

N. 01245/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01636/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1636 del 2010, proposto da:
SEVERN TRENT ITALIA SPA, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio
Di Vita, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR in Brescia, via
Zima 3;

contro

COMUNITÀ MONTANA VALLE IMAGNA, rappresentata e difesa
dall'avv. Mario Benedetti, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR
in Brescia, via Zima 3;

nei confronti di

CREA GESTIONI SRL, non costituitasi in giudizio;
EDIL FAS SPA, non costituitasi in giudizio;
CAVALLERI OTTAVIO SPA, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- della nota del presidente della Comunità Montana prot. n. 5559 del 25
novembre 2010, con la quale è stata comunicata la cessazione della
convenzione del 16 gennaio 1992 relativa ad alcuni servizi pubblici (acqua

potabile, depurazione delle acque reflue, raccolta rifiuti);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunità Montana Valle Imagna;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2011 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La Comunità Montana Valle Imagna con nota del presidente datata 25 novembre 2010 ha comunicato alla ricorrente Severn Trent Italia spa e alle altre imprese interessate che in base all'art. 23-bis comma 8-e del DL 25 giugno 2008 n. 112 la gestione dei servizi pubblici affidati con la convenzione del 16 gennaio 1992 doveva intendersi automaticamente interrotta alla data del 31 dicembre 2010. Si tratta dei servizi di distribuzione dell'acqua potabile, di depurazione delle acque reflue e di raccolta dei rifiuti (nell'insieme, una concessione di servizio ambientale integrato).

2. La vicenda può essere sintetizzata come segue:

(a) la convenzione del 16 gennaio 1992, avente durata trentennale, è stata stipulata dalla Comunità Montana e da un'ATI composta da quattro imprese: Sigesa spa (ora Crea Gestioni srl), Biodepuratrice spa (ora incorporata nella ricorrente Severn Trent Italia spa), Edil Fas spa e Cavalleri Ottavio spa;

(b) nell'ambito del suddetto rapporto le varie imprese si sono specializzate ciascuna in un particolare settore: Sigesa spa (poi Crea Gestioni srl) nella

distribuzione dell'acqua potabile, Cavalleri Ottavio spa nella raccolta dei rifiuti, Biodepuratrice spa (poi Severn Trent Italia spa) nella depurazione delle acque reflue;

(c) la posizione della ditta Biodepuratrice spa è particolare perché in precedenza aveva stabilito un autonomo rapporto con la Comunità Montana per la costruzione dell'impianto consortile di depurazione. Più precisamente, la citata ditta aveva vinto nel 1990 la gara indetta dalla Comunità Montana per la realizzazione del depuratore. Nel corso dei lavori l'ATI nel frattempo divenuta concessionaria del servizio ambientale integrato ha chiesto alla Comunità Montana, con note del 9 febbraio 1993 e del 9 agosto 1994, di affidare proprio a Biodepuratrice spa la gestione dell'impianto, sul presupposto che la stessa nell'ambito del raggruppamento temporaneo aveva assunto la delega in via esclusiva per i servizi di depurazione. Conseguentemente la Comunità Montana con contratto del 18 agosto 1994 ha affidato la gestione dell'impianto alla ditta Biodepuratrice spa, riconoscendo direttamente alla stessa i corrispettivi del servizio e richiamando la medesima scadenza trentennale prevista dalla convenzione del 16 gennaio 1992;

(d) peraltro il servizio di depurazione non è stato svolto fino al 2001, in quanto, pur essendo stato ultimato il depuratore (1995), mancavano i collettori. Dopo la realizzazione di una parte dei collettori (2001) la Comunità Montana (v. deliberazione n. 138 del 2 luglio 2001) ha affidato alla ditta Biodepuratrice spa, nella sua qualità di componente dell'ATI, la gestione parziale del servizio dal 2001 al 2003 (data presunta di ultimazione dei collettori), per un importo annuo pari a lire 125.000.000 (Iva esclusa) oltre al 50% della tariffa sui reflui industriali;

(e) in seguito a una frana che ha interessato il collettore nell'ottobre 2001 il corrispettivo versato dalla Comunità Montana è stato ridotto;

(f) nel frattempo si è sviluppato un contenzioso tra la ditta Biodepuratrice

spa e la Comunità Montana in relazione agli interessi per il ritardato saldo dei certificati di pagamento dei lavori di realizzazione del depuratore. A tale titolo la Corte d'Appello di Brescia con sentenza del 2 aprile 2003 n. 678 ha condannato la Comunità Montana al pagamento di € 225.114,90;

