuta del ricorso dedotta dal Comune resistente nella memoria 31 ottobre 2005. La delibera consiliare 21 dicembre 2004 n°39 di cui in narrativa, come si ricava leggendone il testo (v. copia allegata alla memoria in questione), si configura come "proroga" della convenzione approvata con la delibera di cui all'impugnazione originaria, ovvero come spostamento più avanti nel tempo – ferme le residue condizioni - della sua efficacia, la quale pertanto sta e cade assieme a quella dell'atto prorogato. Si configura, ad avviso del Collegio una fattispecie in cui l'annullamento di un atto, la delibera in origine impugnata, ha efficacia immediatamente caducante, e non solo viziante, sull'atto consequenziale, ovvero sulla delibera di proroga di cui si è detto, nei termini a suo tempo delineati in via generale da C.d.S. a.p. 19 ottobre 1955 n° 17. Tale conclusione non muta nemmeno considerando che la delibera 21 dicembre 2004 n° 39 ha inserito nella convenzione le condizioni economiche più vantaggiose offerte per il prosieguo del rapporto dalla Padania Acque: si tratta di una modificazione accessoria del rapporto, che ai sensi dell'art. 1231 c.c. non ne importa novazione, salva una volontà contraria che nella specie non consta, dato che si ragiona pur sempre esclusivamente di "proroga".

Nel merito, il secondo motivo di ricorso risulta fondato. In termini generali, come si argomenta in primo luogo da Corte di Giustizia CEE sez. V 18 novembre 1999 causa C-107/98, la nota sentenza Teckal, è senza dubbio ammissibile che una pluralità di enti pubblici proceda all'affidamento diretto di un dato servizio prestato nel proprio interesse ad una società di capitali partecipata dai soli enti in questione, per quote commisurate allo stesso interesse al servizio di cui ciascuno è titolare, così tutelandosi la "libertà di autoproduzione" (l'espressione è di C.d.S. sez. V 23 aprile 1998 n°477) da parte dell'ente pubblico dei beni e servizi che esso intenda offrire alla collettività di riferimento. Ciò tuttavia richiede pur sempre che sulla società in questione l'ente affidante eserciti il necessario "controllo analogo", nei termini richiesti in via generale sempre dalla sentenza Teckal.

Ciò posto, come affermato in questo stesso procedimento, e quindi con efficacia vincolante per questo Giudice remittente, da Corte di Giustizia CE Grande sezione 21 luglio 2005 in causa C-231/03 citata in narrativa, a configurare il controllo analogo non è di per sé sufficiente che l'ente affidante disponga nella società affidataria di una partecipazione di assoluta minoranza, che di per sé non attribuisce alcuna particolare possibilità di influenza sulla gestione. La successiva giurisprudenza della Corte, nella recente Corte di Giustizia CE sez. I 13 ottobre 2005 in causa C- 458/03, cd. decisione Parking Brixen GmbH, ha poi avuto modo di chiarire che ad integrare il controllo analogo non è sufficiente neppure una partecipazione totalitaria in capo all'ente affidante di che trattasi, allorquando lo statuto dell'affidataria conferisca al consiglio di amministrazione poteri teoricamente illimitati, senza che l'ente affidante in questione possa influirvi, e configuri un oggetto sociale ampio, esteso in teoria a molteplici attività, da esercitare in ambito nazionale, e in teoria anche internazionale, del tutto estraneo a quello dell'ente affidante stesso. Per configurare il controllo analogo, in altre parole, è necessario uno strumento, di carattere sociale ovvero anche parasociale, ma diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita in assemblea, che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante.

Alla luce dei criteri suddetti, la sussistenza del controllo analogo nel caso di specie va esclusa. Come detto in narrativa (cfr. comunque doc. 6 ricorrente, visura CCIAA), il Comune di Cingia De'Botti anzitutto detiene soltanto 489.274 azioni dalla Padania Acque S.p.a., pari allo 0,97% del capitale, ovvero ad una percentuale di assoluta minoranza come statuito già dalla decisione della Corte europea in questo procedimento. Va considerato poi l'art. 3 dello statuto della Padania Acque (cfr. doc. 3 controinteressata, copia di esso), secondo il quale la società "ha per oggetto: a) la gestione dei servizi del ciclo di produzione e di distribuzione dell'acqua per usi multipli, per il controllo, trattamento e difesa delle risorse idriche, dall'emungimento al rilascio, nonché la progettazione, costruzione e gestione dei relativi impianti; b) la cura dello studio e della progettazione, la costruzione e la gestione di opere, infrastrutture e impianti afferenti ai servizi del ciclo unitario ed integrato dell'acqua e di altri servizi a rete; c) l'utilizzo del know how acquisito dai soci o dai terzi affidatari nel campo del ciclo dell'acqua e dei sistemi di rilevamento e trasmissione delle informazioni; d) la realizzazione e l'esercizio in concessione, in appalto o in qualsiasi altra forma di opere idrauliche, nonché delle reti di distribuzione e di impianti similari attinenti al ciclo integrale dell'acqua o ad esso affini". Tutto ciò senza restrizioni particolari, se è vero che, sempre a norma dell'art. 3 dello statuto in esame, solo le attività di cui ai punti a) e b) "interessano di norma il territorio della Provincia di Cremona" (corsivo dell'estensore).

Va ancora rilevato che, a norma dell'art. 18 dello stesso statuto (cfr. sempre doc. 3 controinteressata), il consiglio di amministrazione, nominato dall'assemblea secondo le comuni norme di legge, "è investito di tutti i poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società, senza eccezioni di sorta e particolarmente gli sono riconosciute tutte le facoltà per il raggiungimento degli scopi sociali che non siano dalla legge o dallo statuto in modo tassativo riservate all'assemblea dei soci". Poiché restrizioni statutarie non ne esistono, i poteri degli amministratori sono allora sostanzialmente illimitati, né consta l'esistenza di alcun patto parasociale che disponga diversamente. Si precisa infine per completezza che valore restrittivo di tali poteri non va riconosciuto alla clausola di cui all'art. 13 della convenzione approvata con la delibera impugnata (v. doc. 2 controinteressata, copia schema di convenzione), secondo la quale il Comune affidante "potrà sempre verificare gli adempimenti del presente contratto". Si tratta di potere identico a quello riconosciuto a qualunque controparte contrattuale, che consente se del caso di chiedere il risarcimento, ovvero la risoluzione del contratto, ma non attribuisce in quanto tale influenza alcuna sulla gestione sociale.

Ciò posto, la delibera impugnata è illegittima e va annullata, travolgendo tale annullamento anche l'atto di proroga successivamente intervenuto, nei termini già delineati al precedente § 1. Sulle conseguenze concrete di tale annullamento è peraltro necessario soffermarsi, in ragione del contenuto dell'atto impugnato, che come rilevato già dalla Corte europea nella sentenza Grande sezione 21 luglio 2005 in causa C-231/03, va a costituire un rapporto di concessione di servizio, ovvero, nei noti termini del diritto comunitario, un rapporto trilaterale in cui il soggetto affidatario da un lato corrisponde all'affidante un canone, dall'altro ricava il proprio utile dai corrispettivi che incassa dai terzi utenti del servizio oggetto della concessione. Che nel caso di specie ciò si verifichi, si desume infatti in modo univoco dall'esame congiunto degli articoli 2 e 4 della convenzione (cfr. sempre doc. 2 controinteressata, copia di essa), secondo i quali da un lato la Padania Acque si impegna a "gestire il pubblico servizio"

nei confronti dei cittadini e a "fatturare, riscuotere e gestire i pagamenti gas", dall'altro riconosce al Comune "per l'assunzione del servizio...un canone annuo".

Ciò posto, come espressamente affermato anche dalla sentenza Grande sezione 21 luglio 2005 in causa C-231/03, in materia di concessioni di servizi non esiste allo stato alcuna direttiva comunitaria: in proposito, vanno allora applicate in via diretta le norme fondamentali del Trattato CE, ovvero gli artt. 43 e ss. sui principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. . L'amministrazione affidante, in base a tali principi, è tenuta, ove non sussistano gli estremi dell'in house, non a indire una gara vera e propria, ma per lo meno a dare avviso pubblico della sua intenzione di procedere, per dare la possibilità alle imprese interessate di altri Stati membri di presentare un'offerta.

In tali termini, la difesa della controinteressata ha svolto due distinti ordini di argomentazioni, volte in sostanza a circoscrivere l'efficacia della pronuncia di annullamento, che si devono ora esaminare in ordine logico. In primo luogo, in sede di discussione essa ha sostenuto che i principi di parità, non discriminazione e trasparenza si porrebbero per ciascuno Stato membro in rapporto a soggetti di altri Stati membri. In tale ordine di idee, si dovrebbe allora desumerne che, ove fossero coinvolte solo imprese nazionali com'è pacificamente nella specie, essi non andrebbero comunque applicati. Ciò, a ben vedere, si traduce in una censura di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse in capo a qualsiasi impresa nazionale, la quale se così fosse non potrebbe impugnare l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad altra impresa italiana, essendo ciò riservato, in ipotesi, solo alle imprese di altro Stato membro. L'argomento, comunque, non ha pregio: come osservato di recente da Corte di Giustizia CE sez. I 13 ottobre 2005 in causa C- 458/03, pronunciata in un'identica fattispecie di concessione di servizio, la discriminazione dell'impresa nazionale vale sempre come discriminazione, almeno potenziale, di quelle degli altri Stati membri.

In secondo luogo, la difesa della controinteressata ha argomentato dalla lettera della decisione Grande sezione 21 luglio 2005 in causa C-231/03, per cui, come detto sopra al § 7, nel caso di concessione di servizio non v'è obbligo di indire una gara ma solo di soddisfare "condizioni di trasparenza...tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto Comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse" (cfr. il testo della decisione, § 28). In tali termini, secondo la Padania Acque (cfr. memoria 31 ottobre 2005 penultima pagina), il Comune, purchè ne desse notizia alla generalità, potrebbe pur sempre affidare il servizio a suo piacimento, non essendo tenuto a indire una gara. Anche tale argomentazione peraltro va disattesa, osservando che quanto affermato dalla Corte europea riguarda esclusivamente il diritto comunitario, e rappresenta, per così dire, la garanzia minima apprestata in tal sede, che fa salve le eventuali più restrittive previsioni dei singoli ordinamenti degli Stati membri. Al caso di specie quindi andrà applicata la norma nazionale dell'art. 113 TUEL comma 5 lettera a), secondo la quale, ove non si intenda attivare la fattispecie di partenariato pubblico-privato della lettera b) e non ricorrano gli estremi dell'affidamento in house ai sensi della lettera c), è necessario porre in essere le "procedure ad evidenza pubblica" di cui al comma 7, ovvero indire una gara.

Le considerazioni suddette impongono peraltro di respingere la domanda di risarcimento del danno, osservandosi che nella specie esso non sussiste. Come sin qui illustrato, dall'annullamento dell'atto impugnato deriva per l'amministrazione

l'obbligo di rinnovare la procedura, e nella specie di procedere ad una gara nel rispetto dell'art. 113 TUEL. Vertendosi in materia di tutela di interessi pretensivi, tale effetto conformativo della sentenza deve ritenersi già satisfattivo per il ricorrente Co. Na. Me., che alla gara stessa potrà partecipare in condizioni di parità con gli altri operatori, e riuscirne vincitore presentando l'offerta migliore, non sussistendo allo stato alcuna altra utilità che debba essergli attribuita con lo strumento risarcitorio: vanno così applicati al caso di specie i principi individuati dalla nota C.d.S. sez. VI 15 aprile 2003 n° 1945.

Le spese, comprensive della fase di giudizio avanti la Corte europea, seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, annulla il provvedimento impugnato; respinge la domanda di risarcimento del danno. Condanna in solido il Comune di Cingia De'Botti e la Padania Acque S.p.a. a rifondere al Co. Na. Me. le spese del processo, che liquida in € 9.000 (novemila) complessivi, oltre IVA e CPA di legge.

Così deciso in Brescia, nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2005, con l'intervento dei signori:

Francesco MARIUZZO, Presidente;

Gianluca MORRI, Referendario;

Francesco GAMBATO SPISANI, Referendario, estensore.

Depositata in Segreteria
il 5 dicembre 2005

TAR Sardegna, sez. I, 16/1/2006 n. 13

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA SEZIONE PRIMA

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 780/05 proposto da De Vizia Transfer s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Contu e Matilde Mura e sul ricorso n. 782/05 proposto dalla Coges S.c.r.l., in persona del rappresentante legale in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Antonello Rossi in virtù di procura speciale a margine dell'atto introduttivo alla lite, ed elettivamente domiciliata in Cagliari, via V. Bellini n.26, presso il suo studio legale,

contro

il Comune di Golfo Aranci, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso per procura a margine dell'atto di costituzione in giudizio dall'Avv. Marcello Bazzoni, ed elettivamente domiciliato in Cagliari, via San Salvatore da Civita n.11, nello studio dell'Avv. Monica Macciotta,

e nei confronti

di C.i.n.e.s. (Consorzio industriale Nord Est Sardegna) in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'Avv. Rino Cudoni, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Marco Pisano, sito in Cagliari, via Puccini n. 2, per l'annullamento

1. della deliberazione del Consiglio Comunale del Comune di Golfo Aranci n. 21 in data 24 maggio 2005, con la quale è stato deliberato l'affidamento al C.i.n.e.s. del servizio di igiene urbana ed annessi;
2. della proposta di deliberazione consiglio comunale in data 24.05.2005 a firma del responsabile del Servizio Urbanistica ed Ambiente e del Responsabile Servizio Finanziario;
3. della nota prot. 6842 del 16.06.05 inviata dal Comune di Golfo Aranci, Servizio Urbanistica ed ambiente;
4. delle delibere di G.M. n.80 del 27.05.2005 e n. 109 del 19. 07. 2005;
5. di ogni altro atto che degli stessi sia prodromico, connesso e/o consequenziale.

Visti i ricorsi con i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle amministrazioni intimare e della controinteressata.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Udita alla pubblica udienza del 14 dicembre 2005 la relazione del consigliere Manfredo Atzeni e uditi altresì gli avvocati delle parti come da separato verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con i ricorsi in epigrafe, n. 780/05, notificato il 13/7/2005 e depositato il successivo 19/7, e n. 782/05, notificato il 15/7/2005 e depositato il successivo 19/7/2005, De Vizia

Transfer s.p.a. in persona del legale rappresentante e Coges S.c.r.l., in persona del rappresentante legale impugnano la deliberazione n. 21 del 24 maggio 2005 con la quale il Consiglio Comunale di Golfo di Aranci ha affidato il servizio di igiene urbana ed annessi al C.i.n.e.s. (Consorzio Industriale Nord Est Sardegna di Olbia).

I ricorsi sono affidati ai seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (in particolare con riferimento all'art.113 come sostituito dall'art. 35 della legge 28. 12. 2001 n. 448) - Violazione dell'art. 267 R.D. 1174/1931 - Difetto di istruttoria e carenza di motivazione - Sviamiento: in quanto la procedura per l'affidamento dei servizi di igiene urbana ed annessi seguito dal Comune contrasta con il principio del necessario espletamento di gare con procedura concorsuale ad evidenza pubblica nell'assegnazione della gestione di reti ed erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'assegnazione per cui è causa non rientrerebbe nemmeno nell'ipotesi, residuale, di cui all'art. 113, comma quattordicesimo, del D.Lgs. 18 luglio 2000 n.267, in quanto essa si riferirebbe alla gestione delle reti degli impianti e delle dotazioni patrimoniali, e non all'erogazione dei servizi, e poiché, nel caso di specie, mancherebbe una rete fissa di infrastrutture per l'erogazione degli stessi;

2) violazione dei principi comunitari in materia di appalti pubblici – violazione e falsa applicazione degli art. 43 e 49 del Trattato UE – violazione della Direttiva 31 marzo 2004 n.18 (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi): con riferimento alla violazione dei principi divieto di discriminazione, libertà di circolazione delle merci, libertà di stabilimento e parità di trattamento (con particolare riferimento alla pronuncia della Corte di Giustizia UE, 18 novembre 1999, C 107/98, Teckal).Violazione dell'art. 24 L. n. 448/2001 in quanto la deliberazione del Consiglio Comunale comporta negativi effetti sull'efficienza gestionale e sull'economia di spesa, causando un ingiustificato aumento delle spese comunali.

3) Violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 17 marzo 1995 n.157 (in particolare art. 7) e dell'art. 37 Regio decreto 23 maggio 1924 n. 827: in quanto nel caso di specie non ricorrerebbe alcuno dei casi, elencati nell'art. 7, che rendono possibile l'aggiudicazione di un dato servizio in assenza di procedura di gara; la condotta tenuta dal comune, quindi, unitamente al mancato espletamento della procedura di evidenza pubblica, avrebbe impedito immotivatamente al stesso di fruire delle possibili condizioni economiche più favorevoli derivanti dall'esperimento della procedura concorsuale pubblica.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art.113, comma sesto, D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267. Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Sviamiento: con riferimento all'incapacità del C.i.n.e.s. di risultare titolare di una qualunque nuova forma di affidamento diretto, ai sensi dell'art. 113, comma 6 D. Lgs 267/2000, poiché già precedentemente beneficiata, con la deliberazione del Consiglio Comunale n. 11 del 27 marzo 2003, dell'affidamento diretto del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani. Il Comune non ha poi verificato il possesso, da parte del C.i.n.e.s., dei requisiti tecnici necessari per svolgere l'attività di servizi di igiene urbana.

Le società ricorrenti chiedono, quindi, l'annullamento, previa sospensione, degli atti impugnati, con vittoria di spese legali e onorari della lite.

Per resistere ad entrambi i ricorsi si è costituito il Comune di Golfo Aranci in persona del Sindaco in carica (autorizzato con deliberazioni n. 107 e 108 in data 19/7/2005) che, con memorie depositate il 29/7/2005, eccepisce la mancanza di legittimazione della

Coges ad agire, non essendo documentata adeguata iscrizione all'Albo Nazionale delle imprese smaltitrici, e chiede il rigetto sia delle istanze cautelari che dei ricorsi, con vittoria di spese legali.

In particolare, il Comune di Golfo Aranci afferma:

1) relativamente al primo motivo del ricorso: la necessità di un'interpretazione estensiva del concetto di rete di servizi contenuto nell'art.113 del D. Lgs del 18 agosto 2000 n. 267, comprendente in sé "tutto quanto occorra per garantire il servizio pubblico, residuando solo ciò che non incide direttamente nella produzione del servizio".

2) Relativamente al secondo motivo del ricorso: la mancata violazione dei principi di libertà di concorrenza, parità di trattamento, divieto di discriminazione e dell'art. 24 L. 448/01 in virtù delle finalità solamente programmatiche di tale norma.

3) Relativamente al terzo motivo del ricorso: l'applicabilità al proprio caso del D.Lgs. 17 marzo 1995 n.157 e del suo art.7 e la razionalità nella scelta di consentire un contenuto aumento della spesa al fine di ottimizzare l'efficienza degli impianti.

4) Relativamente al quarto motivo del ricorso: l'inapplicabilità dell'art. 113, comma sesto, D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, stante la decorrenza dei suoi effetti a "partire dal gennaio 2007".

Con atto notificato il 31/8/2005 e depositato il successivo 7/9 la ricorrente Coges estende l'impugnazione alle delibere della Giunta Municipale di Golfo Aranci n. 80 del 27/05/2005 e n. 109 del 19/07/2005, relative all'affidamento temporaneo del servizio di igiene urbana alla C.i.n.e.s., sostenendo la loro illegittimità derivata e riproponendo le argomentazioni di cui all'atto introduttivo del giudizio.

Anche il Consorzio Industriale Nord Est Sardegna si è costituito in entrambi i giudizi chiedendo, con distinte memorie depositate il 2/8/2005, il rigetto dei ricorsi.

Con ordinanze nn. 351 e n. 352 in data 3 agosto 2005 il Tribunale ha respinto le istanze cautelari e fissato la data per la discussione, nel merito, dei ricorsi.

La ricorrente De Vizia ha depositato memoria in data 7/12/2005; la ricorrente Coges ha depositato memoria nella stessa data e note d'udienza in data 2/8/2005; il Comune di Golfo Aranci ha depositato memorie conclusionali per entrambe i ricorsi in data 7/12/2005.

Alla pubblica udienza i procuratori delle parti hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

DIRITTO

I ricorsi in epigrafe possono essere riuniti onde definirli con unica decisione, in quanto entrambi hanno per oggetto la deliberazione, indicata in epigrafe, con la quale il Consiglio Comunale di Golfo Aranci ha affidato al Consorzio Industriale del Nord Est Sardegna il servizio di igiene urbana ed annessi senza il previo esperimento di procedura d'evidenza pubblica; il ricorso n. 782/05 estende l'impugnazione agli atti di affidamento provvisorio del servizio allo stesso Consorzio.

Deducano le parti resistenti l'inammissibilità del ricorso n. 782/05 in quanto la proponente non ha dimostrato di essere iscritta all'Albo Nazionale delle Imprese esercenti il servizio smaltimento rifiuti per categoria e classe adeguata.

L'eccezione non può essere condivisa in quanto la ricorrente ha un interesse differenziato ad ottenere la chance di affidamento del servizio che conseguirebbe all'indizione di una gara pubblica essendo certamente operatrice del settore; quanto all'insufficienza dell'iscrizione all'Albo in relazione al servizio da svolgere, dedotta in

termini dubitativi, occorre osservare che questa non impedirebbe alla ricorrente di partecipare all'eventuale gara in associazione con altre imprese.

Entrambi i ricorsi devono, pertanto, essere esaminati nel merito.

Gli stessi sono fondati.

L'Amministrazione intimata ha ritenuto applicabile, nella fattispecie, l'art. 113, quattordicesimo comma, del D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (testo unico degli enti locali).

Invero, tale disposizione non è richiamata nel corpo della delibera consiliare ma nella proposta ad essa allegata ed espressamente approvata, per cui costituisce parte integrante della deliberazione.

La suddetta disposizione consente agli enti locali di affidare la gestione di servizi o loro segmenti a soggetti distinti da essi (è quindi contraddittoria l'opinione del Comune il quale, negli scritti difensivi, invoca i principi dell'affidamento cosiddetto in house), i quali siano proprietari delle reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniale per la gestione dei servizi stessi.

E' pacifico fra le parti che solo in presenza di tale presupposto il Comune intimato potrebbe affidare il servizio senza esperire preventivamente un procedimento, da impostare secondo le regole della grande evidenza pubblica.

La controversia si sostanzia, quindi, nell'accertamento dell'esistenza di una rete per la gestione del servizio di igiene pubblica nel territorio del Comune di Golfo Aranci, di proprietà del Consorzio resistente.

Il Comune afferma che tale rete esiste, e consiste nei cassonetti di raccolta, nei camion appositi e negli impianti di smaltimento con i quali il Consorzio può assicurare il servizio. Sottolinea, inoltre, che lo smaltimento dei rifiuti è già gestito dal Consorzio.

Ritiene il collegio che tali impianti non abbiano le caratteristiche che consentono l'autorizzazione alla gestione del servizio, senza confronto con altre proposte contrattuali.

Deve, infatti essere osservato che l'art. 113, quattordicesimo comma, del D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, costituisce palesemente norma eccezionale, in quanto individua un'ipotesi nella quale l'Amministrazione è legittimata ad affidare un servizio pubblico ad un soggetto predeterminato senza esperire alcuna gara, derogando ai principi, della normativa comunitaria e nazionale, che regolano ordinariamente la materia.

Ritiene, quindi, il collegio che la circostanza in base alla quale è applicabile la norma eccezionale debba, allo stesso modo, possedere caratteri di straordinarietà.

Ad avviso del collegio, la circostanza straordinaria che consente l'applicazione della disposizione di cui si tratta è costituita dalla necessaria fornitura del servizio mediante un sistema di impianti inamovibili e di complessa realizzazione, di proprietà di un soggetto estraneo all'ente locale.

Solo in questa ipotesi la legge consente all'ente locale di sfruttare i vantaggi offerti dalla presenza di una struttura avente le suddette caratteristiche sul proprio territorio e di affidare quindi il servizio al suo proprietario, evitando l'impegno economico e gestionale della realizzazione di una nuova rete.

Solo la presumibile convenienza di tale soluzione, convenienza che peraltro deve essere accertata in concreto in relazione ai canoni qualitativi di cui al settimo comma dello stesso articolo ed alla misura delle tariffe, consente di evitare l'acquisizione di offerte diverse.

Nel caso, di specie, non possono certamente rientrare nella descrizione appena accennata le attrezzature ordinariamente utilizzate per la raccolta dei rifiuti.

Basti osservare, a tale riguardo, che si tratta di attrezzature di notevole deperibilità, destinate ad essere cambiate con frequenza. Le stesse, inoltre, sono di solito di proprietà dell'appaltatore, e non dell'ente locale per cui, a voler seguire il ragionamento delle parti resistenti, nella gran parte dei contratti stipulati dai comuni per la gestione del servizio in questione si concretizzerebbero le condizioni per il suo affidamento diretto all'appaltatore.

Neanche la proprietà degli impianti di smaltimento consente l'affidamento diretto del servizio al Consorzio.

Deve essere osservato che la gestione congiunta del servizio di raccolta e del servizio di smaltimento non è affatto necessitata, e costituisce il frutto di una scelta del Comune.

Inoltre, il Consorzio è solo un possibile gestore del servizio di smaltimento, e l'affidamento del medesimo alle sue cure costituisce solo una delle opzioni possibili.

In altri termini, il Consorzio è proprietario di impianti di smaltimento dei rifiuti, ma non è proprietario dell'unico impianto del quale il Comune resistente debba necessariamente avvalersi, a meno di volerne realizzare uno nuovo.

Afferma, in conclusione, il collegio che la fattispecie non evidenzia i presupposti perché possa essere applicato l'art. 113, quattordicesimo comma, del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

Le argomentazioni delle parti ricorrenti devono, di conseguenza, essere condivise e, in accoglimento dei ricorsi, deve essere annullata l'impugnata deliberazione consiliare n. 21 in data 24 maggio 2005, nonché le deliberazioni della Giunta Municipale di Golfo Aranci n. 80 del 27 maggio 2005 e n. 109 del 19 luglio 2005, che su quella si fondano.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA SEZIONE PRIMA

riunisce ed accoglie i ricorsi in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'impugnata deliberazione del Consiglio Comunale di Golfo Aranci n. 21 in data 24 maggio 2005 e le impugnature deliberazioni della Giunta Municipale di Golfo Aranci n. 80 del 27 maggio 2005 e n. 109 del 19 luglio 2005.

Condanna le parti resistenti, in solido, al pagamento di spese ed onorari del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre I.V.A. e C.P.A., come per legge, nei confronti di ciascuna delle parti ricorrenti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, in Camera di Consiglio, il 14 dicembre 2005 dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei Signori:

Manfredo Atzeni, Presidente f.f., estensore;

Alessandro Maggio, Consigliere;

Tito Aru, Consigliere.

Depositata in segreteria oggi:

16/01/2006

Il segretario generale f.f.

Corte dei Conti, sentenza n. 1375/2005 del 31 ottobre 2005, sulla configurabilità di un danno erariale derivante dalla cessione di una partecipazione societaria priva di deliberazione consiliare e gara pubblica

SEZIONE GIURISDIZIONALE REGIONALE PER IL VENETO

Presidente: S. Zambardi – Relatore: G. Di Lecce

FATTO

Con atto di citazione del 6.12.2004, ritualmente notificato, la Procura Regionale della Corte dei Conti per il Veneto ha convenuto in giudizio i signori L.L., Z.G., T.A., B.G., G.F., L.M., T.E., S.M. e Z.S., nelle rispettive qualità di sindaco, vice segretario comunale, assessori e componenti del collegio dei revisori del Comune di Tezze sul Brenta, per sentirli condannare al pagamento della somma di euro 447.992,17, oltre interessi legali, rivalutazione monetaria e spese di giudizio, quale danno erariale derivante dalla vendita ad un prezzo inferiore rispetto al valore di mercato, della quota di partecipazione del Comune di Tezze sul Brenta nella società Omissis s.r.l.

Dalla ricostruzione dei fatti operata dalla Procura, risulta che in data 14.7.1978, il Consiglio Comunale di Tezze sul Brenta deliberava di costituire, con la s.n.c. Omissis, una società a responsabilità limitata per la gestione della rete e la distribuzione del gas metano; ai fini della scelta del socio privato il Comune di Tezze non esperiva alcuna gara pubblica, essendo risultato da contatti assunti in via informale con alcune ditte operanti nel settore, che la s.n.c. Omissis era l'unica società disposta ad accettare le condizioni contrattuali imposte dal Comune.

Alla richiamata delibera consiliare faceva seguito la formale costituzione della Omissis s.r.l., società partecipata dal Comune di Tezze nella misura del 45% del capitale sociale e dalla Omissis s.n.c. in quella del restante 55%, alla quale veniva concessa la gestione del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio comunale, con diritto di esclusiva della durata di 30 anni.

Con successiva delibera del 14.3.1985, il Consiglio Comunale di Tezze sul Brenta decideva di alienare alla Omissis s.r.l. l'impianto di distribuzione del gas, per metà già appartenente allo stesso Comune, dietro il pagamento del corrispettivo di lire 715.746.000.

In tale contesto il CO.RE.CO. formulava alcuni rilievi diretti a tutelare l'interesse del Comune nel caso in cui il socio di maggioranza della società a partecipazione mista avesse deciso di vendere l'impianto; rilievi che portarono il consiglio comunale di Tezze a modificare lo statuto sociale della Omissis s.r.l.: in particolare, veniva sostituita la previsione originaria dell'art. 8, che subordinava il trasferimento della quota societaria al consenso unanime del consiglio di amministrazione della società, con una disposizione che rimetteva l'espressione del "gradimento" ad una deliberazione dell'assemblea dei soci, da assumersi con il parere favorevole della maggioranza rappresentativa di almeno i due terzi del capitale sociale.

Nel 1995, la giunta del Comune di Tezze conferiva all'ing. Natalino S. l'incarico di predisporre una relazione di stima circa il valore di mercato della quota di partecipazione pubblica nella società Omissis s.r.l.; all'esito delle valutazioni effettuate, il consulente incaricato determinava in lire 1.210.000.000 il valore della partecipazione comunale (perizia di stima del 26.11.1995).

Con lettera del 28.10.1999, il sindaco del Comune di Tezze, L.L., conferiva all'ing. S. un nuovo incarico diretto alla quantificazione del valore della quota dell'ente nella Omissis s.r.l.: il professionista quantificava in lire 1.313.000.000 il valore del 45% della società Omissis s.r.l., (perizia di stima del 27.12.1999).

Seguivano alcuni contatti tra lo stesso sindaco e la società Omissis s.p.a., proprietaria del 55% delle quote della Omissis s.r.l.; in particolare, con lettera del 21.1.2000, il sindaco comunicava alla Omissis s.p.a. l'intento di procedere all'alienazione della quota di partecipazione comunale nella Omissis s.r.l. in base al valore di stima determinato nella perizia dell'ing. S. del 27.12.1999, della quale allegava copia; la lettera del sindaco L. veniva riscontrata dalla Omissis s.p.a. con la nota del 24.1.2000, nella quale la società manifestava il proprio interesse all'acquisto della partecipazione societaria, subordinando, tuttavia, l'offerta di un corrispettivo più alto, pari a lire 1.350.000.000, alla modifica di alcune clausole relative alla concessione per la distribuzione del gas.

Con nota del 17.2.2000, il sindaco L. comunicava alla Omissis s.p.a. la valutazione favorevole espressa dalla giunta comunale in ordine alle condizioni proposte per l'acquisto della partecipazione comunale della Omissis s.r.l., riservandosi di promuovere gli adempimenti amministrativi necessari ai fini della formalizzazione della cessione.

Seguiva la convocazione, in data 21.2.2000 della commissione consiliare "Affari istituzionali, generali e bilancio", nella quale i consiglieri F., B. e M.L., rappresentavano l'opportunità di acquisire ulteriori elementi di valutazione utili ad integrare la stima effettuata dall'ing. S.; l'invito, tuttavia, restava privo di ogni riscontro.

Con atto del 6.3.2000, il consiglio comunale di Tezze sul Brenta deliberava di vendere alla Omissis s.p.a. la quota di partecipazione nella Omissis s.r.l. per il corrispettivo di lire 1.350.000.000, riservando ad una successiva valutazione la richiesta di prolungamento della concessione formulata dalla Omissis s.p.a., e disponendo che i successivi provvedimenti relativi al trasferimento della partecipazione sociale venissero adottati dalla giunta comunale e dal dirigente responsabile.

La delibera del 6.3.2000 veniva approvata, previo parere favorevole del responsabile del servizio Giuseppe Z., con il voto dei consiglieri L.L., T.A., B.G., G.F., L. M., T. M., R. F., L.M., DB. S..

Alla delibera consiliare faceva seguito l'assemblea straordinaria della Omissis s.r.l. del 7.4.2000, nella quale i soci, rappresentati dal sindaco di Tezze e dal delegato della Omissis s.p.a., acconsentivano, con voto unanime, al trasferimento delle quote societarie comunali in favore della Omissis s.p.a.

Giova peraltro rilevare che nel corso dell'iter procedimentale della vendita, con interpellanza del 20.3.2000, il consigliere Mariano B. formulava richiesta di chiarimenti in ordine alla cessione della Omissis s.r.l., evidenziando la necessità di un parere economico ed amministrativo del collegio dei revisori, ed esprimendo, nel contempo, alcuni dubbi in ordine alla legittimità della delibera consiliare del 6.3.2000, dubbi fondati sulla considerazione che prima della discussione propedeutica all'approvazione della cessione, era stata consegnata ai consiglieri comunali una copia dello statuto societario della Omissis s.r.l. contenente la vecchia formulazione della clausola di gradimento e non già quella risultante dalle modifiche statutarie intervenute nel 1985.

Per dare una risposta ai suddetti rilievi veniva convocato, in data 17.4.2000, il consiglio comunale; in tale seduta il sindaco dava lettura del verbale del 28.3.2000 con

il quale il collegio dei revisori aveva ritenuto che non rientrasse tra i propri compiti l'emissione di pareri sull'opportunità politico economica della cessione delle quote della Omissis s.r.l.; lo stesso sindaco dava inoltre lettura della nota del 15.4.2000, in cui il vice segretario comunale G.Z. aveva ribadito la correttezza della procedura negoziata adottata per la scelta dell'acquirente della partecipazione societaria, ed evidenziato, con riferimento alla mancata consegna ai consiglieri comunali del testo dello statuto aggiornato con le modifiche intervenute nel 1985, che tale omissione non poteva ritenersi idonea a pregiudicare la legittimità della delibera consiliare.

Ritenuti insoddisfacenti i chiarimenti resi dal sindaco L., con nota del 2.5.2000 il consigliere B. insisteva affinché il consiglio comunale riconsiderasse i termini dell'operazione; a tale richiesta faceva seguito la risposta del sindaco L. in data 5.5.2000, nella quale si evidenziava che la vendita della partecipazione societaria nella Omissis s.r.l. doveva considerarsi perfezionata con la deliberazione assunta dal consiglio comunale in data 6.3.2000, e che le perplessità espresse dal consigliere B. dovevano ritenersi superate a seguito della nota di chiarimenti redatta dall'ing. S..

Con lettera del 13.5.2000 il sig. B. chiedeva che all'ordine del giorno del successivo consiglio comunale venisse proposta la nomina di una commissione composta da tre commercialisti per la redazione di una nuova perizia del valore della quota della Omissis s.r.l.; la suddetta richiesta veniva riscontrata con nota del 17.5.2000 a firma del sindaco L., in cui si precisava che l'argomento risultava già discusso nella seduta del consiglio comunale del 6.3.2000, e che già in occasione della precedente deliberazione del 17.4.2000 era stata assicurata una risposta ad una precedente interrogazione sullo stesso argomento; in tale occasione il L. precisava che il gradimento al trasferimento della quota comunale risultava già espresso nell'assemblea dei soci della Omissis s.r.l. del 7.4.2000 e che nei giorni successivi si sarebbe proceduto alla stipula dell'atto notarile.

Con delibera del 22.5.2000, previa acquisizione dei pareri favorevoli del responsabile del servizio, dott. G.Z., e della sig.ra Clara C., responsabile del servizio di ragioneria, la giunta comunale, prendendo atto dell'aumento di lire 10.000.000 del corrispettivo della cessione - somma offerta dalla società acquirente quale risarcimento per eventuali mancati introiti del Comune relativi alla gestione della Omissis s.r.l. per i primi mesi dell'anno 2000 - determinava in 1.360.000.000 il prezzo complessivo della vendita della partecipazione societaria, da pagarsi, per il 50%, entro il 31.7.2000, e per il restante 50%, entro il successivo 31.10.2000; l'effettiva vendita della quota societaria interveniva con atto notarile del 25.5.2000.

Con nota del 6.2.2001, il consigliere B. denunciava i fatti innanzi esposti alla Procura Regionale della Corte dei Conti, ponendo in evidenza l'erroneità della stima redatta dall'ing. S. ed utilizzata ai fini della determinazione del valore della quota di partecipazione comunale nella Omissis s.r.l.

La Procura Regionale, a seguito dell'esposto, disponeva l'audizione del consigliere comunale Mariano B., nonché del dott. Antonio Martino B., revisore contabile, intervenuto a chiarire le osservazioni del primo in merito alla valutazione delle quote sociali; disponeva, altresì, il sequestro delle audiocassette relative alle sedute consiliari del 6.3.2000 e del 17.4.2000, incaricando la Guardia di Finanza di provvedere alle relative trascrizioni.

In data 24.1.2003 l'organo requirente conferiva al dott. Angelo C. l'incarico di relazionare in ordine alla legittimità della procedura seguita dal Comune di Tezze per la cessione delle quote sociali ed alla congruità della stima effettuata dall'ing. S. circa la determinazione del valore della partecipazione comunale nella Omissis s.r.l.

Le risposte a tali quesiti pervenivano con la relazione del 4.12.2003, nella quale il dott. C. evidenziava il carattere inderogabile della procedura di evidenza pubblica prevista dall'art. 3 del R.D. n. 2440/1923 per i contratti attivi della P.A.; quanto, poi, al quesito inerente la valutazione della partecipazione comunale, il consulente della Procura perveniva alla conclusione che il valore della quota in mano pubblica fosse stato sottovalutato per un importo pari ad euro 442.913,03; il mancato introito per il Comune, tenuto conto, anche, della posta di danno riconducibile al mancato introito degli interessi dovuti in relazione alla dilazione di pagamento indebitamente riconosciuta dalla giunta comunale, veniva stimato in complessivi euro 447.989,52.

All'esito dell'attività istruttoria, la Procura Regionale disponeva la notifica dell'invito a dedurre, ex art. 5 L. n. 19/1994, ai sigg.ri L.L., T.A., B.G., G.F., L.M., T.M., R.F., L.M., DB.S., nelle rispettive qualità di sindaco e di consiglieri che votarono in senso favorevole all'approvazione della delibera consiliare con la quale fu approvata la vendita della quota societaria; analogo invito a dedurre veniva inviato al vice segretario G.Z., ai tre revisori T.E., Z.S. e S.M., nonché agli assessori T.A., B.G., G.F. e L.M. che votarono per l'approvazione della delibera di giunta del 22.5.2000.

Con l'invito a dedurre, l'organo requirente contestava le numerose e gravi irregolarità relative al procedimento amministrativo adottato per la cessione della partecipazione societaria nella Omissis s.r.l.: tra queste, la decisione immotivata di non procedere ad una gara pubblica, effettuata in palese violazione dell'art. 3 del R.D. n. 2440/1923, nonché l'errore di valutazione dell'ing. S., più volte sottolineato dal consigliere B. e portato all'attenzione del Sindaco, dei revisori dell'ente e del vice segretario Z..

Prendendo posizione sulla clausola di gradimento, la Procura ne evidenziava la nullità, rimarcando, sotto diverso profilo, come il voto del consiglio comunale del 6.3.2000 fosse stato influenzato dalla mancata allegazione del testo dello statuto contenente le modifiche intervenute nel 1985, per effetto delle quali, ai fini della cessione della partecipazione societaria, non era più richiesto il consenso unanime del Consiglio di Amministrazione della Omissis s.r.l., essendo sufficiente il quorum qualificato dell'assemblea dei soci.

All'invito a dedurre facevano seguito le controdeduzioni di L.L., Z.G., L.M., T.M., nonché dei revisori T. E., Z.S. e S.M., e le audizioni dei consiglieri Mirko L. e Giuseppe F., della sig.ra Clara C., ragioniera del Comune di Tezze, e dei revisori T. E., Z.S. e S.M..

Con memoria difensiva depositata il 3.11.1994, il sindaco L. rimarcava la piena legittimità della clausola di gradimento inserita nello statuto della Omissis s.r.l., clausola che, a suo dire, non consentiva l'utile esperimento di una gara pubblica; osservava, inoltre, come l'art. 3 del R.D. n. 2440/1923 non potesse considerarsi una norma imperativa, bensì una disposizione di mero principio, per sua natura cedevole, nei casi in cui, in relazione a particolari contingenze, fosse ritenuto opportuno o preferibile il ricorso alla trattativa privata. Rilevava, inoltre, come nel settore dei servizi pubblici operi una sorta di rinvio totale alla disciplina privatistica, e soggiungeva che i parametri di valutazione di una partecipazione societaria sono legati, oltre che alle diverse premesse metodologiche che si assumono quali indici di base, anche a profili soggettivi e contingenti, tale dovendosi ritenere la ragione del cospicuo prezzo pagato nel 2002 dalla Ascopiave s.p.a. per l'acquisto dell'intera partecipazione societaria della Omissis s.p.a. nella Omissis s.r.l.

Con memoria depositata il 2.11.1994, il sig. Z., assistito dagli avv.ti Vittorio Domenichelli e Franco Zambelli, deduceva l'inapplicabilità alla fattispecie in esame - inerente la cessione di una s.r.l. a partecipazione comunale costituita nel 1979 - della

disciplina dettata dalla legge n. 142/1990 in ordine alle c.d. società miste per l'erogazione dei servizi pubblici locali.

Il vice segretario comunale, con riferimento alla procedura adottata per la cessione delle quote societarie, rilevava che nel regime delineato dal R.D. n. 2440/1923 così come in quello di cui al D.Lgs n. 267/2000, nei casi in cui fosse riconosciuta l'impossibilità di esperire la procedura concorsuale, doveva ritenersi legittimo il ricorso alla trattativa privata.

In particolare, nel caso all'esame, il ricorso alla procedura negoziata doveva ritenersi imposto dalla presenza, nello statuto della Omissis s.r.l., di una clausola di prelazione oltre che di una clausola di gradimento che subordinava la cessione della quota sociale al consenso espresso dai due terzi del capitale sociale: in definitiva, l'evidenziato concorso di tali vincoli e la palesata intenzione del socio privato di acquistare la partecipazione del Comune, non avrebbe consentito un utile ed effettivo esperimento della procedura di gara ad evidenza pubblica.

Lo Z. rimarcava, infine, che l'aver allegato al fascicolo della seduta del 6.3.2000 del consiglio comunale, la versione non aggiornata dell'art. 8 dello Statuto societario della Omissis s.r.l., non mutava, di fatto, l'evidente posizione di forza del socio privato, sicchè la genesi del danno si sarebbe dovuta individuare nell'approvazione dell'originario statuto societario, ed, in particolare, nell'accettazione, da parte del Comune, delle clausole di gradimento e di prelazione.

Con memorie depositate il 20.9.2004, i revisori T., S. e Zonta, assistiti dall'avv. Loris Tosi, rimarcavano la correttezza del proprio operato, deducendo che doveva considerarsi estraneo alle proprie competenze l'emissione di un parere sull'opportunità politico-amministrativa della cessione; i revisori evidenziavano, altresì, che ove le richieste del consigliere B. fossero da intendere come dirette all'acquisizione di una seconda perizia, la suddetta attività non poteva che considerarsi estranea al ruolo ed alle competenze dell'organo di revisione.

Con atto di citazione del 6.12.2004, notificato ai sigg.ri L.L., Z.G., T.A., B.G., G.F., L.M., T.E., S.M. e Z.S., la Procura Regionale controdeduceva ai rilievi difensivi delle parti e confermava l'impianto delle contestazioni di cui all'invito a dedurre, ponendo in evidenza l'imprescindibilità, nel caso di contratti attivi stipulati dagli enti locali, del ricorso alle procedure di evidenza pubblica.

Dopo aver rimarcato le anomalie procedurali che caratterizzarono la procedura di vendita della quota di partecipazione nella Omissis s.r.l., l'organo requirente si soffermava sulla clausola di gradimento, sostenendo la nullità di una pattuizione che imponeva la scelta del compratore in elusione alla disciplina pubblicistica della gara pubblica; in particolare, ad avviso della Procura, la suddetta clausola doveva ritenersi incompatibile con gli indirizzi giurisprudenziali espressi dalla Corte di Cassazione sin dal 1978, oltre che con l'espressa previsione di cui all'art. 22 della legge n. 281/1985, norma ai sensi della quale sono "inefficaci le clausole di gradimento degli atti costitutivi delle società per azioni, le quali subordinano gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento degli organi sociali".

Con riferimento al ruolo dei revisori, la Procura sottolineava le funzioni di collaborazione previste dall'art. 259 del T.U. nonché quelle relative alla vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione relativamente all'acquisizione delle entrate, all'effettuazione delle spese, all'attività contrattuale ed all'amministrazione dei beni; richiama, inoltre, i compiti assegnati ai revisori dal regolamento di contabilità, rimarcando il ruolo di garanzia della legittimità dell'azione dell'ente locale che la legge assegna all'organo di revisione: di qui, la ritenuta

responsabilità dei sigg.ri T., Z. e S. per essere rimasti del tutto inerti in una vicenda in ordine alla quale un diverso atteggiamento avrebbe potuto determinare un esito diverso da quello in concreto realizzatosi.

Con particolare riferimento alla perizia dell'ing. S., la Procura rimarcava come la differenza tra il corrispettivo pagato al Comune e quello risultante dalla concorde valutazione del sig. B., del dott. C. e della Guardia di Finanza doveva ritenersi pari a circa 860 milioni di minore introito, salvo l'ulteriore beneficio conseguibile, nel caso di gara pubblica, per effetto di un possibile rialzo d'asta.

L'organo requirente confermava, quindi, la correttezza del criterio di valutazione misto patrimoniale-reddituale utilizzato dal consulente incaricato ai fini della valutazione della quota societaria del Comune; evidenziava, in ogni caso, che anche seguendo la procedura di stima per numero complessivo di utenze adottata nel 2002 dall' OMISSIS s.p.a. ai fini della determinazione del valore della Omissis s.r.l., il valore complessivo della partecipazione societaria comunale non si sarebbe discostato significativamente da quello determinato con il criterio di valutazione misto patrimoniale-reddituale.

Venendo ad esaminare i profili soggettivi di responsabilità e l'apporto causale dei singoli protagonisti della vicenda, la Procura riteneva di dover escludere la giurisdizione del giudice contabile sull'operato dell'ing. S., incaricato della stima della quota societaria di proprietà del Comune; evidenziava, inoltre, come in capo ai consiglieri comunali che nella seduta del 6.3.2000 votarono a favore della proposta della cessione della partecipazione societaria nella Omissis s.r.l., non potessero configurarsi profili di responsabilità erariale: rimarcava, a tal fine, il complesso delle circostanze che avevano indotto i consiglieri a considerare la procedura di vendita pienamente regolare, e sottolineava, altresì, come gli stessi fossero stati indotti a confidare, sia pure erroneamente, nella possibilità di esercitare il potere di veto al momento dell'adozione della delibera del consiglio di amministrazione della Omissis s.r.l. che avrebbe dovuto esprimere il gradimento alla vendita della quota societaria.

Quanto alla posizione del sindaco L., ne veniva rimarcato il ruolo determinante nell'esito della vicenda, sin dall'avvio delle trattative con la Omissis: in relazione a tale decisivo apporto causale, la Procura Regionale poneva a carico del L. il 60% del danno erariale - quantificato per la parte spettanza, in euro 265.749,40 - salvo diversa determinazione del Collegio giudicante, nonché il 50% del danno erariale, per un importo pari ad euro 2.538,24 , conseguente alla mancata previsione di interessi legali sulla rateizzazione in due tranches del corrispettivo della cessione.

Al vice segretario Z., in relazione al parere favorevole reso in ordine alla decisione di non procedere all'esperimento di una gara pubblica - parere ritenuto condizionante il voto della delibera del 6.3.2000 -, nonché alla grave negligenza dimostrata nel predisporre il fascicolo della delibera consiliare con la copia dello statuto della Omissis s.r.l. non aggiornato con le modifiche del 1985, veniva addebitato il 20% del danno, per un importo pari a euro 88.583,13, nonché la quota di 1/6 del danno derivante dalla mancata previsione di interessi legali sulla rateizzazione del corrispettivo della cessione; danno, quest'ultimo, contestato, in pari misura, agli assessori B.G., G.F., T.A., e L.M., escludendosi dalla contestazione il solo assessore L.M., per aver questi riconosciuto la propria responsabilità e pagato l'importo di lire 423,04 , così quantificato dal sostituto procuratore in sede di audizione.

Quanto alle responsabilità del collegio dei revisori, la Procura addebitava al presidente T. il 10% del danno principale, per un importo pari ad euro 44.291,56, e poneva a carico tanto del sig. S. quanto del sig. Z. il 5% del danno, determinato, per ciascuno, in euro 22.145,78.

Il requirente concludeva, infine, chiedendo che in caso di proscioglimento di tutti o di una parte dei convenuti per ragioni di rito, preliminari di merito o per assenza di colpa grave, venisse disposta la compensazione delle spese, in conformità all'orientamento espresso, in tema, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Con memoria difensiva del 15.3.2005 si costituiva in giudizio il convenuto L.L., assistito dall'avv. Marcello Fracanzani. La difesa del L. ribadiva le posizioni già espresse in sede di controdeduzioni, sottolineando la piena legittimità della cessione delle quote della Omissis s.r.l. con il sistema della trattativa privata: a conforto della tesi, il patrocinio del L. evidenziava l'esistenza, nello statuto societario della Omissis s.r.l., di una clausola di gradimento che accordava, al socio privato, una sorta di diritto di veto all'ingresso di un eventuale nuovo socio: di tale clausola il difensore affermava la piena legittimità, sottolineando come la tesi contraria, sostenuta dalla Procura, possa trovare applicazione per le s.p.a., ma non anche per le s.r.l., secondo quanto riconosciuto dalla giurisprudenza ed esplicitamente sancito dall'art. 2469 c.c., per effetto della legge di riforma del diritto societario.

La difesa del sindaco evidenziava, sotto diverso profilo, la difficoltà di far dichiarare, preventivamente alla cessione della quota di partecipazione comunale, la nullità della clausola di gradimento, rimarcando come l'esistenza della suddetta pattuizione rendeva poco appetibile l'acquisto della partecipazione societaria, posto che il compratore non avrebbe potuto esercitare alcun diritto prima di aver ottenuto la declaratoria di nullità della clausola di gradimento; lo stesso patrocinio osservava, inoltre, come nel sistema dei servizi pubblici operi il richiamo alla disciplina privatistica, conseguendone, da tanto, l'inapplicabilità, in via analogica, di previsioni normative di natura eccezionale - come quella contenuta nell'art. 116 T.U. EE.LL. - che sanciscono l'obbligo del ricorso alle procedure dell'evidenza pubblica per la scelta del socio privato.

Quanto alla stima del valore della quota societaria effettuata dall'ing. S., la difesa del sindaco L. rimarcava la possibilità di utilizzare diversi indici di valutazione dei beni, ponendo in evidenza come considerazioni soggettive e valutazioni prognostiche legate a situazioni contingenti possano far lievitare il valore della partecipazione societaria; sottolineava inoltre, come la differenza tra la stima dell'ing. S. e quella del consulente della Procura dovesse ritenersi una conseguenza della diversa valutazione data alle immobilizzazioni materiali, avendo, l'ing. S., considerato il loro costo storico, ed il dott. C. valutato il valore netto iscritto in bilancio.

In ogni caso, soggiungeva la difesa, la stima dell'ing. S. doveva ritenersi improntata ai criteri prudenziali fissati dall'art. 2423 bis c.c., la cui applicazione era suggerita, anche, dall'essere riferita, la suddetta valutazione, alla quota di minoranza di una società la cui vendita a soggetti terzi restava subordinata al gradimento del socio di maggioranza; tale valutazione, inoltre, doveva tener conto della saturazione della rete di distribuzione, oltre che delle prospettive di liberalizzazione del settore del gas, sulle quali si svolgeva, in quegli anni, un acceso dibattito politico il cui esito fu l'approvazione del decreto legislativo n. 164/2000. L'avv. Fracanzani poneva in evidenza, infine, come il cospicuo prezzo pagato dalla OMISSISs.p.a. alla Omissis s.p.a. per l'acquisto della Omissis s.r.l., a distanza di soli due anni dalla vendita delle quote comunali, fu determinato dalla necessità, per la società acquirente, di acquisire un numero di utenze idoneo a conseguire una posizione di rilievo sul mercato. Nel formulare richiesta di prova testimoniale, l'avv. Fracanzani concludeva, in via principale, per l'assoluzione del proprio assistito dalla domanda attorea; in via subordinata per la riduzione dell'addebito, avuto riguardo alla buona fede dimostrata,

dell'incertezza del quadro normativo di riferimento ed alla particolare difficoltà della materia.

Con memoria difensiva del 15.3.2005 si costituiva in giudizio il revisore Stelvio Z., assistito dall'avv. Andrea Cesare. La difesa del convenuto si soffermava sulla mancanza dei presupposti legittimanti l'affermazione della responsabilità erariale, ponendo in evidenza come a fronte della richiesta del consigliere B.del 20.3.2000, il collegio dei revisori, con verbale del 28.3.2000, ebbe a pronunciarsi nei limiti delle proprie funzioni istituzionali; osservava, inoltre, che la richiesta del B.sottendeva una valutazione dell'operato politico ed economico del consiglio comunale, da ritenersi estranea alle prerogative dell'organo di revisione; evidenziava, altresì, che il parere venne richiesto in una data successiva alla delibera del 6.3.2000, sicchè un'eventuale pronuncia di merito dei revisori avrebbe comportato un'indebita ingerenza nelle competenze funzionali dell'organo consiliare. Quanto alla richiesta del consigliere B.del 17.4.2000, intesa ad ottenere un parere tecnico da parte del presidente del collegio dei revisori sulla perizia dell'ing. S., la medesima difesa rilevava come non rientrasse nelle funzioni istituzionali dell'organo di revisione la pronuncia in ordine ad una relazione di stima effettuata da un consulente tecnico incaricato dall'Amministrazione, ponendo in evidenza come l'elevata specificità della materia dovesse far escludere che i revisori potessero utilmente esprimersi su tale argomento. L'avv. Andrea Cesare sottolineava, dunque, la piena legittimità dell'operato del proprio assistito, e, nel contestare le conclusioni della perizia di stima posta dalla Procura a fondamento dell'ipotesi dannosa, deduceva l'inesistenza del rapporto di causalità tra la condotta del collegio dei revisori - chiamato a pronunciarsi su un'operazione di trasferimento già perfezionata -, e la supposta e contestata produzione del danno; sulla base di tali premesse, chiedeva, in via istruttoria, l'espletamento di una perizia di stima diretta a quantificare il valore di mercato della partecipazione sociale del Comune di Tezze, concludendo, nel merito, per la reiezione della domanda attorea.

Con memoria del 9.3.2005, si costituiva in giudizio il convenuto Michele S., assistito dagli avv.ti Antonio Beria e Laura dei Rossi. La difesa del sig. S. evidenziava, preliminarmente, che il revisore fu nominato con atto consiliare del 29.11.2000, reso esecutivo il 1.1.2000, e, dunque, appena tre mesi prima della deliberazione consiliare di cessione delle quote; rimarcava, inoltre, che il verbale del collegio dei revisori del 28.3.2000 fu redatto nella convinzione che l'interpellanza del consigliere B.rientrasse nell'ambito della dialettica politica tra minoranza e maggioranza alla quale l'organo di revisione si riteneva estraneo; una convinzione maturata, per il S., anche in relazione all' inadeguata conoscenza delle problematiche locali, determinata dal risiedere fuori dal Comune di Tezze sul Brenta. Il patrocinio del sig. S. rilevava, inoltre, come fatta eccezione che per la richiesta del consigliere B.del 20.3.2000, alla quale fece seguito il verbale del collegio dei revisori del 28.3.2000, solo il presidente T. fu informato e partecipò alle riunioni del consiglio comunale, senza convocare né delegare alcuno dei revisori per gli approfondimenti previsti dall'art. 48 del regolamento di contabilità comunale. Osservava, inoltre, come il collegio dei revisori avesse verificato la bontà del metodo di valutazione utilizzato dall'ing. S., ed evidenziava, in ogni caso, come la valutazione della quota di Omisis s.r.l., per un importo di lire 454.000.000, risultante dal conto del patrimonio del Comune, secondo la certificazione del precedente collegio dei revisori, non poteva far dubitare della stima redatta dall'ing. S., e ciò, non solo in quanto proveniente da un esperto, ma anche perché, confrontata con i valori a libro, appariva conveniente per il Comune. Nel contestare ogni addebito, la difesa del S.

chiedeva, in via preliminare, la chiamata in causa della OMISSIS Assicurazioni, società assicuratrice della responsabilità civile del convenuto; nel merito, concludeva per l'assoluzione da ogni addebito; in via subordinata e per la denegata ipotesi di riconoscimento della responsabilità erariale, instava per la condanna della OMISSIS Assicurazioni a tenere indenne il S. da ogni eventuale obbligazione sancita a suo carico; in via istruttoria formulava richiesta di prova per testi, riservando ogni ulteriore istanza all'esito delle avverse deduzioni e richieste.

Con memoria difensiva del 15.3.2005 si costituiva in giudizio il revisore T.E., con il patrocinio dell'avv. Livio Danni L.. La difesa del T. deduceva la piena legittimità dell'operato del proprio assistito, chiamato a rispondere nella qualità di presidente del collegio dei revisori del Comune di Tezze, ed osservava come i doveri professionali del revisore non si spingano fino al punto da imporre un controllo di merito sui contenuti dei provvedimenti di spesa, con valutazioni afferenti il merito delle scelte amministrative, specialmente ove si tratti di materie caratterizzate da elevato tecnicismo. Nel caso di specie, peraltro, la stima affidata ad un professionista esperto nel settore faceva ritenere particolarmente difficoltosa oltre che esorbitante dalle funzioni istituzionali proprie dell'organo di revisione, la richiesta del consigliere B., sostanzialmente diretta ad una sorta di revisione della perizia redatta dall'ing. S.. Sotto il profilo soggettivo, la difesa del T. poneva in evidenza come, in ogni caso, dovesse escludersi la sussistenza del coefficiente della colpa grave, necessario ai fini dell'addebito; l'errore rimproverabile al convenuto, infatti, consisterebbe nell'aver ritenuto di non poter esprimere un parere tecnico amministrativo in ordine alla vendita della quota di partecipazione del Comune nella Omissis s.r.l.: errore da ritenersi scusabile, posto agli atti v'era già una perizia di stima nonché il parere del vice segretario comunale attestante la legittimità della procedura seguita. La difesa contestava, infine, l'ingiustificata disparità di trattamento riservata al T. rispetto agli altri membri del collegio, rilevando come la delibera del 28.3.2000 fu sottoscritta da tutti i componenti dell'organo di revisione. Sulla base delle suesposte considerazioni, l'avv. Livio Danni L. concludeva, in via principale, per l'assoluzione del proprio assistito da ogni addebito, chiedendo, in via subordinata, la riduzione dell'addebito, quanto meno entro il valore percentuale imputato agli altri membri del collegio dei revisori; in via istruttoria formulava richiesta di prova per testi.

Con memoria difensiva del 16.3.2005 si costituiva in giudizio il convenuto Z.G., rappresentato dagli avv.ti Vittorio Domenichelli, Stefano Bigolaro e Franco Zambelli. La difesa dello Z. si soffermava, in particolare, sulla piena legittimità della clausola di gradimento contenuta nello statuto della società Omissis s.r.l., evidenziando che la diversità delle strutture societarie ed il carattere personale proprio delle partecipazioni sociali nelle società a responsabilità limitata, dovevano far ritenere non estensibili a tali società le argomentazioni relative alla nullità della clausola di gradimento: tesi, questa, da ritenersi conforme all'elaborazione giurisprudenziale dominante e confermata dalla riforma del diritto societario, e, segnatamente, nella nuova formulazione dell'art. 2469 c.c., che prevede per le s.r.l. la possibilità che l'atto costitutivo subordini il trasferimento delle partecipazioni al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevedere condizioni o limiti.

Sotto il profilo pubblicistico, la difesa dello Z. rimarcava come l'esistenza di una valida clausola di gradimento doveva far ritenere legittimo il ricorso alla trattativa privata, non potendo avere effetto utile l'alienazione di quote senza il necessario gradimento del socio privato; in disparte, poi, la considerazione che a garantire l'omogeneità della compagine societaria v'era una clausola di prelazione che garantiva il diritto del socio

ad essere preferito a qualsiasi altro acquirente nell'ipotesi di trasferimento delle quote sociali; a tal riguardo, peraltro, veniva sottolineato come la società Omissis s.p.a. aveva manifestato la propria disponibilità all'acquisto della quota di partecipazione comunale nella Omissis s.r.l. già con la lettera del 27.2.1997, e confermato la predetta disponibilità con la nota del 24.1.2000, in riscontro alla proposta di cessione formulata dal Comune di Tezze in data 21.1.2000.

Il patrocinio dello Z. deduceva, altresì, la piena legittimità del ricorso alla trattativa privata, metodo di scelta del contraente previsto dalla legge nei casi in cui, in relazione a ben precise circostanze, non sia possibile o utile esperire la procedura di gara; al riguardo osservava come la presenza nello statuto della Omissis s.r.l. delle clausole di prelazione e di gradimento e la palesata intenzione del socio privato di acquistare la partecipazione del Comune, avevano fatto ritenere, del tutto legittimamente, la sussistenza di una di quelle speciali ed eccezionali circostanze che, ai sensi dell'art. 6 del R.D. n. 2440/1923, non avrebbero consentito l'utile esperimento di una gara concorrenziale.

Con riferimento ai pareri espressi dal convenuto Z. in ordine alle delibere del 6.3.2000 e del 22.5.2000, la difesa ne evidenziava la natura di valutazioni di regolarità tecnica e non di legittimità, rese in piena autonomia dallo Z. quale responsabile dell'area amministrativa - ufficio segreteria; un eventuale parere di legittimità, infatti, sarebbe stato di competenza del segretario comunale, che fu presente sia alla seduta consiliare del 6.3.2000 che a quella di giunta del 22.5.2000.

In ordine alla configurata responsabilità derivante dalla mancata previsione di interessi legali per la rateizzazione del corrispettivo concessa in favore della Omissis s.p.a., la difesa dello Z. osservava che con lettera del 3.3.2000, la società acquirente si era impegnata a spostare gratuitamente la centralina del gas metano di proprietà della Omissis s.r.l.; nel bilanciamento degli interessi delle parti, l'impegno assunto dalla Omissis s.p.a. doveva ritenersi l'equivalente degli interessi di rateizzazione che la società acquirente avrebbe dovuto riconoscere al Comune di Tezze: di qui la ritenuta insussistenza della delineata ipotesi dannosa.

La difesa dello Z. rimarcava, infine, la totale estraneità del proprio assistito alle decisioni di vendere la partecipazione comunale e di affidare l'incarico di stima all'ing. S., oltre che ad ogni valutazione di merito circa la valutazione effettuata dal professionista. Nel ribadire l'insussistenza del danno erariale e l'assenza di colpa grave, la difesa dello Z. chiedeva, per il proprio assistito, l'assoluzione da ogni addebito, fatta salva, in via subordinata e per il caso di condanna, l'applicazione del potere riduttivo.

All'udienza del 6 aprile 2005, l'avv. Marcello Fracanzani si costituiva in giudizio nell'interesse dei convenuti Giovanni B., Mauro L., Francesco G. e Antonio T., depositando memoria difensiva e fascicolo di parte.

Il sostituto procuratore generale, dott. Alberto Mingarelli, depositava documentazione relativa alla cessione delle società Omissis s.r.l. alla OMISSIS s.p.a., nonché il regolamento dei contratti swap e giurisprudenza in materia di trasferimento di quote societarie; nel ribadire la posizione espressa nell'atto di citazione, il requirente insisteva per l'accoglimento delle conclusioni ivi formulate.

Gli avv.ti Marcello Fracanzani e Stefano Bigolaro, per i convenuti L.L., B.G., L.M., G.F., T.A. e G.Z. dopo aver esposto il contenuto delle difese rassegnate in atti, ribadivano le richieste formulate nell'interesse dei propri assistiti.

L'avv. Livio Danni L., per il sig. T.E., si riportava al contenuto degli scritti difensivi, depositando precedenti giurisprudenziali; in particolare il difensore insisteva per

l'accoglimento del richieste istruttorie formulate in atti, oltre che nella richiesta di C.T.U.

L'avv. Dei Rossi, per il convenuto S.M., si associava alle difese dell'avv. Beria. L'avv. Marco Noventa, nell'interesse di Z.S., nel riportarsi a quanto dedotto dai difensori degli altri componenti del collegio dei revisori, insisteva nella richiesta di un supplemento istruttorio diretto ad accertare il valore della partecipazione societaria comunale nella Omissis s.r.l.

Seguiva una breve replica del P.M. e la controreplica dell'avv. Fracanzani, il quale ribadiva le istanze istruttorie formulate negli scritti difensivi.

Sulle conclusioni così rassegnate, la causa veniva trattenuta in decisione.

Considerato in

DIRITTO

Preliminarmente all'esame del merito, reputa il Collegio di doversi occupare della chiamata in causa della OMISSIS Assicurazioni s.a., formulata dalla difesa del revisore Michele S. e sorretta dall'interesse del convenuto ad ottenere la condanna diretta della società assicuratrice nel caso di riconoscimento della responsabilità erariale del revisore.

Orbene, con riferimento a tale domanda, è appena il caso di ricordare che, secondo pacifici orientamenti giurisprudenziali, la cognizione in ordine al rapporto assicurativo dedotto in causa - rapporto avente ad oggetto i rischi derivanti dallo svolgimento della funzione di revisore di cui alla legge 8 giugno 1990 n. 142 e successive modificazioni - appartiene all'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

Ne consegue, da tanto, l'inammissibilità della chiamata in causa della società assicuratrice (cfr., in termini, Sez. Basilicata n. 57/2005; Sez. Lombardia n. 324/2003; Sez. Lazio n. 92/2003; Sez. Toscana n. 809/1998).

Quanto al merito della controversia, va rilevato che la fattispecie all'esame del Collegio verte sul danno erariale asseritamente derivato al Comune di Tezze sul Brenta dalla vendita della quota di partecipazione societaria nella società Omissis s.r.l. per un corrispettivo inferiore al suo valore di mercato.

Le condotte che nella prospettazione accusatoria impegnano, a vario titolo, gli odierni convenuti, possono così riassumersi: a) l'aver incaricato per la stima del valore della partecipazione comunale nella Omissis s.r.l. l'ing. Natalino S., il quale, in considerazione di pregressi rapporti professionali intercorsi con la Omissis s.p.a. per il tramite della Omissis s.r.l., doveva ritenersi portatore di un interesse contrapposto a quello del Comune di Tezze; b) l'aver gestito la cessione della partecipazione societaria nelle forme della trattativa privata, anziché dell'evidenza pubblica, espressamente richiesta dall'art. 3 dl R.D. N. 2440/1923 per i contratti dai quali derivino entrate per la P.A.; c) l'aver effettuato la vendita della partecipazione societaria sulla base di una perizia di stima che avrebbe richiesto ulteriori approfondimenti a tutela dell'interesse pubblico alla migliore valorizzazione della partecipazione societaria; d) l'aver accordato all'acquirente Omissis s.p.a. un'ingiustificata rateizzazione del corrispettivo convenuto per la cessione della quota societaria comunale.

Ritenuta esaustiva, ai fini del decidere, la documentazione acquisita agli atti di causa e respinte le istanze istruttorie formulate dai difensori dei convenuti, ivi compresa la richiesta di consulenza tecnica dufficio, reputa il Collegio, per ragioni di chiarezza espositiva, di dover trattare distintamente le fattispecie in contestazione.

Quanto alla prima delle condotte in contestazione, l'organo requirente ha sottolineato

l'inopportunità di commissionare la stima della quota di partecipazione comunale nella Omissis s.r.l. all'ing. S., professionista che, avendo avuto pregressi rapporti di lavoro, per il tramite della Omissis s.r.l., con la Omissis s.p.a., probabile acquirente, doveva ritenersi portatore di un interesse contrario a quello del Comune, di dismettere la partecipazione societaria al migliore valore di mercato.

Orbene, in relazione a tale censura, che impegna, in via esclusiva, la condotta del sindaco L., il Collegio non ravvisa elementi idonei ad integrare i contestati profili di responsabilità erariale.

Vero è che l'ing. S. aveva una conoscenza approfondita dell'impianto di distribuzione del gas, per averne curato la progettazione, e che lo stesso professionista aveva già effettuato nel 1995 (dunque, in tempi sufficientemente lontani dal contesto in cui si colloca la vicenda), una stima del valore della partecipazione societaria comunale: elementi, questi, che concorrono a far ritenere che, in linea di principio, la decisione di affidare al medesimo professionista l'incarico di provvedere alla valutazione economica della quota societaria in mano pubblica non fosse arbitraria, ma trovasse, per contro, sufficienti giustificazioni.

Nel delineato contesto, peraltro, non è ragionevolmente sostenibile che l'esistenza di pregressi rapporti professionali tra l'ing. S. e la società Omissis s.r.l. potesse costituire un motivo idoneo a privilegiare una scelta diversa rispetto a quella che si presentava come la più logica e, verosimilmente, anche la più economica, ossia il conferimento della perizia a chi aveva già predisposto un lavoro similare nell'interesse del Comune di Tezze.

Quanto al rilievo della Procura attrice, secondo cui l'attribuzione dell'incarico fu effettuata direttamente dal sindaco senza una previa delibera di giunta, osserva il Collegio come il suddetto vizio, pur rilevante sul piano della legittimità dell'azione amministrativa, non venga ad assumere una peculiare valenza quale fattispecie autonoma di danno erariale, per quanto, dalla ricostruzione dell'intera vicenda, emerga il dato di un'iniziativa assunta direttamente dal sindaco, al di fuori di una preventiva deliberazione dell'organo consiliare esplicita dell'intento di procedere alla dismissione della partecipazione comunale, o, quanto meno, di una autorizzazione al conferimento dell'incarico deliberata dalla giunta comunale.

Un secondo profilo di censura, nell'impianto accusatorio della Procura, attinge la responsabilità del sindaco, del vice segretario comunale e del collegio dei revisori, in relazione alla decisione di esperire, per la vendita della partecipazione societaria, la trattativa privata anziché una gara ad evidenza pubblica. La tesi accusatoria, suffragata da ampi richiami alla disciplina dei contratti dello stato e degli enti locali, è tesa a dimostrare la grave responsabilità dei convenuti per aver colpevolmente ignorato o comunque non applicato la normativa in materia di alienazione dei beni pubblici, secondo cui l'utilizzo della gara pubblica è lo strumento che soddisfa l'interesse alla più ampia partecipazione dei concorrenti ed al conseguimento del migliore risultato per la pubblica amministrazione.

Nella prospettiva del requirente, a fronte del chiaro dettato di cui all'art. 3 del R.D. n. 2440/1923, il ricorso alla trattativa privata non poteva che ritenersi strettamente legato alla sussistenza di "speciali ed eccezionali circostanze" (art. 6 del R.D. n. 2440/1923), ovvero di situazioni in cui "gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte" (art. 41 del R.D. n. 827/1924); disposizioni, queste, che risultano sostanzialmente confermate dalla normativa settoriale degli enti locali (artt. 87 e 140 T.U. n. 383/1984, art. 56 L. n. 142/1990), oltre che dagli indirizzi espressi dalla giurisprudenza

amministrativa dei T.A.R. e del Consiglio di Stato. Né, ha osservato la Procura, poteva ritenersi di ostacolo all'applicazione della norma imperativa che obbligava il ricorso alla gara ad evidenza pubblica, la clausola di cui all'art. 8 dello statuto della Omissis s.r.l., che subordinava la cessione della quota societaria al mero gradimento dell'altro socio. La suddetta pattuizione, infatti, doveva reputarsi invalida sia perché, imponendo la scelta del compratore, determinava un effetto elusivo della normativa pubblicistica che prevede l'obbligatorietà della vendita di beni pubblici con il sistema della gara pubblica; sia perché, configurandosi quale clausola di "mero gradimento", doveva ritenersi incompatibile con i principi espressi sia dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che dallo stesso legislatore, il quale, con la legge n. 281/1985, novellando l'art. 2355 del codice civile, aveva espressamente sancito l'inefficacia delle clausole di gradimento degli atti costitutivi delle società per azioni che subordinano gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento degli organi sociali; di qui l'affermazione della tesi secondo cui il Comune di Tezze avrebbe potuto legittimamente esperire una gara pubblica, per essere "altamente improbabile che il socio Omissis si potesse dolere di un eventuale inadempimento al patto di gradimento". La Procura Regionale ha inoltre censurato l'errore che avrebbe commesso il vice segretario Z., per aver allegato al fascicolo della seduta consiliare del 6.3.2000 lo statuto della Omissis s.r.l. in una versione non contenente la nuova formulazione della clausola statutaria, secondo cui l'espressione del "gradimento" risultava demandata ad una deliberazione dell'assemblea dei soci, da assumersi con il parere favorevole della maggioranza rappresentativa di almeno i due terzi del capitale sociale, anziché, come previsto in precedenza, al voto unanime dei consiglieri di amministrazione: la suddetta circostanza, ad avviso del requirente, avrebbe fortemente condizionato il voto espresso dai consiglieri comunali che nella seduta del 6.3.2000 approvarono la stima e deliberarono la vendita della partecipazione sociale, sul presupposto di poter esercitare, in sede di manifestazione del gradimento, un eventuale ripensamento in ordine alla cessione della partecipazione societaria.

La difesa dei convenuti, con posizioni articolate, ha sottolineato, per contro, la piena validità della richiamata clausola di gradimento e, dunque, il forte condizionamento che tale vincolo determinava nella scelta di un acquirente della quota sociale, evidenziando, sulla base della suddetta pattuizione, la sussistenza di condizioni idonee e sufficienti a legittimare il ricorso alla trattativa privata.

Sintetizzate nei termini suesposti le posizioni delle parti, osserva il Collegio che a fronte delle previsioni normative di cui agli artt. 3 e 6 del R.D. n. 2440/1923 che legittimano espressamente la facoltà, in presenza di particolari circostanze, di ricorrere alla trattativa privata, la colpa grave richiesta ai fini dell'affermazione della responsabilità erariale, può legittimamente configurarsi solo a fonte di scelte immotivate ed irrazionali, esorbitanti dall'ambito in cui il ricorso alla trattativa privata è prefigurato dallo stesso Legislatore come strumento per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Ciò premesso, rileva il Collegio che effettivamente, la presenza di una clausola che prevedeva l'acquisizione del previo gradimento dell'altro socio ed il contestuale riconoscimento di un diritto di prelazione, poteva far ritenere integrate una di quelle particolari situazioni che legittimano il ricorso alla trattativa privata.

Innegabilmente la presenza dei menzionati vincoli contrattuali poteva far ritenere che l'esperimento di una gara ad evidenza pubblica sarebbe stato vanificato dall'esercizio del potere di veto del socio privato alla vendita della quota societaria in favore di un terzo. In tale contesto, l'esperimento della gara avrebbe conseguito, del tutto

verosimilmente, l'unico risultato di acquisire elementi di valutazione in ordine all'effettivo valore di mercato della partecipazione societaria; ma tale finalità, invero più agevolmente perseguibile con il ricorso ad un sondaggio di mercato, non poteva di per sé giustificare il ricorso ad una procedura di gara ad evidenza pubblica.

Il Collegio reputa, altresì, di dover evidenziare come non potesse ritenersi affatto pacifica la tesi, prospettata dalla Procura, della nullità della clausola di gradimento dello statuto della Omissis s.r.l. per contrasto con l'art. 3 del R.D. n. 2440/1923, posto che è la medesima norma invocata dalla Procura a legittimare, in presenza di particolari circostanze, il ricorso alla trattativa privata; quanto, poi, alla supposta nullità della clausola di gradimento per violazione dell'art. 22 L. n. 281/1985, osserva il Collegio come all'epoca dei fatti non vi fosse una giurisprudenza univoca in ordine all'applicabilità di tale previsione normativa alle società a responsabilità: a titolo esemplificativo va rilevato che la piena legittimità della clausola di gradimento era sostenuta da T. Roma 23.3.1988, T. Napoli 28.5.1997, App. Milano 29.9.1997, App. Torino 19.1.2001; la nullità della pattuizione veniva invece affermata da T. Napoli 9.2.1993 e T. Novara 7.11.2000; una soluzione intermedia, secondo cui il rifiuto del gradimento avrebbe richiesto un'adeguata motivazione veniva invece sostenuta da T. Trani 26.7.1994 e App. Roma 19.3.1990.

In definitiva, è opinione del Collegio che nel variegato contesto giurisprudenziale dell'epoca, la presenza di pattuizioni (clausole di gradimento e di prelazione in favore del socio) idonee a vanificare l'interesse all'acquisto della partecipazione societaria da parte di soggetti terzi, poteva plausibilmente ritenersi una di quelle particolari circostanze che, ai sensi degli artt. 3 e 6 del R.D. n. 2440/1923, andavano a legittimare il ricorso alla trattativa privata.

Vero è, piuttosto, che la scelta della trattativa privata, ai sensi dell'art. 32 della legge n. 142/1990, avrebbe dovuto formare oggetto di una previa delibera consiliare autorizzativa della vendita della partecipazione societaria ed esplicativa delle particolari circostanze ritenute legittimanti la scelta di non procedere alla vendita nelle forme dell'evidenza pubblica: di tutto ciò non v'è traccia agli atti di causa. Nessuna delibera consiliare, infatti, autorizzò mai il sindaco alla trattativa privata con la Omissis s.p.a.; né in alcun atto dell'Amministrazione, antecedente alla negoziazione, si diede mai contezza delle particolari circostanze ostative al ricorso alla gara pubblica o alla licitazione privata; quanto, poi, ai vincoli relativi alla trasferibilità della partecipazione societaria che avrebbero dovuto suggerire il ricorso alla procedura negoziata, è appena il caso di osservare che la problematica venne in evidenza al termine delle trattative gestite personalmente dal sindaco e solo in occasione della seduta consiliare del 6.3.2000, nella quale il Consiglio Comunale di Tezze fu sostanzialmente chiamato a ratificare gli accordi già definiti tra il L. e la Omissis s.p.a.

Rilevato che l'iter procedurale della vendita della partecipazione societaria fu caratterizzato dal mancato rispetto delle regole minimali che governano la trattativa privata, rileva tuttavia il Collegio che il suddetto elemento non è sufficiente ad integrare i presupposti della responsabilità erariale, in mancanza della prova di un danno strettamente riconducibile alle richiamate violazioni procedurali.

Il tema in esame introduce al terzo ordine di rilievi dedotto dalla Procura Regionale, che attinge i convenuti L.L., G.Z., E. Livio T., Stelvio Z. e Michele S., per aver gli stessi consentito, con grave negligenza ed incuranza degli obblighi di servizio connessi ai rispettivi ruoli, la cessione della partecipazione societaria nella Omissis s.r.l. a prezzi notevolmente inferiori a quelli di mercato, derivandone, da tanto, un grave pregiudizio

economico per il Comune di Tezze.

Venendo ad esaminare distintamente le posizioni dei convenuti, reputa il Collegio di doversi occupare, in primo luogo, della condotta del sindaco L., di cui emerge, con chiarezza, il ruolo di vero dominus dell'operazione di cessione della partecipazione societaria nella Omissis s.r.l.

Orbene, risulta per tabulas, che il L., con la ricordata nota del 28.10.1999 e senza alcuna previa deliberazione di giunta, conferì all'ing. S. l'incarico di procedere alla stima del valore della partecipazione comunale nella Omissis s.r.l.; a seguito del deposito della perizia di stima, avvenuto in data 28.12.1999, lo stesso sindaco, sempre di propria iniziativa ed in assenza di una formale investitura, avviò, di fatto, una trattativa con la Omissis s.p.a., manifestando la volontà dell'Amministrazione (peraltro non risultante in alcun modo espressa né in delibere di consiglio, né di giunta) di procedere all'alienazione della partecipazione societaria sulla base del prezzo risultante dalla perizia redatta dall'ing. S.; il sindaco L., poi, a seguito della nota con la quale la Omissis s.p.a. manifestò il proprio interesse all'acquisto delle quote societarie, con lettera del 17.2.2000 diretta alla Omissis s.p.a., dichiarò - ancora una volta, in assenza di un previo deliberato collegiale -, che la giunta aveva valutato positivamente la proposta di acquisto.

Giova incidentalmente rilevare che per quanto la trattativa fosse stata avviata senza alcuna formale legittimazione conferita dall'organo consiliare, ciò nonostante, nelle intenzioni dichiarate dallo stesso L. nella nota del 17.2.2000, essa integrava i presupposti di una vendita già conclusa, che richiedeva, per il suo definitivo perfezionamento, "solo alcuni passaggi burocratici", tali ritenendosi l'acquisizione del parere della competente commissione consiliare, il parere dei revisori dei conti e la delibera del consiglio comunale. Analoghi caratteri di arbitrarietà e di contrarietà ai più elementari canoni di buona amministrazione connotarono la condotta del sindaco L. nella fase relativa alla determinazione del prezzo di vendita della partecipazione societaria. Come già ricordato, le trattative intervenute, in assenza di ogni autorizzazione, tra il sindaco L. e la Omissis s.p.a. avevano come riferimento il prezzo di lire 1.313.000.000, indicato nella perizia dell'ing. S.. Sin da subito, tuttavia, fu rappresentata al sindaco l'esigenza di acquisire nuovi elementi di conferma del valore indicato dal tecnico incaricato; emblematico, in tal senso, è l'indirizzo espresso dalla commissione affari istituzionali, generali e bilancio, che nella seduta del 21.2.2000, evidenziava l'opportunità di "procedere all'acquisizione di ulteriori elementi in modo da poter integrare le valutazioni fatte nella perizia di stima redatta dall'ing. S.", mentre un espresso invito ad acquisire l'offerta di un altro eventuale acquirente fu effettuato dai consiglieri F. e B. nella seduta del consiglio comunale del 6.3.2000. A tali sollecitazioni il L. oppose un atteggiamento di ostinata chiusura, rifiutando ogni opportuna cautela ai fini della verifica del valore attribuito dall'ing. S. alla partecipazione societaria del Comune di Tezze. A riprova di tale ingiustificato comportamento vale ricordare che nella seduta del consiglio comunale del 17.4.2000, a seguito dell'interpellanza con la quale il consigliere B. aveva evidenziato l'opportunità di un parere scritto del collegio dei revisori sull'operazione di cessione della partecipazione societaria, ed espresso, nel contempo, alcuni dubbi in ordine alla legittimità della deliberazione consiliare adottata il 6.3.2000, il sindaco, anziché offrire gli opportuni e doverosi chiarimenti che la particolare rilevanza dell'operazione e la tutela prioritaria dell'interesse pubblico richiedevano, si limitò a dare lettura del verbale del collegio dei revisori del 28.3.2000 nonché della nota del vice segretario comunale in data 15.4.2000, l'una assertiva di una incompetenza a provvedere in

materia e l'altra confermativa del buon operato dell'amministrazione; nella medesima seduta, con pari ostinazione, contraria a quel principio costituzionale che impegna l'amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti alla tutela dell'interesse pubblico, lo stesso sindaco - a fronte della richiesta del consigliere B., diretta ad ottenere un parere tecnico da parte del rag. Eliseo Livio T., presidente del collegio dei revisori, in relazione ad un errore di valutazione contenuto nella perizia di stima -, anzichè disporre ogni opportuno approfondimento utile a verificare la fondatezza di rilievi che facevano prefigurare un possibile danno per il patrimonio comunale, ritenne di poter risolvere il problema considerando l'argomento non all'ordine del giorno.

Non occorrono ulteriori riferimenti a fatti e circostanze, pure ampiamente documentati nella copiosa documentazione versata in atti (si vedano, in particolare, le trascrizioni dei verbali delle sedute consiliari del 6.3.2000 e del 14.4.2000), per avere altre conferme di una condotta che denota incuranza delle norme procedurali in materia di contratti pubblici, inadeguatezza nel processo di determinazione del valore di mercato della partecipazione societaria ed ostinato proposito di non consentire, in alcun modo, l'attività di verifica suggerita dalla commissione consiliare "affari istituzionali, generali e di bilancio" del 21.2.2000, già prima della deliberazione consiliare del 6.3.2000, e sollecitata a più riprese dai consiglieri F. e B.: istruttoria che rispondeva a quella fondamentale esigenza di cautela rivendicata dal consigliere F. nella seduta consiliare del 6.3.2000 (... "stiamo vendendo un bene pubblico, che è di tutti i cittadini, e dobbiamo essere sicuri che quello che ricaviamo è il massimo"...) e di cui andava riconosciuta sia l'opportunità, data la rilevanza dell'operazione, che la doverosità, quale misura essenziale di tutela dell'interesse pubblico a fronte dei rilievi evidenziati un possibile errore di valutazione contenuto nella perizia di stima dell'ing. S.. Giova anche sottolineare come in risposta alla rappresentata esigenza di salvaguardare un bene appartenente al patrimonio comunale, il sindaco L., anziché disporre iniziative concrete, trasparenti e documentate, idonee a superare i legittimi dubbi prospettati dal consigliere F., abbia riportato, peraltro solo verbalmente, notizie di contatti intervenuti con non precisate aziende del settore, le quali avrebbero evidenziato l'equità del corrispettivo della vendita ... (vd. trascrizione del verbale consiliare verbale del 6.3.2000). L'inadeguatezza della gestione di tale fase procedimentale, emerge, anche, dalla decisione del sindaco di risolvere la delicata questione relativa alla stima della partecipazione societaria comunale sollevata dal B., incaricando lo stesso ing. S., autore della perizia di stima, di replicare alle contestazioni del consigliere comunale; il tutto, peraltro, senza che fosse presa minimamente in considerazione l'opportunità di sospendere, in relazione al prefigurarsi di una possibile ragione di danno per il Comune di Tezze, i successivi passaggi procedurali che si richiedevano per il perfezionamento della vendita della partecipazione societaria (delibera dell'assemblea dei soci della Omissis s.r.l. e stipula dell'atto notarile di cessione).

Decisamente rilevante ai fini dell'imputazione della responsabilità erariale, si appalesa, anche, la condotta del convenuto Z., il quale intervenuto nella vicenda nella qualità di responsabile dell'Area Amministrativa - Ufficio Segreteria (settore proponente) ed estensore del parere di regolarità tecnica sulla delibera consiliare del 6.3.2000, avrebbe dovuto farsi promotore e garante del rispetto della regolarità, imparzialità, trasparenza e del buon andamento della procedura di vendita della partecipazione societaria.

Va rilevato, per contro, che lo Z. non ebbe mai a rilevare alcunchè circa la regolarità della trattativa - invero non autorizzata dall'organo consiliare e svolta in palese

violazione del principio della separazione tra funzione di indirizzo e compiti di gestione -, all'esito della quale il sindaco L. concordò con la Omissis s.p.a., in totale autonomia, i termini della vendita delle quote di partecipazione nella Omissis s.r.l.; lo Z., inoltre, non ebbe mai a rappresentare alcuna esigenza di carattere istruttorio, nonostante le sollecitazioni della commissione consiliare affari istituzionali, generali e di bilancio e la mancanza di una pronuncia del collegio dei revisori (individuato come passaggio necessario dallo stesso sindaco L. nella nota del 17.2.2000), ed esprimendo il parere favorevole per la regolarità tecnica, pose le premesse per l'adozione da parte del consiglio comunale della delibera consiliare con la quale venne approvata la cessione delle quote di partecipazione nella Omissis s.r.l. Giova evidenziare che il medesimo atteggiamento di colpevole inerzia, palesemente contrario al dovere di assicurare la correttezza dell'azione amministrativa e l'efficienza della gestione, fu mantenuto dallo Z. durante tutto l'iter procedurale che portò alla vendita della partecipazione societaria comunale, osservandosi come nonostante i motivati richiami all'opportunità di acquisire elementi di riscontro della stima redatta dall'ing. S., che dovevano far ritenere opportuna, secondo un criterio di buona amministrazione, l'acquisizione di ulteriori elementi di valutazione, il vice segretario non ebbe ad assumere alcuna iniziativa propositiva, da ritenersi sicuramente esperibile sino al momento della stipulazione del contratto di vendita (25.5.2000). Sotto diverso e concorrente profilo va pure riconosciuta la grave negligenza dello Z. per non aver fornito ai consiglieri comunali presenti nella seduta del 6.3.2000, il testo aggiornato dell'art. 8 dello statuto societario della Omissis s.r.l.. Deve ritenersi, infatti, che l'allegazione della versione non più vigente della clausola di gradimento contribuì a determinare l'erroneo convincimento dei consiglieri comunali che bastasse il dissenso di un solo rappresentante del Comune in seno al consiglio di amministrazione della Omissis s.r.l. per impedire, anche in un momento successivo, la vendita della partecipazione societaria; convincimento desumibile dall'intervento con il quale il consigliere B., nella stessa seduta del 6.3.2000, richiamò l'attenzione dei colleghi sul fatto che lo statuto della Omissis s.r.l. subordinava il trasferimento della partecipazione comunale al consenso unanime del consiglio di amministrazione: circostanza, questa, che, secondo quanto affermato dallo stesso B., avrebbe consentito anche al consigliere nominato dalla minoranza di impedire la vendita della quota societaria.

Atteggiamenti di inescusabile inerzia sono ravvisabili anche nella condotta dei revisori Eliseo Livio T., Michele S. e Stelvio Z., i quali abdicarono all'esercizio dei compiti loro attribuiti dalla legge con grave negligenza e trascuratezza. Al riguardo giova evidenziare - contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dei revisori, che le problematiche afferenti la vendita della partecipazione societaria comunale, sia sotto il profilo giuridico che economico, rientrano, a pieno titolo, fra le competenze dell'organo di revisione, costituito, come è noto, da professionisti muniti di specifica competenza tecnico contabile e scelti tra gli iscritti nell'albo dei revisori contabili, dei dottori commercialisti e dei ragionieri; vero, è, anche, che l'art. 57 della legge n. 142/1990 assegna ai revisori compiti che vanno ben oltre quello tradizionale, di attestazione della corrispondenza del rendiconto alle risultanze di gestione, ricomprendendo la collaborazione con l'attività del consiglio comunale, nonché funzioni di controllo rispetto all'attività degli organi esecutivi, di vigilanza sulla regolarità della gestione, e di impulso, al fine di assicurare una migliore efficienza, produttività ed economicità dell'azione dell'ente. Va peraltro rilevato che ai sensi dell'art. 105, co. 1, lett. c) del D.Lgs. n. 77/1995, il collegio dei revisori svolge compiti di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione dell'ente relativamente

all'acquisizione delle entrate, all'attività contrattuale, all'amministrazione dei beni, ed alla regolarità dei procedimenti e dei relativi risultati. Ed è appunto con riferimento all'adempimento di tali compiti che va verificata, in concreto, la condotta dei revisori.

A giustificazione dell'operato del revisore T., l'avv. Livio Danni L. ha sostenuto come nessun effetto utile poteva sortire la richiesta di parere formulata dal consigliere B. con l'interpellanza del 20.3.2000, in quanto intervenuta successivamente alla delibera consiliare con la quale fu decisa la vendita della partecipazione societaria. Al riguardo, tuttavia, è appena il caso di ricordare come il dibattito relativo alla dismissione della partecipazione societaria nella Ommissis s.r.l. fu avviato alcuni mesi prima della delibera consiliare del 6.3.2000 (la delibera di conferimento dell'incarico all'ing. S. è del 28.10.1999) e la rilevanza dell'argomento per la gestione finanziaria e patrimoniale di un comune di piccole dimensioni come quello di Tezze sul Brenta, era tale da far ritenere il collegio dei revisori doverosamente impegnato ad assumere tempestive iniziative di sorveglianza sul corretto svolgimento della procedura di vendita, facendo uso, se del caso, degli ampi poteri riconosciuti dall'art. 105, co. 2, 3, 4 e 5 del D.Lgs n. 77/1995. In secondo luogo va rilevato come una presa di posizione del collegio dei revisori in ordine all'opportunità di acquisire chiari ed intellegibili elementi di conferma del valore della quota societaria, avrebbe potuto sortire un effetto utile anche se espressa successivamente alla delibera consiliare del 6.3.2000, tenuto conto dell'iter procedurale richiesto per la vendita del cespite (manifestazione del gradimento da parte dei soci della Ommissis s.r.l. e stipulazione del contratto di vendita).

Sulla base delle suesposte considerazioni, deve conclusivamente ritenersi che i revisori consapevolmente e deliberatamente omisero di esaminare una questione che rientrava nelle proprie competenze, non preoccupandosi di approfondire, con la diligenza professionale propria del mandatario, richiesta dall'art. 57 della legge n. 142/1990, gli aspetti procedurali ed i contenuti di una dismissione avente importanti riflessi sulla finanza del comune; essi, inoltre, restarono impassibili di fronte ai rilievi formulati dal consigliere B. che evidenziavano il pericolo di conseguenze pregiudizievoli per l'ente, ed inerti nell'assumere iniziative utili ad acquisire un'adeguata cognizione dei termini della questione sollevata dal consigliere comunale, sì da poter attivare, nell'esercizio delle proprie competenze, iniziative dirette ovvero di carattere propositivo, finalizzate alla miglior tutela delle risorse della collettività locale.

Atteggiamenti inescusabili, comprovati dal verbale del 28.3.2000 (espressione emblematica, questa, del tentativo dei revisori di sottrarsi agli obblighi di consulenza e di garanzia che fanno capo all'organo di revisione, con un'interpretazione distorta della legittima richiesta formulata dal consigliere B.), in relazione ai quali appaiono prive di ogni valenza esonerativa dei consequenziali profili di responsabilità, le affermazioni del revisore S., secondo cui la stima dell'ing. S. sarebbe stata esaminata e ritenuta corretta anche in relazione alle risultanze del conto patrimoniale del Comune; a tal riguardo è appena il caso di sottolineare che se la stima dell'ing. S. fu effettivamente presa in esame (del risultato di tale indagine, invero, non v'è alcuna traccia negli atti del consiglio e della giunta comunale, del collegio dei revisori e nelle dichiarazioni dei protagonisti della vicenda) non potrebbe non affermarsi il difetto di diligenza professionale del revisore per non aver riconosciuto l'evidente errore nella valutazione delle immobilizzazioni materiali commesso dal tecnico incaricato, sul quale ci si soffermerà nel prosieguo.

Nell'ambito del collegio dei revisori, le maggiori responsabilità vanno imputate al T., non solo in quanto presidente del collegio e, dunque, soggetto investito della

concertazione delle iniziative più opportune ai fini dell'espletamento dei compiti istituzionali dell'organo di revisione, ma anche in relazione alla condotta colposamente inerte tenuta dallo stesso, a seguito della richiesta di collaborazione formulata dal B. nel consiglio comunale del 17.4.2000.

Acclarato, dunque, in capo ai convenuti L.L., G.Z., Eliseo Livio T., Michele S. e Stelvio Z., un atteggiamento connotato da inescusabile inerzia e trascuratezza nell'adempimento dei doveri connessi alla corretta gestione del patrimonio comunale, e venendo ad esaminare il profilo del danno erariale, osserva il Collegio che la Omissis s.p.a., dopo aver acquistato al prezzo di lire 1.360.000.000 (pari ad euro 702.381,38) il 45% della partecipazione in mano pubblica nella Omissis s.r.l., a distanza di soli due anni dall'acquisto, ebbe a rivendere l'intera società all'OMISSIS s.p.a. per il prezzo di euro 7.891.451,37: l'enorme plusvalenza realizzata dalla società acquirente smentisce, senza ombra di dubbio, l'erronea previsione del sindaco L. circa le prospettive del valore della Omissis s.r.l. in relazione all'imminente approvazione della normativa di recepimento della direttiva comunitaria n. 98/30/CE in materia di mercato interno del gas naturale. Tenendo conto, tuttavia, dei differenti contesti in cui si collocano le due vicende e della diversità dell'oggetto delle cessioni (quella in favore della OMISSIS riguardava l'intera partecipazione societaria nella Omissis s.r.l., peraltro in assenza dei vincoli alla trasferibilità delle quote presenti nella prima vendita), il Collegio reputa di non poter utilizzare, quale utile riferimento ai fini della determinazione del valore della quota di partecipazione comunale, il corrispettivo pagato dall'OMISSIS s.p.a. Ed invero giova rilevare che il suddetto parametro non risulta utilizzato nemmeno dal requirente, che per la stima del valore della quota societaria in mano pubblica, seguendo l'impostazione data dal consulente di parte dott. C., ha adottato lo stesso criterio di valutazione misto patrimoniale reddituale seguito dall'ing. S., pur rettificando, in applicazione di pacifici principi di valutazione aziendale, la stima di taluni cespiti.

Ciò premesso, venendo ad esaminare la perizia di stima dell'ing. S. del 27.12.1999, posta a fondamento della determinazione del prezzo di vendita della partecipazione societaria comunale, rileva il Collegio che la stessa contiene un evidente errore di valutazione: con riferimento alle immobilizzazioni materiali, che costituiscono la voce più cospicua dell'attivo patrimoniale, risulta, infatti, che la determinazione della relativa plusvalenza sia stata effettuata ponendo a raffronto il valore degli impianti, determinato in lire 6.581.700.000, con quello del loro costo storico, pari a lire 4.546.534.567. Orbene, non sembra revocabile in dubbio che il metodo di valutazione adottato dal S. sia contrario ai comuni principi della dottrina economico aziendale oltre che alle indicazioni espresse dall'art. 2426 c.c. Ed infatti, ai fini di una corretta valutazione del cespite, lo stimatore avrebbe dovuto tener conto del valore non ancora ammortizzato delle immobilizzazioni materiali: il risultato di tale operazione - nella condivisibile valutazione espressa dal dott. C., che assume quali riferimenti utili ai fini della stima, il valore a nuovo dell'impianto ipotizzato nella perizia dell'ing. S. (lire 6.581.700.000) ed il valore residuo al netto degli ammortamenti come risultante del bilancio della Omissis s.r.l. (1.102.520.521) - conduce alla determinazione di una plusvalenza complessiva di lire 5.479.199.880, il cui 45%, corrispondente alla partecipazione societaria in mano pubblica, è pari a lire 2.465.639.946.

Determinata, nei termini innanzi esposti, la plusvalenza relativa alle immobilizzazioni materiali e facendosi applicazione del criterio di valutazione misto patrimoniale reddituale, ritenuto da questo Collegio il più idoneo ai fini della stima del bene in esame, deve ritenersi condivisibile la stima della partecipazione societaria comunale

nella misura indicata nella perizia del dott. C., per un importo di euro 1.319.098,98 prima dell'applicazione dello "sconto di minoranza"; per quanto concerne, invece, tale peculiare voce, reputa il Collegio di dover modificare la percentuale del 15% indicata dai periti S. e C., portandola al 25%, secondo un apprezzamento che tiene conto non solo dei limitati poteri connessi alla partecipazione societaria di minoranza, ma anche dei forti condizionamenti posti dallo statuto societario alla trasferibilità della quota (clausole di gradimento e di prelazione), elementi di cui va riconosciuta l'idoneità a determinare un effetto dissuasivo all'acquisto e, conseguenzialmente, la compressione del prezzo teorico della partecipazione societaria.

Deve rimarcarsi, in ogni caso, che nel contesto temporale della vicenda, la determinazione del valore della partecipazione non poteva che essere agganciata ad una rigorosa valutazione economico-aziendale, tenuto conto dell'estrema aleatorietà dei criteri fondati su valutazioni prognostiche degli effetti di una normativa in itinere, e ritenendosi, in ogni caso, ingiustificato e non aderente all'interesse pubblico diretto alla migliore valorizzazione del cespite, l'adozione del c.d. criterio prudenziale di valutazione dei beni, richiesto dall'art. 2423bis c.c. a tutela dei terzi creditori, ed espressivo, per sua natura, di una stima cauta e, quindi, tendenzialmente inferiore al reale valore di mercato di bene. Sulla base delle suesposte considerazioni, il valore di mercato della partecipazione del Comune di Tezze sul Brenta nella Omissis s.r.l. all'epoca della stima effettuata dall'ing. S., va quantificato in euro 989.324,23. Ai fini della determinazione del danno risarcibile, dal suddetto importo di euro 989.324,23 va detratta la somma di euro 678.107,91 (lire 1.313.000.000) incassata dal Comune di Tezze per la cessione della quota societaria, secondo la stima effettuata dall'ing. S.; è del tutto evidente, infatti, che nella determinazione della minor somma incassata dal comune a fronte del valore di mercato della quota societaria, non possano considerarsi le maggiorazioni di prezzo offerte dalla Omissis s.p.a. in relazione a benefici non strettamente pertinenti alla valutazione del cespite (lire 37.000.000 per la proroga della concessione di distribuzione del gas, come da lettera della Omissis s.p.a. del 24.1.2000; lire 10.000.000, quale risarcimento dei mancati introiti del Comune relativi alla gestione della Omissis s.r.l. per i primi mesi dell'anno, secondo quanto previsto dalla delibera di giunta del 22.5.2000): sulla base di tali premesse, il danno erariale riferibile alle condotte del sindaco, del vice segretario comunale e dei revisori, inadeguate a gestire secondo criteri di buona amministrazione la dismissione della partecipazione societaria e ad impedire il paventato rischio di vendere il cespite ad un prezzo largamente inferiore rispetto al valore di mercato, può stimarsi in complessivi euro 311.216,32

Quanto alla determinazione del danno addebitabile agli odierni convenuti secondo il principio della responsabilità parziaria (art. 1 quater della legge n. 20/1994), reputa il Collegio di dover valutare la quota riferibile all'apporto causale dato dai consiglieri comunali che, nella seduta del 6.3.2000, deliberarono l'approvazione della perizia di stima redatta dall'ing. S. e la cessione della quota in favore della Omissis s.p.a. Ed infatti, per quanto la Procura, a seguito della notifica dell'invito a dedurre e delle controdeduzioni degli interessati, abbia escluso in capo ai consiglieri che votarono in senso favorevole alla cessione della partecipazione societaria, la sussistenza degli elementi necessari ai fini della contestazione della responsabilità erariale, non è revocabile in dubbio che il voto del consiglio comunale con il quale fu deliberata la vendita della partecipazione societaria, assunse un ruolo decisivo nello sviluppo e nell'esito finale della vicenda. L'incidenza di tale apporto nella determinazione dell'evento dannoso può essere stimata nella misura del 40% dell'intero danno

accertato; la parte restante va imputata, nella misura del 40% dell'intero e per l'importo di euro 124.486,52 al sindaco L.L., stante il ruolo indiscusso di ideatore ed organizzatore dell'operazione; quanto, invece, agli altri convenuti, tenuto conto dell'effettivo contributo causale di ognuno, il Collegio reputa di dover imputare a G.Z. il 10% del danno, per un importo pari a euro 31.121,16, ad Eliseo Livio T. il 4% del danno, per un importo pari ad euro 12.448,65 ed ai revisori Michele S. e Stelvio Z., il 3% del danno, pari ad un importo, pro capite, di euro 9.336,48.