(g) con atto transattivo del 23 aprile 2004 la ditta Biodepuratrice spa ha rinunciato a una parte di questo credito (€ 56.114,90) in cambio dell'impegno della Comunità Montana a ripristinare il servizio di depurazione alle condizioni economiche stabilite con la deliberazione n. 138/2001;

(h) in applicazione di questa transazione, e in seguito a ulteriori contatti tra le parti, la Comunità Montana (v. deliberazione del 21 marzo 2005 n. 72) ha affidato alla ditta Biodepuratrice spa la gestione del depuratore dal 23 marzo 2005 fino alla scadenza indicata nel contratto del 18 agosto 1994 (ossia la stessa della convenzione del 16 gennaio 1992) per un corrispettivo annuo pari a € 72.000 (Iva esclusa) con aggiornamento del prezzo dopo il primo anno ex art. 6 commi 4 e 6 della legge 24 dicembre 1993 n. 537. Peraltro nelle motivazioni e nel dispositivo dell'affidamento è stata inserita anche la clausola "fatte salve eventuali disposizioni di legge in senso contrario".

3. Contro la nota del 25 novembre 2010 la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 24 dicembre 2010 e depositato il 29 dicembre 2010. Le censure possono essere sintetizzate come segue: (i) violazione dell'art. 23-bis del DL 112/2008, in quanto la gestione del servizio di depurazione non potrebbe essere qualificata come un caso di affidamento diretto colpito dalla cessazione automatica ai sensi del comma 8-e (la transazione intervenuta il 23 aprile 2004 avrebbe attribuito al gestore una particolare aspettativa sulla durata del rapporto); (ii) difetto di istruttoria e sviamento, in quanto la Comunità Montana avrebbe disposto la cessazione del rapporto senza prendere in considerazione le conseguenze

economiche negative per la ricorrente. Oltre all'annullamento dell'atto impugnato è stata chiesta la condanna al risarcimento del danno per l'inaspettata risoluzione del contratto.

4. La Comunità Montana si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

5. A margine occorre precisare che la dichiarazione di cessazione del rapporto basato sulla convenzione del 16 gennaio 1992 non è rimasta priva di conseguenze sul piano amministrativo. In coerenza con l'abbandono del modello concessorio infatti la Comunità Montana ha deciso con deliberazione n. 107 del 13 dicembre 2010 di procedere all'affidamento dei servizi pubblici in questione tramite gara. Peraltro, al fine di non determinare l'interruzione delle prestazioni ai cittadini, con determinazione dirigenziale n. 293 del 21 dicembre 2010 il rapporto con la ricorrente è stato prorogato fino al 30 aprile 2011.

6. Sulle questioni proposte nel ricorso si possono svolgere le seguenti considerazioni:

6.1 Il servizio di gestione dell'impianto consortile di depurazione è stato fin dall'inizio preso in considerazione e inserito nella convenzione del 16 gennaio 1992, anche se a quella data l'impianto ancora non esisteva. La suddetta gestione non è quindi un'appendice autonoma collegata estrinsecamente al resto della concessione di servizi. Si può dire piuttosto che la peculiare sistemazione dei rapporti all'interno dell'ATI (con la ripartizione dei compiti in distinte aree di interesse esclusivo di ciascuna delle imprese raggruppate) ha trovato il modo di riflettere la storia professionale della ditta Biodepuratrice spa (dante causa della ricorrente), in quanto tale ditta prima della costituzione dell'ATI stava appunto realizzando, in esecuzione di uno specifico appalto, quello stesso depuratore la cui gestione risulta inclusa nella convenzione del 16 gennaio 1992.

6.2 Il contratto del 18 agosto 1994 con cui è stata formalmente assegnata alla ditta Biodepuratrice spa la gestione del depuratore non è pertanto, rispetto alla convenzione del 16 gennaio 1992, un titolo autonomo al quale si possa ricollegare la transazione del 23 aprile 2004 tra la Comunità Montana e la medesima ditta. Al contrario, la ditta Biodepuratrice spa ha assunto la gestione con il consenso e su delega della mandataria dell'ATI. Dunque il contratto del 18 agosto 1994 è confluito nello schema della concessione di servizi, e come tale può essere inciso dal 23-bis comma 8-e del DL 112/2008, essendo parte di un unico affidamento diretto.