Venendo ad esaminare il quarto profilo di censura, afferente l'asserita, ingiustificata rateizzazione concessa dalla giunta comunale in favore della Omissis s.p.a. per il pagamento del corrispettivo della cessione, la tesi accusatoria deve ritenersi fondata: ed invero, la rateazione disposta dalla giunta comunale nella seduta del 22.5.2000 non trovava alcun titolo giustificativo, palesandosi come atto contrario a quell'elementare regola di buona amministrazione che avrebbe richiesto l'acquisizione del prezzo contestualmente alla vendita della partecipazione societaria. Né, a superare tale rilievo vale l'argomentazione addotta dagli assessori T.A., B.G., G.F. e L.M., tesa a dimostrare che la suddetta dilazione rappresentava, in realtà, il compenso concordato con la Omissis s.p.a. per lo spostamento della centralina del gas metano: ostano, all'accoglimento della tesi difensiva, non solo il carattere "gratuito" di tale lavoro, espressamente riconosciuto dalla Omissis s.p.a. nella nota del 3.3.2000, ma anche l'assoluta mancanza di un accordo (si ricorderà che i contratti stipulati dalla P.A. richiedono la forma scritta ad substantiam), da cui possa desumersi la concreta regolamentazione del rapporto e le obbligazioni assunte dalle parti contraenti: ne consegue, da tanto, che la rateazione del corrispettivo della vendita accordata dalla giunta comunale in favore della società acquirente è da ritenersi del tutto ingiustificata e fonte di danno per il Comune di Tezze.

In ordine alla determinazione del relativo pregiudizio economico, il Collegio reputa non condivisibile la quantificazione effettuata dal dott. C., nella parte in cui il consulente della Procura sottrae dall'importo complessivo degli interessi di dilazione del corrispettivo della cessione, la parte relativa agli interessi asseritamente dovuti dal Comune di Tezze alla Omissis s.r.l. in relazione ad un debito residuo dell'ente: al riguardo è appena il caso di rilevare che il debito erariale degli odierni convenuti - debito riconducibile alla mancata, tempestiva acquisizione del corrispettivo della cessione -, non può formare oggetto di compensazione con una presunta partita debitoria per interessi legali dovuti dall'ente danneggiato nei confronti di un soggetto terzo.

Poste tali premesse, osserva il Collegio che in mancanza di una prova concreta del danno subito dall'Amministrazione in relazione alla mancata acquisizione, sin dalla data della stipula del contratto di vendita, della somma di lire 1.360.000.000, il pregiudizio evidenziato dalla Procura possa essere determinato, in via equitativa, con riferimento all'importo degli interessi da differimento - calcolati sulle due tranches di 680.000.000, pagate rispettivamente al 31.7.2000 ed al 31.10.2000 -, diminuiti di un terzo; il relativo danno risulta quantificabile, in definitiva, in euro 3.674,49 (lire 10.672.222 - 1/3 = 7.114.814). Per quel che concerne l'addebito di tale voce di danno, osserva il Collegio di dover valutare, sotto il profilo causale ed in via meramente incidentale, in quanto non considerata dalla Procura Regionale, la condotta della rag. Clara C., la quale - pur in mancanza di un titolo idoneo a giustificare la mancata, tempestiva acquisizione del corrispettivo della vendita -, ebbe ad esprimere il parere favorevole di regolarità contabile alla delibera di giunta del 22.5.2000: l'incidenza causale del parere espresso dalla rag. C., elemento che indubbiamente favorì

l'approvazione della delibera di giunta, può essere valutata nella misura del 10% del danno.

Per quanto concerne i convenuti L.L., Z.G., T.A., B.G., G.F. e L.M., osserva il Collegio come la delibera di giunta del 27.4.2000 sia riconducibile, nel suo contenuto, alle trattative condotte in prima persona dal sindaco L., il quale, in considerazione del suddetto apporto causale, è chiamato a rispondere nella misura del 40% del danno, per un importo pari a euro 1.469,79; allo Z., che ebbe ad esprimere il parere di regolarità tecnica, agevolando, con la propria valutazione favorevole, l'approvazione della delibera, va addebitato il 10%, del danno, per un importo pari a euro 367,44 mentre agli assessori T.A., B.G., G.F. e L.M., che approvarono la suddetta delibera che, del tutto ingiustificatamente, disponeva, in favore della società acquirente, la dilazione del corrispettivo della vendita, va imputato l' 8% del danno, per un importo, pro capite, di euro 293,95; nella stessa misura dell'8% va determinata la quota teorica imputabile all'assessore L.M., che la Procura non ha convenuto in giudizio, avendo il L. riconosciuto la propria responsabilità in sede di audizione istruttoria e versato, a seguito della quantificazione del danno erariale effettuata dalla Procura Regionale, la somma di euro 423,04.

Gli importi di cui sopra vanno maggiorati della rivalutazione monetaria secondo gli indici I.S.T.A.T., dalla data del fatto dannoso, che si individua nel momento della vendita della partecipazione societaria (25.5.2000), alla pubblicazione della sentenza; da tale data e sino all'effettivo soddisfo sono dovuti i soli interessi legali sulla sorte capitale e sulla rivalutazione monetaria.

L'inescusabile trascuratezza nell'adempimento dei doveri di servizio a tutela del patrimonio comunale non consente l'esercizio del potere riduttivo per i sigg.ri L.L., G.Z., T.E., S.M. e Z.S.; la particolare tenuità della condanna non giustifica la chiesta riduzione degli importi addebitati ai sigg.ri T.A., B.G., G.F. e L.M..

Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e vengono addebitate, per il 40% a L.L., per il 15% a Z.G., per il 9% a T.E., per l' 8% a S.M., per l' 8% a Z.S. e per il restante 20%, in parti uguali, ai sigg.ri T.A., B.G., G.F. e L.M..

P.Q.M.

La Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per il Veneto, definitivamente pronunciando, condanna i convenuti L.L., Z.G., T.E., S.M., Z.S., T.A., B.G., G.F. e L.M. al pagamento, in favore del Comune di Tezze sul Brenta, delle somme come di seguito indicate: L.L., per la somma di euro 125.956,31 (centoventicinquemilanovecentocinquantesi/31); Z.G., per la somma di euro 31.488,60 (trentunomilaquattrocentotrentasei/60); T.E., per la somma di euro 12.448,65 (dodicimilaquattrocentoquarantotto/65); S.M., per la somma di euro 9.336,48 (novemilatrecentotrentasei/48); Z.S., per la somma di euro 9.336,48 (novemilatrecentotrentasei/48); T.A., per la somma di euro 293,95 (duecentonovantatre/95); B.G., per la somma di euro 293,95 (duecentonovantatre/95); G.F., per la somma di euro 293,95 (duecentonovantatre/95); L.M., per la somma di euro 293,95 (duecentonovantatre/95).

Il tutto con rivalutazione monetaria secondo gli indici I.S.T.A.T. dalla data del fatto dannoso (25.5.2000) alla pubblicazione della sentenza, ed interessi legali, sull'importo addebitato ai convenuti, comprensivo di rivalutazione monetaria, dalla pubblicazione della decisione all'effettivo soddisfo.

Condanna, altresì, i suddetti convenuti al pagamento delle spese di giudizio, che,

liquidate in euro 5.237,15 (cinquemiladuecentotrentasette/15) vengono addebitate, per il 40% a L.L., per il 15% a Z.G., per il 9% a T.E., per l' 8% a S.M., per l' 8% a Z.S. e per il restante 20%, in parti uguali fra loro, ai sigg.ri T.A., B.G., G.F. e L.M..
Così deciso in Venezia, nelle Camere di Consiglio del 6.4. e del 25.5.2005

Depositata in Segreteria il 31/10/05 p. Il Direttore della Segreteria

Corte dei Conti, sentenza 356 del 3 novembre 2005, sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di (amministratori e dipendenti) enti pubblici economici costituiti in forma societaria

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

Sezione Prima Giurisdizionale Centrale, composta dai Magistrati.

DOTT. TULLIO SIMONETTI PRESIDENTE

DOTT. NICOLA MASTROPASQUA CONSIGLIERE REL.

DOTT. ANTONIO VETRO CONSIGLIERE

DOTT. M. TERESA ARGANELLI CONSIGLIERE

DOTT. DAVIDE MORGANTE CONSIGLIERE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di appello, iscritto al n.20000 I CA del registro di segreteria, proposto da (*omissis*), rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Bafile e Pasquale Bafile, avverso la sentenza della Sez. Giur. Regione Abruzzo n. 3/2004 del 2004.

Visti gli atti e documenti di causa.;

Uditi alla pubblica udienza del 18 ottobre 2005 il relatore Cons. Nicola Mastropasqua e, assenti i difensori dell'appellante, il Pubblico Ministero nella persona del Vice Procuratore Generale dott. Angelo De Dominicis.

Ritenuto in

FATTO

Con atto depositato in data 1 aprile 2004 ed iscritto al n.20000 I. CA del registro di segreteria la sig.ra (*omissis*), rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Bafile e Pasquale Bafile, ha proposto appello avverso la sentenza della Sezione Giurisdizionale per la Regione Abruzzo, n.3/2004, del 10 gennaio 2004.

Questi i fatti di causa

Con atto di citazione, ritualmente notificato, la signora (*omissis*), in qualità di socio di minoranza della S.S.M. -Società Servizi Municipali di Ovindoli- Spa, evocò in giudizio il Sindaco pro tempore dello stesso Comune di Ovindoli, il curatore fallimentare della predetta società per azioni, avente capitale pubblico-privato, con maggioranza azionaria detenuta dall'ente locale, nonché altri soci di minoranza, per sentirli tutti condannare come dal libello conclusivo. Parte attrice ha altresì notificato l'atto introduttivo di giudizio anche al P.R. presso la Sezione giurisdizionale per l'Abruzzo, il quale si è costituito in giudizio con atto d'intervento autonomo, reiettivo sia per ciò che riguarda la legittimazione attiva dell'attrice, sia in relazione all'ammissibilità in rito della domanda.

Ha argomentato parte attrice che il Comune di Ovindoli, dopo aver costituito una spa per l'esercizio associato dei servizi di interesse locale, è rimasto colpevolmente inoperante, accumulando perdite e provocando la nomina di un liquidatore giudiziario, nonostante i finanziamenti ottenuti dal Ministero dell'Industria.

Tutti i convenuti hanno eccepito il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, contestando nel merito le argomentazioni addotte e l'infondatezza della domanda.

I primi giudici ritenendo che le questioni intersoggettive di indole privatistica non possono essere giustiziate innanzi al Giudice della contabilità pubblica, né possono trovare composizione innanzi ad una giurisdizione speciale come la Corte dei conti hanno dichiarato la propria incompetenza “per carenza assoluta di giurisdizione”.

Dichiarata l'inconoscibilità e l'inammissibilità in rito della domanda, e richiamato l'articolo 103 della Costituzione, la Sezione Abruzzo ha condannato la soccombente al pagamento degli onorari in favore dei difensori delle parti convenute nella misura di 1.500.00 euro.

Avverso la predetta sentenza ha interposto appello la soccombente con i seguenti motivi di gravame:

A. Dall'incontestabile natura pubblicistica della s.p.a. del Comune di Ovindoli (S.S.M.) discendente che il socio di maggioranza (l'ente locale) non può non considerarsi responsabile dei danni causati agli altri soci per l'illecita gestione; ovvero, in alternativa, per effetto del denunciato danno erariale, il P.M. avrebbe dovuto agire con i poteri di sua competenza;

B. La condanna alle spese appare non solo “singolare”, ma oltremodo punitiva nei confronti di un socio di minoranza che ha dovuto sopportare le conseguenze di un certo modo di amministrare la cosa pubblica.

Nelle proprie conclusioni depositate in data 13 settembre 2005 il Procuratore Generale ha argomentatamente chiesto la conferma della sentenza impugnata. Con atto in data 15 novembre 2004 si è costituito in giudizio il Comune di Ovindoli, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Colagrande. Nella memoria viene chiesta la conferma della sentenza impugnata e la riunione per connessione con altro appello proposto dal sig. (*omissis*) e pendente presso la II Sez. Giur. Centrale d'appello.

Nell'udienza di discussione il Pubblico Ministero ha esposto la tesi contenuta nell'atto scritto per quanto riguarda il motivo principale di gravame, mentre ha espresso l'opinione che la pronuncia di difetto di giurisdizione precluda al giudice anche la pronuncia sulle spese, conseguentemente chiedendo in termini l'annullamento del punto di decisione.

Considerato in

DIRITTO

Nel presente giudizio confluiscono e si intersecano problemi relativi alla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di (amministratori e dipendenti) enti pubblici economici costituiti in forma societaria e di legittimazione attiva ad adire questo giudice.

Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione il quesito della estensione della giurisdizione contabile aveva avuto esito costantemente negativo, dandosi prevalenza rispetto alla caratura finalistica dell'attività intestata all'ente pubblico economico alle forme tipiche del diritto privato dell'attività imprenditoriale svolta dall'ente. Detta giurisprudenza riteneva infatti che, pur in presenza degli elementi soggettivi ed oggettivi caratterizzanti l'azione di responsabilità amministrativo-contabile, fosse elemento ineludibile per il radicarsi della giurisdizione contabile la raffrontabilità dei comportamenti gestori con le regole della contabilità pubblica.

Il radicale mutamento della modalità di svolgimento dell'attività dei soggetti pubblici, che ha dato luogo al fenomeno della “privatizzazione”, ha comportato una complessiva rivisitazione della materia; riconsiderazione che è avvenuto anche alla luce dell'espandersi del diritto comunitario, applicabile tanto a Stati la cui attività pubblicistica è (o era) regolata dal diritto amministrativo quanto a Stati a “diritto

comune". In quest'ottica il rilievo cade sul dato oggettivo dell'attività e/o sul suo riferimento soggettivo al comparto pubblico e non certo sulle modalità di svolgimento dell'attività, indifferente rispetto al dato normativo comunitario. La giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez.VI, n.1478/1998) poi ritiene radicata la giurisdizione amministrativa nei confronti di soggetti equiparati alle Pubbliche Amministrazioni e come tali tenuti al rispetto di norme pubblicistiche ai sensi della normativa comunitaria sul concetto di "organismi di diritto pubblico".

La giurisprudenza della Corte di Cassazione che parte dalla ordinanza delle SS.UU. 22 dicembre 2003 n.19667/2003, si è dato carico di individuare nei più recenti interventi normativi ordinamentali quell'interpositio legislatoris necessaria secondo la Corte Costituzionale e la stessa Corte di Cassazione per il radicarsi della giurisdizione della Corte dei conti ai sensi dell'art.103, secondo comma, cost.

Il dato finale della irrilevanza, ai fini del riparto della giurisdizione della utilizzazione di strumenti privatistici e, conseguentemente della qualificazione della attività svolta dall'amministrazione non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato, è ancorato infatti a precisi riferimenti normativi.

Questi sono costituiti in senso generale da disposizioni sul procedimento amministrativo (quale l'art.11 della l.n.241/90) e sulla disciplina del rapporto di pubblico impiego (art.2 d.lg. n.29/93) ed in senso specifico dalle leggi di riforma della Corte dei conti, interpretate anche in conformità con pronunce della Corte Costituzionale.

Preminevole rilievo in tal senso assumono:

- 1) l'art.1, ultimo comma, della l.n.20/94 che ha esteso la giurisdizione della Corte dei conti anche sui danni cagionati da amministratori e dipendenti pubblici ad amministrazioni od enti diversi da quelli di appartenenza, norma ritenuta estensibile anche agli enti pubblici economici;
- 2) la focalizzazione del controllo della Corte dei conti sui parametri di efficienza, efficacia, economicità dell'attività dei soggetti pubblici, parametri assunti a dati necessariamente caratterizzanti l'attività in forza di principi costituzionali;
- 3) la pronuncia della Corte costituzionale (n.466/93) sulla conservazione del controllo della Corte dei conti, sulla società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici fin quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello stato al capitale azionario.

In quest'ottica sono ritornati in rilievo, al fine del radicarsi della giurisdizione della Corte dei Conti i tradizionali criteri dell'esistenza di un rapporto di servizio tra il soggetto che ha causato il danno e l'ente pubblico danneggiato ovvero (per il danno arrecato ad ente diverso da quello di appartenenza) tra la società e l'ente pubblico socio di maggioranza (o concessore dal servizio pubblico inteso in senso oggettivo), ravvisabile ogni qualvolta si instauri una relazione non organica ma funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo (cfr. Cass. SS.UU. n.3899/2004).

Le proposizioni da ultimo esposte introducono al tema dell'ambito della giurisdizione della Corte dei conti in materia.

Il punto di partenza è la considerazione che la responsabilità degli amministratori e degli organi amministrativi di vertice della società per azioni è prevista e disciplinata

dal codice civile, fatto da cui consegue la coesistenza di più tipi di responsabilità patrimoniale.

Il codice civile disciplina la responsabilità degli amministratori verso la società agli artt.2932, 2933, 2933 bis e verso il singolo socio all'art.2935.

E' stato posto problema se la responsabilità civilistica possa coesistere o meno con quella pubblicistica fatta valere nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile ovvero sia escludente o sia esclusa dalla prima.

Sulla base della giurisprudenza innanzi citata è fuori di dubbio il radicarsi della giurisdizione della Corte dei conti nelle ipotesi nelle quali l'amministratore della società abbia recato danno all'Amministrazione od ente pubblico proprietario totalitario o della quota di maggioranza o della quota di riferimento.

Il punto centrale del radicarsi della giurisdizione in questa ipotesi è costituito dall'inserimento del soggetto esterno "nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di questo" (cfr. Cass. SS.UU. n.3899/2004).

In detta ipotesi la responsabilità astraie dal mero rapporto societario in quanto il bene leso attiene alla attività funzionale dell'ente proprietario, che in conseguenza del comportamento dell'amministratore della società partecipata non ha potuto raggiungere i fini pubblici intestati all'ente ed in relazione ai quali la società è stata costituita. In questa ipotesi viene in pieno rilievo l'aspetto finalistico dell'attività della società in mano pubblica con evidente prevalenza sull'aspetto economico- reddituale della gestione. Profilo questo che era stato già posto in luce dalla ormai superata giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale aveva negato che il profitto fosse il fine primario della società in mano pubblica.

Eguale va ravvisata la giurisdizione della Corte dei conti nella ipotesi (che peraltro sinora non hanno costituito oggetto di riflessione in dottrina e giurisprudenza) di danno arrecato da amministratore pubblico alla società partecipata, violando doveri di comportamento dell'Amministrazione rispetto alla società partecipata.

Profilo più delicato presenta il problema della responsabilità degli amministratori verso la società, ipotesi nella quale sicuramente possono venire a coesistere due diverse azioni. Il fenomeno non è nuovo ed è stato già approfondito dalla giurisprudenza in tema di rapporto tra azione amministrativo contabile ed azione civile di danno fatta valere in sede penale.

Il coesistere di due diverse azioni si radica sul disposto degli artt.24 e 28 costituzione e, secondo ormai pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione, non determina un conflitto di giurisdizione, ma solo una preclusione all'esercizio di una azione quando con l'altra si sia ottenuto il medesimo bene della vita.

Naturalmente ciascuna azione segue le regole proprie del giudice innanzi al quale è esercitata, fatto che comporta differenze funzionali e strutturali ampiamente illustrate da dottrina e giurisprudenza.

Attenzione critica è stata posta in dottrina su una presunta contraddittorietà tra l'agire con strumenti privatistici e l'essere soggetto a responsabilità di diritto pubblico ovvero, sotto diverso profilo, sul contrasto tra il principio di legalità che regola l'attività amministrativa ed il principio di utilità dei risultati che è proprio dell'attività imprenditoriale.

I dubbi prospettati sono nella sostanza una riproposizione delle tesi, ormai superate, della precedente giurisprudenza della Corte di Cassazione che negava la giurisdizione della Corte dei conti proprio sulla impossibilità di valutare l'attività imprenditoriale secondo i parametri propri della contabilità pubblica.

Senonchè la centralizzazione dell'attenzione sugli aspetti finalistici del soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale (con la focalizzazione sulla nozione di servizio pubblico in senso oggettivo) e sulla correlativa tutela del patrimonio delle amministrazioni o enti pubblici, funzionale al perseguimento degli interessi pubblici ha fatto superare gli aspetti meramente strutturali dell'attività.

D'altro canto, va ricordato, che secondo la giurisprudenza civilistica la responsabilità verso la società degli amministratori di una società per azioni, prevista e disciplinata dagli artt.2392 e 2393 cod. civ., trova la sua fonte nell'inadempimento dei doveri imposti ai predetti dalla legge o dell'atto costitutivo, ovvero nell'inadempimento dell'obbligo generale di vigilanza o dell'altro generale obbligo di intervento preventivo e successivo (cfr.Cass. Sez. I n.10488/1988).

Inoltre canto la giurisprudenza (cfr. Corte appello Milano n.159040 del 20 gennaio 1998) precisa che la responsabilità dell'amministratore verso la società è ravvisabile in ogni abuso, arbitrio ed omissione che si traducano in un pregiudizio per il patrimonio sociale, sia dal punto di vista economico che da quello della regolarità contabile, mentre (cfr. Tribunale Como n.159345 del 30 ottobre 1998) la remuneratività delle scelte di gestione compiute dagli amministratori, concernendo profili di merito dell'azione dell'organo amministrativo e rientrando nell'ambito della discrezionalità dell'attività imprenditoriale, è di per se stessa insuscettibile di essere apprezzata e valutata dal giudice in termini di responsabilità giuridica.

In sostanza (cfr. Trib.Milano n.15995 del 10 febbraio 2000) nell'adempimento delle obbligazioni verso la società, l'amministratore deve osservare la diligenza del mandatario, che non può prescindere da un connotato di adeguata perizia consistente nella prudenza ed avvedutezza in relazione a quelle attività, negoziali e materiali, tipicamente implicate dalla gestione societaria-commerciale. Non è tuttavia sindacabile il merito gestorio delle scelte gestionali e delle modalità della loro conduzione, se non nella misura in cui si riscontri l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste dall'ordinaria diligenza professionale a cui ogni buon amministratore è obbligato, secondo un criterio di prevedibilità e prevenibilità delle conseguenze insoddisfacenti e pregiudizievoli.

Come si vede i criteri adottati dal giudice civile sono coerenti con quelli utilizzati dal giudice amministrativo-contabile.

Infatti in quest'ultimo giudizio vengono in rilievo tutti i comportamenti contrari a disposizioni normative di qualsiasi grado (e salva la gerarchia delle fonti). In sostanza detti comportamenti sono sindacabili sotto il profilo della legittimità.

Per quanto riguarda le scelte di merito nello svolgimento dell'attività amministrativa va ricordato che secondo consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr per tutte Sez. Unite n. 14488/03 del 29 settembre 2003) l'insindacabilità "nel merito delle scelte discrezionali compiute da amministratori e dipendenti pubblici espressamente prevista dall'art. 1 comma primo della L.20/1994, come modificato dalla L.n. 546/1996, ma già affermata dalla costante giurisprudenza della Corte dei Conti, non comporta la sottrazione di tali scelte ad ogni possibilità di controllo.

Infatti il merito dell'attività amministrativa riguarda la scelta secondo parametri non giuridici della modalità di azione della pubblica amministrazione in vista della realizzazione degli interessi affidati dalla legge alle sue cure, ma non attiene al profilo della legittimità.

Pertanto l'insindacabilità nel merito non priva la Corte dei Conti della possibilità di verificare la conformità alla legge dell'attività amministrativa, anche sotto l'aspetto della congruenza dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti in via generale o in

modo specifico, dal legislatore. La verifica va poi compiuta anche in relazione ai criteri di economicità e di efficacia fissati dall'art. 1 primo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241, criteri che hanno così acquistato “ dignità normativa e rilevanza sul piano della legittimità”.

La verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può di conseguenza prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti ed i costi sostenuti, criterio alla stregua del quale va anche esaminato il comportamento tenuto dagli amministratori e dipendenti pubblici chiamati a rispondere davanti a questo giudice.

Facendo applicazione delle enunciate nozioni alla responsabilità degli amministratori delle società per azioni si può affermare che la loro attività gestionale di natura discrezionale è sindacabile quando contravvenendo a criteri di efficacia ed economicità si concreti in “abusivi, arbitrari od omissioni” produttive di danno patrimoniale alla società, ma anche quando contrastino o siano comunque estranee ai fini pubblici che la società, per la sua natura pubblicistica, deve perseguire.

Il giudice della responsabilità amministrativa contabile è perfettamente in grado di compiere tal genere di valutazioni, avvalendosi se del caso di consulenze tecniche. Si deve anzi sottolineare che la Corte dei conti è chiamata, nell'esercizio delle sue funzioni di controllo, a valutare l'attività gestoria pubblica da qualsiasi soggetto pubblico sia svolta sotto i profili dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità e perciò secondo parametri diversi dalla mera legalità.

Così individuato l'ambito della giurisdizione della Corte dei conti, va affermato nel caso di specie che la domanda risarcitoria proposta da un socio privato di minoranza di una società pubblica non rientra nella giurisdizione della Corte dei conti in quanto faccia valere il proprio diretto interesse al risarcimento del danno da lui asseritamente subito, da azionare eventualmente ai sensi dell'art.2395 c.c. innanzi al giudice civile.

Qualora invece il socio abbia inteso promuovere un giudizio risarcitorio a favore della società al di fuori nell'ambito degli artt.2392, 2393, 2393 bis c.c. sussiste nei limiti innanzi precisati la giurisdizione della Corte dei conti. In detti termini ha interpretato l'appellante la propria domanda in queste sede.

Si pone allora una problema di legittimazione attiva.

E' ben noto che nel giudizio di responsabilità amministrativa contabile la titolarità dell'azione spetta in via esclusiva al Procuratore regionale della Corte dei conti, organo posto a tutela nell'interesse generale nell'ordinamento giuridico della finanza e del patrimonio pubblico. La stessa struttura del processo contabile rende ineliminabile l'attribuzione esclusiva dell'azione al Procuratore regionale, che nell'esercizio neutrale del munus tutela non solo in modo obiettivo gli interessi pubblici, ma anche il soggetto convenibile, che viene chiamato in giudizio esclusivamente per fini obiettivi e neutrali al di fuori di valutazioni di convenienza o d'altro tipo.

I soci della società e la società stessa sono, pertanto, privi di legittimazione attiva nel giudizio di responsabilità amministrativa contabile.

Essi, peraltro, sono portatori di un interesse differenziato rispetto alla generalità dei cittadini e possono, di conseguenza, intervenire nel giudizio promosso dal Procuratore regionale per tutelare il loro interesse nei limiti in cui sia coincidente con quello del soggetto pubblico danneggiato.

Essi possono anche denunciare i fatti causativi di danno al Procuratore regionale perché promuova la correlativa azione di responsabilità. Ove ciò accada i caratteri di obbligatorietà e di officialità dei poteri intestati al Procuratore regionale impongono a questi di iniziare apposita istruttoria per accertare se sussistono o meno gli elementi

costitutivi della responsabilità. Va anche affermato che il Procuratore regionale, ove non eserciti l'azione e concluda per l'archiviazione, deve esternare in apposito atto da portare a conoscenza degli interessati le proprie conclusioni.

Infatti, sebbene non sia prevista dall'ordinamento la verifica giurisdizionale dell'atto di archiviazione del Procuratore regionale (verifica de iure condendo quanto mai opportuna se non necessaria in relazione ai caratteri dell'azione pubblica), l'art.5, comma prima, della legge n.19/1994 e successive modificazioni espressamente prevede l'obbligo per il Procuratore regionale di chiudere l'istruttoria che l'atto di citazione o con l'archiviazione, dando così rilevanza esterna anche a quest'ultimo atto.

Nel caso di specie peraltro non è dato conoscere quale sia stato l'esito della doverosa istruttoria del Procuratore regionale conseguente alla conoscenza dei fatti asseritamente dannosi denunciati dalla sig.ra (*omissis*), nessun rilievo avendo la forma attraverso la quale l'organo pubblico è venuto a conoscenza dei fatti.

Conclusivamente va affermato il difetto di legittimazione della sig.ra (*omissis*) ad adire il giudice Corte dei conti e nei termini va respinto il suo appello.

Rimane da esaminare il punto di gravame relativo alle spese di giudizio. Secondo pacifica giurisprudenza su questo il giudice deve pronunciarsi anche nelle ipotesi in cui dichiara il proprio difetto di giurisdizione o di competenza sul merito, riguardando comunque le spese sostenute il giudizio innanzi a lui svoltosi indipendentemente dall'esito.

La sentenza gravata contiene nel dispositivo pronuncia di condanna della parte attrice a spese per onorari dei difensori dei convenuti indicate in una somma globale. In proposito va affermato che tal tipo di condanna presuppone esplicita richiesta di parte convenuta nonché la presentazione di idonea documentazione, fatti che nel caso di specie non emergono dalle carte processuali. La condanna a dette spese va, pertanto, annullata.

Per quanto riguarda le spese di giustizia il collegio ritiene equo, in relazione alla novità e peculiarità del caso, compensarle tra le parti.

P.Q.M.

La Corte dei Conti - Sezione Prima Giurisdizionale Centrale di Appello dichiara inammissibile per difetto di legittimazione attiva la domanda proposta dalla sig.ra (*omissis*) e per l'effetto rigetta il gravame proposto avverso la sentenza in epigrafe sul punto.

Annulla la condanna alle spese per onorari e per spese di giustizia contenuta nella sentenza di primo grado e dichiara compensate le spese di ambedue i gradi di giudizio. Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 18 ottobre 2005.

L'ESTENSORE
f.to Nicola Mastropasqua

IL PRESIDENTE
f.to Tullio Simonetti

Depositata in segreteria
il 03/11/2005

IL DIRIGENTE
f.to Maria Fioramonti

Consiglio di Stato n. 5830/2005 (natura di organismo di diritto pubblico di una società per azioni)

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso per regolamento di competenza n. 3378/2005 proposto da TSF Tele Sistemi Ferroviari s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Filippo Satta, Maria Giovanna Addario e Clelia Vitocolonna ed elettivamente domiciliata in Roma, via G. Pierluigi da Palestrina n. 47, presso lo studio del primo;

contro

la Olidata s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Lauricella ed elettivamente domiciliata in Roma, viale Giulio Cesare n. 14, presso lo studio dell'avv. M. Teresa Barabantini;

e nei confronti

Hewlett Packard Italiana s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Clarich, Cesare Caturani e Caroljn Frances Giordano ed elettivamente domiciliata in Roma, piazza Montecitorio n. 115, presso lo studio del primo;

Asystel s.p.a., non costituita;

in ordine al giudizio

n. 231/05 pendente dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna – Bologna proposto dalla Olidata s.p.a.;

Visto il ricorso con relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Olidata s.p.a e della Hewlett Packard Italiana s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti di causa;

Udita nella camera di consiglio del 24 maggio 2005 la relazione del consigliere Sabino Luce e sentito altresì l'avv. Barbantini per delega dell'avv. Lauricella;

Ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 26 febbraio 2005, la società Olidata s.p.a., quale mandataria di un costituendo raggruppamento di imprese, impugnava al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna l'atto del 28 dicembre 2004 con il quale era stata disposta la sua esclusione dalla gara bandita da TSF-Tele Sistemi Ferroviari s.p.a., quale mandataria e procuratrice della Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., per l'aggiudicazione di una fornitura di prodotti informatici.

Costitutosi in giudizio, l'ente appaltante, con ricorso depositato il 28 luglio 2004, eccepiva l'incompetenza territoriale del giudice adito e proponeva istanza per regolamento di competenza per essere, invece, competente il Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

Il ricorso è stato chiamato alla camera di consiglio tenuta alla data odierna ed all'esito è stato trattenuto in decisione dal collegio.

DIRITTO

La proposta istanza per regolamento di competenza è fondata e va accolta.

Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 1034/1971, per gli atti emessi dagli organi centrali dello Stato e degli enti pubblici a carattere ultraregionale, la competenza territoriale spetta al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

Nel caso di specie, è stato impugnato l'atto di esclusione di un costituendo raggruppamento di imprese avente sede a Roma da una gara di appalto di forniture bandito da una società per azioni avente natura di organismo di diritto pubblico ed operante in ambito esteso a tutto il territorio nazionale. Si tratta allora di stabilire se tali tipi di enti, cui l'ordinamento ha imposto, in materia di pubblici appalti, il rispetto della normativa sull'evidenza possano o meno farsi rientrare nella nozione di ente pubblico cui si riferisce l'indicato art. 3 della legge n. 1034/1971.

Al quesito la Sezione ritiene di dover dare risposta affermativa nella considerazione dell'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione, attualmente riferita, nell'ordinamento dei pubblici appalti e per armonizzazione con l'ordinamento comunitario, non al regime giuridico formale cui gli enti sottostanno, quanto piuttosto ai dati sostanziali che ne caratterizzano la struttura, l'attività e la funzione. Sicché, in un'interpretazione evolutiva della nozione di pubblica amministrazione di cui all'art. 3 della legge 1034/1971, sono da considerare enti pubblici non solo i soggetti che sono organizzati ed operano secondo moduli di tipo autoritativo tradizionali, ma anche quelli_ come è per il TSF- che pongono in essere attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenuti ad operare come pubbliche amministrazioni nel rispetto della disciplina sull'evidenza pubblica.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, accoglie la proposta istanza e dichiara competente per il giudizio in esame il Tribunale amministrativo regionale del Lazio. Spese al definitivo.

Così deciso in camera di consiglio in Roma il 24 maggio 2005 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, con l'intervento dei sigg:

Claudio VARRONE	Presidente
Sabino LUCE	Consigliere Est.
Luigi MARUOTTI	Consigliere
Carminé VOLPE	Consigliere
Lanfranco BALUCANI	Consigliere

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere

SABINO LUCE

Segretario

GLAUCO SIMONINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.17/10/2005

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11/11/2005 n. 3969

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3 a ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 218/05 proposto da

S.A.P.O. - Società Autoservizi Pubblici Oltrepò s.p.a., con sede in Voghera, in persona dell'Amministratore delegato, legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Fontana 25

contro

PROVINCIA DI PAVIA

in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Corso Vittorio Emanuele II, 15

e nei confronti di

ARFEA - Aziende Riunite Filovie ed Autolinee - s.p.a.

in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Angiolini, Roberto Albertazzi e Riccardo Maia, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via G. Serbelloni 8

per l'annullamento, previa sospensione,

- della determinazione n.2436/41942 del 6 dicembre 2004, con la quale il Dirigente del Settore Trasporti e Territorio della Provincia di Pavia ha approvato l'esito della procedura di gara ed ha aggiudicato definitivamente il servizio di trasporto pubblico locale relativo al lotto n.2 - sottorete Oltrepò alla società ARFEA - Aziende riunite Filovie ed Autolinee s.p.a. con sede in Alessandria;

- di tutti gli atti presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi e segnatamente:

- della determinazione dirigenziale n. 001978 del 24 dicembre 2002, prot. n. 40450, con la quale è stata nominata la Commissione di gara per lo svolgimento della procedura di individuazione dei contraenti nella gara de qua;

- della determinazione dirigenziale n.000387 del 26 febbraio 2003 n.8679 di prot. EC/rg, con la quale è stata avviata ed espletata la procedura di prequalificazione nella parte in cui A.R.F.E.A. s.p.a è stata prequalificata nel sottosectore Oltrepò e del conseguente invito di quest'ultima;

- della lettera di invito n.24730 del prot. EC/rg del 18 luglio 2003 e dei suoi allegati, nelle parti in cui:

o viene attribuito un peso pari al 60% al merito tecnico delle offerte a fronte del solo 40% attribuito al merito economico;

o vengono fissati delle formule di calcolo e dei criteri di valutazione delle offerte che demandano al metodo di confronto a coppie l'attribuzione del 33% dei punti attribuibili al merito tecnico delle offerte concorrenti, pari al 20% del totale del

punteggio assegnabile, e non fissano metodi atti ad oggettivizzare il contenuto progettuale delle proposte delle ditte invitate;

- di tutti i verbali della Commissione di gara, nelle parti in cui è stata valutata la documentazione di offerta di A.R.F.E.A. s.p.a.;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria di cui al verbale della Commissione di gara n.9 in data 18 marzo 2004, con il quale il Presidente della medesima ha assegnato provvisoriamente ad A.R.F.E.A. s.p.a. il citato servizio di trasporto pubblico locale nella Sottorete Oltrepò nonché per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento in forma specifica, ovvero per equivalente, dei danni ingiusti patiti e patienti dalla Società ricorrente, ai sensi del "combinato disposto" degli artt. 33 e 35 del D.Lgvo n. 80 del 1998;

visto il ricorso notificato in data 12 gennaio 2005 e depositato in data 25 gennaio 2005;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Pavia e della controinteressata A.R.F.E.A. s.p.a.;

viste le memorie difensive delle parti;

uditi alla pubblica udienza del 29 giugno 2005, relatore il cons. Domenico Giordano, l'avv. Francesco Adavastro per la ricorrente, l'avv. Bruna Gazzola, in delega, per la Provincia di Pavia e per la società controinteressata;

visti gli atti tutti della causa;

ritenuto quanto segue in:

FATTO e DIRITTO

1) Con determinazione dirigenziale dell'8 ottobre 2002, la Provincia di Pavia ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un periodo di sette anni, dei servizi di trasporto pubblico locale interurbano riferiti alla propria rete territoriale e suddivisi in tre lotti da aggiudicarsi separatamente (lotto1: sottorete Pavese; lotto 2 sottorete Oltrepò; lotto 3: sottorete Lomellina).

In relazione al lotto n.2, il bando ha indicato una percorrenza annua minima pari a 3.560.000 bus/km, con un importo complessivo a base d'asta fissato in € 29.916.286,19 + IVA al 10%, per i sette anni di durata dell'affidamento.

In esito alla fase di prequalificazione, la commissione di gara con verbale in data 27 novembre 2003, ha ammesso a partecipare alla gara riferita alla "sottorete Oltrepò": S.A.P.O. - Società Autoservizi Pubblici Oltrepò s.p.a. (di seguito: SAPO) e A.R.F.E.A. - Aziende Riunite Filovie ed Autolinee s.p.a. (di seguito: ARFEA), nonché altro concorrente (Società Autoservizi La Marca Trevigiana s.p.a.), che ha rinunciato a presentare l'offerta.

In seguito, la medesima commissione ha proceduto, in sedute riservate, alla valutazione delle componenti tecniche delle offerte mediante il sistema del confronto a coppie, attribuendo punti 58,231 ad ARFEA e punti 37,332 a SAPO; in applicazione delle formule previste nell'allegato II alla lettera di invito, la commissione ha poi proceduto al calcolo dei punteggi relativi alle offerte economiche, pervenendo all'assegnazione di punti 31,589 a SAPO e di punti 31,846 ad ARFEA. Questa è stata quindi collocata al primo posto della graduatoria finale con il punteggio totale di 90,077, seguita da SAPO con 68,921 punti.

In esito a tali operazioni è risultato che l'offerta economicamente più vantaggiosa per il lotto 2 è stata presentata dal ARFEA, che è stata dichiarata provvisoria aggiudicataria dell'appalto.

La Provincia di Pavia, preso atto dello svolgimento delle operazioni di gara, ha definitivamente aggiudicato, con determinazione dirigenziale n.2436/41942 del 6 dicembre 2004, il servizio di trasporto pubblico locale per il lotto 2 – Sottorete Oltrepò ad ARFEA s.p.a.

2) Con il ricorso in epigrafe, SAPO ha impugnato il verbale di aggiudicazione provvisoria, gli atti e i verbali descrittivi delle operazioni di gara, il bando di gara e la lettera di invito.

A sostegno del gravame, la ricorrente ha dedotto: l'illegittimità per plurimi motivi dell'ammissione alla gara di ARFEA; l'illegittimità delle previsioni della lettera di invito, che demandano al metodo del confronto a coppie la possibilità di attribuire un punteggio eccessivo; l'errata applicazione del metodo del confronto a coppie in presenza di due sole offerte in gara; l'illegittima costituzione della commissione di gara in una fase temporale antecedente quella di presentazione delle offerte; la "genetica" illegittimità degli elementi di valutazione, in quanto inidonei a consentire il corretto apprezzamento dell'offerta economicamente migliore e la sua effettiva sostenibilità economica; plurime illegittimità valutative in cui sarebbe incorso il seggio di gara nell'esame della proposta tecnica ARFEA.

La Provincia di Pavia e la società controinteressata hanno controdedotto, con ampie e articolate memorie, deducendo l'inammissibilità delle censure riferite al bando di gara, alla lettera di invito, all'ammissione di ARFEA alla gara, ai criteri di comparazione delle offerte e all'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di atti non tempestivamente gravati da SAPO e, nel merito, l'infondatezza di tutti i motivi di doglianza.

La società ricorrente ha replicato con articolata memoria difensiva alle eccezioni formulate dalle controparti insistendo per l'accoglimento del ricorso.

Alla udienza odierna, la controversia è stata posta in decisione.

3) Il ricorso è infondato nel merito.

Può prescindere, pertanto, dall'esame delle questioni che sono state formulate in rito dalle parti resistenti.

4) Nel primo motivo del ricorso si contesta l'operato della stazione appaltante per non aver previsto, e successivamente disposto, l'esclusione dalla gara delle società che, come ARFEA, gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di procedure non ad evidenza pubblica, o per effetto dei relativi rinnovi. Al riguardo si deduce la violazione dell'art.18 D.Lgs.n.422/97, dell'art.113, sesto comma, D.Lgs.n. 267/2000 e dell'art.20 L.R. n.22/98, nelle formulazioni vigenti all'epoca di espletamento della fase di prequalificazione.

Più in particolare, la ricorrente sostiene che, nel caso di specie, non ricorrono le condizioni previste dall'art.35 l.n.448/01 per l'operatività della moratoria al divieto di partecipazione alla gara, che risulta quindi opponibile ad ARFEA, essendo scaduto il periodo transitorio, in Lombardia, al 31 dicembre 2002 e trattandosi di procedura avente ad oggetto un servizio che interessa un ambito territoriale diverso da quello esercitato da ARFEA in affidamento diretto.

La tesi esposta non può trovare adesione.

Le questioni sollevate nel ricorso hanno già formato oggetto di approfondito esame da parte della Sezione, che, nella sentenza 13 aprile 2004 n.1453 con un incedere argomentativo che non è necessario ripercorrere integralmente in questa sede, è pervenuta a conclusioni alle quali è possibile fare rinvio.

Al riguardo si è osservato che l'art.113 D.Lgs. n. 267/2000 (nel testo anteriore alle modifiche introdotte con il sopravvenuto d.l. n.269/03) ha stabilito, al suo quinto comma, che l'erogazione dei servizi pubblici locali dovesse avvenire in regime di

concorrenza e previo conferimento della titolarità delle gestioni esclusivamente a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare con procedura di evidenza pubblica.

A tali gare, in forza del tuttora vigente comma sesto del medesimo art.113, non sono ammesse a partecipare le società che, in Italia e all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di procedure non ad evidenza pubblica, o per effetto dei relativi rinnovi. Il divieto è esteso anche alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime.

Di seguito, la portata precettiva di detto divieto è stata allineata alle corrispondenti previsioni contenute nelle normative di settore (dettate nell'art.15 D.Lgs.n.164/2000 per i servizi di distribuzione del gas e nel citato art.18 D.Lgs. n.422/97 per i servizi di trasporto locale), che prevedono un periodo di transizione al nuovo regime, nel corso del quale permangono le concessioni in essere e i loro titolari sono ammessi a partecipare, nello specifico settore in cui operano, alle gare indette per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

Difatti, l'art.35 l.n.448/01, recante norme in materia di SPL, ha previsto che all'attuazione del regime competitivo delineato nell'art.113 dovesse pervenirsi entro "un congruo periodo di transizione" quale definito dalle singole leggi di settore, o in mancanza di esse dal regolamento attuativo di cui al comma 16, stabilendo altresì, al suo secondo comma, che il divieto fissato al comma sesto del citato art.113 non potesse comunque trovare applicazione "nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa".

Con riguardo al periodo transitorio, il sistema normativo dettato per le concessioni dei servizi di trasporto pubblico locale ha affidato alle regioni il compito di definirne la durata, in modo uniforme nel territorio regionale, prevedendo con l'art.18 comma 3 bis D.Lgs. n.422/97 e con l'art.11 terzo comma l.n.166/02, che lo stesso dovesse comunque concludersi entro il 31 dicembre 2005.

In Lombardia, l'art.20 della L.R. n.22/98, come modificato dalla L.R. n.32/02, nel dettare le disposizioni dirette a regolare l'attività degli enti locali in pendenza del periodo transitorio, al comma 3 quater ha fissato il termine finale di scadenza delle concessioni dei servizi di trasporto pubblico al 31 luglio 2003; successivamente, la L.R. 11 agosto 2003 n.16 ha prorogato detto termine fino al 31 dicembre 2003 e la L.R. 22 dicembre 2003 n.27 lo ha ulteriormente prorogato fino al 31 luglio 2004. In forza dell'art.7, ottavo comma lett.c), L.R. 3 agosto 2004 n.19 è previsto che, con decorrenza dal 1° agosto 2004, tutti i servizi di trasporto pubblico locale siano affidati nel rispetto della vigente normativa regionale di attuazione della riforma del trasporto pubblico locale; la stessa previsione ha differito al 31 ottobre 2004 il termine di scadenza delle concessioni rilasciate dagli enti locali che non hanno completato le procedure per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale.

Con la disposizione contenuta nell'art.113 comma 15 quater, aggiunto dall'art. 4 comma 234 l. 24 dicembre 2003 n. 350, l'applicabilità del divieto di cui trattasi è stata differita al 1° gennaio 2007, facendo comunque salva, anche dopo la scadenza di tale termine, la possibilità per gli affidatari diretti di prendere parte alle prime gare indette dopo il periodo transitorio ed aventi ad oggetto gli stessi servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa.

Ciò sta a significare che, dopo la scadenza del periodo transitorio e nel regime di piena operatività della riforma, le società che ancora gestiscono servizi pubblici in affidamento diretto non possono essere ammesse alle gare indette per l'aggiudicazione

di servizi diversi dal settore e dal territorio in cui le stesse operano, ma possono partecipare soltanto alla prima gara che venga indetta per il conferimento del medesimo servizio in precedenza esercito dalla stessa concessionaria.

La moratoria al divieto di cui al sesto comma dell'art.113 trova quindi piena applicazione durante il periodo transitorio e riguarda le società affidatarie dirette di servizi pubblici anche in settori diversi da quello oggetto di gara, e le società controllate o collegate, nonché quelle controllanti ovvero controllate o collegate con la medesima controllante.

In tale contesto, la preclusione invocata dall'esponente non è applicabile alla procedura in esame, che si colloca completamente all'interno del periodo di transizione, per il che deve conclusivamente escludersi la possibilità di opporre a ARFEA, quale affidataria diretta di servizi di TPL, la preclusione a conseguire l'affidamento del servizio de quo.

Detta conclusione è avvalorata da un ulteriore, e in sé autonomo, motivo.

La stessa ricorrente riconosce che, con riguardo alle prime gare indette al termine del periodo transitorio, il divieto alla partecipazione di società affidatarie in via diretta di pubblici servizi non trova applicazione, quando si tratti dei concessionari uscenti del servizio posto in gara.

ARFEA, come risulta dall'elenco dei servizi gestiti, è la concessionaria uscente di due linee (identificate dai codici n.152 e 171) comprese nella sottorete oggetto dell'affidamento.

Ne consegue l'infondatezza delle corrispondenti censure contenute nel ricorso.

5) Con altro profilo di doglianza, esposto nel primo motivo, la ricorrente sostiene che ARFEA non poteva essere ammessa alla gara, per aver documentato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione mediante autocertificazioni senza data e, come tali, inidonee ad acquisire valenza di attestazione in quanto prive di un qualsivoglia riferimento temporale.

La doglianza deve essere disattesa.

La mancata indicazione della data in cui è stata resa l'autocertificazione si traduce in una semplice irregolarità, inidonea a rendere l'atto privo di effetti. Invero, gli elementi essenziali della dichiarazione sostitutiva sono precisati nell'art. 47 D.P.R. n.445/2000 e nell'art.38 cui il primo rinvia; in forza delle relative prescrizioni, l'autocertificazione deve essere sottoscritta e presentata unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore.

Ne deriva che la mancata indicazione della data non determina l'invalidità dell'atto, che può derivare soltanto dalla mancanza dei requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo cui esso è diretto, con la conseguenza che, in difetto di previsione espressa della nullità per tale omissione, deve escludersi l'asserita presenza di un vizio idoneo ad inficiare la domanda di partecipazione presentata da ARFEA e il corrispondente obbligo di escludere la società dalla gara.

E' vero che la funzione dell'autocertificazione è quella di attestare il possesso dei requisiti di ammissione in un determinato momento, con riferimento al quale deve potersi accertare la veridicità delle dichiarazioni rese, ma tale verifica non è preclusa dalla mancata indicazione della data in cui è stata apposta la sottoscrizione, potendosi a tal fine utilmente identificare il riferimento temporale nella data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Nella situazione in esame, la contestata autocertificazione, con cui il legale rappresentante di ARFEA ha attestato il possesso dei requisiti di ammissione alla

gara, costituiva un allegato espressamente richiamato nella domanda di partecipazione presentata dalla società controinteressata e regolarmente datata.

Ne deriva che la stazione appaltante è stata messa nelle condizioni per poter verificare la situazione giuridica della società in quel determinato momento, il che rende manifesto come, nelle circostanze considerate, non sussistessero i presupposti per disporre l'esclusione di ARFEA dalla gara.

6) Con il secondo mezzo di censura, la ricorrente lamenta che la stazione appaltante abbia attribuito agli elementi valutativi inerenti al merito tecnico dell'offerta un peso pari al 60% del punteggio complessivo, riservando alla componente economica dell'offerta il punteggio percentuale residuo. Tale dosaggio si rivelerebbe irragionevolmente e immotivatamente discordante dagli indirizzi regionali dettati nella D.G.R. n. VII/7698, e recepiti dall'amministrazione provinciale nel Programma triennale dei servizi di TPL, che prevedono l'attribuzione all'elemento economico di un peso pari almeno al 50% del punteggio complessivo.

La censura non ha fondamento.

Al riguardo il Collegio osserva che il modello per la valutazione delle offerte, predisposto dalla Regione Lombardia nell'allegato A.6 della D.G.R. 27 dicembre 2001 n.7/7698, contiene dichiaratamente "indicazioni di carattere generale" con "una selezione orientativa dei rispettivi indicatori", senza alcuna pretesa di imporsi con carattere di inderogabilità alle stazioni appaltanti.

Ciò vale, in particolare, con riguardo al profilo in esame, avendo la delibera precisato che "la Regione propone di attribuire al fattore economico un punteggio pari almeno al 50% di quello attribuibile complessivamente", ma lasciando alle amministrazioni aggiudicatrici il compito di apprezzare la presenza di "particolari esigenze legate ad un consistente miglioramento qualitativo dei propri servizi" e di definire, in funzione di dette esigenze, il peso del fattore prezzo, assegnando allo stesso "una percentuale inferiore a quella proposta".

Si tratta quindi della proposta di un modello di riferimento, che non preclude agli enti locali, nell'esercizio dell'autonomia di cui gli stessi sono titolari, di elaborare e definire i metodi di valutazione ritenuti più opportuni e confacenti alla concreta tipologia di gara prescelta, ai contenuti del CSA e alle esigenze della specifica realtà locale.

Ciò corrisponde alla disciplina di cui all'art.20 L.R. n.22/98, che dopo l'indicazione generale secondo cui "l'aggiudicazione deve avvenire sulla base di modalità operative definite dalla Giunta regionale", ha comunque affidato agli enti locali il compito di prevedere "nei bandi, nei capitoli di gara e nei sistemi di valutazione delle offerte specifici criteri e parametri volti ad attestare la capacità di concorrere delle imprese".

La stazione appaltante è quindi titolare della facoltà discrezionale di modulare la diversa incidenza dei parametri di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in funzione degli obiettivi di sviluppo, affidabilità e miglioramento della qualità dei servizi di TPL da rendere nel territorio.

Il che, confluendo nel riconoscimento di specifici ambiti di autonomia, non consente di intravedere sintomi di illogicità nella scelta provinciale di riconoscere una moderata prevalenza agli aspetti qualitativi delle offerte, al fine di orientare i concorrenti a formulare proposte volte alla riqualificazione del servizio e idonee a garantire più elevati standard di qualità dei servizi erogati agli utenti.

7) La ricorrente contesta inoltre le previsioni della lettera di invito, che demandano al metodo del confronto a coppie la possibilità di attribuire 20 dei 60 punti disponibili per la valutazione del merito tecnico e deduce l'inammissibilità del ricorso a detto metodo in caso di gara con due sole offerte.

La doglianza è infondata in entrambi i suoi profili.

7.1) Non riveste, in primo luogo, valore decisivo, al fine di infirmare la legittimità della procedura sotto l'aspetto qui in rilievo, il richiamo alle indicazioni fornite nell'atto regionale di indirizzo prima citato. E tanto sia se si considera che, come già evidenziato, detto atto non assume carattere vincolante nella misura in cui rimette le scelte finali al discrezionale apprezzamento delle stazioni appaltanti in funzione della specificità delle procedure, fissando a titolo solo esemplificativo la soglia del 5/10% degli elementi valutabili con il confronto a coppie; sia se si valuta che, almeno in buona misura, gli indicatori del merito tecnico non erano suscettibili di valutazione matematica alla luce della connotazione anche qualitativa degli elementi oggetto di valutazione discrezionale.

Nella gara de qua, come si evince dalle tabelle esplicative dei singoli indicatori del merito tecnico, gli elementi sottoposti a valutazione con il metodo del confronto a coppie non assumono una caratterizzazione quantitativa direttamente misurabile mediante l'impiego di opportune formule elaborate sulla base di valori numerici, trattandosi di parametri caratterizzati dall'inscindibile intreccio di profili quantitativi implicanti apprezzamenti discrezionali non surrogabili con il ricorso a criteri proporzionali.

Tanto deve affermarsi, a titolo esemplificativo, in assenza di più puntuali riferimenti idonei ad affrancare la censura dell'astrattezza che la connota, con riguardo al criterio "organizzazione del servizio e dell'esercizio", in cui il numero e la dislocazione degli impianti si intrecciano con parametri qualitativi, quali gli indici di regolarità e di puntualità, l'efficacia degli interventi, l'adeguatezza del parco automezzi; o anche con riguardo agli indicatori riferibili ai piani degli interventi per la manutenzione e la pulizia dei mezzi e delle infrastrutture di esercizio, trattandosi di voci che involgono l'apprezzamento anche dei profili concernenti l'efficienza qualitativa, nell'interesse pubblico, delle prestazioni rese.

Il che rende manifesta la non censurabilità della decisione discrezionale di procedere all'apprezzamento di tali voci con il metodo del confronto a coppie.

7.2) Quanto all'ulteriore profilo, si osserva che, in assenza di divieto normativo, anche in caso di gara con due soli competitori il confronto a coppie è congruamente utilizzabile, quando sia adeguatamente indirizzato dai criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis*, sia ristretto alle componenti necessitanti di valutazione qualitativa e sia temperato da un criterio compensativo (nel caso concreto, mediante attribuzione all'offerta risultante peggiore nel confronto di un punteggio scalato in proporzione lineare rispetto al punteggio massimo) teso ad evitare l'artificiosa differenziazione dei punteggi in modo non proporzionato alle reali differenze qualitative (cfr. CdS VI n.3843/05).

In proposito vale altresì rimarcare che la stazione appaltante ha definito nella lettera di invito, e in particolare nel suo allegato II, il sistema di valutazione delle offerte, prevedendo l'attribuzione del punteggio mediante il metodo del confronto a coppie. Il criterio, quindi, è stato approvato in una fase della procedura, in cui si erano qualificati ed erano stati ammessi alla gara tre soggetti, che si sono successivamente ridotti a due, in quanto uno dei concorrenti invitati ha rinunciato a presentare l'offerta.

Ne deriva che la conoscenza del numero reale delle offerte ammissibili è un *post factum* rispetto al momento della fissazione del criterio di valutazione, in guisa da non potere costituire elemento decisivo di condizionamento (cfr. CdS VI cit.).

A questo riguardo il Collegio richiama il principio più volte affermato dalla giurisprudenza, secondo cui la stazione appaltante è tenuta al rigoroso rispetto delle regole fissate nella *lex specialis* alle quali la stessa si è autovincolata; il che preclude alla commissione giudicatrice di emendare i criteri del procedimento di gara e di adottare, in fase applicativa, modalità di assegnazione del punteggio non conformi a quelle prefigurate nel bando.

8) Con il terzo motivo di censura, la ricorrente osserva che la nomina e la costituzione della Commissione giudicatrice sono avvenute, con determinazione dirigenziale del 24 dicembre 2002, anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, fissato per il successivo 13 ottobre 2003. Tale *modus operandi* della stazione appaltante avrebbe violato la disposizione di cui all'art.21, settimo comma, della legge n.109/94, nonché il principio teso a preservare le imprese concorrenti da qualunque condizionamento nella formulazione delle offerte, con conseguente illegittimità dell'intera procedura anche in via derivata.

La doglianza è infondata.

La disposizione invocata dalla ricorrente stabilisce che "la nomina e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte"; tale norma, come è stato già chiarito dalla giurisprudenza della sezione, non costituisce espressione di un principio generale (cfr. TAR Lombardia, Milano III 23 dicembre 2002 n.5400).

L'ambito oggettivo della legge n.104 è specificamente fissato, infatti, con esclusivo riguardo ai lavori pubblici, definiti espressamente nel comma 1 dell'art.2.

Né è possibile conferire alla legge n. 109 valore di normativa di principio e di riferimento anche per le procedure di affidamento degli appalti di servizi nei settori esclusi. Questi, invero, trovano disciplina in una specifica normativa (D.Lgs. n. 158/95) e ciò non consente l'applicazione in via analogica di altre norme (cfr., per il principio, CdS V 10 giugno 2002 n.3207).

Nelle gare, come quella in questione, per l'aggiudicazione di appalti di servizi nei settori esclusi trovano applicazione, invece, le norme generali di contabilità di Stato, dettate dal R.D. n. 2440/23 e dal relativo regolamento di esecuzione, le quali rimettono alla mera discrezionalità della Amministrazione la facoltà di avvalersi o meno del parere di una commissione all'uopo nominata, senza stabilire né modalità, né tempi della nomina e della costituzione (cfr. TAR Abruzzo, Pescara, 6 novembre 2003, n.924 TAR Campania, Napoli I, 23 marzo 2001, n.1274; TAR Marche, 26 maggio 2000, n.82; CdS VI, 3 dicembre 1998 n.1648).

Nel caso di specie, la nomina della commissione di gara è stata disposta in applicazione dell'art.8 del regolamento provinciale per la disciplina dei contratti, che non contiene una regola analoga a quella invocata dalla ricorrente.

Ne discende che non concreta un vizio della procedura la circostanza che la nomina della commissione sia intervenuta prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, non rinvenendosi, per gli appalti pubblici di servizi per i c.d. settori esclusi una regola dal tenore corrispondente a quella eccezionale, stabilita dall'art.21, settimo comma, l.n.109/94 per gli appalti di opere pubbliche (cfr. questa Sezione, 16 marzo 2005 n.611).

9) L'ultimo motivo del ricorso espone profili di censura che devono esaminarsi partitamente.

9.1) Si assume, in primo luogo, che la documentazione di gara non consente di valutare l'effettiva valenza esecutiva delle offerte progettuali presentate dai concorrenti, con l'effetto aberrante di demandare alla fase successiva alla stipula contrattuale ogni

verifica in ordine alla concreta eseguibilità delle proposte. Ciò, in particolare, con riguardo ai punti 1.3 e 1.1 della tabella contenuta nell'allegato II alla lettera di invito, nei quali si richiede alle concorrenti la sola indicazione del numero e della dislocazione dei depositi e dei punti di vendita, senza alcuna previsione circa gli strumenti goduti dall'offerente per garantire l'effettiva disponibilità di tali risorse in caso di aggiudicazione.

La doglianza non ha fondamento.

Non è dubbio che, nel procedere alla valutazione delle offerte, l'ente concedente sia tenuto ad apprezzare l'attendibilità delle proposte progettuali e la serietà dell'offerta, in base alle regole tecniche e al quadro economico di riferimento, dovendosi prevenire il rischio di disservizi legati all'inadempimento degli impegni assunti dall'offerente.

E' altresì certo che la presentazione dell'offerta non costituisca "una mera promessa", ma vincoli il concorrente a garantire alla stazione appaltante i contenuti tecnici del servizio e tutte le prestazioni in essa previste, che - trasfuse nel contratto di servizio - si traducono in corrispondenti obblighi posti a carico dell'affidatario.

Ciò non toglie che, con particolare riguardo alle dotazioni strumentali all'esecuzione del servizio, l'offerente - seppure sia tenuto a precisare nel progetto tecnico i mezzi e le strutture che intende impiegare per lo svolgimento del servizio - non sia tuttavia obbligato a garantire sin da tale fase l'effettiva disponibilità delle infrastrutture e dei mezzi indicati nell'offerta, che deve necessariamente sussistere al momento della sottoscrizione del contratto di servizio o con le tempistiche in esso previste.

La tesi della ricorrente implica invece la necessità che tutti i concorrenti, già dalla fase di partecipazione alla gara, assumano una serie di impegni finanziari, non sostenuti dalla certezza di acquisire la commessa oggetto della procedura. Il che, non rispondendo ad alcun apprezzabile interesse della stazione appaltante, pare affatto illogico, non potendosi far gravare su tutti i partecipanti alla selezione oneri che si giustificano in funzione dell'attivazione del servizio e che devono quindi essere assunti soltanto dal soggetto che risulti affidatario del servizio medesimo.

Del resto, come fa giustamente rilevare la difesa resistente, alla stazione appaltante è riconosciuto il potere di incamerare la cauzione provvisoria, nell'eventualità che gli impegni assunti con la presentazione dell'offerta vengano successivamente disattesi dal concorrente risultato aggiudicatario. La lettera di invito ha infatti espressamente considerato, tra le cause di escussione della cauzione provvisoria, ogni fatto dell'affidatario che determini la decadenza o la revoca dell'aggiudicazione o che impedisca il perfezionamento del contratto di servizio.

Si tratta di un deterrente che, nel sistema degli appalti pubblici, riveste la specifica funzione di garantire la serietà e la realizzabilità degli impegni assunti con la presentazione dell'offerta.

Deve quindi escludersi che la disciplina di gara presenti, per i profili considerati, elementi di indeterminatezza che impediscano di valutare l'effettiva valenza esecutiva dei contenuti tecnici delle offerte progettuali.

9.2) Con altro profilo di censura la ricorrente sostiene l'illegittimità dell'operato della commissione per aver preferito la proposta progettuale di ARFEA, benchè la stessa fosse priva dei necessari contenuti di certezza in ordine alla sua fattibilità e per non aver proceduto ad alcuna verifica circa la concretezza delle soluzioni operative proposte.

Ciò si assume, in particolare, con riguardo all'indicazione di cinque depositi e di ventiquattro officine, non sostenuta da elementi idonei a confortare detta enunciazione; nonché per l'indeterminatezza degli interventi d'emergenza, per

l'implausibilità del parco autobus proposto, per l'astrattezza dei contenuti riferiti alla rete di vendita consistenti nella mera enumerazione di potenziali biglietterie, per l'indeterminatezza del sistema informatico, per l'inconsistenza degli impegni in merito alla manutenzione dei mezzi, degli impianti e delle infrastrutture e, infine, per l'astrattezza, ai confini dell'irrealizzabilità, dei contenuti progettuali relativi alla carta di mobilità e alla sua diffusione, nonché alle relazioni con l'utenza.

Sui contenuti generali della censura il Collegio soggiunge, alle considerazioni già esposte, che la commissione giudicatrice, nella fase di valutazione del merito tecnico delle offerte in gara, condotta nella seduta del 10 marzo 2004, ha mostrato di apprezzare l'impegno profuso dai concorrenti per "assicurare una qualità aziendale di importante livello" e "avviare significativi piani di investimento finanziario"; il seggio di gara ha altresì sottolineato che la consistenza dei progetti presentati costituisce "espressione di un consolidato valore professionale delle aziende concorrenti".

L'organo tecnico, quindi, ha rinvenuto nell'affidabilità professionale delle imprese le garanzie di concreta realizzabilità degli impegni assunti dai concorrenti, senza condividere i sospetti manifestati dalla ricorrente circa l'implausibilità delle componenti dell'offerta presentata da ARFEA, ma al contrario rilevando che i contenuti progettuali di questa si presentassero "ben strutturati, dettagliati, compiutamente descritti" ed evidenziassero "diffusi miglioramenti quantitativi e qualitativi nell'esecuzione dei servizi".

Il che vale ad evidenziare come la preferenza accordata ad ARFEA costituisca il naturale precipitato della maggiore vantaggiosità economica dell'offerta e non possa invece ascrivere all'irresponsabile assunzione di impegni irrealizzabili.

Venendo più in dettaglio all'esame dei punti controversi, il Collegio osserva che:

- nella tabella 6 del progetto 1 (organizzazione del servizio) sono rappresentati graficamente il numero e la dislocazione territoriale delle officine e dei depositi. Al punto 2.9 del progetto 5 (piano degli interventi per la manutenzione) risulta confermata la presenza delle strutture di assistenza dislocate sul territorio compreso nella sottorete Oltrepò, che è garantita da ARFEA anche con ricorso a convenzioni per la fornitura dei servizi di officina (cfr. lista dei fornitori del sistema di qualità, allegato n.12 al progetto 5);

- in mancanza di più concreti riscontri che possano sostenerne l'attendibilità, risulta poi generica l'affermazione della ricorrente, secondo cui la limitata consistenza numerica del parco autobus proposto da ARFEA (79 mezzi, a fronte degli 87 veicoli previsti da SAPO) "non sarebbe sufficiente ad assicurare il promesso servizio di emergenza";

- con riguardo alla rete di vendita, descritta nel progetto 3 dell'offerta tecnica ARFEA, la stessa si compone di 135 rivendite dislocate sul territorio, di cui 77 corrispondenti allo standard minimo di capitolato e 58 aggiuntive. ARFEA, quindi, ha offerto 4 rivendite aggiuntive in più rispetto alla ricorrente (il cui progetto ne prevede 54), il che le è valsa l'assegnazione, a mezzo dell'apposita formula di calcolo, di un punteggio per tale voce (2 punti), lievemente maggiore rispetto a quello conseguito dalla ricorrente (punti 1,862). Quanto all'asserita astrattezza dei relativi contenuti progettuali, si osserva che le proposte in gara non sembrano presentare sostanziali differenze; entrambe le concorrenti infatti si sono impegnate, l'una ad "acquisire in tempo utile tutti i punti vendita necessari alla realizzazione di una copertura totale del territorio dell'Oltrepò" (SAPO) e l'altra "non solo a garantire l'attivazione, entro sei mesi dall'attivazione del servizio, dei punti vendita assunti come standard minimi, ma ...altresì punti vendita aggiuntivi" (ARFEA). Tuttavia, il solo progetto ARFEA

presenta, a conferma degli impegni assunti, l'indicazione in una apposita tabella (allegato 2 al progetto 3) delle rivendite obbligatorie e aggiuntive che l'azienda ha dichiarato di aver istituito;

- quanto al sistema informatico, lo stesso è stato ampiamente descritto dall'aggiudicataria nel progetto "Organizzazione del servizio e dell'esercizio", ai punti 4 e 5 che definiscono rispettivamente i sistemi operativi di monitoraggio satellitare degli automezzi, nonché i programmi per la gestione del servizio (segnalazione guasti, pianificazione degli interventi di manutenzione e di pulizia, gestione dei turni del personale) e, infine, la struttura hardware del sistema informativo centrale e periferico.

Risultano quindi prive di pregio le censure con cui la ricorrente ha sostenuto l'indeterminatezza e l'irrealizzabilità della proposta progettuale dell'affidataria.

9.3) Da ultimo la ricorrente lamenta che la commissione ha ommesso di valutare la remuneratività dell'offerta ARFEA, alla luce del rapporto tra i suoi ridondanti contenuti tecnici e le condizioni economiche che, in un settore inidoneo a garantire alle imprese significative economie di gestione, come quello del TPL, ne condizionano l'effettiva sostenibilità economica.

Al riguardo, al fine di evidenziare l'infondatezza della censura nei termini in cui la stessa è stata formulata, il Collegio osserva che la verifica circa la sostenibilità dell'offerta va condotta in relazione a tutti gli elementi che, nella condizione data, concorrono a formare l'equilibrio economico della prestazione.

Ciò vale, in particolare, come questa Sezione ha già avuto occasione di precisare, nel modello di gara flessibile e a costo netto, come quella di cui trattasi, nella quale gli introiti tariffari sono di spettanza del gestore e questi è stimolato ad attivare iniziative dirette non solo al contenimento dei costi operativi mediante miglioramenti nella gestione del servizio, ma anche all'incremento delle entrate, il cui volume può essere integrato con introiti diversi dai ricavi tariffari, come quelli derivanti dalla valorizzazione commerciale dei beni strumentali e può essere sviluppato in funzione della capacità strategica dell'impresa di progettare l'organizzazione del servizio e di incentivare l'uso dei mezzi pubblici di trasporto.

Il gestore, infatti, può conseguire risultati positivi, modificando l'offerta del servizio mediante l'aumento delle frequenze sulle linee più redditizie, con corrispondente riduzione - nei limiti consentiti dagli obblighi di servizio - sulle linee a domanda debole, o ancora intensificando i controlli per il recupero dell'evasione tariffaria o migliorando la qualità del servizio per evitare la dispersione di utenti e ridurre l'uso dei mezzi di trasporto privato, o infine attraverso lo sfruttamento a fini pubblicitari degli impianti fissi (paline, pensiline) e dei mezzi di servizio.

Al conseguimento di un risultato economicamente sostenibile concorrono quindi gli interventi volti al recupero dell'efficienza produttiva con il contenimento dei costi di produzione del servizio (i quali oltretutto non formano un dato costante, ma divergono in funzione del grado di efficienza tecnica ed economica delle singole aziende), nonché le iniziative dirette ad incrementare il volume dei ricavi del servizio.

Il che vale ad evidenziare come, nel settore considerato, la valutazione circa l'attendibilità dell'offerta non possa condursi nei termini suggeriti dalla ricorrente, ma debba misurarsi con la capacità dell'impresa di conseguire risultati economicamente sostenibili.

La circostanza che l'impresa aggiudicataria abbia proposto condizioni sensibilmente migliorative rispetto agli standard minimi richiesti dal capitolato di gara non può quindi costituire motivo da solo sufficiente a far dubitare della remuneratività

dell'offerta e della serietà complessiva della proposta formulata dalla società controinteressata, dovendosi aver riguardo a tutti i fattori che concorrono ad assicurare lo svolgimento del servizio in condizioni favorevoli, garantendo al gestore la copertura dei costi aziendali e la remunerazione del servizio e che si legano anche alla capacità e all'efficienza produttiva dell'affidatario.

La ricorrente, a sostegno della censura in esame, non ha invece offerto alcun elemento idoneo ad evidenziare che la misura dei costi per la produzione del servizio possa risultare tanto elevata da assorbire i margini di profitto a disposizione dell'affidataria, denotando così l'inaffidabilità e l'anomalia dell'offerta.

10) In conclusione, il ricorso deve essere respinto, per l'infondatezza di tutte le censure con esso formulate.

Il rigetto del ricorso comporta, di conseguenza, anche la reiezione della domanda di risarcimento danni presentata dalla ricorrente.

Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 218/05 così dispone:

- respinge il ricorso e la domanda di risarcimento danni, proposti da SAPO;
- compensa per intero le spese tra tutte le parti.

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

Così deciso in Milano il 29 giugno 2005 in camera di consiglio con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - presidente

Domenico Giordano - cons. est.

Daniele Dongiovanni - ref.

Depositata in segreteria

l'11 novembre 2005

Punto 2

Aggiornamenti iter decreto legislativo recante “Norme in materia ambientale” attuativo della legge 15 dicembre 2004, n. 308, c.d. “Delega Ambientale”: aggiornamenti

Parere negativo della Conferenza unificata Stato-Regioni 26 gennaio sullo schema di decreto delegato attuativo della legge 15 dicembre 2004 n. 308 “delega al governo per il riordino, il coordinamento e l’integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione”.

Premessa

Il metodo istituzionale

Il Ministro Matteoli ha inviato alla Conferenza dei Presidenti il testo del decreto delegato in materia ambientale, così come sottoposto al Consiglio dei Ministri che lo ha approvato in prima lettura il 18 novembre 2005 e in seconda lettura il 19 gennaio 2006 a seguito del rinvio con prescrizioni da parte delle Commissioni parlamentari. La legge delega prevede poi che sul testo esprima parere la Conferenza Unificata.

L’intervenuta approvazione del Consiglio dei Ministri rompe di fatto l’accordo firmato il 4 ottobre 2001 fra il Ministro Matteoli, le Regioni, l’A.N.C.I. e l’U.P.I. nel quale le parti avevano concordato di *“operare pariteticamente nell’elaborazione legislativa ai fini di conseguire gli obiettivi condivisi e garantire una interlocuzione sistematica con le Regioni e gli Enti locali nella fase preliminare ed in quelle successive sui singoli temi dell’elaborazione dei decreti legislativi previsti dal disegno di legge delega.”*

L’approvazione dello schema di decreto si configura come atto unilaterale del Governo, che viola il principio della leale collaborazione tra le istituzioni e costituisce una scelta centralistica. L’assenza di un tavolo di confronto tra Ministero e Regioni, con i tempi congrui che sarebbero necessari, impedisce alle Regioni stesse e al sistema delle autonomie locali lo svolgimento di un lavoro collegiale e complessivo di analisi e proposta.

I punti di criticità, nonché l’impostazione del decreto, sono tali da non rendere possibile una ricomposizione del testo mediante l’apporto di specifici emendamenti, in quanto gran parte del testo proposto:

contrasta con diverse direttive comunitarie

viola, per eccesso di delega, la stessa legge delega 308/2004;

stravolge l'assetto delle competenze definite dall'art.117 e 118 Costit. e dal decreto legislativo 112/1998 consolidate da numerose pronunce della Corte Costituzionale.

E l'eventuale adesione delle Regioni comporterebbe una corresponsabilità nelle suddette violazioni.

Le conseguenze di una eventuale definitiva approvazione di questo atto unilaterale e centralistico sarebbero quelle di indebolire le politiche ambientali nel nostro Paese e la loro coerenza con le direttive dell'Unione europea, nonché quelle di determinare l'abbassamento dei livelli di tutela dell'ambiente e della salute a danno di tutti i cittadini senza, peraltro, che a questo possa corrispondere l'auspicata semplificazione delle procedure e dei processi attuativi per gli operatori e le imprese.

Ulteriore grave conseguenza sarebbe quella di determinare la totale paralisi dell'azione delle Regioni e degli Enti locali in campo ambientale data all'incompatibilità delle norme regionali vigenti con quelle dello schema di decreto

L'approccio metodologico generale

La versione degli elaborati attuativi della legge delega in materia ambientale, rispetto ai precedenti testi informalmente diramati, presenta la novità di accorpate in un unico decreto legislativo tutte le norme relative ai comparti di materia oggetto della delega stessa, con la sola eccezione della gestione delle aree protette, conservazione e utilizzo sostenibile degli esemplari di specie protette di flora e di fauna.

Ne consegue un voluminoso corpus juris di 318 articoli e 45 allegati, per un totale di oltre 700 pagine, e recante il titolo di "Norme in materia ambientale", elaborato in totale assenza di un qualsiasi confronto con le istituzioni competenti in materia e che non solo conferma, ma anzi aggrava le perplessità espresse sin dall'inizio.

Il prodotto dell'elaborazione della Commissione dei 24 saggi costituita ai sensi della legge di delegazione n. 308/2004, contrariamente a quanto preannunciato nel titolo della stessa legge, non si limita a coordinare, riordinare o integrare la normativa dei diversi settori di cui si compone la materia ambientale, ma mina le fondamenta su cui poggia l'attuale impianto normativo, senza peraltro fornire gli elementi per l'organizzazione di un diverso sistema, coerente con il quadro costituzionale e aderente ai principi comunitari in materia di tutela ambientale.

L'obiettivo generale e l'azione concreta e l'esperienza delle Regioni e degli enti locali in questi anni sono stati quelli di ricondurre le questioni della tutela dell'ambiente, sia negli aspetti della tutela dagli inquinamenti, sia negli aspetti della tutela delle risorse naturali e di

preservazione degli equilibri ecologici, al criterio di prevenzione ed a quello di sostenibilità dello sviluppo, in stretta connessione con le politiche settoriali e col governo del territorio.

Solo una acquisizione nelle politiche settoriali e nel governo del territorio delle problematiche di tutela ambientale può garantire infatti il successo e la compatibilità economica di una politica ambientale.

Emerge viceversa dal complesso delle norme proposte una serie di elementi che inducono a considerare l'intervento una vera e propria opera di smantellamento delle iniziative che nel corso di questi ultimi anni sono state assunte, come nel caso della normativa adottata dalle Regioni in attuazione del d.lgs. 112/1998. Questa impostazione peraltro è rimasta sostanzialmente invariata anche nella seconda stesura dello schema di decreto.

Si spostano competenze dalla periferia al centro, si sovrappongono e duplicano funzioni e piani, si separano settori che al contrario necessitano da tempo di integrazione, si aggiungono a valle dei processi decisionali altre decisioni e funzioni di controllo, che nell'insieme e nel dettaglio configurano un quadro involutivo rispetto all'attuale, aumentando l'incertezza degli operatori pubblici e privati, annullando processi regionali e locali di grande valore e di riconosciuta efficacia, allontanando l'allineamento del nostro Paese alla disciplina ed al livello europeo.

Lo schema di decreto continua quindi ad essere caratterizzato da una spiccata tendenza neocentralista, che comprime le competenze delle istituzioni regionali e locali per assegnare soprattutto al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio un ruolo, anche minutamente gestionale, antitetico al principio di sussidiarietà ed adeguatezza, anche con riferimento alle prerogative delle Regioni e Province autonome per le quali deve essere prevista la nota "clausola di salvaguardia".

Il mero assemblaggio materiale di singoli testi nati separatamente non consente poi di ritenersi di fronte ad una "normativa in materia ambientale" in quanto non sussistono i presupposti per considerare tale disciplina un corpo unitario di norme, difettando un nucleo fondamentale di disposizioni di principio comune alle diverse discipline settoriali.

Nell'elaborazione del testo l'Esecutivo statale si è infatti abbandonato ad una minuziosa disciplina di dettaglio, mentre un corretto approccio metodologico avrebbe richiesto, da un lato, la costruzione in questa materia soprattutto di un "diritto per principi", poiché solo questi ultimi sono in grado di guidare in modo trasversale e coordinato i vari settori delle discipline giuridiche coinvolte, e dall'altro il necessario coinvolgimento sin dalla fase di elaborazione della normativa di tutti i livelli territoriali di governo secondo il principio di corresponsabilità e di leale collaborazione.

Nel ritenere pertanto necessario un ripensamento complessivo della materia che veda il contributo effettivo e sostanziale delle Regioni nella fase ascendente di elaborazione dei decreti, si evidenziano di seguito gli aspetti giuridicamente più rilevanti che inficiano nel suo complesso e radicalmente il contenuto del decreto delegato e che ricorrono ripetutamente in una pluralità di previsioni e in ciascuna delle parti dedicate alle distinte normative settoriali.

Profili di illegittimità costituzionale

Il decreto delegato presenta rilevanti profili di incostituzionalità dovuti ad una generalizzata esorbitanza rispetto ai principi e criteri direttivi posti dalla legge di delegazione che, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, “costituiscono non solo il fondamento ma anche il limite delle norme delegate e un criterio per la loro interpretazione”^{1[1]}.

Lo schema di decreto appare innanzi tutto viziato sotto questo profilo poiché, mentre la legge 308/2004 delegava il Governo ad emanare uno o più decreti di “riordino, coordinamento od integrazione” in una serie specifica di settori puntualmente individuati, ci si trova in realtà di fronte ad un vero e proprio testo innovativo che, per essere tale, avrebbe dovuto trovare nella legge delega la sua fonte di legittimazione espressa^{2[2]}.

Nel caso *de quo* il Governo è andato ben oltre a quanto disposto dal Parlamento, non essendosi limitato ad operare una ricognizione delle norme vigenti, a coordinarle tra loro, ad integrarle per quanto necessario ai fini della loro coerenza ed organicità ed a raccoglierle in un testo omogeneo, avendo bensì apportato modifiche sostanziali alla disciplina vigente ed inciso significativamente non solo sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, ma addirittura sulla natura, struttura e funzioni di alcune istituzioni od organismi.

Con particolare riferimento al principio di sussidiarietà, individuato dalla legge delega tra i principi fondamentali ai quali i decreti attuativi dovevano ispirarsi, insieme al rispetto del quadro costituzionale delle competenze, l'attuale decreto opera quindi un tentativo di riappropriazione a livello centrale di funzioni e compiti conferiti alle Regioni e da queste agli enti locali, nell'ambito del processo di decentramento amministrativo attuato con le leggi Bassanini.

Alla luce del delineato quadro costituzionale emergono con evidenza una pluralità di ipotesi di sconfinamento rispetto ai limiti fissati nella delega ed in ragione dei quali il decreto delegato risulta radicalmente inficiato di incostituzionalità, per le ragioni illustrate nell'allegato

^{1[1]} Corte Cost. n. 15/1999; nn. 126 e 163 del 2000.

^{2[2]} Corte Cost. n. 280/2004

documento in cui sono esemplificate le più rilevanti ipotesi di violazione dell'articolo 76 Cost. rilevate nelle singole disposizioni.

La legge 308/2004 pone infatti tra i principi della delega legislativa:

- a) il rispetto delle competenze per materia delle amministrazioni statali, nonché delle attribuzioni delle regioni e degli enti locali, come definite dall'articolo 117 della Costituzione, dalla legge 59/1997 e dal decreto legislativo 112/1998;
- b) la riaffermazione del ruolo delle regioni, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, nell'attuazione dei principi e criteri direttivi definiti dallo Stato.

Sotto il profilo della funzione legislativa, è comune opinione che vi sia una continuità nell'assetto delle competenze costituzionalmente garantite in materia ambientale cui lo Stato avrebbe dovuto attenersi secondo i criteri elaborati, ante e post la novella del 2001, dalla giurisprudenza della Consulta e nello specifico:

- a) il riconoscimento dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia trasversale, in ordine alla quale si manifestano competenze regionali, spettando allo Stato le sole determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale^{3[3]};
- b) l'affermazione dello spirito di corresponsabilità e di leale collaborazione, che deve informare i rapporti interistituzionali per garantire l'effettività della tutela attraverso un approccio alle tematiche delle politiche ambientali che, coinvolgendo tutti gli enti esponenziali delle peculiarità territoriali, possa tener conto della complessità del tema^{4[4]};
- c) l'ampia applicazione del principio di sussidiarietà, di matrice europea, rapportando gli interventi alla dimensione territoriale degli interessi e all'individuazione del livello ottimale di allocazione delle diverse funzioni.

Nel decreto legislativo in esame non si rinviene invece traccia alcuna della sintesi dei sopra evidenziati elementi, sintesi che avrebbe dovuto informare il riordino della normativa ambientale al principio di unitarietà e contestualmente a quello di differenziazione.

^{3[3]} Corte Cost. nn. 407 del 2002; 536 del 2002; 222, 307, 311 e 331 del 2003; 259 del 2004; 62,111 e 214 del 2005. Già nella sentenza 183 del 1987 la Corte costituzionale considerava l'ambiente "non materia" in senso tecnico, bensì "interesse" perseguibile dalle Regioni nell'esercizio delle competenze nei settori di materie strettamente connesse con l'ambiente quali l'urbanistica, i lavori pubblici, l'agricoltura, la caccia e la pesca, l'assistenza sanitaria, il turismo, la navigazione e i porti lacuali.

^{4[4]} Corte Cost. nn. 50 e 219 del 2005.

Il principio dell'unitarietà giustifica infatti in questo settore l'intervento della competenza legislativa esclusiva statale per fini di uniformità ed omogeneità strategica, nonché per la definizione degli standard minimi delle misure di protezione, mentre il principio di differenziazione impone l'intervento della legislazione regionale e dell'azione degli altri livelli del governo locale per adattare gli interventi di tutela ai diversi contesti territoriali e introdurre, se del caso, misure più rigorose di quelle previste al livello superiore .

Secondo il giudice costituzionale inoltre la competenza statale in tema di tutela dell'ambiente, incidendo su una pluralità di interessi e di oggetti, in parte di competenza esclusiva dello Stato, in parte di competenza concorrente delle Regioni, non può comprimere la concomitante possibilità per le Regioni di intervenire nell'esercizio delle loro competenze in tema ad esempio di tutela della salute, politica del territorio, difesa del suolo, energia, innovazione tecnologica, agricoltura, trasporti, salute, ovviamente nel rispetto dei livelli minimi di tutela apprestati dallo Stato e dell'esigenza di non impedire od ostacolare gli interventi statali necessari per la soddisfazione di interessi unitari, eccedenti l'ambito delle singole Regioni.

Anche la scelta compiuta dal legislatore delegato in ordine alla redistribuzione delle competenze amministrative comprime radicalmente la sfera di intervento delle Regioni e delle Autonomie locali favorendo un deciso accentramento dei poteri a livello ministeriale non giustificato da esigenze di trattamento unitario degli interessi coinvolti: l'esatto inverso di un corretto principio di sussidiarietà e partecipazione delle comunità locali nel governo della materia .

L'art. 118 cost. prevede infatti in proposito che "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza".

Ponendosi in contrasto con l'art. 118 Cost., in ambito pianificatorio i vincoli stabiliti in sede ministeriale ledono irreversibilmente le potestà regionali in ordine alla definizione degli indirizzi e all'organizzazione dei sistemi di governo delle attività rilevanti nei diversi settori della materia ambientale, mentre le Province vengono esautorate delle funzioni di programmazione dei sistemi di governo e di coordinamento delle politiche dei propri Comuni.

La parcellizzazione delle responsabilità dei compiti e delle potestà di approvazione, autorizzazione e di controllo che si riscontra nel testo in esame creano inoltre un percorso ad ostacoli per la gestione dei servizi agli utenti e non consentono di identificare con precisione soggetti titolari delle funzioni, in sostanza deresponsabilizzando questi ultimi anche nel delicato ambito dei poteri di vigilanza, di accertamento e di repressione degli abusi.

Lo schema di decreto delegato appare inoltre viziato anche per quanto riguarda i principi generali disposti dalla normativa vigente per il recepimento delle direttive comunitarie.

Sotto il profilo ad esempio dell'attuazione della direttiva 2000/60/CE, autorevole dottrina ha già osservato che la stessa formava oggetto di delega nell'ambito della Legge comunitaria 2003 che assegnava al Governo diciotto mesi per esercitare la delega, termine ormai ampiamente scaduto.

La legge n. 308/2004 non ha tuttavia rinnovato la delega al Governo per recepire tale direttiva e, d'altro canto, non si può ritenere esaustivo in tal senso quanto previsto dalla stessa all'articolo 1, comma 8, lett. e), che impone quale criterio ispiratore dei decreti delegati quello di "dare piena e coerente attuazione delle direttive comunitarie".

Tale criterio è posto infatti per le direttive già recepite e non certamente per quelle non ancora trasfuse nell'ordinamento interno, stante la obbligatorietà della previa delega del Parlamento.

In una pluralità di disposizioni la disciplina del decreto si pone inoltre in contrasto con le previsioni della normativa comunitaria e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, determinando in tal modo una palese violazione dell'articolo 117, comma 1 della Costituzione che prevede che lo Stato eserciti la propria potestà legislativa nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Di seguito si riporta una forma analitica sui profili più rilevanti dello schema di decreto, proposto per ciascuna parte:

CONSIDERAZIONI SULLA PARTE II PROCEDURE IN MATERIA DI VIA VAS IPPC

1. Considerazioni generali e sul Titolo I "NORME GENERALI".

Una prima osservazione riguarda il fatto che, nonostante il titolo "Decreto delegato in materia di VAS, VIA ed IPPC", in pratica di IPPC non vi è quasi traccia nel testo, essendo la materia trattata solo all'art. 34 ("Relazioni tra VIA e IPPC"), nel Capo I ("Disposizioni comuni in materia di VIA") del Titolo III ("Valutazione di Impatto Ambientale - VIA").

Non viene specificato che per l'IPPIC rimangono valide le disposizioni del recente D. Lgs. 59/2005 (come si ritiene nelle intenzioni degli estensori, non essendo tale decreto abrogato).

Ciò può ingenerare confusioni e conflitti, vanificando gli obiettivi di coordinamento e semplificazione posti alla base di questi Decreti.

Una seconda osservazione riguarda la erronea assimilazione della disciplina relativa alla VAS a quelle relative alla VIA ed all'IPPIC - (nota in Italia come "Autorizzazione Integrata Ambientale").

Questa assimilazione tradisce lo spirito e la lettera della Direttiva europea relativa alla VAS – (Direttiva 2001/42/CE). Soprattutto non considera le diversità di finalità e di funzione insite nelle diverse procedure come definite nelle direttive europee (che individuano differenti e ben distinti compiti ed attività assegnati alle autorità pubbliche per le 3 diverse procedure).

Questa assimilazione, inoltre, rappresenta un aggravio e una complicazione dei procedimenti per quanto concerne i piani e i programmi.

In sostanza, al di là del comune obiettivo di raggiungimento di elevati livelli di protezione dell'ambiente assegnati alle 3 procedure (VAS, VIA e IPPC), i lavori e le attività da svolgere sono differenti e difficilmente intercambiabili.

La previsione di un unico articolo di "Definizioni" (art. 5) per le tre procedure: VAS; VIA; IPPC rafforza la scelta della erronea assimilazione delle discipline relative a VIA, VAS ed IPPC.

Ciò implica alcuni livelli aggiuntivi di confusione, poiché le stesse definizioni si applicano a situazioni (giuridiche e fattuali) diverse, in particolare in relazione alle diverse, e mantenute vigenti, definizioni del D. Lgs. 59/05 in materia di IPPC. Infatti, le definizioni dell'art. 5 valgono anche per l'IPPIC, ma mancano quasi tutte quelle necessarie per tale materia (ad esempio: quelle di "impianto", di "gestore" e di "migliori tecniche disponibili") e che sono invece previste dal D. Lgs. 59/05 che non è abrogato.

Inoltre, rispetto ad un tema, molto delicato (la informazione e la partecipazione dei cittadini), si ritrovano 3 definizioni diverse ("pubblico", "pubblico interessato" e "soggetti interessati"), cui non sempre nel testo si fa riferimento, e di cui non è chiara la definizione di differenti interessi rispetto alle procedure (VAS; VIA; IPPC).

La previsione dell'art. 5, comma 1, lett. e), secondo cui le procedure di VIA si applicano ai "progetti preliminari", senza prevedere correlativamente un obbligo automatico di sottoposizione a VIA dei successivi progetti definitivi che contengano modifiche progettuali o nell'utilizzo delle risorse naturali o nelle immissioni di inquinanti, appare in contrasto con le disposizioni delle Direttive 85/337/CEE e 97/11/CE.

La previsione di una unica commissione tecnico-consultiva nazionale (art. 6) composta da 78 membri (più 1 presidente e 3 vice - presidenti) rafforza la scelta della erronea assimilazione delle discipline relative alla VIA, alla VAS ed all'IPPIC. Tale Nuova Commissione sostituisce anche la Commissione VIA Speciale istituita dall'art. 19, commi 2 e 3, del D. Lgs. 190/2002 per le opere "strategiche nazionali", individuate ai sensi della legge 443/2001, c.d. "Legge Obiettivo".

A tale unica commissione tecnico-consultiva nazionale compete la istruttoria della VAS, della VIA e della IPPC, anche se i lavori e le attività da svolgere sono differenti e difficilmente intercambiabili.

Inoltre l'art. 6, comma 6, prevede che la Commissione sia integrata, per ogni Sottocommissione (rispettivamente per: VAS; VIA; IPPC), da un esperto designato da ciascuna Regione direttamente interessata e delinea un ruolo circoscritto per l'“esperto” regionale. Tale previsione appare fortemente limitativa della specifica responsabilità del rappresentante regionale. Inoltre l'attribuzione del ruolo di “esperto” non risponde pienamente alla censura (sentenza n. 303/2003) della Corte Costituzionale sulla mancata piena integrazione (punto 16 della parte dispositiva della sentenza) di rappresentanti regionali nella Commissione VIA speciale relativa alle opere della “Legge Obiettivo”.

Va, inoltre, rilevata l'assenza tra gli obiettivi della parte seconda del decreto in esame [art. 4, comma 1, lettera b)] dell'importante obiettivo di integrazione della procedura di valutazione di impatto ambientale con le procedure esistenti di autorizzazione dei progetti, esplicitamente richiamato dalla direttiva 85/337/CEE, al pari del coordinamento con la procedura IPPC.

Va, infine, rilevato che la limitazione della valutazione ambientale solo ai piani e programmi "statali, regionali e sovracomunali", prevista dall'art. 4, comma 1, lett. a), terzo alinea, della parte seconda del decreto in esame, si pone in contrasto con le disposizioni dell'art. 3 ("Ambito di applicazione") della Direttiva 2001/42/CE.

2. Considerazioni sul Titolo II "VALUTAZIONE AMBIENTALE STRATEGICA - VAS"

Il Titolo II del Decreto delinea una procedura di VAS assimilata “erroneamente” a quella di VIA, senza tenere in debita considerazione le differenze sostanziali dei due processi decisionali.

In particolare, senza tenere conto delle differenze stabilite per i due differenti strumenti nelle Direttive europee.

Al riguardo basta ricordare che la proposta di Direttiva avanzata dalla Commissione (GU C 129 del 25 aprile 1997, pag. 14, e GU C 83 del 25 marzo 1999, pag. 13) lasciava alla decisione dei singoli Stati membri se prevedere la VAS:

1. come procedura di ulteriore autorizzazione (dal punto di vista ambientale) del piano o programma;

oppure

2. come processo di integrazione delle tematiche ambientali nella procedura di approvazione del piano o programma.

La Direttiva 2001/42/CE, approvata ed oggi vigente, ha compiuto la scelta di prevedere la “Valutazione Ambientale” dei piani e programmi come processo di integrazione delle tematiche ambientali nella procedura di approvazione del piano o programma, eliminando l'ipotesi di una ulteriore procedura di autorizzazione per i piani e programmi.

La vigente Direttiva 2001/42/CE prevede (sottolineando ed insistendo con molte disposizioni sul tema) una fortissima integrazione tra tematiche (ed autorità) ambientali e tematiche (ed autorità) dei settori interessati.

La VAS infatti non riguarda un iter autorizzativo, ma concerne un processo decisionale della pubblica amministrazione che, partendo da un determinato quadro normativo, da un certo contesto socio - economico, territoriale ed ambientale e confrontandosi con la società, compie scelte ed assume decisioni.

La Direttiva delinea un percorso in cui questa caratteristica del procedimento risulta evidente.

Il Titolo II del Decreto individua, all'opposto, un iter in cui la valutazione ambientale e la pianificazione/programmazione non si intersecano realmente, ma rimangono come fasi consequenziali e sostanzialmente separate.

Infatti, prevede che venga emesso un “giudizio di compatibilità ambientale” su un piano o un programma (a cui il piano o programma deve obbligatoriamente adeguarsi) da un soggetto diverso (senza, peraltro, prevedere la necessità di confronto con l'ente che predispone e che approva il piano o programma).

In sostanza, viene configurata una procedura di tipo “command and control”, proprio rispetto ad un ambito di applicazione (piani e programmi) che, meno di altri, può adeguarsi e sopportare una mera procedura autoritativa.

Ciò è tanto più grave se si pone mente al fatto che gli orientamenti europei, innanzitutto per le tematiche ambientali, delineano procedure amministrative incentrate sui criteri di “integrazione”, responsabilizzazione” e “sussidiarietà” anche in quelle tradizionalmente basate su procedure autoritative di tipo “command and control”.

Se la valutazione ambientale non arricchisce il processo di pianificazione/programmazione essa si configura solo come un aggravio ed un irrigidimento procedurale.

In particolare, è del tutto evidente che la previsione di un giudizio di compatibilità ambientale consegna un enorme potere, di ingerenza e di veto, alla “autorità competente”; in

primo luogo al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio nei confronti di tutti gli altri Ministeri.

Tutto ciò è aggravato dalla estensione (prevista dall'art. 7, comma 3), oltre quanto previsto dalla direttiva europea, della VAS a "i piani e programmi ... contenenti la definizione del quadro di riferimento ... per la realizzazione di opere ed interventi i cui progetti, pur non sottoposti a VIA, ... possono tuttavia avere effetti significativi sull'ambiente a giudizio della sottocommissione competente alla VAS".

Sulla base di tale disposizione nessun piano o programma può quindi essere escluso dalla VAS.

Inoltre questa norma evidenzia che tale giudizio della sottocommissione vale non solo per i piani e i programmi statali, ma anche per quelli regionali e degli enti locali, configurando un indebito trasferimento di competenze e delineando un modalità di funzionamento sicuramente poco efficiente, ma altamente centralizzante e gerarchizzante.

L'art. 12, comma 2, prevede che, in sede di esercizio del potere sostitutivo da parte del Consiglio dei Ministri, si intende, in caso di inutile decorso del termine di 60 giorni, emesso giudizio negativo sulla compatibilità ambientale del piano o programma sottoposto a VAS di competenza statale e che tale disposizione si applica anche ai piani e programmi sottoposti a VAS di competenza regionale fino all'emanazione di apposite norme regionali.

Tale previsione, implica il rischio che numerosi piani e programmi abbiano un giudizio negativo di compatibilità ambientale solo a causa della scadenza dei termini, con la conseguente non approvazione del piano o programma. Ciò è grave in considerazione del fatto che l'esistenza di piani e programmi vigenti è particolarmente importante per orientare l'azione della pubblica amministrazione dell'economia e della società.

Questo impianto del Titolo II del Decreto manda in crisi qualsiasi impostazione che privilegia la responsabilità dell'autorità competente alla approvazione del piano o programma, propria della Direttiva 2001/42/CE.

La Direttiva 2001/42 sottolinea fortissimamente il ruolo della partecipazione alla VAS di tutte le autorità "ambientali"; ruolo che nel titolo II della parte seconda del decreto in esame semplicemente è assente.

La Direttiva prevede, inoltre, la messa a disposizione di tutti (pubblico e soggetti istituzionali) di una dichiarazione di sintesi in cui vengono esplicitate e motivate le ragioni ambientali delle scelte di piano o programma, oltre che indicato in quale considerazione sono state tenute

osservazioni, pareri e contributi, frutto di una reale ed efficace attività di consultazione/partecipazione.

Ulteriore conferma di questa impostazione, che mina la responsabilità del soggetto che pianifica, è, ad esempio, l'attribuzione (art. 14, comma 1) dei compiti di monitoraggio e controllo degli effetti ambientali del piano o programma al soggetto che approva in via definitiva e che spesso, nella realtà, non è il soggetto attuatore del piano (ad esempio: Giunta oppure Consiglio regionale che approva i Piani territoriali od urbanistici).

La consultazione dei soggetti istituzionali e la partecipazione del pubblico al processo decisionale, che nella Direttiva 2001/42/CE, nelle disposizioni europee sull'informazione e partecipazione del pubblico in campo ambientale (Direttive 2003/4/CE, 2003/35/CE e Decisione 2005/370/CE) oltre che nella Convenzione di Aarhus, sono elementi centrali e fondamentali della valutazione ambientale che accompagnano l'intero processo sin dalle fasi iniziali, risultano, invece, nel titolo II della parte seconda del decreto in esame, relegati nella parte conclusiva dell'iter e sembrano incidere poco sul processo decisionale.

Non è prevista, in modo difforme dalla previsione della Direttiva 2001/42/CE [che sottolinea quali elementi fondamentali la integrazione tra tematiche (ed autorità) ambientali e tematiche (ed autorità) dei settori interessati e la consultazione dei soggetti istituzionali], nel Capo II del Titolo II della parte seconda, alcuna partecipazione e consultazione delle Regioni e Province Autonome alla valutazione ambientale dei piani e programmi in sede statale. Partecipazione e consultazione quali soggetti istituzionali, competenti in materia ambientale e territoriale o con specifiche competenze nei vari settori che possono essere interessati dagli effetti sull'ambiente del piano o del programma.

Si segnalano di seguito alcuni elementi contraddittori, in particolare con le disposizioni della Direttiva 2001/42/CE, presenti nel testo del Titolo II:

1. Si segnala che le "modifiche" di piani e programmi, sono sottoposti a "VAS" in via generale dall'art. 7, comma 1, nonché "solo se possono avere effetti significativi sull'ambiente" dall'art. 7, comma 4. Ciò può ingenerare difficoltà di interpretazione e conflitti di competenza.

2. Nell'art. 10, comma 1, nonché nell'art. 16, comma 1, il testo non tiene conto che, per alcuni piani e programmi, il procedimento di approvazione vigente prevede prima una adozione e successivamente una approvazione (usualmente dopo una fase di informazione e partecipazione). Nel testo si fa riferimento alla effettuazione della "VAS" solo prima dell'approvazione. Tale previsione è in contrasto con la disposizione della Direttiva 2001/42/CE che, all'art. 4, comma 1, dispone che la Valutazione ambientale dei piani e programmi deve essere effettuata "durante la fase preparatoria del piano o programma ed anteriormente alla

sua adozione". In tal modo, inoltre, si perde la previsione della "VAS" come procedimento, in cui intervengono ed interloquiscono differenti soggetti pubblici e privati, che prende avvio con la fase iniziale della processo di elaborazione del piano o del programma, al fine di assicurare una adeguata considerazione delle tematiche ambientali.

3. La previsione (art. 10, comma 2, nonché art. 16 comma 2) di effettuare presso province e regioni il deposito solo della "sintesi non tecnica" si pone in contrasto con la Direttiva 2001/42/CE che, all'art. 6, comma 1, dispone che "La proposta di piano o programma ed il rapporto ambientale ... devono essere messi a disposizione ... del pubblico". Inoltre tale disposizione si pone illegittimamente come limitazione di un diritto soggettivo in capo ad ogni cittadino disposto dalla Direttiva.

4. Anche la previsione (art. 10, comma 3) secondo cui il "regolamento", emanato con decreto ministeriale, stabilisca i casi di pubblicazione totale o parziale in internet si pone nel medesimo contrasto con l'art. 6, comma 1, della Direttiva 2001/42/CE e come limitazione di un diritto soggettivo disposto dalla Direttiva.

5. L'art. 10, comma 5, prevede che i depositi e le pubblicazioni e le connesse e conseguenti consultazioni effettuate per la "VAS" sostituiscono a tutti gli effetti le forme di informazione e partecipazione eventualmente previste, in via ordinaria, per piani e programmi. Questa disposizione connota un eccesso di potere in materie di competenza delle regioni (innanzitutto, piani territoriali ed urbanistici).

Inoltre la formulazione di tale comma 5 sembra adombrare una limitazione dei diritti soggettivi e dei diritti reali in capo ad ogni cittadino alla sola possibilità di interloquire solo sugli impatti ambientali del piano o programma.

La giusta esigenza di semplificazione procedurale può trovare soluzione solo nella previsione opposta, e cioè che le forme di deposito e pubblicizzazione previste per i piani e programmi devono essere integrate con quelle per la "VAS".

6. La previsione dell'art. 16, comma 4, nonché dell'art. 19, comma 2, e dell'art. 20 comma 3, secondo cui possono essere fissate, anche su istanza del proponente, specifiche e diverse modalità di pubblicazione e di informazione, integrandole o semplificandole, si pone in contrasto con la Direttiva 2001/42/CE che, all'art. 6, comma 1, dispone che "La proposta di piano o programma ed il rapporto ambientale ... devono essere messi a disposizione ... del pubblico". Inoltre tale disposizione si pone illegittimamente come limitazione di un diritto soggettivo in capo ad ogni cittadino disposto dalla Direttiva.

7. L'art. 19 "Procedura di verifica preventiva" nonché l'art. 20 "Fase preliminare" dal testo previste esclusivamente nel Capo II "Disposizioni specifiche per la VAS in sede statale",

vanno necessariamente spostati nel Capo I "Disposizioni comuni in materia di "VAS" in quanto si tratta di fattispecie procedurali che riguardano anche i piani e programmi non di competenza dello Stato. Le loro previsioni vanno a tal fine opportunamente generalizzate per la loro applicazione sia nelle procedure statali sia in quelle regionali ovvero in quelle degli enti individuati dalle regioni.

8. Si segnala, inoltre, che la previsione dell'art. 68, comma 1, della parte terza del decreto in esame, secondo cui "I progetti di piano stralcio per la tutela dal rischio idrogeologico Non sono sottoposti alla valutazione ambientale strategica (VAS) ...", è in contrasto con le disposizioni dell'art. 3 ("Ambito di applicazione") della Direttiva 2001/42/CE.

3. Considerazioni sul Titolo III "VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE - VIA"

Per la VIA appare, invece, coerente, sia alla Direttiva 85/337 come modificata dalla Direttiva 97/11/CE, sia al tipo di procedura che la teoria e la prassi hanno consolidato a livello mondiale da alcuni decenni, la scelta compiuta nel titolo III della parte seconda del decreto in esame di prevedere una procedura autorizzativa, cui è preposta una autorità competente che emette un Giudizio di compatibilità ambientale.

Per quanto concerne le previsioni del titolo III della parte seconda del decreto in esame, relative alle procedure di VIA occorre, in primo luogo, sottolineare che le discipline proposte confermano ed estendono la portata di scelte già oggi oggetto di procedura di infrazione europea.

In particolare ciò è vero (Parere motivato 2003/2049 C(2005)2341 del 05/07/2005) per la mancata considerazione degli elementi di cui all'Allegato III della Direttiva 97/11/CE nella selezione dei progetti da assoggettare alle procedure di VIA. Tale scelta appare confermata nel titolo III della parte seconda del Decreto delegato in esame.

Ancora, si rileva che negli elenchi allegati al decreto in esame (Elenchi A e B dell'Allegato III alla parte seconda del Decreto delegato, che elencano i progetti assoggettati rispettivamente a VIA ed a Verifica - Screening) mancano alcune categorie progettuali contemplate nelle direttive comunitarie, unitamente al fatto che non si è tenuto conto delle situazioni consolidate nelle Regioni con particolare attenzione a quelle che hanno inserito nel proprio ordinamento giuridico disposizioni applicative della direttiva 97/11.

Tale mancata previsione è già oggetto di procedura di infrazione europea (Parere motivato 2003/2049 C(2005)2341 del 05/07/2005).

Inoltre, tale scelta è aggravata dalla scelta compiuta negli Elenchi A e B dell'Allegato III alla parte seconda del decreto delegato di non prevedere alcune ulteriori categorie progettuali previste dalle norme comunitarie rispetto a quelle già segnalate nel citato parere motivato.

A tale proposito si ritiene opportuno fare riferimento ai documenti prodotti, nel corso della prima metà dell'anno 2004, dall'apposito gruppo di lavoro, istituito tra Ministero dell'Ambiente e Regioni, finalizzato ad individuare modalità di recepimento della direttiva comunitaria 97/11/CE, percorribili dal punto di vista tecnico e metodologico, volte a superare l'infrazione comunitaria nei confronti del nostro paese.

In particolare le difformità dall'Allegato I della Direttiva, relativa ai progetti assoggettati a procedura di VIA, del decreto in esame riguardano le seguenti 2 categorie progettuali (individuata secondo la elencazione della Direttiva 85/337 come modificata dalla Direttiva 97/11):

- I. 5 *Impianti per l'estrazione di amianto, nonché per il trattamento e la trasformazione dell'amianto: per i prodotti di amianto - cemento, una produzione annua di oltre 20.000 tonnellate di prodotti finiti; per le guarnizioni da attrito, una produzione annua di oltre 50 tonnellate di prodotti finiti e, per gli altri impieghi dell'amianto, un'utilizzazione annua di oltre 20 tonnellate; (per quanto riguarda la definizione della soglia);*
- I. 18. a. *Impianti industriali destinati: alla fabbricazione di pasta per carta a partire dal legno o da altre materie fibrose;(per quanto riguarda la definizione della soglia).*

Le difformità dall'Allegato II della Direttiva, relativa ai progetti assoggettati a procedura di Verifica - Screening, del decreto in esame (che ampliano ulteriormente le difformità già contestate dalla Commissione europea) riguardano le seguenti 30 categorie progettuali (individuata secondo la elencazione della Direttiva 85/337 come modificata dalla Direttiva 97/11):

- II. 1. c) *Progetti di gestione delle risorse idriche per l'agricoltura, compresi i progetti di irrigazione e di drenaggio delle terre; (per quanto riguarda i Progetti di gestione delle risorse idriche per l'agricoltura);*
- II. 1. e) *Impianti di allevamento intensivo di animali (progetti non contemplati nell'allegato I).*
- II. 2. b) *Attività mineraria sotterranea;*
- II. 2. c); *Estrazione di minerali mediante dragaggio marino o fluviale;*
- II. 2. d); *Trivellazioni in profondità, in particolare: trivellazioni geotermiche; trivellazioni per lo stoccaggio dei residui nucleari; trivellazioni per l'approvvigionamento di acqua, escluse quelle intese a studiare la stabilità del suolo; (per quanto riguarda le trivellazioni per lo stoccaggio dei residui nucleari);*
- II. 2. e) *Impianti di superficie dell'industria di estrazione di carbon fossile, di petrolio, di gas naturale e di minerali metallici nonché di scisti bituminosi;*
- II. 3. a) *Impianti industriali per la produzione di energia elettrica, vapore e acqua calda (progetti non compresi nell'allegato I) (per quanto riguarda gli impianti industriali per la produzione di energia elettrica);*
- II. 3. c) *Stoccaggio in superficie di gas naturale;*
- II. 3. d) *Stoccaggio di gas combustibile in serbatoi sotterranei;*
- II. 3. e) *Stoccaggio in superficie di combustibili fossili;*
- II. 3. f) *Agglomerazione industriale di carbon fossile e lignite;*
- II. 3. g) *Impianti per il trattamento e lo stoccaggio di residui radioattivi (se non compresi nell'allegato I);*
- II. 3. h) *Impianti per la produzione di energia idroelettrica;*
- II. 5. a) *Cokerie (distillazione a secco del carbone);*
- II. 5. c) *Impianti destinati alla produzione di amianto e alla fabbricazione di prodotti a base di amianto (progetti non compresi nell'allegato I);*
- II. 5. e) *Impianti per la fusione di sostanze minerali, compresi quelli destinati alla produzione di fibre minerali;*
- II. 5. f) *Fabbricazione di prodotti ceramici mediante cottura, in particolare tegole, mattoni, mattoni refrattari, piastrelle, grès e porcellane;*

- II. 6. c) *Impianti di stoccaggio di petrolio, prodotti petrolchimici e chimici; (per quanto riguarda la limitazione ai soli prodotti petrolchimici e chimici pericolosi ai sensi della legge 29 maggio 1974, n. 256);*
- II. 10. b) *Progetti di riassetto urbano, compresa la costruzione di centri commerciali e parcheggi; (per quanto riguarda centri commerciali e parcheggi)*
- II. 10. c) *Costruzione di ferrovie, di piattaforme intermodali e di terminali intermodali (progetti non compresi nell'allegato I); (per quanto riguarda piattaforme intermodali e terminali intermodali);*
- II. 10. e) *Costruzione di strade, porti, e impianti portuali, compresi i porti di pesca (progetti non contemplati dall'allegato I; (per quanto riguarda la costruzione di porti e impianti portuali compresi i porti di pesca).*
- II. 10. g) *Dighe e altri impianti destinati a trattenere le acque o ad accumularle in modo durevole (progetti non compresi nell'allegato I);*
- II. 10. l) *Progetti di estrazione o di ricarica artificiale delle acque freatiche, non compresi nell'allegato I; (per quanto riguarda i progetti di ricarica artificiale)*
- II. 10. m) *Opere per il trasferimento di risorse idriche tra bacini imbriferi, non comprese nell'allegato I;*
- II. 11. d) *Depositi di fanghi;*
- II. 11. h) *Impianti per il recupero o la distruzione di sostanze esplosive;*
- II. 11. i) *Stabilimenti di squartamento;*
- II. 12. a) *Piste da sci, impianti di risalita, funivie e strutture connesse; (per quanto riguarda le piste da sci);*
- II. 12. d) *Terreni da campeggio e caravaning a carattere permanente,*
- II. 12. e) *Parchi tematici.*

Nell'art. 23, comma 4, del Titolo III del Decreto delegato in esame si dispone l'esclusione dall'ambito di applicazione della VIA di una serie di tipologie di progetti, in contrasto con le disposizioni comunitarie che prevedono l'esclusione solo per i progetti relativi ad opere ed interventi destinati esclusivamente a scopi di difesa nazionale.

I progetti relativi ad opere ed interventi destinati esclusivamente a scopi di protezione civile o disposti in via d'urgenza possono essere esclusi unicamente alle condizioni e secondo le modalità di cui all'art. 2, comma 3 della direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE e dalla Direttiva 2003/35/CE.

Analogamente non è possibile l'esclusione in modo generalizzato dei progetti relativi ad opere di carattere temporaneo, con particolare riferimento ai progetti di cui all'allegato I della direttiva 85/337/CEE che devono essere sottoposte a procedura di verifica o di valutazione secondo i criteri indicati al punto 13 dell'allegato II della direttiva medesima.

Nell'art. 24 del titolo III della parte seconda del Decreto delegato in esame, tra le finalità della VIA, è ricompresa solo parzialmente (per quanto riguarda le ragioni della scelta tra le alternative) la considerazione delle "principali alternative prese in esame dal committente, con indicazione delle principali ragioni della scelta, sotto il profilo dell'impatto ambientale". Questa difformità è in contrasto con la prescrizione dell'art. 5, comma 3, della Direttiva 85/337/CE come modificata dalla direttiva 97/11/CE, che prevede tale obbligo.

L'attribuzione allo Stato della competenza per le procedure di VIA e per le procedure di verifica - screening per i progetti sottoposti ad autorizzazione statale, prevista dall'art. 25, comma 1, lett. a), del titolo III della parte seconda del Decreto delegato in esame, è molto critico ed inaccettabile (e, con ogni probabilità, non valutato nelle sue conseguenze pratiche ed organizzative).

Infatti, in base alla lettera di questa disposizione, quasi tutte le procedure (di VIA e di verifica - screening) possono essere attribuite allo Stato.

Questa previsione, si pone in contrasto con la legge delega 308/2004 che prevedeva il rispetto del principio di sussidiarietà e conseguentemente delle competenze così come delineate dal D. Lgs. 112/1998. La disciplina che prevede un accentramento delle competenze da parte del livello di governo statale configurerebbe un esercizio del potere da parte del Governo, ben al di là dei limiti posti dalla delega.

Altrettanto critica ed inaccettabile (e, anche in questo caso, non valutato nelle sue conseguenze pratiche ed organizzative) è l'attribuzione, prevista sempre dall'art. 25, comma 1, lett. a) del titolo III della parte seconda del Decreto delegato in esame, allo Stato della competenza, per le procedure di VIA e per le procedure di screening, per i progetti aventi impatto ambientale interregionale.

E' appena il caso di ricordare che tutte le normative regionali sulla VIA contengono già disposizioni che garantiscono il coordinamento delle Regioni direttamente interessate nel caso di impatti ambientali interregionali sia nella forma di informazione e consultazione sia nella forma di codecisione tramite una intesa tra le Regioni interessate.

Anche questa disposizione si pone in contrasto con la legge delega 308/2004 che prevedeva il rispetto del principio di sussidiarietà.

Illogica appare, inoltre, la mancata precisa individuazione positiva della attribuzione delle competenze.

Questa indeterminatezza avvalorava l'ipotesi di una scelta per un forte accentramento allo Stato delle competenze.

Anche questa disposizione si pone in contrasto con la legge delega 308/2004 che prevedeva il rispetto del principio di sussidiarietà.

Altamente problematica appare la scelta di ridurre i termini per l'espletamento della procedura di VIA a 90 giorni (art. 31, comma 1). Questo termine non consente il coordinamento delle procedure autorizzative, che è invece già disciplinato da numerose leggi regionali ed è previsto all'art. 45, comma 1, della parte seconda del decreto delegato in esame.

Le leggi regionali vigenti prevedono, infatti, normalmente un termine di 150 giorni (mentre poche Regioni prevedono termini di 120 giorni), consentendo così di integrare la procedura di VIA con le procedure ordinarie per la realizzazione dei progetti. Ciò consente un risparmio effettivo di tempo e risorse da parte del proponente e della pubblica amministrazione, e rende efficace la sua attività.

La previsione contenuta nell'art. 33 secondo cui tutti gli elementi positivamente valutati in sede di "VAS" o comunque decisi in sede di approvazione del piano o programma costituiscono dati acquisiti per la VIA appare in secco contrasto con le disposizioni dell'art. 11 della Direttiva 2001/42/CE secondo cui la Valutazione ambientale dei piani e programmi "...*lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva 85/337/CEE e qualsiasi altra disposizione della normativa comunitaria.*"

L'atto di indirizzo e coordinamento 12 aprile 1996 e, conseguentemente, tutte le normative regionali di recepimento, prevedevano la possibilità di un incremento o decremento delle soglie nella misura massima del 30 %, in ragione della disomogeneità

del territorio nazionale che presenta peculiarità ambientali e territoriali diverse da regione a regione.

L'art. 42, comma 2, della parte seconda del decreto limita al solo incremento la possibilità di variazione delle soglie, nella misura massima del 20%, da parte delle Regioni. Ciò non si ritiene possibile in quanto, come possono esservi aree ambientalmente meno sensibili, così possono esservi aree che risultano più fragili e che quindi esigono da parte della Regione interessata una maggiore tutela.

Si ritiene inoltre opportuno conservare il margine del 30 % utilizzato dalle norme regionali vigenti per limitare gli interventi normativi di adeguamento delle normative regionali ormai consolidate.

La parte seconda del decreto richiama, all'art. 45, l'opportunità da parte delle Regioni di armonizzare, coordinare e se possibile integrare la procedura di valutazione di impatto ambientale con le procedure ordinarie di assenso alla realizzazione delle opere. Tale opportunità, come già evidenziato, può essere colta unicamente prorogando i termini della procedura di VIA di 60 giorni, allineandosi al termine di 150 giorni già previsto dalle normative regionali che prevedono il coordinamento e l'integrazione della procedura di VIA con le diverse procedure autorizzative.

Si segnalano di seguito alcuni elementi contraddittori, in particolare con le disposizioni della Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE, presenti nel testo del Titolo II:

1. L'art. 24, comma 1, lett. b) prevede che siano valutati gli effetti sull'interazione tra i seguenti fattori: uomo, fauna, flora, suolo, acque di superficie e sotterranee, aria, clima paesaggio. Questa previsione è in contrasto con la disposizione dell'art. 3, comma 1, della Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE, che prevede che l'interazione sia estesa, oltre ai fattori citati, anche in relazione ai beni materiali ed al patrimonio culturale.
2. L'art. 26, comma 3, prevede che il proponente può chiedere di essere in tutto o in parte esonerato dagli "adempimenti di cui al comma 2", relativi alla trasmissione a regioni, province e comuni del progetto e dello studio di impatto ambientale. Questa previsione si pone in contrasto con la Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE che, all'art. 6, comma 1, dispone che "*... le autorità che possono essere interessate al progetto per la loro specifica responsabilità in materia di ambiente abbiano la possibilità di esprimere il loro parere ...*".
3. Appare necessario prevedere uno specifico articolo per strutturare la fase di definizione dei contenuti del progetto e dello studio di impatto ambientale (c.d. "scooping") spostandovi le previsioni dei commi 2, 3 e 5 dell'art. 27.

4. Nell'art. 28, comma 2, appare necessario prevedere alla pubblicazione dell'annuncio di avvenuto deposito del progetto e dello studio di impatto ambientale sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica per i progetti di competenza statale e sui rispettivi Bollettini Ufficiali Regionali o Provinciali per i progetti di competenza regionale o provinciale, al fine di dare univoca certezza ai termini del procedimento.
5. Appare utile abrogare l'art. 30 "Istruttoria tecnica", in quanto definisce solo elementi marginali dell'istruttoria tecnica, trascurando, in contrasto con le disposizioni della 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE, i compiti principali dell'istruttoria tecnica, relativi, in primo luogo alla valutazione degli impatti ambientali ed alla formulazione di un giudizio finale ponderato.
6. Appare utile riformulare l'art. 32 "Procedura di verifica" (c.d. "screening") al fine di rendere tale procedimento più compiutamente rispondente alle disposizioni della Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE e di definire più linearmente fasi procedurali, compiti, termini ed effetti del procedimento.
7. Appare utile abrogare l'art. 34 "Relazioni tra VIA e IPPC", in quanto le previsioni dell'art. non introducono, di fatto, innovazioni rispetto a quanto già previsto dal D. Lgs. 59/2005, che non viene abrogato dal Decreto in esame.
8. La previsione (art. 36, comma 2) di effettuare presso comuni, province e regioni il deposito solo dello "stralcio del progetto e dello studio di impatto ambientale" si pone in contrasto con le disposizioni dell'art. 6, commi 1 e 2, della Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE che dispongono la messa a disposizione delle autorità che possono essere interessate per la loro specifica responsabilità in materia di ambiente e del pubblico. Inoltre tale disposizione si pone illegittimamente come limitazione di un diritto soggettivo in capo ad ogni cittadino disposto dalla stessa Direttiva.
9. La previsione dell'art. 36, comma 3, secondo cui "Resta ferma la facoltà per il committente o proponente di richiedere in via preventiva al Ministro dell'ambiente ... la definizione ... di modalità di divulgazione più adeguate e praticabili...". Anche questa previsione si pone in contrasto con le disposizioni dell'art. 6, commi 1 e 2, della Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE che dispongono la messa a disposizione delle autorità che possono essere interessate per la loro specifica responsabilità in materia di ambiente e del pubblico. Inoltre tale disposizione si pone illegittimamente come limitazione di un diritto soggettivo in capo ad ogni cittadino disposto dalla Direttiva.
10. Appare utile riformulare e spostare nelle "disposizioni comuni", l'art. 40 "Effetti del giudizio di compatibilità ambientale" al fine di rendere precisi ed univoci gli effetti di tale giudizio e di rendere tali effetti applicabili a tutte le procedure di VIA e non solo a quelle statali.
11. Nell'art. 42, comma 2, appare irragionevole limitare la facoltà, sulla base degli elementi indicati nell'Allegato IV, delle regioni e province autonome al solo incremento, nella misura massima del 20%, delle soglie dell'elenco B dell'Allegato III, da stabilire in relazione alle diversità e peculiarità ambientali del territorio nazionale. Al riguardo si sottolinea che la previgente normativa

(D.P.R. 12 aprile 1996 e conseguentemente, tutte le normative regionali di recepimento) prevedeva la possibilità di un incremento o decremento delle soglie nella misura massima del 30 %.

12. E' necessario abrogare le previsioni di procedure semplificate, previste dall'art. 46 per i progetti di dimensioni ridotte o di durata limitata realizzati da artigiani o piccole imprese, in quanto esse si pongono in contrasto con le disposizioni della Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE, che non prevedono tali semplificazioni ovvero dispongono (punto 13, Allegato II della Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE) l'assoggettamento dei progetti di cui all'Allegato I di durata limitata (non superiore a due anni) alle procedure di verifica Screening.
13. E' necessario inserire, nell'Elenco A dell'Allegato III alla parte seconda, la previsione di cui al punto 8, della Direttiva 2003/35/CE, che ha previsto l'integrazione dell'Allegato I della Direttiva 85/337/CEE come modificata dalla Direttiva 97/11/CE con il seguente punto "22. *Ogni modifica o estensione dei progetti elencati nel presente allegato, ove la modifica o l'estensione di per sé sono conformi agli eventuali valori limite stabiliti nel presente allegato*".

4. Considerazioni sull'IPPC

Una prima osservazione riguarda il fatto che, in pratica di IPPC non vi è quasi traccia nel testo della parte seconda del Decreto delegato.

Non viene specificato che per l'IPPC rimangono valide le disposizioni del recente D. Lgs. 59/2005 (non essendo tale decreto abrogato).

Nell'art. 34 della parte seconda del Decreto delegato appare contraddittoria la disciplina delle relazioni tra VIA e IPPC nella parte che prevede l'integrazione fra loro delle rispettive procedure.

Nel senso che il comma 1 dispone che la VIA è integrata nell'IPPC, mentre il comma 2 dispone che, nelle more del rilascio della VIA, la procedura di IPPC rimane sospesa e che l'autorità che rilascia l'Autorizzazione Integrata Ambientale si pronuncia tenuto conto del giudizio di compatibilità ambientale.

Quest'ultima previsione, è perfettamente coincidente nella sostanza con la previsione dell'art. 5, comma 12, del D. Lgs. 59/05, che, come ricordato, rimane vigente.

Le Previsioni dell'art. 34 appaiono, dunque, inutili ed ultronee.

Occorre inoltre sottolineare che la previsione della legge delega 308/2004 di giungere ad una semplificazione dei procedimenti autorizzatori con il rilascio di un'autorizzazione unica, non trova nessun riscontro nel testo della bozza di decreto delegato.

L'indicazione di una unificazione dei procedimenti sembra quindi scomparsa e torna ad essere privilegiato l'approccio settoriale.

Si evidenzia che l'art. 271 della parte quinta del decreto delegato in esame prevede, al comma 15 per quanto riguarda i grandi impianti di combustione, ed al comma 16 per gli impianti sottoposti ad autorizzazione integrata ambientale, che i valori limite e le prescrizioni del medesimo art. 271 si applicano al rilascio delle rispettive autorizzazioni integrate ambientali.

Tale previsione è in contrasto con quanto disposto dalla Direttiva 96/61/CE (art. 5 "Condizioni dell'autorizzazione ambientale") per gli impianti IPPC, secondo cui i limiti di emissione non sono fissati preventivamente in modo uniforme su tutto il territorio, ma è la specifica procedura IPPC che conduce alla definizione dei limiti di emissione, considerando

le peculiari caratteristiche territoriali ed ambientali del sito di insediamento dell'impianto ed applicando le "migliori tecniche disponibili".

Del tutto analoga disposizione è contenuta nel D. Lgs. 59/2005 (art. 7 "Condizioni dell'autorizzazione ambientale"), che rimane pienamente vigente.

Si evidenzia che l'art. 273 della parte quinta del decreto delegato in esame, relativo ai grandi impianti di combustione, è in contrasto con la Direttiva 96/61/CE ed il D. Lgs. 59/2005 che rimane pienamente vigente. Ciò è fonte di conflitti e contenziosi.

Si sottolinea che, in ottemperanza a quanto disposto dalla Direttiva 96/61/CE, le uniche disposizioni applicabili a tali impianti sono le disposizioni relative alla autorizzazione integrata ambientale ai sensi del D. Lgs. 59/2005.

CONSIDERAZIONI SULLA PARTE III - SEZIONE I - IN MATERIA DI DIFESA DEL SUOLO E LOTTA ALLA DESERTIFICAZIONE

Pare opportuno premettere che le considerazioni che seguono, salvo alcune specifiche questioni particolarmente rilevanti, si riferiscono al sistema proposto nel suo complesso e non sono un esame dettagliato delle singole disposizioni.

Il testo uscito dal Consiglio dei Ministri in seconda approvazione, a seguito delle osservazioni espresse dalle Commissioni Ambiente della Camera e del Senato, recepisce in minima parte alcune osservazioni della stessa maggioranza e riscrive nuovamente alcune importanti parti del progetto dando conto di una pervicace volontà demolitrice dell'attuale sistema con l'obiettivo di ridisegnare su base centralistica la politica in materia di difesa del suolo.

Nell'articolo delle definizioni la stessa definizione viene data al "reticolo idrografico" ed all' "opera idraulica" dando conto di una confusa cognizione della materia o, quanto meno, di una stesura affrettata e non verificata.

All'art. 55 sulla attività conoscitiva compare ancora l'ANCI con compiti operativi di monitoraggio stavolta però con una destinazione finanziaria già per il 2006 pari al 1,5 per cento della "massa spendibile annualmente per spese investimento da parte del Ministero Ambiente". Una valutazione prudente porta a stimare intorno a 5 milioni di euro tale finanziamento. Non si valuta negativamente il merito ma certamente il metodo che non valuta priorità e assegna risorse senza criterio.

Per quanto riguarda le Autorità di bacino distrettuali, sono definiti organi dell'Autorità di Bacino: la Conferenza istituzionale permanente, il Segretario generale, la Segreteria tecnico-operativa e la Conferenza operativa di servizi.

La novità è la conferenza operativa di servizi che pare essere una sorta di attuatore di maggior dettaglio delle decisioni della Conferenza permanente, decide anche questa a maggioranza, non esiste però chiarezza di compiti.

Inaspettatamente e senza alcuna concertazione con le Regioni vengono individuati otto distretti idrografici senza tener conto delle competenze e dell'esperienza acquisita in più di quindici anni di gestione delle Autorità di Bacino. Argomentazioni tecniche pro e contro se ne possono fare tante, ciò che non è assolutamente condivisibile è che in questi macrodistretti ancora una volta il peso regionale tende a scomparire a favore del decisionismo ministeriale.

La riforma ha inoltre tempi brevi in quanto le "vecchie" autorità sono soppresse dal 30 aprile 2006, e non più dal 30 giugno come nel testo precedente, non consentendo al prossimo nuovo governo il tempo per recepire la riforma.

Questa tecnica da "avvelenamento dei pozzi" produrrà un periodo di incertezza dannoso anzi pericoloso per il paese destinata a durare per molto tempo.

Si riportano di seguito le principali considerazioni sulla materia alla luce delle modificazioni introdotte in seconda stesura dal Governo.

Occorre osservare, in via preliminare, che detto schema attiene alla materia della difesa del suolo che, in base al nuovo art. 117 della Costituzione, secondo un consolidato orientamento dottrinale e in parte giurisprudenziale, condiviso dalla Conferenza delle Regioni nell'ambito dei lavori di approfondimento condotti a suo tempo sul nuovo Titolo V, rientra nella materia "governo del territorio", che ha natura di materia concorrente. Pertanto il legislatore statale incontra in questa materia il limite dei principi fondamentali, cui devono attenersi le Regioni nell'elaborazione delle proprie normative. Al contrario il decreto contiene una completa rivisitazione della materia, disciplinata puntualmente, ledendo così la sfera legislativa regionale costituzionalmente garantita.

Si evidenzia innanzitutto che il testo del decreto legislativo in esame non risponde all'esigenza di revisione e aggiornamento della disciplina della materia di difesa del suolo che già la Commissione Veltri aveva prospettato nel 1998 in termini di rafforzamento del governo cooperativo e partecipato dei bacini idrografici, né all'esigenza di unità, organicità e partecipazione e pubblicità degli atti (nonostante le tardive correzioni) posta nella direttiva comunitaria 2000/60/CE (artt. 13 e 14) di cui tale decreto costituisce il recepimento. E tanto meno rispetta i criteri e i principi contenuti nella legge delega n. 308/2004 e nel D.Lgs. n. 112/1998. Come sopra indicato, la legge 308/2004 delega il Governo ad emanare uno o più decreti di "riordino, coordinamento od integrazione" nelle materie oggetto dello schema e quindi a redigere Testi Unici cd. "compilativi" o "ricognitivi" per il coordinamento e la semplificazione delle norme di settore. Con il presente schema di decreto il Governo non si è limitato ad operare una ricognizione delle norme in materia di difesa del suolo, aggiornandole in relazione alla normativa comunitaria e raccogliendole in un T.U. omogeneo, bensì ha

apportato sostanziali modifiche alla disciplina vigente disponendo la riforma delle Autorità di Bacino e determinando uno sconvolgimento dell'assetto delle competenze tra Stato e Regioni in violazione di quanto esplicitamente previsto al comma 8 dell'art. 1 della L. n. 308/2004 e dei principi sanciti dal D.Lgs. n. 112/1998.

Il decreto infatti abroga le norme vigenti in materia di difesa del suolo (nello specifico la l. 183/89 e l'art. 1 del D.L. n. 180/98, convertito dalla L. 267/98), ma non riordina la materia in maniera organica, né coordina i diversi livelli di pianificazione ordinaria e straordinaria e di programmazione e finanziamento degli interventi definiti dalle norme vigenti, limitandosi a riproporre parti dei provvedimenti abrogati, senza una verifica della coerenza e della compiutezza della costruzione che ne deriva. Il risultato è un insieme di norme lacunose e stravolgenti sia in materia di allocazione di competenze sia in materia di definizione dei procedimenti di formazione e approvazione dei piani e dei programmi di intervento.

In relazione alle competenze, il decreto ridefinisce il quadro delle stesse in senso centralistico, svuotando di fatto il ruolo delle Regioni. Tale scelta oltre ad essere politicamente inaccettabile e astorica, mostra anche evidenti profili di incostituzionalità. In particolare le Regioni vengono esautorate di ogni potere pur essendone state finora contitolari con il governo centrale, con riferimento alle autorità di bacino nazionali, e titolari in via esclusiva, con riferimento alle autorità di bacino interregionali e regionali. Le correzioni apportate al testo approvato in seconda lettura sulla base delle osservazioni regionali non sono certo sufficienti a dare al quadro delle competenze disegnato dal decreto la necessaria coerenza con i criteri posti dalla legge delega.

Il decreto infatti attribuisce al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio le funzioni di programmazione, finanziamento e controllo degli interventi in materia di difesa del suolo (art. 58, comma 3, lett. a) nonché di previsione, prevenzione e difesa del suolo da frane, alluvioni e altri fenomeni di dissesto idrogeologico (art. 58, comma 3, lett. b) mentre riconosce alle Regioni un mero ruolo di proposta e di osservazioni da esercitarsi in ambito di Conferenza Stato-Regioni (art. 59) e in materia di attività conoscitiva riconosce il solo ruolo dell'APAT (ora specificato in Servizio geologico nazionale) a livello nazionale, superando la logica di definizione congiunta Stato-Regioni degli standards di raccolta, elaborazione, consultazione dati che invece era ben chiara nel Decreto 24/07/2005 di trasferimento del Servizio idrografico e mareografico alle Regioni.

Ulteriore lesione a danno dell'autonomia delle Regioni si registra in sede finanziaria laddove all'art. 67, comma 6, si prevede una finalità vincolata alle risorse regionali.

Problematica risulta inoltre la normativa inerente gli strumenti di pianificazione.

I "piani di assetto idrogeologico" attualmente vigenti sono di fatto nati come strumenti esplicitamente connessi alla gestione integrata del territorio con un forte incardinamento concettuale e tecnico alla legislazione e agli indirizzi politico-amministrativi fondamentali delle Regioni, collegati al profilo della governance, (così come indicato dalla Commissione europea nel Libro bianco sulla governance europea) e affidati fortemente, ai bisogni di "apertura", "partecipazione", "responsabilità", "efficacia", "coerenza".

Con l'approvazione del PAI si è pervenuti al necessario superamento degli strumenti di emergenza per la prevenzione dei rischi idraulici e idrogeologici e per la mitigazione degli effetti di eventuali criticità su persone e beni con il ritorno all'ordinarietà nella pianificazione, programmazione e attuazione delle politiche di tutela del territorio.

Peraltro, ai sensi dell'art.1 bis comma 3 della Legge 365/2000 "Conversione in legge del decreto - legge 279/2000..." recante interventi urgenti per le aree a rischio idrogeologico, ai fini dell'adozione ed attuazione dei piani stralcio e della necessaria coerenza tra pianificazione di bacino e pianificazione territoriale, le Regioni convocano una conferenza programmatica, articolata per sezioni provinciali, o per altro ambito territoriale deliberato dalle Regioni stesse, alle quali partecipano le Province ed i Comuni interessati, unitamente alla Regione e ad un rappresentante dell'Autorità di Bacino.

Il comma 4 stabilisce inoltre che la Conferenza "esprime un parere sul progetto di piano con particolare riferimento alla integrazione a scala provinciale e comunale dei contenuti del piano, prevedendone le necessarie prescrizioni idrogeologiche ed urbanistiche.

Il comma 5 stabilisce che le determinazioni assunte in sede di comitato istituzionale, a seguito di esame nella conferenza programmatica, costituiscono variante agli strumenti urbanistici.

Con sentenza n. 524 del 21.11.02 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del comma 5 dell'art.1 bis della L.365/2000, affermando che lo stesso si pone in netto contrasto con le competenze regionali in materia urbanistica, né le determinazioni del comitato istituzionale possono avere incidenza diretta ed automatica di modifica degli strumenti di pianificazione urbanistica, tanto più se a carattere permanente, ricordando che già esiste, a livello legislativo, la possibilità di introdurre disposizioni con carattere immediatamente vincolante ai sensi dell'art.17, comma 5, della legge 183/1989.

Ora lo schema di decreto prevede come strumento cardine di pianificazione il piano di bacino distrettuale (art. 65) di cui costituiscono piani stralcio il piano di gestione (art. 117) e il piano di tutela (art. 121) nonché un piano stralcio di distretto per l'assetto idrogeologico (art. 67, comma 1, ma questi piani sono già vigenti! Questa è una norma datata copiata dalla abrogata

L. 267/98 che non può oggi essere riproposta) ed eventuali piani straordinari (art. 67, comma 2).

Non è ben chiara la linea di demarcazione tra i contenuti di tali piani che appaiono pressochè analoghi e le relative procedure di adozione e approvazione, oltre a presentarsi indeterminate e confuse, in quanto sono definiti solo alcuni passaggi, disattendono le esigenze di trasparenza e pubblicità insite nei processi di pianificazione territoriale nonché le esigenze di partecipazione attiva e consultazione dettate dalla direttiva comunitaria (art. 14), e pertanto richiedono l'integrazione delle fasi di pubblicizzazione e consultazione che pure la L. 183 conteneva e che già erano state giudicate insufficienti rispetto alle esigenze di condivisione delle scelte da parte delle comunità locali e dei diversi portatori di interessi. La recente aggiunta del comma 7 dell'art.66, che prevede un ruolo delle Autorità di distretto nella promozione della "partecipazione attiva di tutte le parti interessate all'elaborazione, al riesame e all'aggiornamento dei piani di bacino", non supplisce alle abrogate norme della L. 183/89 in quanto viene omessa la definizione del procedimento; tanto meno questa integrazione pare in grado di soddisfare le prescrizioni della direttiva 2000/60/CE sull'allargamento dell'orizzonte di consultazione nella formazione dei piani.

Inoltre il richiamo al rapporto ambientale quale allegato del piano e alla valutazione ambientale strategica rende ancora più confuse le procedure e incerta l'effettiva approvazione dei piani di bacino proprio per la mancata individuazione del soggetto competente all'elaborazione del rapporto ambientale.

In sostanza il decreto non riesce a definire compiutamente gli strumenti di pianificazione e soprattutto non riesce a delineare il sistema dei rapporti tra i piani medesimi e tra questi e gli strumenti di pianificazione già vigenti in materia di difesa del suolo nonché i Piani Territoriali di coordinamento provinciale (PTCP) che neppure vengono presi in considerazione nonostante l'art. 57 del d.lgs. 112/1998 stabilisca che i PTCP possono assumere valore e contenuti di piano di bacino, creando tra l'altro il rischio di vanificare il governo unitario del bacino idrografico.

Anche con riferimento all'attività di programmazione in materia si osserva il totale accentramento al Ministero dell'Ambiente della funzione di formazione, finanziamento e controllo quando invece la L. 183/89 e la L. 267/98 attribuiscono alle Regioni un ruolo centrale nella formazione delle scelte. Il testo del decreto propone un modello di programmazione che di fatto esautorava le Regioni e le Autorità di bacino dalle competenze in materia.

Altro aspetto dello schema di decreto che suscita notevoli perplessità riguarda le Autorità di bacino di distretto, sia per la parte che ne definisce gli organismi sia in quella che individua le otto nuove Autorità.

Per il primo aspetto si osserva che il peso delle Regioni nella Conferenza istituzionale permanente, introdotta all'art. 63 dal Governo, è fortemente ridimensionato, rispetto all'attuale composizione dei Comitati Istituzionali previsti dalla L. 183/99, in quanto si prevede un aumento dei rappresentanti del Governo nazionale: da quattro a sei, più il delegato del Dipartimento della Protezione civile. La presenza del solo Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio, in rappresentanza del Presidente del Consiglio, può essere sufficiente ad assicurare l'unità di indirizzo nazionale, senza inutili ridondanze. Per quanto concerne la Conferenza operativa di servizi, bizzarra invenzione che dovrebbe sostituire il Comitato Tecnico delle attuali Autorità di bacino, si nota che non appaiono chiari i compiti che sono definiti in maniera molto approssimativa ("provvede all'attuazione ed esecuzione di quanto disposto ai sensi del comma 5, nonché al compimento degli atti gestionali e di ordinaria amministrazione"). Si ricorda inoltre che il Comitato Tecnico delle Autorità di bacino era incaricato dalla L. 183/89 di redigere il Piano di bacino, avvalendosi dalla segreteria tecnica, funzione che il testo in esame "dimentica" di attribuire.

Per il secondo aspetto, l'individuazione degli otto nuovi Distretti idrografici, si nota come faccia perdere uno dei principi fondamentali introdotti dalla L. 183/89, vale a dire la dimensione del bacino idrografico come riferimento unico ed imprescindibile per ogni azione di pianificazione, programmazione e gestione della difesa del suolo e del ciclo delle acque; appare infatti incongruente con le logiche di bacino idrografico la suddivisione dell'Italia appenninica in tre distretti-fasce (settentrionale, centrale, meridionale) posti a cavaliere del crinale, in quanto non vi sono ragioni per valutare insieme le problematiche territoriali della difesa del suolo e delle acque dei versanti tirrenico ed adriatico, separati ed indifferenti l'uno all'altro. L'individuazione dei distretti idrografici proposta risulta a dir poco improvvisata, arbitraria e senza criteri ordinatori, ma soprattutto svincolata dai principi informativi della Direttiva 2000/60/CE che definisce i Distretti Idrografici come bacini omogenei soprattutto in relazione alle finalità della direttiva stessa, e quindi agli obiettivi di qualità e di bilancio idrico da garantire.

Nonostante il nuovo disegno degli organi delle Autorità di bacino, queste continuano a configurarsi quali soggetti a totale emanazione statale in netto contrasto con quanto disposto dalla L. 183 ove le Autorità di bacino nazionali sono configurate quali organismi a partecipazione mista Stato-Regioni e le altre autorità quali organismi a totale composizione regionale.

La composizione della conferenza istituzionale permanente stabilita all'art. 63, comma 4, sembra non garantire un'adeguata rappresentatività di tutti gli enti cointeressati e coinvolti. Tale previsione potrebbe determinare l'anomalia per cui nei distretti idrografici insulari o di piccole dimensioni (quelli di Sicilia e Sardegna e del Serchio) le decisioni verrebbero assunte da una conferenza di servizi a netta prevalenza governativa, con notevoli effetti anche sul principio della sussidiarietà.

Il meccanismo dell'adozione a maggioranza del piano in sede di conferenza inoltre può comportare l'imposizione di scelte e decisioni in materia di pianificazione non condivise da parte di una singola Regione.

Ulteriore motivo di censura riguarda la totale assenza di normativa transitoria che regolamenti le fasi di passaggio dalle norme di cui si prevede l'abrogazione a quelle in questione e di passaggio dai piani vigenti e quelli qui previsti.

In conclusione le principali incongruenze e problematiche insite nella sezione decreto dedicato alla difesa del suolo possono così schematicamente riassumersi:

Recepimento solo formale della Direttiva 2000/60/CE e violazione dei principi e criteri direttivi della legge delega n. 308/2004.

Accentramento delle competenze in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio con conseguente esclusione della Regione.

Frammentazione delle competenze nella pianificazione, programmazione e gestione degli interventi nei settori della difesa del suolo, della tutela quali-quantitativa e della gestione delle risorse idriche.

Incompletezza e confusione nelle procedure di adozione e di approvazione dei piani di bacino.

Mancato coordinamento tra i piani di settore tra loro e tra questi e gli strumenti di pianificazione vigenti.

Mancanza di regole fino all'approvazione del Piano di bacino idrografico.

Impossibilità, allo stato attuale, di approvare il Piano di bacino distrettuale.

Perplessità e dubbi in merito alla individuazione dei Distretti idrografici ed ai compiti della Conferenza operativa dei servizi

Appare evidente che il Governo ha perso un'importante occasione per creare una normativa unica, completa e coerente, in cui siano comprese, integrate e aggiornate le norme necessarie ad assicurare sia la tutela dell'ambiente, inteso quale insieme dei sistemi suolo, sottosuolo,

acqua, aria, flora, fauna, habitat, sia l'uso razionale delle risorse ambientali, nonchè le norme utili ad indirizzare lo sviluppo socio-economico del territorio verso forme e modalità coerenti con le caratteristiche dell'ambiente.

Non è pensabile approntare normative di importanza strategica e di forte impatto sul territorio senza coinvolgere nel processo decisionale le Regioni, giungendo perfino a sopprimere le Autorità di Bacino della legge 183/89 e tutto ciò che queste hanno prodotto fino ad oggi in termini di sistemi di pianificazione, normative, vincoli e prescrizioni.

Il pericolo maggiore derivante da questo decreto è quello di creare un vuoto normativo che rischi di abbandonare a se stesso e ad un uso improprio il territorio italiano, che, per le sue caratteristiche fisiche oltre che per il verificarsi sempre più frequente di eventi climatici estremi, è sempre più soggetto a fenomeni di dissesto idrogeologico, con danni ingenti alle popolazioni, all'urbanizzato, alle infrastrutture, alle attività produttive.

CONSIDERAZIONI SULLA PARTE - SEZIONI II E III - IN MATERIA DI TUTELA DELLE ACQUE E GESTIONE DELLE RISORSE IDRICHE

Profili metodologici

Alla lamentata inadeguatezza del testo proposto rispetto alle necessità di riforma del settore "acqua" e alla scarsa trattazione organica dei tre profili di materia oggetto della Parte III (difesa suolo, tutela delle acque e gestione delle risorse idriche) è stato obiettato dal Governo che, al contrario, le tre inerenti Sezioni sono "fra loro fortemente interconnesse e consequenziali".

Ed infatti esse sono così "connesse e consequenziali" che, tanto per citare alcuni esempi:

- l'apparato definitorio, fondamentale chiave di lettura dell'intera disciplina di settore, risulta duplicato nelle varie sezioni con refusi, ridondanze e incongruenze tra le stesse, con ciò compromettendo una piana applicazione delle norme e creando difficoltà interpretative destinate a condizionare gli operatori del settore ed aumentare il rischio di contenzioso amministrativo e giurisdizionale;
- la Sezione Terza relega alla parte finale della Parte III disposizioni inerenti la gestione delle risorse idriche aventi carattere di principio generale fondamentale; si pensi ad esempio al principio di pubblicità di tutte le acque, cardine dell'intero sistema di tutela e gestione e che come tale, in una vera rivisitazione organica della materia, avrebbe avuto una ben diversa collocazione al fine di improntare l'intera disciplina conseguente, a partire dalla stessa difesa del suolo nella sua accezione storica anche di difesa "delle" acque;

- la gestione del demanio idrico attinente all'utilizzo delle acque pubbliche è trattata contestualmente e in modo frammentario alla Sezione Seconda e alla Sezione Terza, ripercorrendo i relativi passaggi rispettivamente del d.lgs. 152/1999 e della l. 36/1994, senza compiere quel riordino e quella compenetrazione tra i due corpi normativi che da tempo si auspicava per consentire alle Regioni di porre rimedio ai danni provocati da una precedente gestione da parte della burocrazia statale praticamente inesistente;
- le problematiche relative al bilancio idrico e alla sua pianificazione sono state trattate in due distinte Sezioni, dimenticando lo stretto rapporto che intercorre tra bilancio idrico e pianificazione dell'economia idrica, il solo strumento che può farsi carico della concreta soluzione del grave problema degli squilibri quantitativi della risorsa;
- a sua volta il risparmio idrico, anziché essere sancito come principio fondamentale, relativo ad ogni utilizzazione della risorsa, è trattato sia nella Sezione Seconda, sia nella Sezione Terza ma in un'ottica sostanzialmente circoscritta al servizio idrico integrato, con riferimenti assolutamente generici agli altri comparti e in particolare a quello agricolo, che invece meriterebbe maggiore attenzione in relazione ai rilevanti volumi in gioco ed alle notevoli potenzialità di recupero di risorsa attuando politiche di risparmio idrico.

Riparto di competenze

Il Governo richiama anche con riferimento alla Parte III dello schema di decreto le considerazioni già sviluppate nella parte generale del suo documento con riferimento al rapporto tra competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela ambientale e competenze legislative regionali costituzionalmente garantite.

La lettura dell'articolo 117 Cost. che l'Esecutivo propone, sia in linea generale sia con riferimento specifico al rapporto con il governo del territorio, è a dir poco rigida e pretestuosa, fondandosi su un ipotizzato riparto di attribuzioni che nega l'interferenza della competenza esclusiva statale con quelle di competenza concorrente.

Ben diversamente si è espressa la Corte costituzionale, che ha ripetutamente sostenuto il contrario con riferimento non solo alla tutela ambientale, ma anche ad altri fondamentali profili, come la tutela della concorrenza.

Ed è alla Corte Costituzionale e non solo alle Regioni che vanno fatte risalire considerazioni che il Governo reputa "di nessun rilievo", quali:

- una tutela dell'ambiente non configurabile come una sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, in quanto investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze regionali (come nel caso di specie quella inerente il governo

del territorio) e che se da un lato attribuisce allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale, dall'altro non esclude affatto la possibilità che le leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente o di quella residuale, possano assumere tra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale, fissando se del caso criteri più restrittivi di quelli statali⁵[5];

- l'affermazione dello spirito di corresponsabilità e leale collaborazione che deve improntare il rapporto tra esigenze che, come nel caso di quelle afferenti agli interessi unitari di tutela ambientale e a quelli locali di governo del territorio, non possano essere attribuite nel loro insieme ad un'unica materia, perché concernono posizioni non omogenee ricomprese in materie diverse sotto il profilo della competenza legislativa⁶[6];
- un'applicazione del principio di sussidiarietà ampia e diffusa ma che, in quanto tale, quando assume carattere "ascendente" verso lo Stato deve essere limitato a quanto strettamente indispensabile per garantire esigenze unitarie per lasciar spazio a quella "discendente" verso Regioni ed Enti locali al fine di una più diretta e immediata risposta alle esigenze del territorio⁷[7].

La denunciata incostituzionalità dello schema di decreto legislativo è confermata dai rilievi mossi dalle Commissioni parlamentari laddove invitano il Governo:

- a tenere costantemente presente l'esigenza di non definire il rapporto Stato-Regioni-Enti locali secondo un modello di reciproco isolamento nelle rispettive sfere di attribuzioni e di attuare, invece, i principi di corresponsabilità, di collaborazione e di concorrenza fra i diversi livelli territoriali della Governance ambientale, al fine di scongiurare il rischio di un contenzioso dinanzi alla Corte costituzionale, che rischierebbe di annullare le finalità di conferire finalmente e stabilmente organicità, razionalità e certezza alla normativa ambientale italiana;
- a valorizzare il ruolo di Regioni ed Enti locali nel governo complessivo del territorio, in quanto qualunque arretramento su questo piano, rispetto alla normativa vigente, sarebbe, fra l'altro, non conforme alla legge di delega - sia alla previsione generale di cui al comma 8 dell'articolo 1, sia al criterio specifico di cui all'articolo 1, comma 9, lettera c), ove è stato

⁵[5] Sentenze 273/1998; 382/1999; 54/2000; 507/2000; 407/2002; 536/2002; 307/2003; 311/2003; 331/2003; 222/2003; 259/2004; 111/2005; 214/2005;

⁶[6] Sentenze 370/2003; 50/2005; 62/2005; 219/2005; 231/2005;

⁷[7] Sentenze 303/2003; 6/2004; 242/2005;

espressamente prescritto al legislatore delegato di «valorizzare il ruolo e le competenze svolti dagli organismi a composizione mista statale e regionale».

Il recepimento da parte del Governo delle innanzi richiamate condizioni e osservazioni del Parlamento è risultato peraltro parziale, essendosi limitato soltanto a rivisitare gli organi delle Autorità di bacino e non l'intero impianto dei rapporti istituzionali sottesi alla Parte III e soprattutto peggiorando il rapporto tra i livelli di pianificazione.

Gli istituti di pianificazione per la tutela delle acque

Non solo dalle Regioni è stato rilevato il non riuscito tentativo di trasfondere nell'ordinamento interno gli istituti di pianificazione previsti dalla direttiva 2000/60/CE e di coordinarli con le vigenti disposizioni che disciplinano i Piani di bacino ed i Piani di tutela delle acque.

A fronte di un criterio di delega che prevedeva l'adozione "di misure che assicurino la tempestività e l'efficacia dei piani e dei programmi di tutela ambientale", il testo propone infatti ben sei istituti (Piano di bacino distrettuale, Piano stralcio per la tutela dal rischio idrogeologico, Piano di gestione, definizione degli obiettivi a scala di bacino, Piano di Tutela delle acque, Programma di misure) di cui è pressoché impossibile comprendere i reciproci rapporti e la cui adozione è affidata a procedure farraginose.

Sia le controdeduzioni del Governo, sia le considerazioni svolte dalla Camera (che ritiene che i Piani regionali di tutela delle acque debbano essere relegati ad un ruolo meramente integrativo ed attuativo dei Piani di Gestione) non tengono debitamente conto che il necessario recepimento degli strumenti pianificatori comunitari non può prescindere da quanto già compiuto in Italia con la l. 183/1989 e con il d.lgs. 152/1999.

Con la previsione del Piano di tutela delle acque quale stralcio del Piano di bacino, già nel 1999 il legislatore nazionale aveva inteso dare attuazione ai disposti di quella che allora era la Proposta di Direttiva 2000/60/CE, inserendo l'attività pianificatoria regionale nei complessi meccanismi della l. 183, che fin dal 1989 si fondava proprio sull'individuazione del bacino idrografico come unità ecosistemica di riferimento per una efficace attività di governo di difesa del suolo e tutela delle acque.

In quest'ottica nei bacini di rilievo nazionale l'operato dell'Autorità di bacino si distingue da quello delle Regioni che la compongono per il livello su cui incide: in nome dell'unitarietà del bacino idrografico, su macro-scala vengono fissati priorità e obiettivi comuni a tutte le Regioni afferenti al bacino stesso, mentre in ambito regionale, nel rispetto delle peculiarità e specificità locali, sono determinati e attuati gli interventi e le azioni preordinate al raggiungimento dei fini prefissati.

Quello regionale si rivela infatti un livello appropriato per la risoluzione dei problemi legati alle risorse idriche, elementi contemporaneamente fluenti e localizzati sul territorio, perché:

- esso dispone di una ampiezza territoriale idonea a coordinare e armonizzare i molteplici interessi, spesso antagonisti, insediati sul territorio che i corpi idrici attraversano,
- l'istituzione Regione, in quanto ente dotato di rappresentatività e di autonomia politico-amministrativa, nonché titolare del potere legislativo e dei poteri di pianificazione e assetto del territorio nel suo complesso, possiede gli strumenti necessari per disporre delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive che interferiscono con gli interessi pubblici presi a riferimento.

Attraverso l'approvazione dei singoli piani regionali di tutela previsti dall'articolo 44 del d.lgs. 152/1999, tra loro accomunati dalla fissazione di obiettivi di bacino volta a garantire la considerazione ecosistemica del territorio di cui alla legge 183/1989, si perviene conseguentemente alla realizzazione della complessiva pianificazione di bacino nel settore della tutela qualitativa e quantitativa delle risorse idriche postulata dalla stessa legge sulla difesa del suolo.

I Piani di tutela così individuati si identificano pertanto a pieno titolo con i Piani di gestione ed i Programmi di misure della Direttiva comunitaria e, sempre secondo le indicazioni della stessa Direttiva, rispondono all'enunciato secondo cui "Le decisioni dovrebbero essere adottate al livello più vicino possibile ai luoghi di utilizzo effettivo o di degrado delle acque. Si dovrebbero privilegiare le azioni che rientrino fra le competenze degli Stati membri, attraverso programmi di misure adeguati alle condizioni regionali e locali" 8[8].

Il modello procedimentale del coordinamento tra livello di bacino e livello regionale, prescelto nella realtà italiana dal d.lgs. 152/1999, risulta quindi pienamente rispondente allo spirito della Direttiva quadro e, seppur necessitante di affinamenti, poteva ritrovare conferma nel decreto legislativo in esame.

Gli emendamenti apportati il 19 gennaio 2006 non solo non hanno tenuto di quanto sin qui illustrato, ma risultano ulteriormente peggiorativi avendo privato il Piano regionale di tutela delle acque della forza propria degli strumenti di pianificazione di "tutela", appunto, che gli derivava dall'essere stralcio del Piano di bacino e quindi sovraordinato alle pianificazioni di settore.

La disciplina della tutela delle acque

^{8[8]} vedasi il punto 13 del preambolo alla Direttiva

Diversamente da quanto accade per la Sezione Prima inerente la difesa del suolo, gli interventi operati dal Governo nella Sezione Seconda relativa alla tutela delle acque possono apparire di primo acchito meno innovativi dell'attuale normativa della materia.

Tuttavia anche nel caso di specie permangono una serie di novità che, da un lato, rappresentano vere e proprie ingerenze dell'apparato statale tese alla compressione del ruolo delle Regioni e delle Autonomie locali al di là del dettato costituzionale e parlamentare e, dall'altro, non sono solo "profili correttivi di istituti, che negli anni di vigenza delle attuali disposizioni, avevano manifestato elementi di criticità o suscitato controversie interpretative e problematiche applicative" come sostiene il Governo.

Posso ascrivere al primo profilo:

- la ripetuta subordinazione della potestà normativa (e quindi politica) regionale ad atti ministeriali, di natura prettamente amministrativa (si vedano ad esempio l'articolo 113 in merito alla disciplina regionale delle acque meteoriche di dilavamento e di prima pioggia e l'articolo 114 in materia di disciplina di restituzione delle acque);
- l'insistente previsione di casi in cui le potestà di pianificazione e programmazione risultano sottoposte alla "supervisione" del Ministero in una logica di controllo governativo sul sistema Regioni-Autonomie locali che la Riforma Bassanini aveva inteso superare in base al principio di responsabilità (come nel caso dell'articolo 121 laddove è previsto che le Regioni trasmettano al Ministero dell'ambiente per le "verifiche di competenza" il Piano di tutela delle acque adottato, tra l'altro già soggetto al parere vincolante delle Autorità di bacino);
- la riappropriazione da parte dello Stato di funzioni amministrative già decentrate a livello locale (si vedano l'articolo 91, laddove viene demandato al Ministro e non più alle Regioni la facoltà di designare aree sensibili, o l'articolo 104, ove è prevista la competenza ministeriale e non più regionale per l'autorizzazione dello scarico di acque risultanti dall'estrazione di idrocarburi nelle unità geologiche profonde);
- l'emanazione da parte del Governo di norme del più minuto dettaglio in ambiti di competenza del sistema Regioni-Autonomie locali (come nel caso dell'articolo 96, le cui previsioni concernono la definizione di procedimenti attinenti alla gestione del demanio idrico rientranti nelle competenze trasferite dal d.lgs. 112/1998 e coerenti al dettato dell'articolo 118 cost.);
- una pleora di interventi sostitutivi e commissariamenti da parte del Governo, anche in caso di provvedimenti endoprocedimentali di minuto dettaglio (come nel caso dell'articolo

96 comma 1 ove è prevista la nomina da parte del Ministero di un Commissario ad acta per l'espressione di un parere persino sulle piccole derivazioni di acqua).

Attengono invece al secondo aspetto:

- la modificazione della nozione di scarico, cardine dell'intera disciplina, rispetto alla quale - come rilevato anche dalla Commissione della Camera - con l'eliminazione al riferimento di qualunque immissione diretta "tramite condotta", si sconvolge una copiosa dottrina e una ormai consolidata giurisprudenza sul tema e si rimette in discussione il difficile rapporto con la normativa sui rifiuti, ritenuta universalmente la disciplina di chiusura del sistema atta ad evitare che restino prive di controllo le "rilevanti ipotesi di introduzione di sostanze nei corpi ricettori in assenza di condotta" evidenziate dal Governo;
- l'introduzione nelle definizioni di acque reflue industriali del criterio "qualitativo" in sostituzione di quello della "provenienza" che costituisce un oggettivo passo indietro che determinerà grosse complicazioni applicative, non rispecchiando neppure la definizione prevista dalla direttiva 91/271/CEE sul trattamento delle acque reflue urbane;
- la nuova definizione di agglomerato, che introduce concetti non meglio definiti quali le attività produttive e la fognatura dinamica che risultano ancora una volta palesemente incoerenti ed in contrasto alla definizione di agglomerato stabilita dalla direttiva 91/271/CEE;
- la designazione di aree sensibili oggetto di procedura d'infrazione comunitaria ex art 226 del Trattato (N. 2002/2124) su cui lo stesso Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio, con il supporto di tutte le regioni, ha avviato un proficuo momento di confronto con gli uffici tecnici della Commissione Europea che potrebbe portare alla decisione di non includere tali aree tra quelle sensibili. L'anticipata designazione proposta dallo schema di Decreto può comportare rilevanti costi di investimento non necessari, poco funzionali rispetto al raggiungimento degli obiettivi e incoerenti rispetto alle strategie adottate, con la condivisione del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio, dalle regioni nei Piani di tutela delle Acque;
- una definizione di sostanza pericolose così generica da risultare fuorviante e di nessuna utilità sotto il profilo applicativo;
- le competenze in materia di autorizzazioni allo scarico impropriamente attribuite all'Autorità d'ambito e la previsione di fattispecie di silenzio assenso.

Appare poi senza dubbio fuori luogo la riproposizione del parere dell'Autorità di bacino sulle istanze di derivazione di acqua pubblica, trattandosi da un lato di un ingiustificato

aggravamento di un procedimento amministrativo già particolarmente complesso e da altro lato di una competenza che ben può essere limitata alle sole derivazioni significative e incidenti sul bilancio idrico e svolta dalla Regione cui è demandata la predisposizione del Piano di tutela delle acque.

Sotto il profilo della minore tutela ambientale si segnalano poi le disposizioni tese, attraverso la riapertura e lo slittamento di termini, a permettere l'ulteriore sanatoria di comportamenti abusivi, con l'introduzione di una discutibile disparità di trattamento rispetto a coloro che, per i medesimi comportamenti, sono stati nel frattempo sanzionati, come nel caso dell'articolo 96 comma 6.

Si rileva infine che non si è in alcun modo tenuto conto dei risultati degli studi e delle modalità di applicazione della predetta direttiva messi in atto tra il 2000 e il 2005, in Europa e in Italia, per contribuire alla strategia comune di attuazione, trascurandosi completamente documenti quali la "Common Implementation Strategy for the WFD" e le "Linee Guida" derivanti dai gruppi di lavoro europei.

Gestione delle risorse idriche

Anche su questo fronte nell'ultimo decennio è stata avviata in molte parti del Paese, una corposa e significativa revisione dell'intero sistema di gestione e tutela del patrimonio idrico cui lo schema di decreto legislativo risponde con previsioni assolutamente inadeguate allo scopo e che si è già avuto modo di commentare negativamente in precedenza.

In questa sede si ribadisce ulteriormente l'inaccettabilità dell'obsoleto approccio di parziale modifica del t.u. n. 1775 del 1933 (peraltro incoerentemente contenuta nella Sezione II dedicata alla tutela delle acque) e la frammentarietà delle ulteriori norme in materia di gestione del demanio idrico contenute nella Sezione III, mentre sarebbe stato necessario esplicitare e integrare sin dall'esordio della Parte III i principi fondamentali in materia di utilizzazione delle acque, demandando alla potestà regionale la puntuale disciplina dei relativi procedimenti amministrativi per fornire loro gli strumenti utili alla preservazione di un integro patrimonio idrico per le generazioni future.

Sul fronte poi del servizio idrico integrato lo schema di decreto, nel vano tentativo di tenere conto delle problematiche emerse in fase di attuazione della riforma prevista dalla legge Galli, propone in molti casi soluzioni tali da portare ad una inaccettabile battuta d'arresto nelle complesse e gravose attività svolte in merito dalle Amministrazioni regionali, come nel caso:

- dell'introduzione dell'obbligatorietà del "gestore unico" al termine della scadenza dei termini di cui al comma 15 bis art. 113 del T.U.E.L., mentre la l. 36/1994 prevedeva più realisticamente la realizzazione di una "gestione unitaria" del ciclo idrico;

- della previsione di una adesione facoltativa alla gestione unica del servizio idrico integrato per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti inclusi nel territorio delle comunità montane, che - atteso l'elevatissimo numero di comuni di queste dimensioni presente in Italia - mina alle basi il complesso processo di riforma di settore, vanifica gli sforzi compiuti dalle Regioni per convincere i piccoli comuni montani ad aderire alle Autorità d'ambito e creerà non pochi problemi alle Autorità d'ambito già costituite ed operanti.
- l'addossare ai Comuni i costi di funzionamento delle Autorità d'ambito, cui sono obbligati ad aderire anche contro la loro volontà e la cui costituzione ha già rappresentato in moltissimi casi la perdita di un gettito molto significativo (si pensi ad esempio ai comuni in cui i proventi delle tariffe di acquedotto e fognatura costituiva la principale voce di bilancio).

Sotto altri profili l'intervento statale risulta soverchio e, come tale, lesivo dell'assetto di competenze costituzionalmente garantite a causa delle previsioni di esorbitante dettaglio e di soluzioni che non lasciano spazio di autonomo adattamento in sede regionale e locale.

Si pensi in particolare alla disciplina dalla scelta della forma di gestione, delle procedure di affidamento del servizio e dei conseguenti rapporti tra autorità d'ambito e soggetti gestori, cui il Governo, anziché limitarsi ad un mero rinvio alle norme generali di tutela della concorrenza in materia di servizi pubblici locali per lasciar spazio alla legislazione regionale, dedica un intervento normativo in contrasto con il principio di ragionevolezza già utilizzato dalla Corte costituzionale per dichiarare l'illegittimità di alcuni ben più stringati disposti dell'articolo 113 del d.lgs. 267/2000 9[9].

In tale contesto inoltre il Governo non tiene conto delle salvaguardie disposte dall'articolo 113, comma 15-bis del T.U.E.L., che attualmente consentono ad alcuni gestori, se presentano le caratteristiche descritte dalla norma, di rimanere fino alla naturale scadenza del rapporto, così come si dà per presupposto che il periodo transitorio cessi comunque al 31 dicembre 2006, circostanza smentita dallo stesso art. 113, comma 15-bis del T.U.E.L. (secondo periodo e seguenti) così come da varie leggi regionali.

^{9[9]} Sentenza 272/2004, a mente della quale il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla "tutela della concorrenza" e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Non è quindi possibile per lo Stato – prosegue al Corte – stabilire dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri in base ai quali una gara viene aggiudicata, che pongono in essere una illegittima compressione dell'autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale.

Stupisce inoltre che il decreto legislativo, nonostante i rilievi della Commissione della Camera, continui ad ignorare completamente il potere normativo regionale ai fini della specifica declinazione delle componenti generali di costo per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, dopo che la Corte costituzionale ha chiaramente intravisto in merito una prevalente competenza regionale. Contrariamente a quanto sostenuto dal Governo, la sentenza 335/2005 ha infatti respinto il ricorso proposto dallo Stato contro una legge regionale che affidava ad un decreto del Presidente della Giunta la definizione del metodo per la determinazione della tariffa relativa al servizio idrico integrato ed alla gestione dei rifiuti dichiarandolo “inammissibile per l'assenza di qualsiasi motivazione in ordine ai parametri costituzionali, peraltro di dubbia pertinenza, meramente invocati”.

Anche nel merito, infine, gli interventi operati sulla tariffa lasciano del tutto perplessi, come l'omissione della previsione già contenuta nell'articolo 13 della legge 36/1994 e concernente la necessità di tener conto “degli obiettivi di miglioramento della produttività”. Una tale carenza - rinunciando all'utilizzo di uno degli strumenti più efficaci per favorire il miglioramento dell'efficienza delle gestioni, ovvero della leva tariffaria - configura una tariffa priva del controllo sui costi di gestione e può implicare il riconoscimento a piè di lista dei costi operativi del gestore eliminando il miglioramento progressivo in termini di efficienza previsto dalla normativa precedente.

CONSIDERAZIONI SULLA PARTE IV IN MATERIA DI GESTIONE DEI RIFIUTI E DI BONIFICA DEI SITI INQUINATI.

La disciplina in materia di rifiuti e bonifiche ha subito una notevole evoluzione: dopo una fase iniziale di applicazione, il d.lgs. n. 22/1997 è stato oggetto di modifiche che hanno significativamente migliorato l'impianto complessivo della norma.

In materia di gestione rifiuti

Per quanto concerne i rifiuti lo schema del nuovo decreto delegato non solo non pone rimedio alle criticità ancora esistenti ma, intervenendo drasticamente su alcuni aspetti della normativa vigente, va a modificare l'organizzazione delle competenze e dell'intero sistema di gestione proprio negli istituti che finora sono stati applicati con buoni risultati, senza peraltro fornire gli elementi per una diversa organizzazione del sistema, coerente con il quadro costituzionale e aderente ai principi comunitari.

In un quadro involutivo rispetto all'attuale si spostano competenze dalla periferia al centro, si sovrappongono e duplicano funzioni e atti di programmazione, si separano settori che al contrario necessitano da tempo di integrazione, si moltiplicano i processi decisionali e di

controllo aumentando l'incertezza degli operatori pubblici e privati, annullando processi regionali e locali di grande valore e di riconosciuta efficacia, nonché programmi e traguardi raggiunti, allontanando l'allineamento del nostro paese alla disciplina europea.

Dietro l'obiettivo di semplificazione dell'intera normativa si nasconde un altissimo rischio di allentamento delle maglie della tutela del bene ambiente, costituzionalmente garantito.

Emerge con evidenza sin dalla prima analisi del testo che uno tra gli obiettivi principali è quello di sottrarre quanto più possibile i rifiuti da attività industriali ed artigianali, alla disciplina di settore escludendo le aziende da significativi obblighi di carattere sostanziale, anziché operare con alleggerimenti burocratici nell'ambito della normativa dei rifiuti. In tal modo si rende tortuoso e indecifrabile il percorso del rifiuto a partire dalla sua produzione.

Con un apposito articolo, particolarmente dettagliato, vengono espressamente e direttamente escluse dall'ambito dei rifiuti e dall'applicazione della normativa le terre e rocce da scavo con evidenti contraddizioni rispetto agli orientamenti delle istituzioni comunitarie. In merito alla disciplina delle terre e rocce da scavo di cui alle l. n. 93/2001 e l. n. 443/2001 ("delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici") la Commissione europea ha avviato nei confronti dello Stato italiano una specifica procedura di infrazione.

Il decreto legislativo colloca in primo piano il ruolo dello Stato limitando fortemente l'autonomia delle regioni e degli enti locali, in contrasto i principi introdotti con la riforma del titolo V della Costituzione e, in particolare, con gli artt. 117 e 118 Cost.

Le Regioni perdono ogni autonomia legislativa, anche laddove questa viene costituzionalmente garantita ovvero in materia di governo del territorio (competenza concorrente) e di tutela dell'ambiente (nella interpretazione fatta propria dalla Corte Costituzionale) e devono osservare, in ciascun aspetto della materia e anche per l'esercizio delle competenze amministrative, linee guida elaborate dallo Stato.

Le Province si vedono sottrarre gran parte delle funzioni amministrative concernenti la programmazione e la organizzazione della gestione rifiuti.

I Comuni perdono l'attribuzione espressa della gestione, in privativa, dei rifiuti assimilati agli urbani. Il legislatore limita drasticamente la facoltà di assimilazione con conseguente riduzione dei rifiuti sottoposti alla programmazione degli enti pubblici, estensione dell'area dei rifiuti speciali, limitazione della sfera di gestione degli operatori pubblici con una riduzione del gettito tariffario.

Altro aspetto rilevante riguarda la creazione di nuovi enti di gestione e di controllo che determina la sottrazione di buona parte delle competenze attualmente in capo a Regioni e

Province per attribuirle in modo confuso ai nuovi enti, con sovrapposizione e duplicazione di funzioni e atti di programmazione, creando incertezza per gli operatori pubblici e privati. Ulteriore conseguenza di tale disegno è la difficoltà di individuazione del soggetto responsabile delle scelte in campo ambientale.

In tal senso è paradigmatica l'attribuzione all'autorità di ambito delle competenze relative all'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti, sulla base di contratti di servizio conformi ad uno schema tipo adottato dalle Regioni, osservando criteri ed indirizzi elaborati dallo Stato.

Mentre il d.lgs. n. 22/1997 prevede obiettivi di raccolta differenziata e una scala di priorità certe (riutilizzo, riciclaggio, recupero di materia, recupero di energia e infine smaltimento) il nuovo testo fa genericamente riferimento al recupero ponendo sullo stesso piano ed anzi avvantaggiando il recupero di energia. Gli obiettivi di raccolta differenziata vengono completamente vanificati con lo spostamento al 2006 di obiettivi già fissati al 2003 (35% di RD). Viene inoltre considerato come raccolta differenziata anche il rifiuto raccolto indifferenziatamente e separato successivamente in impianti dedicati. In tal modo si elude il significato effettivo di RD che ha lo scopo di separare al momento della raccolta le varie frazioni che compongono il rifiuto garantendo una qualità che permette un effettivo recupero di materia, evitando così il conferimento in discarica. L'esperienza ventennale nella gestione di tale rifiuto consente di affermare con certezza che il rifiuto separato meccanicamente è di qualità scadente, non può essere recuperato ed ha come unica destinazione lo smaltimento in discarica.

Vengono in tal modo vanificati gli sforzi effettuati dalle amministrazioni virtuose.

Sul sistema autorizzativo si rileva che, al di là delle possibili semplificazioni per cui si rimanda alle osservazioni in materia di accordi di programma e alle norme che consentono alle aziende registrate EMAS di sostituire il rinnovo dell'autorizzazione con la presentazione di un'autocertificazione, la durata dell'autorizzazione viene portata a dieci anni; termine che appare eccessivo anche in relazione all'evoluzione tecnologica cui sono soggetti gli impianti tecnologici di recupero e smaltimento dei rifiuti.

A titolo esemplificativo si descrivono in sintesi gli aspetti più problematici dello schema di decreto in discussione.

Recupero dei rifiuti – accordi di programma

Il ricorso allo strumento degli accordi e dei contratti di programma tra soggetti pubblici e privati esorbita dai limiti propri dell'istituto essendo previsto che i medesimi accordi possano attuare norme del decreto sostituendosi ampiamente all'attività normativa secondaria. Tale

scelta normativa stravolge il sistema delle fonti del diritto in quanto ammette che gli accordi producano una disciplina generale ed astratta soggetta ad approvazione con decreto ministeriale e aperta all'adesione di terzi. L'approvazione degli accordi con decreto ministeriale e l'applicazione del decreto esclusivamente agli aderenti, comporterebbe il venir meno dei principi di certezza del diritto, uguaglianza, generalità ed astrattezza delle norme.

L'attività normativa viene affidata, con una delega in bianco, a una fonte atipica quale l'accordo di programma il cui contenuto è elaborato con il concorso di alcuni soggetti privati, destinatari della norma stessa.

Si riscontra una sostanziale contrattualizzazione dell'attività normativa. La disposizione contrasta con principi fondamentali dell'ordinamento che escludono la possibilità di accordi tra enti pubblici e privati con riferimento ad attività normativa e programmatoria (art. 11, 13 l. n. 241/2000 e 34 d.lgs. n. 267/2000).

Nel merito con gli accordi di programma si viola la normativa delle direttive 75/442/CEE e 91/156/CEE sulla necessità di fissazione, nell'ambito di atti normativi definiti in via generale, dei criteri per l'espletamento delle attività di recupero. In contrasto con la normativa comunitaria viene prevista in via generale la possibilità di escludere completamente l'attività di recupero dal regime autorizzativo. Ai sensi dell'art. 11 della Direttiva 75/442/CEE la dispensa dall'autorizzazione è subordinata all'adozione da parte delle "autorità competenti" di "norme generali che fissano i tipi e le quantità di rifiuti" soggette alla dispensa. Nell'ipotesi in esame non sussisterebbe il quadro normativo generale richiesto dalla direttiva.

La deroga al sistema autorizzativo e l'esclusione dalla prestazione delle garanzie finanziarie (con iscrizione in apposita sezione dell'albo) a favore dei soggetti che concludono accordi di programma si pone in contrasto con i principi generali dell'ordinamento sopra indicati.

Tale scelta normativa stravolge il sistema delle fonti del diritto in quanto ammette che gli accordi producano una disciplina generale ed astratta soggetta ad approvazione con decreto ministeriale e aperta all'adesione di terzi. L'approvazione degli accordi con decreto ministeriale e l'applicazione del decreto esclusivamente agli aderenti, comporterebbe il venir meno dei principi di certezza del diritto, uguaglianza, generalità ed astrattezza delle norme.

Definizioni

- raccolta differenziata: occorre mantenere la definizione già in essere nel d.Lgs. 22/97, in quanto la nuova definizione vanifica il vero significato della RD. Non è ammissibile identificare con il termine raccolta differenziata operazioni di separazione che avvengono durante la lavorazione del rifiuto, e quindi successivamente alla raccolta. Inoltre si ritiene che

debba essere privilegiato il recupero dei materiali di qualità e quindi che sia necessario un conferimento separato dei rifiuti per frazioni omogenee.

- Alla luce dei lavori in corso in sede di conferenza Stato Regioni (tavolo tecnico sui centri di raccolta) si ritiene necessario l'inserimento tra le definizioni di "centri pubblici di raccolta per rifiuti urbani" anche al fine di escluderli dal sistema autorizzativo generale.

Competenze - aspetti generali

- Sotto il profilo della funzione legislativa lo Stato avrebbe dovuto attenersi ai criteri elaborati, dopo la riforma del titolo V della Costituzione, dalla giurisprudenza della Consulta e nello specifico:

a) il riconoscimento dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia trasversale, in ordine alla quale si manifestano competenze regionali, spettando allo Stato le sole determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale^{10[10]};

b) l'affermazione dello spirito di corresponsabilità e di leale collaborazione, che deve informare i rapporti interistituzionali per garantire l'effettività della tutela attraverso un approccio alle tematiche delle politiche ambientali che, coinvolgendo tutti gli enti, possa tener conto della complessità del tema^{11[11]};

c) l'ampia applicazione del principio di sussidiarietà, di matrice europea, rapportando gli interventi alla dimensione territoriale degli interessi e all'individuazione del livello ottimale di allocazione delle diverse funzioni.

- Con il decreto viene sostanzialmente vanificata la competenza concorrente delle regioni in materia di governo del territorio. Il decreto contiene una disciplina di dettaglio escludendo qualsiasi intervento legislativo regionale autonomo.

- La scelta compiuta dal legislatore delegato in ordine alla distribuzione delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali si pone in contrasto con i principi costituzionali di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza previsti dall'art. 118 della Costituzione comprimendo la sfera di intervento delle Regioni e degli enti locali e favorendo un

^{10[10]} Corte Cost. nn. 407 del 2002; 536 del 2002; 222, 307, 311 e 331 del 2003; 259 del 2004; 62,111 e 214 del 2005. Già nella sentenza 183 del 1987 la Corte costituzionale considerava l'ambiente "non materia" in senso tecnico, bensì "interesse" perseguibile dalle Regioni nell'esercizio delle competenze nei settori di materie strettamente connesse con l'ambiente quali l'urbanistica, i lavori pubblici, l'agricoltura, la caccia e la pesca, l'assistenza sanitaria, il turismo, la navigazione e i porti lacuali.

^{11[11]} Corte Cost. nn. 50 e 219 del 2005.

deciso accentramento dei poteri a livello ministeriale non giustificato da esigenze di trattamento unitario degli interessi coinvolti.

In ambito pianificatorio e programmatico i vincoli stabiliti in sede ministeriale ledono le potestà regionali in ordine alla definizione degli indirizzi e all'organizzazione del sistema di governo delle attività connesse alla gestione rifiuti.

Competenze - aspetti specifici

1) Accentramento di competenze da parte dello Stato

a) Programmazione

L'accentramento a livello ministeriale delle attività programmatiche e pianificatorie emerge in particolare nell'individuazione degli impianti di recupero e smaltimento di preminente interesse nazionale senza l'intesa della conferenza Stato Regioni e delle Regioni interessate alla localizzazione dell'impianto; nella determinazione di criteri generali per la elaborazione dei piani regionali che sono una prerogativa esclusiva delle regioni; delle linee guida per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali; della determinazione delle linee guida per la definizione delle gare d'appalto e dei relativi capitolati.

Ne consegue una sostanziale esclusione delle Regioni dall'esercizio dell'attività pianificatoria sul territorio di propria competenza in merito agli impianti di recupero e smaltimento di preminente interesse nazionale.

Non sono definiti chiaramente i presupposti per l'esercizio della competenza statale ed emerge una sovrapposizione tra le competenze pianificatorie e operative delle Regioni e delle ATO nella stessa materia.

b) Qualità dei servizi

Deve ritenersi di competenza statale esclusivamente l'individuazione degli standard minimi di prestazione del servizio agli utenti mentre rientra nella sfera delle competenze regionali e locali la determinazione degli obiettivi, che non possono ritenersi uniformi su tutto il territorio nazionale.

La previsione in oggetto esorbita dalle competenze costituzionalmente affidate allo Stato limitando fortemente il campo di intervento regionale in un'attività caratterizzante dell'azione politica.

c) Assegnazione della concessione del servizio integrato

La previsione in oggetto là dove stabilisce i vari criteri in base ai quali le gare devono essere aggiudicate eccede evidentemente dalle competenze statali in materia di concorrenza e si pone

in contrasto con la giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenza n. 272/2004) realizzando una illegittima compressione dell'autonomia regionale.

Occorre che tali linee guida siano elaborate secondo principi di carattere generale.

d) Piani regionali di gestione dei rifiuti

La previsione di un potere sostitutivo in capo al Ministro dell'Ambiente per omissioni rispetto ai contenuti del piano regionale contrasta con il principio di sussidiarietà, costituzionalmente garantito, e di omogeneità di cui alla L. 59/1997

e) Assimilazione

Il decreto fissa alcuni criteri per l'assimilazione demandando ad un successivo decreto ministeriale la determinazione di ulteriori criteri qualitativi e quali-quantitativi per l'assimilazione. A tal proposito si evincono dei limiti di assimilazione sui rifiuti che potrebbero avere ripercussioni sull'organizzazione dei servizi integrati e sull'applicazione della tariffa. Al fine di permettere una programmazione efficiente sarebbe opportuno prevedere l'estensione della privativa su tutte le fasi della gestione dei rifiuti, oggetto di assimilazione. In tal caso solo i produttori di rifiuti non assimilati (derivanti da aree aventi superfici superiori ai 150 metri quadri nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti, o superficie superiori a 250 metri quadri nei comuni con popolazione residente superiore ai 10.000 abitanti) non usufruirebbero del servizio di raccolta svolto dal servizio pubblico, a meno di ricorso ad apposite convenzioni tra le parti.

Per quanto riguarda l'applicazione della tariffa, la scelta del legislatore di escludere dall'assimilazione un rilevante quantitativo di rifiuti potrebbe determinare una sensibile riduzione del gettito introitato dalle amministrazioni comunali. Tale riduzione, legata alla mancanza di iscrizione a ruolo dei soggetti produttori di rifiuti non assimilati, potrebbe avere delle ripercussioni sulle ripartizioni dei costi relativi ai servizi accessori effettuati dalle amministrazioni comunali, ad esempio il servizio di spazzamento e lavaggio strade.

2) Competenze delle Regioni

Le competenze regionali vengono limitate in quanto gli atti regionali devono attenersi a specifici criteri emanati dallo Stato in una serie di aspetti che attengono alla sfera di intervento regionale. Peraltro una serie di criteri già di competenza statale a distanza di otto anni dall'emanazione del d.lgs. n. 22/1997 non sono ancora stati emanati bloccando l'attuazione della norma.

Si rileva che viene affidata all'autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti una serie di poteri di controllo difficilmente coordinabili con le competenze attribuite agli enti locali.

Si ritiene inoltre in contrasto con il principio di sussidiarietà, costituzionalmente garantito, e di omogeneità di cui alla l.n. 59/1997 la previsione di un potere sostitutivo in capo al Ministro dell'Ambiente per omissioni rispetto ai contenuti del piano regionale

3) Competenze delle Province

Vengono sottratte alle province tutte le competenze amministrative concernenti la programmazione e l'organizzazione della gestione dei rifiuti. La frammentazione delle attribuzioni delle funzioni sottratte alle province e affidati ad altri soggetti e istituti (es. albo, ATO, autorità di vigilanza, accordi di programma) sarà di ostacolo all'ottimizzazione della gestione dei rifiuti e allo scambio di dati e informazioni.

Occorre riflettere sull'opportunità di attribuire alle Province esclusivamente funzioni di controllo in quanto molte non sono più strutturate per tali fini e conseguentemente devono avvalersi di altri organismi pubblici (vedi ARPA).

4) Competenze dei Comuni

Così come disciplinate, le competenze dei comuni si sovrappongono a quelle attribuite all'ATO: i comuni devono adottare i propri regolamenti sulla base delle decisioni assunte nell'ambito dell'ATO.

Per quanto riguarda le disposizioni di carattere sanitario non sono di competenza di questo decreto. Inoltre i comuni non possono assicurare tale tutela in alcune operazioni sui rifiuti in quanto non di loro competenza.

Raccolta differenziata

Occorre assolutamente evitare che l'obbligo di raggiungere almeno il 35 % di raccolta differenziata, già in vigore dal marzo 2003, sia rinviato al 31 dicembre 2006, in quanto tutte le programmazioni in materia hanno tenuto conto di tale obbligo e gestito risorse e strumenti per raggiungerlo.

Occorre rivedere la definizione di raccolta differenziata, soprattutto per quanto riguarda frazione organica umida separata fisicamente dopo la raccolta in quanto è un rifiuto derivante da un trattamento effettuato su rifiuti indifferenziati.

Non si condivide che per l'eventuale indicazione di maggiori obiettivi di raccolta differenziata debba essere necessaria un'apposita legge regionale.

Autorizzazioni e iscrizioni

Si evidenzia un'assenza di sistematicità nell'ambito delle previsioni del decreto relative al sistema autorizzativo. E' necessaria la rivisitazione degli articoli relativi alle procedure

ordinaria e semplificata coordinandoli con le norme che prevedono deroghe al medesimo sistema.

Gli esoneri dalle autorizzazioni escludono la possibilità di controllo sulle attività di gestione ponendosi in contrasto con la direttiva comunitaria sui rifiuti. Sarebbe auspicabile una semplificazione dell'iter autorizzativo che non va confuso con la sottrazione al sistema autorizzativo.

Particolarmente significativa è la previsione che ammette la possibilità di attuare le norme tramite accordi di programma sottraendo le attività di recupero alla procedura semplificata

La comunicazioni in ordine alle procedure semplificate sono demandate all'Albo. Si ritiene che tale competenza debba rimanere in carico alle province.

Desto preoccupazione la previsione della lista di rifiuti non pericolosi che non sottostanno all'obbligo di comunicazione semplificata.

La durata dell'autorizzazione stabilita in dieci anni appare inoltre eccessiva.

Catasto, MUD, formulari

- Occorre che le norme di organizzazione e gestione del Catasto siano stabilite d'intesa con le Regioni e che inoltre siano prese in considerazione le esigenze di informazione dell'UE contenute nel Reg. 2150/2002.
- E' necessario rendere disponibili le informazioni contenute nei MUD a tutti gli Enti competenti in materia di programmazione sulla gestione dei rifiuti, stabilendo inoltre tempistiche idonee e concordate con i suddetti Enti.
- In merito ai formulari di identificazione eliminare il riferimento agli uffici regionali e provinciali competenti in materia di rifiuti.

Albo nazionale gestori ambientali

In merito all'istituzione di registri delle imprese autorizzate alla gestione dei rifiuti e del loro aggiornamento mensile, si ritiene che le disposizioni previste risultino piuttosto gravose e non prendano in considerazione i sistemi informativi già presenti, né il coordinamento di tali sistemi.

Procedure semplificate

Non si condivide la possibilità di derogare le disposizioni dei decreti relativi al recupero dei rifiuti tramite accordi di programma.

Operazioni di recupero

Non si ritiene opportuno demandare all'Albo le procedure semplificate sul recupero dei rifiuti. Si propone di lasciare la suddetta competenze alle Amministrazioni provinciali

Tariffa

Nell'ambito dell'applicazione della tariffa non si ritiene opportuno utilizzare dei parametri che esulano dalle quantità e qualità medie dei rifiuti prodotti per unità di superficie.

In materia di bonifica di siti inquinati

Per quanto concerne il nuovo testo in materia di bonifica, si osserva che la modifica dell'impianto giuridico, costituito dall'articolo 17 del d.lgs. 22/1997, tende a spostare l'obiettivo della norma dalla primaria tutela dell'ambiente alla tutela dell'attività produttiva senza troppo contemperare queste due lecite istanze, configurando a tutti gli effetti un eccesso rispetto alla delega conferita dal Parlamento che prevede una distinzione delle previsioni tra siti con attività produttive e non.

Vengono infatti introdotti nuovi vincoli procedurali che pongono pesanti limitazioni all'azione della Pubblica Amministrazione nei confronti di chi ha causato una situazione di inquinamento; tale effetto è rafforzato dal fatto che tutta la precedente struttura delle competenze con l'attribuzione della potestà autorizzativa dai Comuni alla Regione viene quasi completamente rivoluzionata pur non essendo ciò previsto dalla legge 308/2004 ed in assoluto contrasto con il principio di sussidiarietà dell'azione amministrativa.

L'articolo 242, che disciplina le procedure amministrative risulta essere non coordinato internamente e lascia ampi margini di incertezza sui ruoli dei soggetti coinvolti. Se da un lato la competenza procedimentale viene affidata alla Regione, dall'altra essa è vincolata nella sua azione ad una conferenza decisoria (si suppone ai sensi della l. 241/1990) i cui partecipanti non sono a priori definiti, ma possono variare a seconda dei casi.

Va inoltre osservato che tale norma trasferendo la responsabilità del procedimento in capo ad un unico ente paralizza di fatto il procedimento per l'attuazione degli interventi di bonifica ed inoltre comporterebbe la necessità di un aggiustamento del quadro normativo regionale con i relativi tempi e le incertezze amministrative.

Viene poi nel resto del testo fatto genericamente riferimento ad una "Autorità competente" che in molti casi non è facilmente identificabile dal momento che non è specificato a cosa sia competente.

È poi eliminato il privilegio generale mobiliare nei confronti del responsabile dell'inquinamento ed è modificata l'applicabilità dell'onere reale sulle aree, indebolendo

sensibilmente la posizione della Pubblica Amministrazione nel momento in cui essa debba recuperare le somme spese per la realizzazione in danno degli interventi.

La riforma si incentra comunque sull'introduzione della definizione di "messa in sicurezza operativa", tale modalità di intervento, benché essenzialmente prevista dalla legge delega, risulta andare oltre le previsioni dando implicitamente la possibilità alle aziende di inquinare le aree di propria competenza fatta salva la necessità di monitorare che tale inquinamento non causi problemi sanitari ai lavoratori e non si propaghi all'esterno.

La bonifica è rimandata non a quando l'azienda si sarà organizzata per farlo coordinatamente alle altre proprie attività, secondo un piano operativo eventualmente concordato, ma indefinitamente a quando l'attività stessa verrà dismessa. Ciò, per assurdo, potrebbe comportare il mantenimento di piccole attività fittizie su grandi aree industriali al solo scopo di non dover attuare il risanamento dell'area.

Risulta inoltre opportuna una riflessione sulla prestazione delle garanzie finanziarie già precedentemente previste dalla normativa a favore delle Regioni.

Le nuove disposizioni riducono di fatto, o potrebbero rendere addirittura insignificante, lo strumento introdotto dal precedente "decreto Ronchi" per assicurare la realizzazione ed il completamento degli interventi di bonifica già avviati.

Non viene infatti indicato un limite minimo per la presentazione delle garanzie finanziarie e la fissazione del tetto massimo del 50 % nega agli enti territoriali la facoltà di determinare importi diversi per garantire il raggiungimento degli obiettivi di bonifica e di tutelare nel contempo in termini ragionevoli la spesa pubblica necessaria al raggiungimento degli stessi.

Si rimarca la mancanza di forme sanzionatorie nei casi in cui i soggetti obbligati non provvedano al versamento delle garanzie finanziarie prescritte.

Risulta infine necessario introdurre un chiarimento in merito all'eventuale obbligo di versamento delle garanzie da parte dell'ente pubblico qualora responsabile dell'inquinamento.

Sempre nell'ottica di favorire essenzialmente il processo produttivo senza alcuna valutazione sulla compatibilità con l'ambiente delle scelte è da intendere la previsione, devastante dal punto di vista della possibilità della gestione amministrativa del problema, riportata all'articolo 265 comma 4 che sancisce la possibilità di riformulare in termini meno gravosi per i soggetti responsabili la gran parte degli interventi approvati a far data dall'entrata in vigore del D.M. 471/1999.

L'entrata in vigore di una norma siffatta prefigura, in definitiva, una situazione di ingestibilità del problema da parte del sistema pubblico vanificando i risultati ottenuti in molte Regioni in materia di bonifica di siti inquinati.

Il testo in materia di bonifiche risulta ancora poco integrato con quello elaborato in ordine al danno ambientale ed anzi in alcuni aspetti le due discipline sembrano sovrapporsi in modo discordante. Da ciò può conseguire una pericolosa ambiguità per la possibilità di applicazione.

Di particolare rilievo è poi la modifica delle competenze in materia di interventi di interesse nazionale per i quali non è più prevista l'intesa con la Regione territorialmente competente per l'approvazione del progetto ma, in completa dissonanza con il resto del testo, la conferenza di servizi introdotta non è definita come "decisoria" ed è quindi da intendersi meramente consultiva. Tenuto conto della natura degli interventi di interesse nazionale, incidenti su territori vasti e che coinvolgono aspetti socio economici e di gestione territoriale rilevantissimi, la scelta è in netto contrasto con i pronunciamenti della Corte Costituzionale in materia di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, oltre che con le valutazioni da più parti espresse per una delega al livello locale di tale tipo di interventi.

Il testo in esame non tiene poi conto del fatto che in base alla legge 426/1998 ed al D.M. 468/2000 i fondi del programma nazionale delle bonifiche sono già stati trasferiti alle Regioni che verrebbero quindi a dover gestire finanziamenti per interventi da esse non approvati.

Vista l'esperienza degli ultimi anni e le complesse problematiche emerse si poteva poi cogliere l'opportunità di prevedere che la programmazione degli interventi di bonifica non fosse parte integrante del piano di gestione dei rifiuti.

Per quanto riguarda l'allegato 1 si sottolinea come esso riporti senza modifiche o correzioni le tabelle dell'attuale allegato 1 al D.M. 471/1999; come da più parti segnalato tali tabelle contengono numerosi errori o limiti per i quali è necessario provvedere ad una nuova formulazione, ciò anche in considerazione che, benché l'analisi di rischio sito specifica permetta una valutazione accurata di limiti più aderenti alla realtà del singolo intervento, un limite troppo restrittivo implica comunque la realizzazione di una dispendiosa caratterizzazione. Deve pertanto essere fatto riferimento allo specifico documento Apat – Arpa che ha evidenziato puntualmente gli specifici aspetti da modificare. Tra essi si sottolinea particolarmente quello relativo al limite per i PCB in area residenziale / verde pubblico che, nell'attuale definizione, risulta sensibilmente inferiore ai livelli medi della presenza di fondo di tali composti sul territorio nazionale, soprattutto per quanto le aree urbanizzate; si propone dunque di adottare il limite di 0,06 mg/kg utilizzato dalla U.S. E.P.A..

CONSIDERAZIONI SULLA PARTE V IN MATERIA DI TUTELA DELL'ARIA E DI RIDUZIONE DELLE EMISSIONI IN ATMOSFERA

Secondo il mandato della legge delega il decreto doveva affrontare la revisione della disciplina per le emissioni di gas inquinanti in atmosfera, nel rispetto delle norme comunitarie ed in particolare della Direttiva 2001/81/CE, la cosiddetta "Direttiva NEC" (recepita con d.lgs. 21 maggio 2004, n. 171) e degli accordi internazionali sottoscritti in materia, prevedendo una serie di attività di cui solo le n. 1 (integrazione della disciplina relativa alle emissioni provenienti dagli impianti di riscaldamento per uso civile), n. 3 (disciplina in materia di controllo delle emissioni derivanti dalle attività agricole e zootecniche) e n. 6 (prescrizioni per i grandi impianti di combustione esistenti) sono, sia pure in modo molto discutibile, trattate nella Parte quinta in esame.

Il decreto non tratta affatto gli altri punti che, peraltro, avrebbero certamente richiesto un coordinamento con altri Ministeri, in particolare quello delle Attività Produttive, coordinamento che il testo del decreto in esame dimostra non essere avvenuto nemmeno all'interno del Ministero Ambiente medesimo (vedasi, ad esempio, nella parte Rifiuti, la citazione di norme che, nella parte Aria, vengono abrogate).

Il decreto sembra principalmente, anzi unicamente, finalizzato agli aspetti dei processi autorizzatori, tanto che anche i diffusi e ripetuti richiami ai piani e programmi previsti in materia di qualità dell'aria, ne colgono solo l'aspetto riguardante la fissazione di "Prescrizioni" o "Valori limite" più o meno restrittivi da parte delle autorità preposte alla loro elaborazione, ricordando che non è ammissibile imporre limiti più restrittivi senza aver completato i processi di pianificazione.

Sembra inoltre che il decreto sia ispirato ad una limitazione dei poteri oggi in capo alle Regioni: all'art. 281, comma 10, si prevede, infatti la necessità di un'intesa con il Ministro per la fissazione di limiti più restrittivi da parte della Regione. Tale disposizione è inaccettabile e lesiva delle attuali competenze regionali di programmazione/pianificazione in materia e non sembra nemmeno essere in linea con quanto previsto in altre normative quali ad es. l'art. 8 del d.lgs 59/2005 in materia di IPPC che espressamente prevede la possibilità per le Regioni di fissare all'occorrenza limiti più restrittivi, facoltà peraltro riconosciuta di recente dalla giurisprudenza costituzionale. Il contrasto fra i due approcci è ben evidente e poiché IPPC nasce proprio sulla scorta dell'approccio regolatore fissato dalla Direttiva quadro in materia di qualità dell'aria 84/360/CE, una limitazione più rigida alla potestà delle Regioni appare al contempo immotivata e pericolosa.

La legge delega non conteneva mandato per il recepimento della Direttiva 2001/80/CE relativa ai grandi impianti di combustione (Direttiva LCP che doveva essere recepita in via amministrativa nell'ambito della Legge comunitaria 2002), ma si limitava a richiedere la predisposizione del piano nazionale di riduzione di cui all'articolo 4, paragrafo 6 della medesima per stabilire prescrizioni per i grandi impianti di combustione esistenti (vale a dire quelli la cui autorizzazione iniziale di conduzione sia stata concessa anteriormente al 1° luglio 1987, che l'Italia aveva già fatto diventare 1° luglio 1988 nel decreto di recepimento della vecchia direttiva 88/609/CEE di cui la 2001/80/CE costituisce "aggiornamento"). Peraltro il suddetto piano nazionale di riduzione avrebbe dovuto essere presentato entro il 27 novembre 2003 alla Commissione Europea, perché lo potesse valutare entro il 27 maggio 2004, tutti termini ampiamente trascorsi prima dell'approvazione della legge delega n. 308/2004.

Occorre peraltro rilevare che solo i grandi impianti di combustione di potenzialità pari a 50 MW termici sarebbero soggetti all'autorizzazione prevista nella parte V del decreto in esame, in quanto tutti gli altri di potenzialità superiore a 50 MW termici ricadono nella Direttiva IPPC. La problematicità dei rapporti fra la Direttiva LCP e la Direttiva IPPC risulta oltretutto essere un tema all'ordine del giorno in Europa sul quale si sta ampiamente dibattendo.

L'assenza poi di qualunque riferimento alla Direttiva NEC è l'ulteriore riprova di come non sia stato effettuato nessuno sforzo per almeno tentare di porre in relazione in modo sinergico le Direttive NEC, LCP e IPPC ed il sistema di autorizzazione delle emissioni in atmosfera, in un'ottica di pianificazione per la tutela ed il miglioramento della risorsa "aria".

Va inoltre notato a questo proposito, come questo decreto, ma anche quello relativo a "VAS, VIA e IPPC", non richiamino in nessun modo il sistema di autorizzazione alla emissione di gas serra introdotto con la Direttiva 2003/87/CE, il cosiddetto "Emission Trading Scheme", sviluppato in modo completamente centralizzato con i noti decreti di fine 2004, che hanno visto la totale esclusione delle Regioni dal processo.

Eppure la valutazione della introduzione di strumenti regolatori basati sul mercato, anche se certamente difficile da strutturare e praticare, è una possibilità che può essere contemplata nei piani di risanamento e che può riguardare anche inquinanti diversi da quelli regolati dal protocollo di Kyoto. Non affrontare nel decreto questo aspetto di evoluzione dei sistemi regolatori sembra di fatto una limitazione alla azione degli enti che sono preposti alla pianificazione.

Titolo I - Prevenzione e limitazione delle emissioni in atmosfera

Premesso che risulta inderogabile il fatto che prima di arrivare alla individuazione di una procedura autorizzatoria debbano essere stabiliti con chiarezza i seguenti concetti:

impianto: stabilimento o unità tecnica permanente in cui siano svolte una o più attività che possono provocare inquinamento atmosferico. La presente definizione include tutte le installazioni funzionali all'impianto ed il sito ove queste sono ubicate.

autorità competente: la regione o la provincia autonoma o la diversa autorità indicata dalla legge regionale quale autorità competente al rilascio dell'autorizzazione alle emissioni.

gestore: qualsiasi persona fisica o giuridica che detiene o gestisce l'impianto

autorizzazione: atto scritto con cui l'autorità competente consente al soggetto richiedente di costruire, modificare, trasferire ed esercire un impianto a determinate condizioni. L'autorizzazione deve stabilire la quantità e la qualità delle emissioni, le metodologie di controllo delle stesse, nonché il termine per la messa a regime dell'impianto e la data di scadenza.

contenuti della domanda di autorizzazione: progetto dell'impianto in cui sono descritti ciclo produttivo, tecniche adottate per limitare le emissioni, qualità e quantità delle emissioni, termine per la messa a regime dell'impianto.

autorità competente al controllo: l'autorità competente al controllo è quella che rilascia l'autorizzazione. La stessa può avvalersi per l'espletamento della funzione di controllo della collaborazione di soggetti all'uopo individuati.

Per quanto attiene invece l'individuazione del campo di applicazione va osservato che:

- sono esclusi gli impianti soggetti ad IPPC;
- sono esclusi gli impianti normati di recente come gli inceneritori, per i quali si rinvia al d.lgs 133/2005 (anche se nell'applicazione delle procedure semplificate del recupero rifiuti è prevista una previa autorizzazione ai sensi della Parte V del decreto);
- sono esclusi gli impianti indicati al comma 5 dell'art. 272 (impianti per la difesa nazionale, sfiati da ambienti di lavoro, ecc.), nonché una parte degli ex "impianti ad inquinamento atmosferico poco significativo" precedentemente governabili con normativa tecnica autoregolamentante in quanto esclusi non dal campo di applicazione ma solo dalle procedure autorizzative;

riservando pertanto le indicazioni relative alla procedura autorizzatoria ed ai limite di emissione esclusivamente ad impianti di dimensione medio-piccola.

E' bene notare che una delle innovazioni introdotte che potrebbe essere accolta favorevolmente è la fissazione di un tempo massimo di validità dell'autorizzazione.

Appare tuttavia utile sottolineare come questa previsione sia contraddittoria: da un lato è certamente positiva rispetto ad una situazione in cui le autorizzazioni ex DPR 203/88 non avevano scadenza; dall'altro lato, la durata di 15 anni sembra assolutamente sproporzionata, sia rispetto ai processi di adeguamento degli impianti alle nuove esigenze ambientali dettate dalle politiche di sostenibilità (viene infatti annullata la possibilità per l'autorità competente di modificare d'ufficio le prescrizioni dell'autorizzazione in seguito all'evoluzione delle Migliori Tecniche Disponibili e della situazione ambientale, possibilità che viene conservata esclusivamente ogni 15 anni in sede di rinnovo dell'autorizzazione), sia rispetto alla durata di altre autorizzazioni ambientali, quali ad esempio:

- autorizzazione integrata ambientale (IPPC) che di norma dura 5 anni, oppure 6 anni per impianti certificati ISO 14.000 e 8 anni per quelli certificati EMAS;
- autorizzazione allo scarico idrico che dura 4 anni.

Questa particolarità sembra anche un indicatore del fatto che la previsione che era contemplata nella legge delega di giungere ad una semplificazione dei procedimenti autorizzatori con il rilascio di un'autorizzazione unica, non trova nessun riscontro nel testo della bozza di decreto "Norme in materia di procedure per la valutazione di impatto ambientale (VIA), per la valutazione ambientale strategica (VAS) e per l'autorizzazione ambientale integrata (IPPC)", continuando quindi a privilegiare un approccio di tipo settoriale.

Una strada possibile di riunificazione potrebbe essere proprio quella di estendere i termini di durata delle autorizzazioni fissati per gli impianti IPPC a tutte le normative settoriali.

Per quanto riguarda le osservazioni relative alla procedura autorizzatoria è bene considerare che il concetto di impianto di cui all'art. 268 della proposta di decreto non è conforme a quanto previsto dalla normativa comunitaria in materia (direttiva 84/360/CEE) e fino ad oggi consolidato nel rilascio delle autorizzazioni alle emissioni in atmosfera (es. DPR 203/88, anche in relazione al DM 44/04, ecc.) che considera l'impianto non come singola macchina o punto di emissione ma l'insieme delle installazioni funzionali alla produzione di beni o servizi, ivi compreso il sito in cui queste sono ubicate.

Inoltre è bene tener presente che non ha nessun significato pratico andare a dividere gli impianti esistenti secondo diverse scadenze temporali, in quanto una procedura semplificativa dei processi autorizzatori dovrebbe individuare come esistenti tutti gli impianti, appartenenti al campo di applicazione, autorizzati prima dell'entrata in vigore del decreto, mentre dovrebbe

individuare come nuovi tutti gli impianti per i quali viene presentata domanda di autorizzazione alla costruzione, modifica sostanziale o trasferimento successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Appare inoltre evidente che i valori limite e le prescrizioni riportate negli allegati (l'Allegato I è sostanzialmente la riproposizione del D.M. 12 luglio 1990) sono del tutto carenti per quanto attiene il rilascio delle autorizzazioni per un nuovo impianto, rimandando la definizione di tali indicazioni a provvedimenti legislativi da emanarsi successivamente all'entrata in vigore del presente decreto (entro 1 anno).

Gli allegati 1,2,3 contengono valori limite alle emissioni minimi e massimi la cui logica aveva senso nel 1988, in quanto per la prima volta dava un assetto unico sul territorio nazionale, ma indicava anche l'opportunità di adeguarsi a detti valori entro e non oltre il 1997. Appare ovvio che la riproposizione degli stessi valori limite e degli stessi criteri di valutazione corrisponderebbe ad ammettere che le attività produttive non hanno ottemperato, a distanza di sette anni dall'ultima data di scadenza prevista, al contenuto della norma stessa. Inoltre, comporterebbe la vanificazione degli strumenti amministrativi e tecnici che le regioni hanno posto in essere per il contenimento delle emissioni in atmosfera. Sostanzialmente l'approvazione e la conseguente adozione del contenuto di questi tre allegati riporterebbe la situazione emissiva al 1990, con il conseguente peggioramento della qualità dell'aria e il mancato incentivo nella applicazione delle migliori tecniche disponibili.

La mancata possibilità delle regioni, in particolar modo per quelle ad alta industrializzazione, di mantenere comunque in essere le proprie discipline specifiche, molto più restrittive rispetto ai contenuti della legge delega, provocherebbe uno stato di confusione procedurale, amministrativa e di contenuto nei singoli provvedimenti portando ad un trattamento non univoco con possibile esborso economico differenziato fra un soggetto in possesso di un atto regionale e un soggetto sottoposto alla disciplina statale in approvazione.

Ne consegue la necessità di definire in un solo allegato, aggiornato sulle base delle migliori tecniche attualmente disponibili, tutto quanto concerne il rilascio di un'autorizzazione per un nuovo impianto (es. limiti di emissione, metodologia di controllo delle emissioni, soglie di applicabilità della norma), lasciando che gli impianti oggi esistenti, per altro già dotati di autorizzazione (anche se tacita in alcuni casi), vadano fino alla naturale scadenza della stessa (5 anni dall'entrata in vigore del presente decreto) nel rispetto delle condizioni autorizzate.

Titolo II - Impianti termici

Con riferimento al Titolo II si osserva preliminarmente che la materia degli impianti termici continua ad essere oggetto di molteplici normative tra loro non coerenti, nonostante la necessità evidenziata in diverse sedi, ivi compresa la legge delega n. 308/2004, di razionalizzare le disposizioni in un'ottica di semplificazione e certezza normativa.

A questo riguardo, gli articoli di riferimento (artt. 282-290) pongono forti perplessità poiché non vanno nella direzione auspicata. Le disposizioni di questo titolo infatti continuano a non raccordarsi con la normativa "energetica" vigente né tanto meno con quanto previsto dal D. Lgs n. 192/2005 di recente emanazione attuativo della direttiva 2002/91/CE in materia di rendimento energetico degli edifici.

In particolare si formulano le seguenti osservazioni:

- all'art. 283, lettera i), continua a persistere l'annosa questione relativa alle autorità competenti in materia di controlli, che a seguito dell'art. 31 del D. Lgs 112/98 dovrebbero essere unicamente le Province (come sottolineato alla Regione Piemonte dal Commissario di Governo);
- l'art. 284 prevede la trasmissione di apposita denuncia all'autorità competente, in caso di installazione o di modifica di un impianto termico civile nominale superiore al valore di soglia, limitandosi a perpetuare le disposizioni della L. n. 615/1966 senza prevederne l'integrazione con quelle derivanti dalla normativa energetica. Il DPR 412/93, come modificato dal successivo DPR 551/99, all'art. 11, comma 11, stabilisce, infatti, oltre al libretto di centrale o di impianto, la scheda identificativa dell'impianto che, per quelli nuovi o sottoposti a ristrutturazione, deve essere compilata dall'installatore. D'altra parte la denuncia, secondo lo schema allegato, è simile (anche se riduttiva) agli schemi di rapporto di controllo tecnico per gli impianti termici di potenza maggiore o uguale a 35 kW e per quelli di potenza inferiore, allegati al testo di recepimento della direttiva citata;
- l'art. 288, nel prevedere e disciplinare nuove sanzioni, non tiene conto delle disposizioni (peraltro articolate) attuative della direttiva 2002/91/CE. E' pertanto necessaria un'analisi accurata al fine di non determinare confusioni interpretative e applicative. L'art. 34, comma 5, della legge 10/91, (oltremodo discusso anche per l'entità e i destinatari delle sanzioni previste) stabilisce sanzioni per il proprietario o il terzo responsabile, che non ottemperino alle disposizioni relative all'esercizio e manutenzione degli impianti. Il testo attuativo della direttiva citata, stabilisce sanzioni più severe anche nei confronti degli operatori incaricati del controllo e dei manutentori. Da ultimo, l'articolo in esame aggiunge sanzioni per esempio nel caso di omessa denuncia di cui all'art. 284 da parte dell'installatore.

Va infine rimarcato che l'Allegato IX Parte II è una copia delle "antiche" normative del DPR n. 1391/1970 (persino nell'utilizzo delle unità di misura non coerenti con quanto indicato dal sistema internazionale), di cui si era già decretata la necessità di aggiornamento nel DPCM 8 marzo 2002.

CONSIDERAZIONI SULLA PARTE VI IN MATERIA DI TUTELA RISARCITORIA CONTRO I DANNI ALL'AMBIENTE

Per quanto concerne la materia del danno ambientale, premesso che è intenzione del legislatore delegato recepire la Direttiva 2004/35/Ce, con contestuale abrogazione dell'art.18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, occorre evidenziare innanzitutto il sensibile rafforzamento delle competenze in capo al Ministro cui viene riservata, oltre ad ogni decisione in merito alle misure di ripristino e riparazione ambientale (artt.305 e segg.), in una logica centralista nella quale Regioni ed Enti locali non vengono interpellati in ordine alla scelta da adottarsi nel loro territorio, la competenza ad emettere ordinanze- ingiunzioni a contenuto ripristinatorio e risarcitorio (art.313), nonché la competenza ad agire in via giurisdizionale, anche esercitando l'azione civile in sede penale, allo scopo di conseguire l'equivalente patrimoniale o il risarcimento in forma specifica (cfr. art.311).

Alle Regioni, alle Province autonome, agli Enti locali, alle persone fisiche e/o giuridiche viene riconosciuta una facoltà di richiesta dell'intervento statale tramite la presentazione di denunce o osservazioni (art.309), la legittimazione ad agire per l'annullamento di atti e provvedimenti adottati in violazione della normativa in esame, nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro, e la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno subito a seguito di ritardi nell'attivazione – da parte del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio - delle misure di riparazione del danno ambientale (cfr. art.310).

Tale nuovo assetto di competenze risulta riduttivo nei confronti degli Enti territoriali interessati laddove, vigente l'art.18 della legge 349/1986 citata, a detti soggetti viene riconosciuta la legittimazione all'esercizio dell'azione di risarcimento del danno ambientale. Tale "statalizzazione" della tutela del danno ambientale mal si concilia con i principi della sussidiarietà orizzontale e verticale cui, a seguito delle recenti riforme costituzionale, dovrebbe ispirarsi l'azione delle Istituzioni. Posto che l'ambiente viene sempre più considerato un valore, e non una materia, parrebbe opportuno garantire allo stesso forme di tutela sia a livello centrale che periferico.

Pertanto, suscita non poche perplessità l'attribuzione dei (forti) poteri, cui si è fatto cenno, comportanti valutazioni ed attività di carattere prettamente tecnico, in capo ad un soggetto, il Ministro, dagli innegabili connotati politici, il tutto in palese violazione delle normative vigenti

in materia di netta separazione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo, che spetta agli organi politici e funzioni tecnico-amministrative di attuazione e gestione, di spettanza dirigenziale. E ciò anche se nel testo licenziato dal Consiglio dei Ministri del 19 gennaio 2006 all'art.299, comma 1, viene inserita la previsione che il Ministro esercita funzioni e compiti "direttamente o mediante la Direzione generale per il danno ambientale...omissis...e gli altri uffici ministeriali competenti".

Con riferimento all'articolo 309, che contempla la richiesta di intervento statale da parte dei soggetti legittimati, si riscontra una differenza rispetto alla disciplina comunitaria, in quanto nello schema di decreto non è prevista la possibilità per il presunto operatore del danno di far conoscere le proprie opinioni circa la richiesta di azione e le osservazioni allegate, in violazione dei principi che prevedono la partecipazione del soggetto al procedimento cui è interessato; solo nel caso in cui il Ministro decida di adottare l'ordinanza è previsto il rispetto degli articoli 7 e seguenti della L.241/90.

L'articolo 310 disciplina i ricorsi amministrativi: dubbi sorgono circa la competenza del legislatore delegato ad introdurre, ancorchè in via facoltativa, un doppio ricorso in opposizione al Ministro nel caso di inerzia di quest'ultimo a fronte della prima opposizione, laddove l'ordinamento vigente prevede i ricorsi amministrativi in unica istanza (cfr. D.P.R. n.1199/1971).

Si deve ritenere che dall'applicazione dell'articolo 310 sia escluso l'operatore, che potrà impugnare l'ordinanza avvalendosi di tutti i mezzi amministrativi e giurisdizionali normativamente previsti in via ordinaria, a meno che lo stesso rientri nella fattispecie di cui all'articolo 309, comma 1, lett.b).

Rispetto alla disciplina dell'ordinanza ministeriale (artt.312 e seguenti) si rileva innanzitutto come per l'emanazione della stessa sia previsto un termine decadenziale di due anni dalla notizia del fatto. Da tale previsione sembrerebbe discendere come conseguenza l'impossibilità di richiedere dopo tale termine il risarcimento in forma specifica, che dovrebbe invece rappresentare sempre la via preferenziale. Infatti l'ordinanza è posta dal decreto quale via alternativa rispetto all'azione giudiziaria per il risarcimento del danno per equivalente patrimoniale (art.315) e si ritiene dunque che, decaduto il Ministro dalla possibilità di emettere l'ordinanza, non possa che percorrere la via giudiziaria per ottenere un risarcimento patrimoniale.

Suscita perplessità la procedura instaurata ex art.304 nel testo licenziato dal Consiglio dei Ministri del 19 gennaio 2006, laddove, a fronte di un obbligo, per l'operatore interessato, di adottare, in caso di minaccia imminente di un danno ambientale, le necessarie misure di

prevenzione e messa in sicurezza nel termine di ventiquattro ore, al comma 2 si prevede che i suddetti interventi devono necessariamente essere preceduti da comunicazione agli enti ivi previsti, con conseguente consumazione di parte del tempo utile. E' inoltre previsto che il soggetto sia abilitato all'intervento di messa in sicurezza solo quando detta comunicazione sia pervenuta dal comune, cosa di cui l'operatore non può avere conoscenza entro le ventiquattro ore a meno che non consegna personalmente la comunicazione al protocollo comunale.

Così come suscita perplessità la riduzione, ex citato comma 2 art.304 testo licenziato dal Consiglio dei Ministri del 19 gennaio 2006, delle sanzioni ivi previste

Peraltro, in detto ultimo testo è inserito, all'art.313, un nuovo comma 2, che legittima il Ministro, nelle ipotesi ivi previste (mancato ripristino, in tutto o in parte, ad opera del responsabile, ripristino in parte o in toto impossibile, o eccessivamente oneroso), ad emanare ordinanze per il pagamento di una somma a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario. Posto che altri articoli fanno genericamente riferimento all'ordinanza ex art.313 (cfr. ad esempio, artt. 312, comma 1; 314, comma 6; 315, comma 1; 316), sarebbe opportuno un coordinamento o una specificazione del comma onde evitare possibili difficoltà interpretative, tenuto conto che ora detto articolo contiene la previsione di due tipi di ordinanze.

Altrettanto opportuno pare il coordinamento, nel titolo II, delle norme che delineano una responsabilità "specificata" (il riferimento è "all'operatore", ex artt. 304 e 305), con la norma che, ex art. 311, delinea una responsabilità generica, non dei soli operatori, ma di chiunque, ancorché limitata alle ipotesi di dolo o colpa.

Si segnala poi, che, per quanto concerne i costi dell'attività di prevenzione, ripristino e riparazione ambientale, la direttiva comunitaria (art.9) lascia impregiudicata qualsiasi disposizione del diritto nazionale riguardante l'imputazione dei costi nel caso di pluralità di autori del danno, in particolare per quanto concerne la ripartizione della responsabilità tra produttore e utente di un prodotto; tale precisazione non risulta ripresa nel testo del decreto, che peraltro fa unicamente accenno ai responsabili in solido con riferimento al risarcimento del danno in forma specifica.

L'abrogazione dell'art.1, commi 439, 440, 441, 442 e 443 della legge 23 dicembre 2005, n.266, operata ex art.318, comma 2, lett. d), del testo licenziato dal Consiglio dei Ministri del 19 gennaio 2006, ripristina la certezza del diritto che l'inserimento, nella Legge Finanziaria 2006, dell'istituto in oggetto, nelle more della prossima adozione, e dell'entrata in vigore, di una normativa che, secondo le intenzioni espresse, dovrebbe disciplinare in maniera organica la materia, aveva fortemente messo in discussione.

Suscita, infine, perplessità il mancato adeguamento alla Direttiva comunitaria 2004/35/CE laddove quest'ultima opera una distinzione tra danno derivante da attività pericolose (con conseguente limitazione del principio di responsabilità oggettiva a dette sole attività) e danno derivante da qualsiasi altra attività.

PUNTO 4

Servizio idrico integrato

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/11/2005 n. 6429

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3925/2002, proposto dal Comune di Chialamberto, in persona Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Riccardo Montanaro e Guido Francesco Romanelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Roma, via Cosseria n. 5;

CONTRO

la Regione Piemonte, in persona del Presidente della Giunta regionale pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Anita Ciavarra e dall'avv. Gabriele Pafundi ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo, in Roma viale Giulio Cesare, n. 14

NONCHÉ CONTRO

la Provincia di Torino, in persona del Presidente pro tempore;
il Commissario ad acta nominato con decreto del Presidente della Giunta regionale del 27.1.2000. n. 12/2000

E NEI CONFRONTI

- dell'Autorità d'Ambito dell'Ambito Territoriale Ottimale - A.T.O. n. 3 Torinese, in persona del legale rappresentante pro tempore;
- del Comune di Alpignano, in persona del Sindaco pro tempore,
- della dott.ssa Fiorenza Veglia;
per l'annullamento

della sentenza del Tar Piemonte– Torino, 2^a Sezione del 24 marzo 2001, n. 650, che ha respinto il ricorso del Comune avverso i seguenti provvedimenti:

1) decreto del Presidente della Giunta Regionale n. 12 del 27.1.2000, trasmesso ai Comuni il 31.1.2000 e pervenuto successivamente, che nomina la dottoressa Fiorenza Veglia, Segretario Vicario della sede di Torino del Comitato Regionale di Controllo, commissario ad acta per il compimento di tutti gli atti necessari all'adesione alla convenzione di cooperazione tra Enti Locali dell'A.T.O. n. 3 Torinese approvata nella conferenza dei servizi del giorno 8.6.1998, dei Comuni di Bardonecchia, Bruzolo, Busano, Bussoleno, Cambiano, Chialamberto, Chianocco, Coassolo Torinese, Exilles, Favria, Frassinetto, Giaglione, Gravere, Mattie, Mezenile, Mompatero, Moncenisio, Novalesa, Osasco, Osasio, Perrero, Pragelato, Prali, Pramollo, Rondissone, Roure, Salbertrand, San Colombano Belmonte, Salza di Pinerolo, Tavagnasco, Vallo Torinese, Vistrorio, Usseaux;

2) deliberazione n. 1 del commissario ad acta che approva per il Comune di Chialamberto la Convenzione di cooperazione regolante i rapporti fra gli enti locali ricadenti nell'Ambito n. 3 torinese e di sottoscrivere la Convenzione suddetta;

3) della Convenzione istitutiva dell'Autorità d'Ambito per l'organizzazione del servizio idrico integrato dell'Ambito Territoriale Ottimale n. 3 Torinese proposta dalla Provincia di Torino nella conferenza dei servizi del giorno 8.6.1998 e della nota della Provincia di Torino n. 96361 del 2.6.1999, con la quale: la Provincia chiede l'attivazione del potere sostitutivo regionale ai sensi dell'art. 4.4 l.r. n. 13/97 nei confronti di 31 Comuni che hanno adottato formale atto di dissenso e dei 28 Comuni che non hanno espresso alcuna volontà nei confronti della convenzione anzidetta;

4) delibera della Giunta Regionale 21.4.1997 n. 36-18438, contenente criteri ed indirizzi per la stipula della convenzione di costituzione dell'Autorità d'Ambito di cui alla L.R. 20.1.1997 n. 13;

5) delibera della Giunta Regionale 24.11.1997 n. 31-23277, che approva la convenzione-tipo di cui all'art. 11 della Legge n. 36/94;

6) ogni atto presupposto, connesso e conseguente, con particolare riguardo alla individuazione di 13 aree territoriali omogenee elencate e graficamente individuate nell'allegato D della Convenzione istitutiva dell'Autorità d'Ambito che costituiscono raggruppamenti di comuni ai fini della costituzione al conferenza di rappresentanti degli enti locali, in violazione dell'autonomia comunale garantita dalla Costituzione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 18 marzo 2005, relatore il Consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì gli avv.ti Romanelli e Pafundi.

FATTO

Con l.r. n. 13/97, la Regione Piemonte procedeva alla individuazione degli ambiti territoriali ottimali per la gestione del servizio idrico integrato di cui all'art. 8 della legge n. 36/94 ed alla definizione delle forme e dei modi di cooperazione tra gli enti locali ricadenti nei predetti ambiti. L'art. 4 della legge regionale n. 13/97 prevedeva che gli enti locali di ciascun ambito territoriale esercitassero le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato attraverso un organo denominato "Autorità d'Ambito", consistente in una conferenza di servizi composta dal Presidente della Provincia territorialmente interessata, dai Presidenti delle Comunità Montane e dai Sindaci dei Comuni non facenti parte di queste ultime. Sempre secondo la legge regionale citata, la costituzione dell'Autorità d'Ambito doveva avere luogo entro sei mesi, attraverso la stipula di una convenzione obbligatoria ai sensi dell'art. 24 della l. n. 241/90, decorso inutilmente il quale, era prevista l'attivazione del potere sostitutivo regionale.

Con delibera di Giunta 21.4.1997, n. 36-18438, la Regione Piemonte, ai sensi dell'art. 4, co. 5, l.r. n. 13/97, definiva i criteri di base e gli indirizzi per le modalità di stipulazione della convenzione, secondo un modello elaborato dalla Provincia di Torino. Nel corso della riunione 8.6.1998 per la costituzione della Autorità d'Ambito, il Comune di Chialamberto, unitamente ad altri, adottava formale e motivato atto di dissenso. Con D.P.G.R. n. 12/2000 il Presidente della Regione, superando le ragioni del dissenso dei Comuni e nell'esercizio del potere sostitutivo previsto ex art. 4, co. 4, l.r. n. 13/97, nominava commissario ad acta la dottoressa Fiorenza Veglia della Segreteria del Co.Re.Co., sia con riferimento ai Comuni dissenzienti che a quelli che non avevano espresso alcuna volontà circa l'adesione al modello di convenzione istitutiva e regolativa dell'autorità d'ambito.

Con delibera 16.2.2000 n. 1, il Commissario ad acta, approvava la Convenzione per conto del Comune di Chialamberto, che impugnava il provvedimento innanzi al Tar del Piemonte unitamente al D.P.G.R. n. 12/2000, con cui si era stabilito l'uso del potere sostitutivo, alla nota n. 96361/1999, con cui la Provincia di Torino aveva chiesto alla Regione Piemonte l'attivazione del potere sostitutivo e alla delibera n. 1, con cui è stata approvata la Convenzione da parte del commissario ad acta per conto del Comune ricorrente. Sono state altresì impuginate la Convenzione medesima istitutiva dell'Autorità d'Ambito, le delibere di Giunta Regionale 21.4.1997 n. 36-18438 e 24.11.1997, n. 31-23277, di fissazione dei criteri e gli indirizzi stipula della convenzione e l'approvazione della convenzione-tipo elaborata dalla Provincia di Torino. Questi i motivi: 1) Violazione dell'art. 128 Cost. e dell'art. 9, l. n. 36/1994: gli artt. 3, co. 10 e 6, co. 1, l.r. n. 13/97, contrastano con l'autonomia degli enti locali, nella parte in cui prevedono forme di rappresentanza di secondo grado per i Comuni facenti parte dell'Autorità d'Ambito al fine di organizzare il servizio idrico integrato. I Comuni appartenenti a comunità montane sono rappresentati dai Presidenti di queste ultime mentre gli altri che non ne fanno parte sono raggruppati secondo forme di rappresentanza unitaria. I Comuni sono privati di competenze ad essi spettanti in misura maggiore rispetto a quanto previsto dall'art. 9 l. n. 36/94, in violazione dell'art. 128 Cost. Conseguono l'illegittimità sia dell'art. 5 della Convenzione istitutiva dell'Autorità d'Ambito n. 3 - Torinese, nella parte in cui ha raggruppato i Comuni in 13 sub-ambiti, sia dell'art. 10 della medesima Convenzione, nella parte in cui affida ai Presidenti delle Comunità Montane la rappresentanza dei Comuni che vi appartengono ed al tredici Sindaci dei raggruppamenti la rappresentanza dei Comuni ivi ricompresi. 2) Violazione dell'art. 14, l. n. 241/1990 e della delibera di G.R. 21.4.1997 n. 36-18438: il D.P.G.R. n. 12/2000, con cui è stato attivato il potere sostitutivo regionale nei confronti dei Comuni dissenzienti viola l'art. 14, l. n. 241/90, che attribuisce forza impeditiva nel concludere il procedimento al motivato dissenso di uno dei partecipanti alla conferenza. L'esercizio del potere sostitutivo ha ignorato il dissenso espresso da parte di alcuni Comuni, tra cui quello ricorrente. 3) Violazione dell'art. 128 Cost. e dell'art. 3 l.r. n. 13/97 nonché del par. 11.2 della delibera di G.R. 21.4.1997: sono stati demandati alla Autorità d'Ambito compiti che dovevano essere affidati alla Conferenza istitutiva. 4) Violazione dell'art. 128 Cost. e dell'art. 9, co. 4°, l. n. 36/94 e dell'art. 3, co. 1°, lett. e), l.r. n. 13/97: il potere dei Comuni e delle Province di provvedere alla gestione integrata del servizio idrico anche al fine di salvaguardare idonee ed efficaci forme di gestione preesistenti, è stato loro illegittimamente sottratto per essere attribuito all'Autorità d'Ambito. 5) Contraddittorietà con atti amministrativi: la deliberazione del Commissario ad acta n. 1 contrasta con la precedente deliberazione di dissenso del Consiglio Comunale. 6) Violazione del principio di incompatibilità: la deliberazione di nomina del Commissario ad acta e gli atti della regione non hanno stabilito il programma degli interventi, le modalità di attuazione delle infrastrutture e tutti gli altri aspetti previsti dall'art. 3 della l.r. n. 13/97 e richiamati nel paragrafo n. 11 della delibera di Giunta Regionale 21.4.1997 n. 36-18438. Nel giudizio di primo grado si è costituita la regione Piemonte. Con la sentenza impugnata il Tar del Piemonte respingeva il ricorso. Avverso la sentenza è stato proposto appello dal comune di Chialamberto. Nel giudizio si è costituita la Regione chiedendo il rigetto dell'appello. La causa viene in decisione all'udienza del 18 marzo 2005.

DIRITTO

1) La decisione in epigrafe ha respinto il ricorso proposto dal comune di Chialamberto nei confronti del D.P.G.R. Piemonte 27.1.2000, n. 12, di nomina del commissario ad acta per il compimento degli atti necessari all'adesione alla convenzione di cooperazione tra Enti Locali dell'A.T.O. n. 3 "Torinese" approvata nella conferenza dei servizi del giorno 8.6.1998, per i comuni di cui all'epigrafe nonché della delibera commissariale che approva la Convenzione di Cooperazione per il Comune di Chialamberto e della Convenzione istitutiva dell'Autorità d'Ambito per l'organizzazione del servizio idrico integrato dell'Ambito Territoriale Ottimale n. 3. Data la palese infondatezza dell'appello, il Collegio ritiene di prescindere dall'esame dell'eccezione d'inammissibilità formulata dalla Regione Piemonte, perché l'atto introduttivo del giudizio non contiene censure specifiche nei confronti della sentenza, ma si limita a riportare i motivi svolti nel ricorso di primo grado.

I provvedimenti di che trattasi sono stati emanati in attuazione della l. 5 gennaio 1994 n. 36 (legge Galli) che, sulla scorta del regime pubblicistico della proprietà delle acque, ha riorganizzato i servizi di acquedotto, fognatura e depurazione, secondo ambiti territoriali ottimali, al cui interno integrare la gestione dei servizi con la separazione delle funzioni pubbliche di organizzazione del servizio dalle attività imprenditoriali di erogazione sulla scorta di un omogeneo regime tariffario. Per il superamento della frammentazione delle gestioni, la legge ha stabilito l'obbligatorietà della definizione di ambiti territoriali ottimali in cui confluiscono tutti i comuni, così superando il criterio delle municipalità delle singole gestioni. Secondo la legge n. 36/1994, le Regioni sono competenti a delimitare gli ambiti territoriali ottimali e disciplinare delle forme e i modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, per provvedere alla gestione del servizio idrico integrato. Gli adempimenti vengono attuati secondo precise scadenze temporali, il cui decorso comporta l'intervento sostitutivo del Ministero delle Infrastrutture verso le Regioni che non provvedono alla delimitazione degli ambiti territoriali ottimali e delle Regioni verso gli enti locali che non procedano alla stipula delle convenzioni previste dall'art. 24, comma 1, l. n. 142/1990. La legge regionale Piemonte 20 gennaio 1997 n. 13, attuativa della legge n. 36/1994, ha delimitato gli ambiti territoriali ottimali in numero di sei ed indicato le forme di esercizio associato delle funzioni relative al servizio idrico integrato, mediante la costituzione da parte degli enti locali di ciascun ambito territoriale di un'Autorità d'Ambito unitaria, quale sede unitaria permanente ove gli Enti locali attivino il processo di riorganizzazione richiesto dalla legge Galli con programmazione degli investimenti, fissazione dei livelli tariffari, scelta delle forme di erogazione del servizio e controllo delle gestioni, tramite un modello di cooperazione incentrato nella convenzione di cui all'art. 24 della l. n. 142/90, tenuto conto della presenza delle province, delle Comunità montane per i comuni ricompresi nei relativi territori montani, dell'omogeneità delle aree territoriali omogenee per i comuni da aggregare tramite rappresentanze unitarie per gruppi di Comuni contigui (identità di bacino idrografico, di infrastrutturazioni collettive, di affinità socio-economiche). La legge regionale ha altresì previsto un'Autorità d'Ambito, costituita dalla Conferenza dei Sindaci dei Comuni non appartenenti a Comunità montane, dei Presidenti delle Comunità montane e dei Presidenti delle Province mediante apposita convenzione stipulata ai sensi dell'art. 24, l. n. 142/1990 fra gli enti locali appartenenti all'ambito territoriale ottimale. L'Autorità è pertanto diretta espressione degli Enti locali, che nella convenzione istitutiva devono definire le relative quote in base alla popolazione e al territorio di ciascuno, nella necessità di garantire le esigenze del territorio e l'equilibrio di rappresentanza fra i Comuni montani necessariamente partecipanti

tramite la Comunità montana e gli altri Comuni, ed assicurare funzionalità dell'organismo.

2) Per l'ambito territoriale ottimale n. 3 "Torinese", del quale fanno parte le Provincia, tredici Comunità Montane e trecentosei Comuni, fra cui quello ricorrente, la Provincia di Torino ha proposto, ai sensi dell'art. 4, 3° co. della l.r. un testo di convenzione, conforme ai criteri e agli indirizzi dettati dalla deliberazione della Giunta Regionale 21.04.1997, n. 38-18438 e secondo le motivazioni espresse nel decreto del Presidente della Giunta Regionale n. 12 del 27.01.2000, peraltro condivisa dalla maggior parte dei comuni ricordanti nell'ambito territoriale ottimale n. 3. L'Autorità d'Ambito Torinese si è insediata il 28 giugno 2000 ed ha adottato gli atti attuativi dell'organizzazione del servizio idrico integrato (approvazione del programma di attività, approvazione dei piani di investimento, riconoscimento delle gestioni esistenti, conferimento della titolarità della gestione del servizio idrico integrato a società).

3) Per ciò che riguarda nello specifico la materia oggetto delle presente causa, la Regione ha precisato di avere emanato, con D.P.G.R. 21 aprile 1997 n. 36-18438, i criteri e gli indirizzi per la stipula della convenzione di costituzione dell'Autorità d'Ambito. Nell'ambito territoriale omogeneo torinese (A.T.O. n. 3), la Provincia di Torino aveva approntato la convenzione istitutiva, proposta alla conferenza dell'8 giugno 1998 ed approvata da duecentosessantuno comuni su trecentoventi partecipanti al predetto ambito territoriale. Dell'inutile decorso del termine di legge, la Provincia di Torino notiziava la Regione con nota 2 giugno 1999 n. 96361, richiedendo l'intervento del sostitutivo ex art. 4, l.r. n. 13/1997 del Presidente della Giunta regionale, che invitava i comuni a provvedere entro il termine del 30 settembre 1999 con atti di diffida del 23 giugno 1999. Ai trentatré comuni rimasti inadempienti, veniva indicato con successive note del 15 novembre 1999, l'ulteriore termine di trenta giorni per far pervenire memorie o documenti di motivazione del loro comportamento. Con decreto 27 gennaio 2000 n. 12, il Presidente della Giunta Regionale, tenuto conto dell'inerzia di alcuni comuni e delle motivazioni prospettate da altri, nominava Commissario ad acta, nella persona del segretario vicario del Comitato Regionale di Controllo di Torino dott.ssa Fiorenza Veglia per il compimento delle attività occorrenti alla stipulazione della convenzione istitutiva dell'Autorità d'Ambito (A.T.O. n. 3) da parte dei comuni rimasti inadempienti. La convenzione veniva approvata con deliberazione 16.2.2000 del commissario ad acta, oggetto di ricorso in primo grado del presente appello.

4) Ciò premesso, è infondato il primo motivo che censura la sentenza impugnata ove ritiene conforme all'art. 128 cost. la partecipazione dei comuni alle unità d'ambito attraverso i presidenti delle comunità montane o i rappresentanti di aree omogenee dei comuni. Come afferma la Regione, la legge Galli prevede la riorganizzazione delle funzioni attinenti ai servizi pubblici di acquedotto fognatura e depurazione che comportano l'aggregazione degli enti locali per lo svolgimento delle funzioni in modo associato (nell'ambito territoriale ottimale), demandando alla regioni di stabilirne le delimitazioni e di indicare le forme di cooperazione. La l.r. Piemonte n. 13/1997, ha definito gli ambiti territoriali ottimali ed ha indicato nella Conferenza istituita come Autorità d'ambito, quale forma di cooperazione fra gli enti locali idonea al raggiungimento delle finalità della legge tenuto conto delle peculiarità del territorio regionale piemontese e delle competenze da esercitarsi in forma associata per le Comunità Montane. L'articolazione per gruppi di comuni costituenti aree territoriali omogenee assicura nell'Autorità d'Ambito equilibrio e pari dignità istituzionale a tutti i comuni montani e non ai fini del raggiungimento degli obiettivi della legge di

funzionalità organizzativa e decisionale volti alla migliore organizzazione del servizio idrico integrato al livello di adeguata dimensione gestionale, economica e tecnica. Tanto è stato messo in rilievo nella sentenza impugnata, ove conclude per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 3, co. 1° e 6, co. 1° l.r. Piemonte n. 13/97, nella parte in cui prevede forme di rappresentanza di secondo livello dei Comuni facenti parte dei vari ambiti territoriali ottimali con riferimento all'art. 128 della cost. La stessa legge n. 142/90 ha delimitato l'ambito di autonomia degli enti locali nel quadro di un più organico raccordo funzionale con le Regioni, definite quale centro propulsore e di coordinamento dell'intero sistema delle autonomie locali. Alla legge regionale è affidata la cooperazione dei comuni e delle province fra loro e con la regione, al fine di realizzare un efficiente sistema delle autonomie locali. Il medesimo ruolo delle Regioni risulta rafforzato del D.Lgs. n. 267/2000, il cui art. 4 modula l'autonomia comunale in rapporto alla legislazione regionale nelle materie costituzionalmente attribuite alla competenza delle Regioni, come lo sono i servizi pubblici per loro dimensione sovracomunale. Tanto emerge, precipuamente, dall'art. 118, secondo comma Cost. che individua anche nella legge regionale la fonte attributiva di funzioni amministrative ai comuni province e città metropolitane. Ne deriva la legittimità del potere regionale di regolare le attività amministrative locali in relazione ad esigenze di carattere sovracomunale e di prevedere i modi di attività sostitutiva per l'espletamento di determinati compiti, valutati come essenziali nella regolamentazione di specifici settori. È poi illegittima la censura di esproprio delle potestà locali in quanto lo stesso art. 35, l. n. 448/2001 non può essere interpretato nel senso dell'esclusione dei soggetti sovracomunali che organizzino i servizi pubblici di rete, che anzi sono espressamente contemplati dalla norma quali soggetti che agiscono in ordine alla proprietà delle reti, degli impianti ed alla gestione associata del servizio per ambiti territoriali sovracomunali

5) E' anche infondato il secondo motivo, non trovando applicazione l'art. 14, comma 3.bis, l. n. 241/1990 a fronte della specialità delle disposizioni della l. n. 36/1994 e della l.r. n. 13/1997 circa l'obbligatorietà del convenzionamento per l'esercizio del servizio idrico integrato, per i termini stabiliti e per l'attivazione del potere sostitutivo. Effetto del dissenso dell'ente locale è pertanto l'esercizio dei poteri sostitutivi, a fronte dei quali il comune può soltanto addurre l'onere della regione di esaminarne i motivi, ma non di recedere dalla sostituzione. Tanto afferma la Regione Piemonte di avere fatto con il D.P.G.R. n. 12/2000: ricevuta l'istanza della Provincia di Torino, la Regione ha diffidato i comuni rimasti inadempienti ed assegnato loro un termine per l'adempimento, invitandole successivamente a presentare memorie o documenti. La Regione ha poi esaminato le osservazioni dei comuni dissenzienti e le ha respinte. Non sussiste violazione della D.G.R. 21.4.1997 n. 36-18438 in quanto la garanzie procedurali hanno ad oggetto non la stipula della convenzione istitutiva ma la successiva fase della scelta del modello organizzativo e delle forme di gestione da adottare dagli Enti locali, dopo costituita l'Autorità d'Ambito.

6) E' poi anche da disattendere l'assunto del ricorrente nel terzo motivo d'appello secondo cui la convenzione deve specificare il programma degli interventi, le modalità di attuazione delle infrastrutture, il sistema tariffario, i rapporti finanziari, la ricaduta sull'economia locale e tutti i contenuti di cui all'art. 3 della l.r. 13/1997 e al paragrafo 11 della D.G.R. 21.4.1997. La legge regionale distingue i due momenti di organizzazione del servizio idrico integrato: quello istitutivo dell'Autorità d'ambito mediante una convenzione a cui partecipano tutti gli enti riuniti in una conferenza di servizi e quello della gestione che avviene successivamente. Costituiscono elementi

essenziali della fase preordinata alla costituzione dell'Autorità d'ambito, le quote di rappresentatività dei componenti, le modalità di funzionamento, le forme di consultazione degli enti contraenti, le forme di vigilanza e di controllo, i rapporti finanziari, i reciproci obblighi e garanzie, il termine di efficacia della convenzione. Sono di competenza dell'Autorità d'ambito l'approvazione del programma di attuazione delle infrastrutture e di acquisizione delle altre necessarie per l'erogazione del servizio, il piano finanziario, la definizione del modello organizzativo e l'individuazione delle forme di gestione del servizio idrico integrato, compresa la salvaguardia degli organismi esistenti; gli atti di affidamento della gestione del servizio, la determinazione delle tariffe del servizio idrico e della destinazione dei proventi tariffari, il controllo operativo, tecnico e gestionale sull'erogazione del servizio. La distinzione fra i due momenti, istitutivo dell'Autorità d'ambito ed organizzativo del concreto servizio, non è pertanto arbitrariamente creata dalla convenzione, dalle delibere regionali o dal decreto di nomina del commissario, ma è stabilita direttamente nella l. r. n. 13/1997 e corrisponde pienamente al sistema normativo. E' estranea a quest'ultima la possibilità di libera aggregazione fra comuni aventi pari interessi, quando fra gli enti locali nell'ATO è determinata in ragione delle esigenze geografiche, socioeconomiche di infrastrutturazione, di dimensionamento gestionale del servizio anche per necessità di equilibrio finanziario, con esclusione della volontaristica adesione del singolo ente locale.

7) La decisione impugnata ha correttamente delimitato la possibilità di salvaguardia delle gestioni esistenti -ammessa dalla legge statale e dalla legge regionale- nella concreta ricognizione infrastrutturale e nella concreta programmazione del servizio. Il mantenimento di gestioni esistenti è quindi un fatto eventuale e derogatorio al criterio generale di unicità gestionale per tutto l'ambito, verificabile solo in concreto e laddove una gestione già operante risponda a parametri di efficacia sul piano della qualità e dell'economicità dei servizi. Diversamente da quanto si sostiene nel quarto motivo, il servizio idrico integrato deve essere di norma gestito mediante un unico soggetto e può essere affidato ad una pluralità di soggetti gestori al solo fine di salvaguardare le forme e le capacità gestionali di organismi esistenti che rispondano a particolari criteri di efficienza ed economicità. Non è pertanto sostenibile che con la costituzione dell'autorità d'ambito, gli enti locali abbiano perduto ogni possibilità di far valere le proprie ragioni.

8) Correttamente, inoltre, il Presidente della Giunta Regionale ha provveduto in via sostitutiva degli enti inadempienti ai sensi dell'art. 4, quarto comma, l.r. n. 13/1997 ed ha ritenuto di avvalersi allo scopo di un commissario, indipendentemente dalla funzioni che la stessa svolge presso il CoReCo, peraltro limitate ai soli atti degli enti locali sottoposti a controllo di legittimità.

9) In quanto successive all'emanazione degli atti impugnati, le disposizioni degli art. 35, co. 5 e 6, l. n. 448/2001 non possono essere assunte a parametro della loro legittimità né sostenere in alcun modo l'assunto dell'appellante. Il co. 5, dell'art. 35 non era più vigente in quanto abrogato dall'art. 14, comma 3, d.l. n. 269/2003, recava disposizioni transitorie che non mantenevano il diritto di proprietà delle reti in capo ai singoli comuni.

10) L'appello deve essere pertanto respinto e va confermata la sentenza impugnata. Ricorrono i giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello e conferma la sentenza impugnata. Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 18 marzo 2005 con l'intervento dei Sigg.ri:

Sergio Santoro

Presidente

Cesare Lamberti

Consigliere, est.

Claudio Marchitiello

Consigliere

Aniello Cerreto

Consigliere

Nicola Russo

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Cesare Lamberti

f.to Sergio Santoro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21 novembre 2005

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

p. IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi

Legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), art. 1, c. 415: incentivi alla organizzazione del servizio idrico integrato nelle aree sotto utilizzate del Mezzogiorno

Articolo 1, commi 415-416

Al fine di promuovere l'attuazione di investimenti e la gestione unitaria del servizio idrico integrato sul complesso del territorio di ciascun ambito territoriale ottimale nelle aree sottoutilizzate del Mezzogiorno, il Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), in sede di riparto della dotazione aggiuntiva del fondo per le aree sottoutilizzate di cui all'articolo 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, accantona un'apposita riserva premiale, pari a 300 milioni di euro, da riconoscere per spese in conto capitale, proporzionalmente alla popolazione, ai comuni e alle province che, consorziati o associati per la gestione degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 8 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, risultino avere affidato e reso operativo il servizio idrico integrato a un soggetto gestore individuato in conformità alle disposizioni dell'articolo 113 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni.

Il CIPE, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con successiva delibera, su proposta dei Ministri dell'economia e delle finanze e dell'ambiente e della tutela del territorio, determina i criteri di riparto e di assegnazione della riserva premiale ai comuni e alle province le cui gestioni risultino affidate entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge secondo le disposizioni di cui al comma 415, favorendo criteri di mercato e tempestività.

Corte di giustizia europea, Sez. VI, 12/1/2006 causa C-85/06, condanna per il mancato recepimento della direttiva 2000/60/CE (recante il quadro per l'azione comunitaria in materia di acque).

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

12 gennaio 2006 (*)

«Inadempimento di uno Stato – Direttiva 2000/60/CE – Azione comunitaria in materia di acque – Mancata trasposizione entro il termine prescritto»

Nella causa C-85/05,

avente ad oggetto un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 18 febbraio 2005,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dalle sig.re S. Pardo Quintillán e D. Recchia, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Repubblica italiana, rappresentata dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato,

convenuta,

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dal sig. J. Malenovský, presidente di sezione, dai sigg. U. Lõhmus e A. Ó Caoimh (relatore), giudici,

avvocato generale: sig. P. Léger

cancelliere: sig. R. Grass

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2000, 2000/60/CE, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque (GU L 327, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva»), o, in ogni caso, non avendole comunicato tali disposizioni, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dall'art. 24, n. 1, della detta direttiva.

2 Conformemente all'art. 24, n. 1, primo comma, della direttiva in esame, gli Stati membri dovevano adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a quest'ultima entro il 22 dicembre 2003 e informarne immediatamente la Commissione.

Il procedimento precontenzioso

3 Considerando che la direttiva non era stata recepita in diritto italiano entro il termine prescritto, la Commissione ha avviato il procedimento per inadempimento di cui all'art. 226, primo comma, CE. Conformemente alla detta disposizione e dopo aver invitato il 27 gennaio 2004 la Repubblica italiana a presentare le sue osservazioni, la Commissione, il 9 luglio 2004, ha emesso un parere motivato invitando tale Stato membro ad adottare le misure necessarie per conformarsi agli obblighi imposti dalla detta direttiva entro un termine di due mesi a decorrere dalla notifica del detto parere.

4 Non avendo ricevuto dalle autorità italiane alcuna informazione che le consentisse di concludere che le misure necessarie al recepimento della direttiva erano state adottate, la Commissione ha deciso di proporre il ricorso in esame.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

5 Nel controricorso la Repubblica italiana fa presente che la legge 15 dicembre 2004, n. 308, recante delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione (GURI n. 302 del 27 dicembre 2004), impegna tale governo ad adottare uno o più decreti legislativi di riordino, coordinamento e integrazione delle disposizioni legislative nel settore della tutela delle acque dall'inquinamento e nel settore della gestione delle risorse idriche. Essa afferma peraltro che il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio sta predisponendo i decreti legislativi di pieno recepimento della direttiva, che saranno approvati nel più breve tempo possibile e comunque nel rispetto della tempistica indicata nella legge di delegazione.

6 Nella replica depositata l'11 luglio 2005 la Commissione rileva come dal controricorso della Repubblica italiana emerga che il decreto legislativo volto a recepire la direttiva non era stato ancora promulgato a tale data.

Giudizio della Corte

7 Occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e che Corte non può tener conto dei mutamenti successivi (v., in particolare, sentenze 30 gennaio 2002, causa C-103/00, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-1147, punto 23, e 14 settembre 2004, causa C-168/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-8227, punto 24).

8 Nella specie, è assodato che, alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, i provvedimenti necessari per garantire il recepimento della direttiva non erano stati ancora adottati.

9 Stando così le cose, si deve considerare fondato il ricorso proposto dalla Commissione.

10 Alla luce delle precedenti considerazioni, va constatato che, non avendo adottato entro il termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dalla detta direttiva.

Sulle spese

11 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica italiana, risultata soccombente, dev'essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Sesta Sezione) dichiara e statuisce:

1) Non avendo adottato, entro il termine prescritto, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2000, 2000/60/CE, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dalla detta direttiva.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

Firme

PUNTO 5

Periodo transitorio delle concessioni gas

Consiglio di Stato, Sez. VI, 7/11/2005 n. 6189

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da ENEL RETE GAS (già GAMUZZI –GAZOMETRI spa) rappresentata e difesa dall'avv. prof. Giuseppe Franco Ferrari e dall'avv. prof. Federico Sorrentino, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma via Lungotevere delle Navi n. 30;

contro

COMUNE DI TOSCOLANO MADERNO, in persona del Sindaco rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Arrigo Gianolio e dall'avv. Orlando Sivieri e domiciliato per legge presso lo studio del secondo in Roma in Piazza della Libertà n. 13;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – sez. staccata di Brescia n. 153 del 2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 21 giugno 2005 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi l'avv. Sorrentino, l'avv. Ferrari e l'avv. Gianolio;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con la deliberazione impugnata in primo grado (deliberazione del Consiglio Comunale del 23/6/2004 n. 29 recante la cessazione della convenzione per la gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas nel territorio comunale e riaffidamento del servizio mediante licitazione privata nonché della nota prot. n. 2108 del 14/7/2004 di notifica della predetta deliberazione) il Consiglio Comunale di Toscolano Maderno decideva di porre definitivamente termine con effetto dal 31 dicembre 2005, alla concessione stipulata con la società ricorrente per la gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas nel territorio comunale ed i relativi impianti.

Il predetto atto deliberativo veniva adottato ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 164 del 23/5/2000 che disciplina il regime di transizione nell'attività di distribuzione del gas al fine di attuare, con gradualità, gli obiettivi di liberalizzazione e concorrenza in questo settore.

In sostanza il Comune assumeva le proprie determinazioni in vista della scadenza del periodo transitorio, di cui al citato art. 15, fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000.

Con la stessa deliberazione venivano altresì individuati modalità ed indirizzi per lo svolgimento delle successive procedure ad evidenza pubblica per il riaffidamento del servizio in attuazione del richiamato art. 15.

Avverso il predetto atto deliberativo vengono dedotte le seguenti censure :

1) Violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 14 e dell'art. 15 commi 5, 7 e 8 del d.lgs. n. 164 del 2000, violazione e falsa applicazione dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 157 del 1995, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed illogicità , travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, disparità di trattamento, carenza di motivazione e sviamento sotto i seguenti profili:

a) il Consiglio Comunale avrebbe illegittimamente deliberato la cessazione del servizio con effetto dal 31 dicembre 2005, senza calcolare gli incrementi automatici del periodo transitorio stabiliti dall'art. 15 comma 7 del d.lgs. n. 164 del 2000, che consentono di posticipare, in presenza di determinati presupposti, la scadenza del periodo stesso al 31 dicembre 2010 (nei casi in esame sussisterebbero i presupposti, secondo la ricorrente, per la prosecuzione del rapporto almeno sino al 31 dicembre 2009).

b) In subordine alla censura sub a) viene dedotta l'illegittimità costituzionale del citato art. 15 comma 7, nella parte in cui attribuirebbe ai comuni il potere di interrompere le convenzioni in essere con effetto dal 31 dicembre 2005, pur in presenza dei presupposti previsti dal medesimo comma per l'incremento del termine di scadenza del periodo transitorio.

2) Violazione degli artt. 3, 41, e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione della legge n. 481/1995; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 164/2000; violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà, poiché il Comune intimato non avrebbe fornito adeguata motivazione circa la convenienza di procedere alla cessazione del rapporto con effetto al 31 dicembre 2005, omettendo l'applicazione degli incrementi previsti per legge.

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 7 e 8 della legge n. 241/1990 per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento conclusosi con l'impugnata deliberazione.

4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost. ; violazione e falsa applicazione dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 157 del 1995, eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, in relazione alle determinazioni relative al successivo svolgimento della procedura di evidenza pubblica per la scelta del nuovo gestore, poiché il Comune avrebbe errato nell'individuare la normativa che dovrà disciplinare detta procedura ed errato nel fornire i relativi indirizzi ai competenti uffici.

Con memoria depositata per la discussione in primo grado la società ricorrente ha esaminato le novità legislative introdotte dall'art 1 comma 69 della legge n. 239 del 2004, la scadenza del periodo transitorio, originariamente prevista per il 31 dicembre 2005 dall'art. 15 comma 7 del d.lgs. n. 164 del 2000, sarebbe ora posticipata al 31 dicembre 2007, con la conseguenza che il termine del 2005 indicato nella deliberazione impugnata andrebbe sostituito con il termine nuovo del 2007, a cui poi andrebbero sommati gli incrementi previsti dal citato comma 7.

Di conseguenza, secondo la ricorrente, sussisterebbero i presupposti per continuare nella gestione fino all'anno 2011.

Il Comune di Toscolano Maderno si è costituito per resistere al ricorso.

Il Tar ha respinto il ricorso.

La società ricorrente ha proposto appello.

DIRITTO

L'appello è fondato per quanto di ragione.

E' necessario esaminare il quadro giuridico di riferimento prima di esaminare le singole censure dedotte con il ricorso.

L'art. 15 del d.lgs. n. 164 del 2000 stabilisce al comma 1, quanto segue :

“Entro il 1° gennaio 2003 sono adottate dagli enti locali le deliberazioni di adeguamento alle disposizioni del presente decreto. Tale adeguamento avviene mediante l'indizione di gare per l'affidamento del servizio ovvero attraverso la trasformazione delle gestioni in società di capitali o in società cooperative a responsabilità limitata, anche tra dipendenti. Detta trasformazione può anche comportare il frazionamento societario. Ove l'adeguamento di cui al presente comma non avvenga entro il termine indicato, provvede nei successivi tre mesi, anche attraverso la nomina di un proprio delegato, il rappresentante dell'ente titolare del servizio. Per gestioni associate o per ambiti a dimensione sovracomunale, in caso di inerzia, la regione procede all'affidamento immediato del servizio mediante gara, nominando a tal fine un commissario ad acta.

Al comma 5 della stessa disposizione si detta il regime transitorio: “Per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita, se compresa entro i termini previsti dal comma 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso. In quest'ultimo caso, ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è riconosciuto un rimborso, a carico del nuovo gestore ai sensi del comma 8 dell'articolo 14, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578. Resta sempre esclusa la valutazione del mancato profitto derivante dalla conclusione anticipata del rapporto di gestione.” Il comma 6 prevede che, alla scadenza del periodo transitorio, si vada a gara : “Decorso il periodo transitorio, l'ente locale procede all'affidamento del servizio secondo le modalità previste dall'articolo 14.” Il comma 7 regola la durata del periodo transitorio: “Il periodo transitorio di cui al comma 5 è fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000. Tale periodo può essere incrementato, alle condizioni sotto indicate, in misura non superiore a: a) un anno nel caso in cui, almeno un anno prima dello scadere dei cinque anni, si realizzi una fusione societaria che consenta di servire un'utenza complessivamente non inferiore a due volte quella originariamente servita dalla maggiore delle società oggetto di fusione; b) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), l'utenza servita risulti superiore a centomila clienti finali, o il gas naturale distribuito superi i cento milioni di metri cubi all'anno, ovvero l'impresa operi in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale; c) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), il capitale privato costituisca almeno il 40% del capitale sociale.” Il comma 8 della norma originariamente prevedeva che gli incrementi previsti dal comma 7 potessero essere sommati, in presenza di più condizioni fra quelle descritte. La disposizione è stata abrogata dall'art. 1 comma 69 della legge n. 239 del 2004 che recita nel modo seguente : “La disposizione di cui all'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio

2000, n. 164, relativa al regime transitorio degli affidamenti e delle concessioni in essere al 21 giugno 2000, data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, va interpretata nel senso che è fatta salva la facoltà di riscatto anticipato, durante il periodo transitorio, se stabilita nei relativi atti di affidamento o di concessione. Tale facoltà va esercitata secondo le norme ivi stabilite. Le gare sono svolte in conformità all'articolo 14 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164. Il periodo transitorio di cui al citato articolo 15, comma 5, termina entro il 31 dicembre 2007, fatta salva la facoltà per l'ente locale affidante o concedente di prorogare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, per un anno la durata del periodo transitorio, qualora vengano ravvisate motivazioni di pubblico interesse. Nei casi previsti dall'articolo 15, comma 9, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il periodo transitorio non può comunque terminare oltre il 31 dicembre 2012. È abrogato il comma 8 dell'articolo 15 dello stesso decreto legislativo n. 164 del 2000”.

Ritiene il Collegio che le norme vadano interpretate in modo sistematico al fine di giungere a risultati di certezza giuridica e che, dal loro esame, risulti l'infondatezza del primo motivo di ricorso.

Non v'è dubbio, in primo luogo, circa l'abrogazione con il comma 8 della possibilità di sommare incrementi del periodo transitorio scadente al 31 dicembre 2005. Non v'è dubbio, inoltre, che con la novità legislativa del 2004, sia stata introdotta la fissazione di una nuova ultimativa data di scadenza del periodo transitorio al 31 dicembre 2007 ma senza che questo abbia comportato il superamento della scadenza naturale prevista dal c.d. “decreto Letta”.

Infatti va considerato che il legislatore non ha abrogato l'art. 15 comma 7 cpv. che recita: “Il periodo transitorio è fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000” e ciò non può essere casuale attesa la puntuale abrogazione del comma 8 operata dalla nuova norma.

La nuova disposizione di cui all'art. 1 comma 69 della legge n. 239 del 2004 significa allora, proprio come ritenuto dal giudice di primo grado, che il periodo transitorio termina al massimo entro il 31 dicembre 2007, con ciò mostrando coerenza logica con la durata degli incrementi previsti dalle lettere a), b) e c) dell'art. 15 comma 7 del d.lgs. n. 164/2000 che, non più cumulabili, non possono andare oltre il 31 dicembre 2007.

In sostanza nella fascia biennale dal 1 gennaio 2006 al 31 dicembre 2007 possono concedersi gli incrementi previsti dalla legge, ma è certo che oltre il 31 dicembre 2007 il periodo transitorio non può essere incrementato o prorogato.

La data del 31 dicembre 2007 è una data-barriera, oltre la quale non è possibile andare a mezzo di proroghe discrezionali, salvo le due eccezionali ipotesi della proroga annuale per motivi di pubblico interesse e dei casi previsti dall'art. 15 comma 9 (già attribuiti mediante pubblica gara).

In ciò deve ritenersi non persuasiva la tesi del giudice di primo grado che ritiene che la proroga annuale per motivi di pubblico interesse si riferisca sempre alla scadenza naturale del 31 dicembre 2005, mentre tale previsione di potere di proroga è previsto dalla legge n. 239/2004 in connessione con il nuovo ultimativo termine del 31 dicembre 2007 e comporta, quindi, la possibilità, per gli enti locali di prorogare discrezionalmente (ma eccezionalmente) il rapporto fino al 31 dicembre 2008.

In conclusione va rigettato il primo motivo di appello della società ricorrente basato su una pretesa durata del periodo transitorio fino al 2008 o al 2009 (ossia fino al termine prorogato automaticamente, a partire dal 31 dicembre 2007 per opera di una delle ipotesi di cui all'art. 15 comma 7 non più cumulabili).

Infatti, va condivisa l'ipotesi che il nuovo termine del 2007 sia termine oltre il quale non possa, di norma, andarsi per effetto delle proroghe di cui all'art. 15 comma 7 del d.lgs. n. 164/2000 e non termine a decorrere dal quale siano computabili le proroghe di cui all'art. 15 comma 7 della norma citata.

Venendo alle ipotesi di proroga previste dall'art. 15 comma 7 del d.lgs. n. 164/2000, ritiene il Collegio che vada accolto il secondo motivo d'appello incentrato sulla c.d. automaticità della proroga di cui all'art. 15 comma 7, con le precisazioni che seguono circa la possibilità per i comuni di negare gli incrementi e sulla motivazione all'uopo necessaria.

La norma è chiara nell'esplicitare la volontà del legislatore di subordinare gli incrementi del periodo transitorio (a decorrere dalla scadenza base del 31 dicembre 2005) alla sussistenza di tre condizioni che sono comunque riconducibili a requisiti soggettivi del concessionario.

A differenza della proroga prevista dalla legge n. 239/2004 per motivi di interesse pubblico, avente carattere eminentemente discrezionale, la proroga di cui all'art. 15 comma 7 del d.lgs. n. 164/2004, non è il frutto dell'esercizio di una facoltà dell'ente locale, ma è legata a presupposti tipizzati, che garantiscono un automatica prosecuzione del rapporto, salvo che l'ente locale non motivi in modo specifico sulla effettiva necessità di procedere ad una liberalizzazione immediata.

L'intento del regime di proroga di cui all'art. 15 comma 7 citato è – come ben evidenziato nell'atto di appello - quello di proteggere gli investimenti effettuati dalle gestioni più importanti, assicurando alle stesse un congruo periodo di esercizio, che non ritardi tuttavia eccessivamente la già disposta liberalizzazione del settore.

In ogni caso è evidente che gli incrementi di cui all'art. 15 comma 7 citato non sono il risultato di una negoziazione fra il Comune ed il concessionario, né costituiscono una concessione a titolo grazioso, ma concretano un'aspettativa tutelata del concessionario che non può essere negata se non valutando la sua posizione, il sacrificio ed i danni che deriverebbero dalla mancata concessione del prolungamento del periodo transitorio, nonché la necessità e le effettive ragioni, per l'amministrazione, di procedere ad un'immediata liberalizzazione.

In sostanza non può affermarsi – come evidenziato nell'appello - nell'applicazione dell'art. 15 comma 7 alcuna cieca prevalenza dell'interesse pubblico sulla posizione dei concessionari.

Ridotto in tali limiti il potere dell'amministrazione esso (da considerarsi del tutto eccezionale) non urta contro alcun parametro costituzionale.

L'amministrazione non ha indicato alcuna ragione per l'anticipata cessazione del rapporto e la mancata applicazione dell'art. 15 comma 7 del d.lgs. n. 164/2000.

Ne consegue l'accoglimento del ricorso, nei limiti di ragione e l'annullamento dell'atto impugnato.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sull'appello indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla gli atti gravati con ricorso di primo grado, per le causali di cui in parte motiva.

Compensa le spese le giudizio.

Ordina all'Amministrazione di dare esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, il 21 giugno 2005 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale -
Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio GIOVANNINI Presidente
Sabino LUCE Consigliere
Luigi MARUOTTI Consigliere
Carmine VOLPE Consigliere
Giancarlo MONTEDORO Consigliere Est.

Presidente
GIORGIO GIOVANNINI
Consigliere Segretario
GIANCARLO MONTEDORO ANNAMARIA RICCI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il 07/11/2005
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA SEZIONE DI
BRESCIA

Registro Ordinanze: 61/06
nelle persone dei Signori:
FRANCESCO MARIUZZO Presidente
FEDERICA TONDIN Ref.
FRANCESCO GAMBATO SPISANI Ref., relatore
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella camera di consiglio del 10 gennaio 2006

Visto il ricorso 5/2006 proposto da:
GAS PLUS RETI S.R.L. (GIA' BAGNOLO GAS S.P.A.)
rappresentata e difesa da:
FONTANA GIANFRANCO
ZOPPOLATO MAURIZIO
CANTA ANGELA
con domicilio eletto in BRESCIA
VIA DIAZ, 28
presso
FONTANA GIANFRANCO

contro

COMUNE DI ORZINUOVI
non costituitosi in giudizio;
per l'annullamento, previa adozione di misura cautelare, della delibera del Consiglio comunale 4.11.2005, n. 74, con la quale si stabilisce la data di scadenza del servizio di distribuzione gas e avvia la procedura di gara per il riaffidamento del servizio;
Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;
Vista la domanda di misura cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di:
Udito il relatore Ref. FRANCESCO GAMBATO SPISANI e uditi, altresì, i difensori delle parti;

Rilevato:

- che con il ricorso in questione viene impugnata, dopo l'adozione della delibera 20 giugno 2005 n° 117 della Giunta comunale di Orzinuovi, impugnata in separato ricorso, la quale, nel dare avvio alla procedura di gara per affidare il servizio di distribuzione del gas nel territorio comunale, rimette al Consiglio la decisione sulla proroga del rapporto in essere, ai sensi dell'art. 15 d.lgs. 164/2000, la delibera consiliare relativa, che provvede sul punto, decidendo di non concedere proroga alcuna (doc. 1 ricorrente copia delibera citata);

- che in proposito appare infondato il primo ordine di censure, attinente al preteso carattere di gara delle modalità con le quali a suo tempo il servizio fu affidato alla ricorrente, poiché se pure tale carattere potrebbe riconoscersi all'originario affidamento disposto con trattativa privata a gara informale (cfr. doc. 2 ricorrente, copia delibera in questione), lo stesso non può dirsi delle successive proroghe, disposte in via diretta (cfr. doc. 4 ricorrente, copia atto relativo);
 - che parimenti infondato è l'ordine di censure attinenti l'applicabilità alla fattispecie dei termini di durata del rapporto da ultimo sanciti con l'art. 23 comma 1 del d.l. 30 dicembre 2005 n° 273, che non contiene alcuna norma intesa a riferirlo anche ai rapporti già perfezionatisi né vuol configurarsi come norma di interpretazione autentica, e quindi non va applicato a casi come il presente, in cui l'ente concedente già è intervenuto sul rapporto nel vigore della precedente normativa e su di esso ha già inciso;
 - che a termini della normativa applicabile, come si è detto quella anteriore al d.l. 273, le proroghe alla scadenza del 31 dicembre 2005 per i rapporti in corso vanno disposte, come ritenuto da ultimo da C.d.S. sez. V 19 luglio 2005 n°3816 e sez. VI 7 novembre 2005 n°6187, all'esito di un procedimento amministrativo connotato da ampia discrezionalità dell'ente concedente. Il carattere non automatico delle proroghe nel regime previgente appare in particolare confermato dallo stesso d.l. 273, che ha ora ritenuto di disporlo in modo espresso, senza, come si è detto, volersi configurare come interpretativo né retroattivo;
 - che sotto tale profilo le censure del ricorrente circa lo scorretto uso di tale discrezionalità appaiono generiche, non essendo allo stato supportate dall'allegazione di un pregiudizio concretamente calcolato che il concessionario subirebbe per l'anticipata fine del rapporto;
 - che quindi il fumus del ricorso appare carente;
- Visti gli artt. 19 e 21, 8° comma, della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e l'art. 36 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642;

P.Q.M.

respinge la suindicata domanda cautelare.

La presente ordinanza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

BRESCIA, 10 gennaio 2006

Decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273 (c.d. decreto milleproroghe), art. 23: proroga periodo transitorio gas

Articolo 23.
Disposizioni in materia di energia e attività produttive

1. Il termine del periodo transitorio previsto dall'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e' prorogato al 31 dicembre 2007 ed e' automaticamente prolungato fino al 31 dicembre 2009 qualora si verifichi almeno una delle condizioni indicate al comma 7 del medesimo articolo 15.

2. I termini di cui al comma 1 possono essere ulteriormente prorogati di un anno, con atto dell'ente locale affidante o concedente, per comprovate e motivate ragioni di pubblico interesse.

3. Sono fatte salve le disposizioni di cui al comma 9 dell'articolo 15 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, nonché la facoltà di riscatto anticipato durante il periodo transitorio, di cui al comma 1, se prevista nell'atto di affidamento o di concessione.

4. I termini di durata delle concessioni e degli affidamenti per la realizzazione delle reti e la gestione della distribuzione di gas naturale ai sensi dell'articolo 11 della legge 28 novembre 1980, n. 784, e dell'articolo 9 della legge 7 agosto 1997, n. 266, sono prorogati fino al dodicesimo anno decorrente dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, oppure, se successiva, dalla data di entrata in vigore del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze di approvazione delle risultanze finali dell'intervento.

5. I termini, non ancora scaduti alla data di entrata in vigore del presente decreto, previsti per l'adeguamento alle prescrizioni contenute nei decreti autorizzativi di impianti che generano emissioni in atmosfera sono prorogati di sessanta giorni, decorrenti:

a) dalla «messa in esercizio dell'impianto», intesa come data di avvio delle prime prove di funzionamento del medesimo;

b) dalla «entrata in esercizio dell'impianto», intesa come data successiva al completamento del collaudo, a partire dalla quale l'impianto, nel suo complesso, risulta in funzione nelle condizioni operative definitive, ossia quando, decorsi sei mesi dalla comunicazione di cui all'articolo 8, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 maggio 1988, n. 203, si prevede il passaggio del rilevamento delle emissioni da base giornaliera a base oraria.

PUNTO 6

Recupero Aiuti di Stato ex art. 27 della legge 62/2005: aggiornamenti alla luce delle novità introdotte dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006)

27. Procedura per il recupero degli aiuti di Stato dichiarati illegittimi dalla decisione 2003/193/CE della Commissione, del 5 giugno 2002.

1. In attesa della definizione dei ricorsi promossi innanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee, il recupero *degli aiuti equivalenti alle* imposte non corrisposte in conseguenza del regime di esenzione fiscale reso disponibile, per effetto degli articoli 3, comma 70, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, e 66, comma 14, del decreto-legge 30 agosto 1993, n. 331, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427, in favore delle società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria, esercenti servizi pubblici locali, costituite ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, si effettua secondo le disposizioni del presente articolo, in attuazione della decisione 2003/193/CE della Commissione, del 5 giugno 2002.

2. Il recupero *degli aiuti di cui al comma 1* è eseguito, fatto salvo quanto stabilito dalle presenti disposizioni, secondo i principi e le ordinarie procedure di accertamento e riscossione *delle entrate dello Stato; alla riscossione coattiva provvede il Ministero dell'interno*. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore *del decreto di cui al comma 6* gli enti locali individuano i beneficiari del regime di esenzione di cui al comma 1 e ne comunicano gli estremi *al Ministero dell'interno nonché* alle Direzioni regionali dell'Agenzia delle entrate territorialmente competenti in funzione dei relativi domicili fiscali.

3. Entro il termine di cui al comma 2, i beneficiari di cui al medesimo comma, indipendentemente dalla comunicazione ivi prevista, presentano alle Direzioni regionali dell'Agenzia delle entrate territorialmente competenti una dichiarazione dei redditi dei periodi d'imposta nei quali il regime di esenzione è stato fruito, con l'autoliquidazione delle imposte dovute. Il modello è presentato anche in caso di autoliquidazione negativa.

4. Il recupero non si applica nelle ipotesi in cui i singoli casi rientrano nella categoria *de minimis* e in quelle nelle quali, per ragioni attinenti al caso specifico, le esenzioni non rientrano nell'ambito di applicazione della decisione della Commissione di cui al comma 1, *come individuate in applicazione del decreto di cui al comma 6*.

5. *Il Ministero dell'interno, tenuto conto dei dati forniti dall'Agenzia delle entrate sulla base delle dichiarazioni di cui al comma 3, provvede, ove risulti l'obbligo di restituzione*, entro e non oltre sei mesi successivi al termine di cui al *comma 6*, alla notifica di avvisi [] contenenti la determinazione *degli aiuti* corrispondenti all'aiuto vietato, e dei relativi interessi secondo quanto disposto dall'articolo 3, terzo comma, della decisione di cui al comma 1. La motivazione, oltre agli elementi previsti dalla legge, si basa sulle operazioni compiute ai sensi del comma 2 e deve indicare le ragioni per le quali la decisione è applicabile nei confronti del destinatario. Non si fa luogo, in ogni caso, all'applicazione di sanzioni per violazioni di natura tributaria *e di ogni altra specie* comunque connesse alle procedure disciplinate dalle presenti disposizioni. *Gli aiuti dovuti* sono rimosse secondo le ordinarie procedure, anche mediante compensazione senza limitazioni quantitative. È fatta in ogni caso salva la restituzione, anche mediante compensazione, *degli aiuti corrisposti* ai sensi delle

presenti disposizioni in ogni caso di annullamento, perdita di efficacia o inapplicabilità della decisione della Commissione di cui al comma 1.

6. Con provvedimento *dirigenziale del Ministero dell'interno, adottato entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al secondo periodo*, sono stabilite le modalità applicative delle presenti disposizioni. *Con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'interno, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro per le politiche comunitarie, relativamente alle parti di rispettiva competenza, sono stabilite le linee guida per una corretta valutazione dei casi di non applicazione delle norme di recupero e per la quantificazione dell'aiuto indebito, tenendo conto dei seguenti criteri: osservanza dei criteri di applicazione al caso concreto desumibili in base ai principi del diritto comunitario ed alla decisione di cui al comma 1; osservanza dei principi costituzionali, dello statuto dei diritti del contribuente e delle regole fiscali applicabili nei periodi di competenza; riconoscimento della parità di accesso ai regimi fiscali alternativi di cui il contribuente avrebbe potuto fruire in assenza del regime di aiuti fiscali di cui al comma 1; riconoscimento delle forme di restituzione degli aiuti già attuate mediante reimmissione nel circuito pubblico delle minori imposte versate; riconoscimento della estraneità al recupero delle agevolazioni fiscali relative ad attività non concorrenziali; riconoscimento della parità di accesso agli istituti fiscali ordinariamente applicabili alla generalità dei contribuenti nei periodi d'imposta di fruizione delle agevolazioni, anche per effetto di specifica dichiarazione di volersene avvalere.*

7. Le maggiori entrate derivanti dalle presenti disposizioni affluiscono in apposita contabilità speciale intestata al Ministero dell'economia e delle finanze-Dipartimento per le politiche fiscali. Il conto speciale è impignorabile.

8. In attuazione della decisione della Commissione di cui al comma 1, sono definite ai commi successivi le modalità per il recupero delle somme relative a prestiti a tassi agevolati concessi dalla Cassa depositi e prestiti Spa, ai sensi dell'articolo 9-bis del decreto-legge 1° luglio 1986, n. 318, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 1986, n. 488, alle società per azioni a prevalente capitale pubblico, istituite ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142.

9. Il recupero è effettuato dal Ministero dell'economia e delle finanze.

10. Le società per azioni a prevalente capitale pubblico che hanno ottenuto la concessione di mutui dalla Cassa depositi e prestiti Spa a decorrere dal 1° gennaio 1994 e fino al 31 dicembre 1998, o quelle attualmente titolari, a seguito di trasformazioni, di fusioni o di altre operazioni, dei finanziamenti indicati, sono tenute, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, a comunicare al Ministero dell'economia e delle finanze il numero identificativo dei mutui ottenuti. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi della Cassa depositi e prestiti Spa, ridetermina i piani di ammortamento di ciascun mutuo in base ai tassi di interesse indicati dalla Commissione e quantifica i benefici goduti in relazione a ciascuno di essi, risultanti dalla differenza tra il tasso applicato per ciascuna operazione di prestito e il tasso di riferimento indicato dalla Commissione.

11. Il Ministero dell'economia e delle finanze provvede, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, ad eccezione delle fattispecie rientranti nella categoria de minimis e degli ulteriori casi che per ragioni attinenti al caso specifico non rientrano nell'ambito di applicazione della decisione della Commissione di cui al comma 1, a richiedere espressamente il pagamento delle somme equivalenti ai benefici goduti nei riguardi delle società di cui al comma 10, calcolate a far data dalla prima

rata di ammortamento e fino all'ultima rata scaduta prima della richiesta di pagamento, maggiorate degli interessi calcolati sulla base del tasso di riferimento utilizzato per il calcolo dell'equivalente sovvenzione nell'ambito degli aiuti a finalità regionale. Contestualmente, il Ministero dell'economia e delle finanze invia alle società di cui al comma 10 il nuovo piano di ammortamento per ciascun mutuo, che sarà vincolante, per le stesse, a partire dalla prima rata immediatamente successiva alla richiesta di pagamento. Il pagamento deve essere effettuato entro trenta giorni dalla richiesta e versato su apposita contabilità speciale intestata al Ministero dell'economia e delle finanze-Dipartimento del tesoro. Il conto speciale è impignorabile. Con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per le politiche comunitarie, sono stabilite le linee guida per una corretta valutazione delle eccezioni ed esenzioni dall'applicazione delle presenti disposizioni.

12. In caso di mancato versamento nei termini stabiliti è dovuta, oltre agli interessi di cui al comma 11, una sanzione pari allo 0,5 per cento per semestre o sua frazione, calcolata sulle somme dovute.

13. Le società interessate possono chiedere, prima della scadenza del termine per il pagamento, al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento del tesoro, Direzione VI, la rateizzazione in non più di ventiquattro mesi delle somme dovute, maggiorate degli interessi al saggio legale. Salvo rifiuto motivato, la rateizzazione si intende accordata.

14. Il Ministero dell'economia e delle finanze-Dipartimento del tesoro, in caso di mancato o incompleto versamento, provvede, anche avvalendosi dell'Agenzia delle entrate, alla riscossione coattiva degli importi dovuti ai sensi dell'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46.

15. Alle società che omettono di effettuare la comunicazione di cui al comma 10, in aggiunta agli interessi di cui al comma 11, è applicata una sanzione pari al 30 per cento delle somme dovute.

16. È fatta in ogni caso salva la restituzione, anche mediante compensazione, delle somme corrisposte ai sensi del comma 11 in ogni caso di annullamento, perdita di efficacia o inapplicabilità della decisione della Commissione di cui al comma 1.

PUNTO 8

Rinnovo dei contratti di appalto, di forniture e servizi, art. 23, c. 1, della legge n. 62/2005 (legge comunitaria 2004)

TAR Lazio, sez. I bis, 12/12/2005 n. 13404

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sez. 1[^] bis – ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 10585/2005, proposto dalla COOPERATIVA ARX a r. l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandatario del raggruppamento temporaneo di imprese con la COOPERATIVA ITALIA NUOVA a r. l., in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese disgiuntamente, giusta procura a margine dell'atto introduttivo, dall'avv. Gaetano Tafuri jr e dall'avv. Marcello Magnano di San Lio, ed elettivamente domiciliate presso lo studio dei medesimi, in Roma, v. dei Gracchi, n. 187,

contro

il MINISTERO della DIFESA – Direzione Generale del Commissariato e dei servizi Generali - in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è domiciliato ex lege, in Roma, v dei Portoghesi, n. 12,

per l'annullamento, previa sospensione,

della nota prot. n. 17790 datata 30/08/05, con la quale si esclude e nel contempo si nega al RTI ARX ed Italia Nuova il rinnovo dell'intercorrente contratto di appalto rep. n. 7599 del 18 Gennaio 2005, per le motivazioni in cui infra, e di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione della Difesa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore alla Camera di consiglio del 5 dicembre 2005 il Consigliere Donatella Scala;

Uditi gli avv. ti Tafuri e Magnano di san Lio per la parte ricorrente, e l'avv. dello Stato de Figueiredo, per la resistete Amministrazione della Difesa;

Visto l'art. 3, legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visto l'art. 26 della legge n. 1034/1971, come modificato dall'art. 9, legge n. 205/2000, che consente l'immediata assunzione di una decisione di merito, "con sentenza succintamente motivata", ove, nella Camera di Consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il giudice ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Espone la Cooperativa ricorrente – titolare del rapporto contrattuale precedentemente indicato (per il quale era espressamente prevista la possibilità di proroga annuale) – che l'intimata Amministrazione, nell'approssimarsi del termine di scadenza del vincolo negoziale de quo, ha comunicato (con l'impugnata nota) di non poter procedere al rinnovo stesso in applicazione della disposizione di cui all'art. 23, comma I, della legge 62/2005.

Avverso tale determinazione vengono dedotti i seguenti argomenti di doglianza: Violazione e falsa applicazione dell'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62, nonché dell'art. 7 del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 e dei principi comunitari in materia di appalto, di cui alla Direttiva CEE n. 92/50. Violazione della lex specialis di gara. Violazione dei principi fondamentali di buon andamento e ragionevolezza, di cui agli artt. 24 e 97 della Costituzione. Violazione del principio del legittimo affidamento. Eccesso di potere per errore nel presupposto, illogicità manifesta e travisamento. Difetto di motivazione.

L'epigrafata disposizione di cui al comma I dell'art. 23 della legge 62/2005, nell'abrogare l'ultimo periodo dell'art. 6, comma II, della legge 24 dicembre 1993 n. 537, avrebbe vietato il solo rinnovo tacito dei rapporti negoziali in essere, nulla disponendo per le ipotesi di rinnovo esplicito (la cui legittima praticabilità sarebbe, nell'attuale assetto ordinamentale, invece consentita in base alla previsione di cui al comma II dell'art. 7 del D.Lgs. 157/1995).

Nel rilevare come, quanto alla vicenda contrattuale in esame, sussistessero tutti i presupposti per dar luogo all'applicazione della disposizione di cui al II comma, lett. f), dell'art. 7 del citato D. Lgs. 157/1995 (e, quindi, per procedere alla trattativa privata ed al consequenziale affidamento del servizio al precedente aggiudicatario), conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Il giudizio relativo al ricorso – chiamato all'odierna Camera di Consiglio per la deliberazione della domanda cautelare dalla parte ricorrente incidentalmente proposta – viene immediatamente definito nel merito, ai sensi dell'art. 3, comma I, della legge 21 luglio 2000 n. 205.

DIRITTO

Oggetto di controversia è la determinazione adottata dall'intimato Ministero in ordine alla ritenuta impossibilità di avvalersi della facoltà di procedere al rinnovo del contratto stipulato con la parte ricorrente - avente ad oggetto il servizio di manovalanza occasionale ed urgente presso Enti e Reparti dell'A. D.- lotto 3 – ed in scadenza il 31.12.2005, in relazione all'entrata in vigore dell'art. 23, primo comma, della legge 18 aprile 2005, n. 62, recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004”,

Come noto, con l'art. 6, legge n. 537/1993, introdotto il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, pena la nullità degli stessi atti negoziali, si disponeva, al secondo comma che, entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni potessero accertare la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi.

Il legislatore nazionale è, da ultimo, intervenuto in ordine a quanto disposto in materia di rinnovo contrattuale, con la sopra richiamata legge 62/2005 - c.d. legge comunitaria 2004 - disponendo, a mente dell'art. 23, 1° comma, la soppressione dell'ultimo periodo dell'articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, nella parte in cui, appunto era prevista alla facoltà di procedere a rinnovi contrattuali, sia pure sulla base di una valutazione del pubblico interesse.

La norma, in altri termini, non ha espressamente sancito un divieto generalizzato di ricorrere all'istituto del rinnovo negoziale tout court, ma è intervenuta chirurgicamente nell'ambito di pregressa norma finanziaria, elidendone un parte.

La questione che si pone con l'odierna controversia è, dunque, se la novella del 2005 abbia, o meno, valenza estensiva in ordine a qualunque ipotesi di rinnovo dei contratti aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, tenuto anche conto che il legislatore, con disposizione transitoria, ha previsto la possibilità di prorogare per un limitato periodo i contratti in scadenza o già scaduti all'entrata in vigore della stessa disposizione normativa, con contestuale avvio delle nuove procedure di affidamento (c.fr art. 23, secondo comma).

Ritiene il Collegio, in proposito, che la portata della norma in esame, nella parte in cui espunge dall'ordinamento norma recante la possibilità di rinnovo contrattuale - fermo rimanendo il divieto di rinnovo tacito - non può essere disgiunta dal necessario coordinamento con la normativa di matrice comunitaria di cui al D.lgs. 157/1995, recante attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi.

Osserva il Collegio che la ratio sottesa alla soppressione operata dall'art. 23, legge 62/2005, in coerenza con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dello Stato italiano all'Unione Europea, può rinvenirsi nell'esigenza di salvaguardia di una effettiva esplicazione della libera concorrenza del mercato, attraverso l'eliminazione di un indiscriminato ricorso a procedure derogatorie al principio della gara ad evidenza pubblica, onde scongiurare una prassi generalizzata di attribuzione di pubblici servizi in assenza di uniformità e trasparenza di procedure.

Peraltro, non può essere disconosciuto come anche all'interno dello stesso ordinamento comunitario sia pacificamente consentito, sia pure in presenza di determinate condizioni, il ricorso alla trattativa privata, in assenza di previo bando di gara.

Viene in considerazione, sotto il delineato profilo, l'art. 7, secondo comma, lett. f), D. lgs 157/1995, nella parte in cui è previsto che gli appalti ivi contemplati possono essere aggiudicati a trattativa privata, senza preliminarne pubblicazione di un bando di gara, tra le altre ipotesi, per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi a un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure ad evidenza pubblica, con ammissibilità del ricorso alla trattativa privata, solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, ove sia espressamente indicato in occasione del primo appalto ed il costo complessivo stimato dei servizi successivi sia stato preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto.

Osserva il Collegio che il rinnovo contrattuale, consistente, come noto, in una nuova negoziazione tra le medesime parti per l'instaurazione di un nuovo rapporto giuridico, si atteggia quale trattativa privata, ovvero, quale rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale tra gli originari contraenti, e che, dunque, la stessa trova piena praticabilità, sia pure nei limiti di un'eccezionale deroga all'esperimento di procedure selettive ad

evidenza pubblica, come indicati dalla normativa di matrice comunitaria sopra esaminata.

Il ricorso a detto strumento negoziale, siccome espressamente previsto dalla stessa norma nazionale di recepimento di quella comunitaria, non si pone contrasto con i sopra enunciati principi di concorrenza e trasparenza tutte le volte che detta facoltà sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale.

Ed invero, la conoscenza di una tale possibilità in sede di espletamento della competizione concorsuale pone tutti i partecipanti su di un medesimo piano, in quanto tutti egualmente in condizione di tenerne in debito conto in sede di elaborazione dell'offerta.

Sotto altro aspetto, la stessa stazione appaltante, che pure potrebbe prevedere in sede di gara l'affidamento di un servizio pluriennale, riservandosi, invece, la facoltà di un rinnovo, ha la possibilità di raggiungere un arco temporale più lungo attraverso fasi successive, all'inizio di ognuna delle quali conserva, peraltro, la potestà di verificare la persistenza di un pubblico interesse all'espletamento del servizio, ovvero, di verificarne l'adeguatezza alle esigenze poste a base dell'affidamento.

Con riferimento specifico ai fatti in controversia, deve rilevarsi come l'Amministrazione della Difesa avesse affidato alla parte ricorrente con contratto in data 18 gennaio 2005 il servizio de quo a seguito di espletamento di procedura ad evidenza pubblica, il cui bando prevedeva espressamente la rinnovabilità annuale del contratto, per un massimo di tre anni, dunque nei limiti indicati dall'art. 7, II comma, lett. f), D. lgs. 157/1995.

Dunque, l'aggiudicazione dell'appalto de quo, avvenuta previo esperimento di gara comunitaria, si è concretizzata sulla base della presentazione di offerte calibrate anche in vista di un possibile rinnovo delle prestazioni allo stesso connesse, potendo le imprese partecipanti, ivi compresa l'aggiudicataria odierna ricorrente, ragionevolmente confidare nel rinnovo del contratto, ove ricorrenti le ragioni di pubblico interesse alla base della facoltà del rinnovo stesso.

A quanto sopra consegue che l'aver previsto nel bando di gara prima, e nel vincolo negoziale poi, il ricorso all'istituto del rinnovo del contratto, non pregiudica i sopra enucleati principi, ma anzi si inserisce nello stesso solco della normativa comunitaria, di cui reca applicazione nel nostro ordinamento giuridico il Decreto legislativo 157/1995.

Pertanto, la norma in esame non ha intaccato – né avrebbe potuto – la piena espansività del complesso di norme di rango comunitario in materia di affidamento di pubblici servizi, con la conseguenza che il Ministero della Difesa ha erroneamente ritenuto applicabile al caso che ne occupa la novella del 2005, non potendo la stessa essere considerata preclusiva dell'esercizio del potere di procedere al rinnovo del contratto di appalto de quo, già attribuito alla parte ricorrente a seguito di espletamento di procedura ad evidenza pubblica, in virtù del ricorso dell'istituto della trattativa privata secondo quanto disciplinato con il più volte richiamato art. 7, II comma, lett. f), D. lgs. 157/1995.

Conclusivamente, sulla base delle superiori considerazioni, è illegittimo il provvedimento in impugnativa, siccome basato su erroneo presupposto di diritto.

Peraltro, stante la manifesta fondatezza del ricorso, il Tribunale può assumere una decisione in forma semplificata, ai sensi dell'art. 3 e 9, L. 205/2000 - della cui possibilità sono state rese edotte le parti in camera di consiglio - con annullamento del provvedimento in impugnativa, e con ogni effetto in ordine al successivo sviluppo

procedimentale concernente l'affidamento in controversia, in relazione al potere discrezionale di addivenire all'affidamento del servizio de quo attraverso lo strumento stabilito dall'art. 7, secondo comma, D, lgs 157/1995.

Infine, quanto alle spese di giudizio, le stesse possono essere compensate tra le parti costituite, stante la novità della questione controversa.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sez. 1[^] bis, accoglie il ricorso in epigrafe, e, per l'effetto, annulla il provvedimento con lo stesso impugnato, con salvezza degli ulteriori provvedimenti in merito al rinnovo dell'appalto del servizio, come specificato in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma il 5 dicembre 2005, in Camera di consiglio, con l'intervento dei sigg. magistrati:

Dott. Elia Orciuolo - Presidente

Dott. Pietro Morabito - Consigliere

Dr.ssa Donatella Scala - Consigliere, est.

IL PRESIDENTE L'ESTENSORE

Depositata in segreteria
il 12 dicembre 2005

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione Prima

- composto dai Signori:

- 1) Giancarlo Coraggio - Presidente
- 2) Luigi Domenico Nappi - Consigliere
- 3) Carlo Buonauro – Referendario - relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3864/2005 proposto da:

CARUSO NICOLA rappresentato e difeso da: ZUPPARDI EZIO MARIA, DE
VINCENTIS GIUSEPPE con domicilio eletto in NAPOLI, VIALE GRAMSCI N.16
presso ZUPPARDI EZIO MARIA

contro

COMUNE DI CUSANO MUTRI rappresentato e difeso da:

D'ANGELO ANTONIO con domicilio eletto in NAPOLI RIONE SIRIGNANO,6 presso
la sua sede

e nei confronti di

DITTA DI BIASE GIOVANNI

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

della delibera di G.M. del Comune di Cusano Mutri n. 39 del 24 febbraio 2005, con la
quale si dispone (per la seconda volta) il rinnovo in favore della ditta Di Biase
dell'appalto del servizio di trasporto scolastico per il triennio 2005/2008; nonché, se
adottato, dell'eventuale provvedimento di rinnovo dell'appalto in favore della citata
ditta Di Biase, a seguito della delibera n. 39;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Cusano MutriNapoli;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 16 novembre 2005, il Dott. Carlo Buonauro;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale di causa.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, ditta operante nel settore del trasporto scolastico nella provincia di
Benevento, dopo aver premesso in fatto che

- con bando del 2000 il comune di Cusano Mutri indiceva una gara mediante
pubblico incanto per l'appalto del servizio di trasporto di alunni per l'anno scolastico
2000-2003;

- che la ditta odierna ricorrente, a seguito di esclusione dell'unica altra ditta
concorrente, si aggiudicava la gara in forza del ribasso offerto pari allo 0.001%;

- che alla scadenza del primo triennio veniva rinnovata l'aggiudicazione alle stesse condizioni economiche;

- che con delibera di G.M. del Comune di Cusano Mutri n. 39 del 24 febbraio 2005 si è disposto (per la seconda volta) il rinnovo in favore della ditta Di Biase dell'appalto del servizio di trasporto scolastico per il triennio 2005/2008;

tutto ciò premesso, impugna gli atti in epigrafe, rilevando come la proroga ivi disposta si pone in contrasto con consolidati principi, sia di diritto nazionale che di diritto comunitario, che impongono l'indizione della gara e che non può trovare applicazione l'art. 44 l. n. 724/94.

Il comune di Cusano Mutri si costituiva in giudizio, contrastando il ricorso e ritenendolo inammissibile e comunque infondato. Non si costituiva, benché ritualmente citata, la ditta controinteressata.

Alla udienza del 16 novembre 2005 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

La domanda principale concerne l'annullamento della determinazione con la quale il Comune di Cusano Mutri ha rinnovato, per la seconda volta e per il triennio 2005-2008, il contratto in scadenza il 30 giugno 2005 in base al quale la ditta odierna controinteressata svolgeva il servizio di trasporto scolastico.

L'amministrazione resistente ha ritenuto infondata la dedotta censura di violazione dell'art. 44 della legge 1994 n. 724, recante il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, perché la medesima disposizione ammette la rinnovazione quando sussistano ragioni di convenienza e di pubblico interesse, che nella specie ci sarebbero. Parte ricorrente contesta tale conclusione rilevando, per un verso, che la norma invocata richiede due presupposti: la convenienza, da intendersi come situazione vantaggiosa sul piano economico, e le ragioni di tutela dell'interesse pubblico, che nella specie non sono state congruamente individuate. E, per altro verso, l'illegittimità dell'impugnato atto alla luce dell'entrata in vigore della diversa disciplina sul punto contenuta nella recente Legge n. 62/05.

Occorre dunque darsi carico in primo luogo della fondatezza del ricorso onde stabilire se la disposta rinnovazione del contratto fosse da considerare legittima.

Va allora esaminata l'eccezione di difetto di legittimazione all'impugnazione avanzata dalla P.A. resistente, la quale osserva che il ricorrente non disponesse nella specie di quella posizione qualificata e differenziata che la avrebbe abilitata a chiedere in giudizio l'annullamento del provvedimento di rinnovo del contratto ai sensi dell'art. 6 della legge n. 537 del 1993 in ragione del mancato possesso del certificato di idoneità professionale per l'attività in questione.

Sul punto deve ribadirsi che la scelta della pubblica amministrazione di rinnovare il contratto ai sensi dell'art. 6 della legge n. 537 del 1993, nel testo sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994 può essere impugnata da ogni soggetto che operi nel medesimo settore nel quale si svolge il rapporto in corso, per l'evidente ragione che l'eventuale illegittimità del provvedimento, ove accertata dal giudice, aprirebbe la via ad una procedura concorsuale che potrebbe risolversi con l'acquisizione del servizio. E' noto, del resto, il principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa che riconosce la tutelabilità dell'interesse c.d. strumentale.

Orbene, essendo il ricorrente soggetto attivo nel settore della trasporto scolastico ed in possesso dei requisiti di cui al D.M. 448/91 in forza della costituzione di associazione in partecipazione ex art. 2549 e ss. c.c. (cfr. documenti in atti) e come tale aspirante

all'aggiudicazione del servizio, ne consegue l'infondatezza della dedotta eccezione di inammissibilità.

Il Collegio, venendo al merito, ritiene di non poter condividere le argomentazioni con cui parte resistente ha ritenuto sussistenti le ragioni di convenienza imposte dall'art. 6 comma 2, della legge n. 537 del 1993 (nel testo sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994), per la circostanza che il contratto era stato rinnovato alle stesse condizioni del precedente.

E' da condividere in primo luogo l'opinione che, con il concetto di convenienza, la legge abbia voluto riferirsi al profilo del vantaggio economico che sarebbe derivato dalla rinnovazione. Milita in tal senso il rilievo che una lettura dell'espressione riferita ad una generica convenienza, nel senso di opportunità connessa alle ragioni gestionali più svariate, si risolverebbe in un apprezzamento di pubblico interesse. E poiché il pubblico interesse è espressamente menzionato come secondo presupposto della rinnovazione si perverrebbe ad una lettura tautologica della norma.

Ma, oltre ciò, assumono rilievo le disposizioni di cui all'art. 6, commi 6 e 11, della legge in esame recanti disposizioni specificamente dirette ad acquisire le informazioni concernenti i prezzi correnti al precipuo fine di valutare la convenienza della rinnovazione.

Se ne trae il convincimento che il profilo delle condizioni di carattere economico, alle quali il contratto sarebbe stato rinnovato avrebbe dovuto essere oggetto di una istruttoria che nella specie non è stata condotta. Né allo stesso fine poteva considerarsi sufficiente la circostanza che l'impresa titolare del servizio avrebbe continuato a svolgerlo agli stessi prezzi già praticati con il precedente rapporto.

E' evidente infatti che – in disparte la questione sulla reiterazione del potere di rinnovo - in tal modo risulta elusa la finalità della disposizione applicata, da individuarsi nella imposizione di nuove negoziazioni capaci di ottenere le economie oggettivamente possibili in relazione alle concrete condizioni di mercato.

Va peraltro osservato che l'illegittimità dell'impugnato provvedimento emerge, più in radice, anche alla luce della nuova disciplina sopravvenuta in materia. Ed, invero, viene in linea di conto il disposto di cui all'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62, recante Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2004: tale norma, infatti, ha modificato la disciplina in materia di rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, disponendo, all'art. 23, comma 1, che l'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 e successive modificazioni, è soppresso.

In particolare, con specifico riferimento al caso di specie, viene in rilievo la previsione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 23, che disciplinano espressamente la sorte dei contratti già scaduti, o in scadenza nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge:

Essi, infatti, consentono rispettivamente, per quanto attiene ai contratti inerenti l'acquisto o la fornitura di beni e servizi, una proroga non superiore ai sei mesi per il tempo necessario alla stipula di nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica; per quanto attiene ai contratti inerenti lo svolgimento di funzioni o servizi pubblici non aventi rilevanza economica in quanto non ricadenti nell'ambito dell'art. 113 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, la proroga del rapporto per una sola volta e per un periodo di tempo non superiore alla metà dell'originaria durata contrattuale (comunque non oltre la data del 31 dicembre 2008), a condizione che sia pattuita la riduzione del corrispettivo di almeno il 5 per cento.

Tali disposizioni, nel disciplinare la situazione del contraente che, a contratto scaduto ovvero a ridosso della sua scadenza, si trova nell'impossibilità giuridica di ottenere un rinnovo che invece, al momento della stipula del contratto originario era possibile, devono ritenersi applicabile al caso, quale quello di specie, di contratto derivante da un (secondo) rinnovo, poiché escludono espressamente, anche per i contratti non ancora scaduti, l'ipotesi del rinnovo, ammettendone unicamente una proroga limitata nel tempo ed assoggettata a determinate condizioni.

In altre parole, se si legge la norma in questione nella sua interezza, non può non rilevarsi il collegamento logico fra le diverse previsioni: da un lato, il comma 1, in attuazione delle richieste della Commissione, elimina le disposizioni inerenti il rinnovo espresso e motivato dei contratti pubblici; dall'altro, i commi 2 e 3 disciplinano contestualmente la proroga eventuale dei contratti stessi, facendo espresso riferimento ai contratti scaduti o in scadenza entro sei mesi, e presupponendo pertanto che il rinnovo non possa più avere luogo neppure per i contratti già scaduti (siano essi già o non ancora rinnovati all'entrata in vigore della legge), che possono soltanto essere prorogati alle condizioni previste.

Tale orientamento, inoltre, trova un ulteriore supporto argomentativo nella ratio legis e nella collocazione della norma all'interno della Legge comunitaria per il 2004, assumendo decisiva rilevanza, al riguardo, la genesi della disposizione considerata.

Infatti, come già osservato in dottrina, la Commissione Europea ha avviato nei confronti dell'Italia apposita procedura di infrazione n. 2110/2003, in quanto le disposizioni dettate dall'art. 44 della legge n. 724/1994 e dall'art. 6 della legge n. 537/1993 "consentirebbero alle amministrazioni pubbliche di attribuire, in modo diretto e senza alcuna procedura di messa in concorrenza, nuovi appalti di servizi e di forniture, che verrebbero così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario...Invero le norme in questione interpretate sistematicamente risultano già abrogate. Le censure mosse ... nondimeno muovono dalla constatazione di pronunce giurisprudenziali e prassi amministrative orientate nel senso di ammettere la vigenza delle norme in questione. Stante un'obiettivo incertezza interpretativa ..si rende utile l'emanazione di apposita norma...che consenta di porre fine alla procedura di infrazione".

Ne consegue che l'art. 23 della legge n. 62/2005 costituisce la diretta risposta del legislatore alle censure della Commissione e, per tale motivo, la ratio legis è proprio quella di massimamente tutelare il principio dell'evidenza pubblica (obbligo di gara) in materia di contratti della pubblica amministrazione. Tanto più che i principi e le direttive comunitarie in materia di appalti impongono il rispetto della concorrenza e della par condicio quali principi fondanti della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, e quindi il ricorso alle procedure di evidenza pubblica (gara) nella scelta dei contraenti delle pubbliche amministrazioni, senza che tali principi possano essere elusi attraverso forme (quali, nell'ottica della Commissione Europea, il rinnovo) alternative alla gara.

Lo scopo della norma del 2005 sembra, così, essere quello di eliminare le fattispecie di rinnovo contrattuale in sé considerato, sia esso tacito o espresso, rendendo comunque necessario, alla scadenza del contratto, l'espletamento delle gare ad evidenza pubblica in conformità con la disciplina comunitaria e con i principi generali dell'ordinamento.

Ne consegue che se si potesse ritenere che tale norma non si applica ai contratti in essere, essa verrebbe svuotata di gran parte del suo significato, con conseguente violazione della ratio legis ad essa stessa sottesa.

In conclusione la deliberazione impugnata risulta affetta dai vizi denunciati e va quindi annullata.

Deve allora procedersi all'esame della domanda di risarcimento del danno che parte ricorrente assume di aver subito per effetto della perdita della chance di partecipare ad una pubblica gara per l'affidamento del servizio nel periodo in questione. A quest'ultimo riguardo lamenta di essere stato privato illecitamente di una entità economicamente rilevante che sarebbe appartenuta al suo patrimonio, ossia la chance di partecipare la gara che il Comune avrebbe indetto se non si fosse avvalso, illegittimamente, della facoltà di rinnovo di cui all'art. 6 della legge n. 537 del 1993.

La tesi va disattesa.

In disparte l'esiguità temporale del periodo di servizio coperto dall'impugnato provvedimento, deve osservarsi come nella specie, se è da ammettere la titolarità di un interesse qualificato all'impugnazione, per la sua valenza strumentale verso la astratta prospettiva di una scelta favorevole dell'Amministrazione, nondimeno la possibilità di acquisizione del servizio è a tal punto ipotetica e remota da far escludere la figura del danno giuridicamente rilevante ai fini della tutela risarcitoria.

Il ricorso, dunque, per questa parte deve essere rigettato

La spese possono essere compensate.

P.Q.M

Il TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA CAMPANIA - Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, e per l'effetto annulla la delibera di G.M. del Comune di Cusano Mutri n. 39 del 24 febbraio 2005, con la quale si dispone (per la seconda volta) il rinnovo in favore della ditta Di Biase dell'appalto del servizio di trasporto scolastico per il triennio 2005/2008.

Spese compensate

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 16 novembre 2005.

Giancarlo Coraggio Presidente

Carlo Buonauro Componente, est.

Depositata in segreteria
il 20 dicembre 2005