6.3 Osservando poi la transazione del 23 aprile 2004, si rileva che il presupposto della stessa non riguarda la concessione di servizi pubblici ma l'appalto relativo alla costruzione del depuratore. Si tratta in sostanza di crediti relativi ai rapporti pregressi tra la Comunità Montana e la ditta Biodepuratrice spa, accertati dalla Corte d'Appello di Brescia e poi inseriti in un accordo che ha coinvolto la ripresa della gestione del depuratore. Non esiste quindi una sentenza che riguardi direttamente la gestione del servizio di depurazione e che possa coprire con gli effetti del giudicato, sia pure mediati dalla transazione, la durata della gestione stessa. Non è neppure particolarmente significativo il fatto che la Comunità Montana e la ditta Biodepuratrice spa attraverso la transazione e gli atti applicativi abbiano regolato gli aspetti economici della gestione del depuratore senza coinvolgere l'ATI: nella vicenda in esame, come si è visto, la funzione dell'ATI era del tutto formale (una mera cornice di coordinamento) e lasciava piena autonomia gestionale ed economica alle imprese partecipanti per i settori di rispettivo interesse.

6.4 Occorre poi sottolineare che la transazione è cedevole non solo per il motivo appena esposto ma anche perché in contrasto con il diritto comunitario. La trasformazione di un credito in affidamento diretto di un servizio pubblico si poneva già nel 2004 in chiaro contrasto con la lettura

dei principi comunitari data dalla Corte di Giustizia. La Comunità Montana ha dimostrato di esserne consapevole quando, nel dare applicazione alla transazione, ha disposto l'inserimento della clausola "fatte salve eventuali disposizioni di legge in senso contrario".

6.5 In effetti secondo la giurisprudenza comunitaria le concessioni di servizi pubblici, pur non rientrando nell'ambito di applicazione delle direttive riguardanti gli appalti pubblici, sono comunque sottoposte alle regole fondamentali dei Trattati, e in particolare al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità. In questo senso vi sono numerose pronunce (v. C.Giust. Sez. VI 7 dicembre 2000 C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, punto 60; C.Giust. Grande Sezione 21 luglio 2005 C-231/03, *Coname*, punto 16; C.Giust. Sez. I 13 ottobre 2005 C-458/03, *Parking Brixen*, punto 46; C.Giust. Sez. I 6 aprile 2006 C 410/04, *Anav*, punto 18; C.Giust. Sez. II 17 luglio 2008 C-347/06, *ASM Brescia*, punto 58). A partire dalla prima di queste pronunce può considerarsi raggiunto il requisito della certezza del diritto, con l'automatica estensione dell'obbligo della procedura a evidenza pubblica nei confronti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici del mercato unico. Dunque per gli affidamenti diretti successivi al 7 dicembre 2000, comunque qualificati dalle parti, non può esservi tutela giurisdizionale rispetto a norme nazionali che dichiarino la cessazione anticipata del rapporto.

6.6 Vi sono invece alcuni profili del secondo motivo di ricorso che appaiono condivisibili, anche se non fino al punto da condurre all'annullamento dell'atto impugnato e al consolidamento della durata originaria del rapporto tra la Comunità Montana e la ricorrente.

6.7 In particolare, la decisione della Comunità Montana di considerare risolto ex lege il rapporto al 31 dicembre 2010 appare corretta, ma proprio per le complesse vicende intercorse con la ricorrente avrebbe dovuto essere accompagnata da una puntuale valutazione delle conseguenze economiche.

L'anticipata risoluzione del rapporto non comporta infatti unicamente una perdita per la ricorrente (non risarcibile, in quanto conseguente a un atto di livello legislativo che opera un necessario riequilibrio del diritto nazionale rendendolo conforme ai principi comunitari) ma anche un arricchimento per la Comunità Montana. Quest'ultima attraverso la transazione del 23 aprile 2004 ha evitato l'esborso della somma di € 56.114,90 in cambio di una rimodulazione degli impegni economici della gestione del depuratore nell'orizzonte della durata trentennale della concessione di servizi. Se ora con la risoluzione anticipata la ricorrente non è più in grado di recuperare la predetta somma mediante i proventi del servizio cade l'equilibrio economico alla base della transazione.

6.8 La Comunità Montana, nel rispetto dei criteri generali di correttezza e buona fede, avrebbe quindi dovuto accompagnare la comunicazione della risoluzione del rapporto con l'impegno a restituire alla ricorrente il predetto importo, allo scopo di evitare un ingiustificato arricchimento. Questa lacuna non rende inefficace la risoluzione, che si collega direttamente a una norma di legge ed è assistita dalla conformità al diritto comunitario, ma consente un accoglimento parziale del presente ricorso nel senso dell'accertamento di un diritto di credito a favore della ricorrente.

7. In conclusione il ricorso deve essere parzialmente accolto con l'accertamento dell'obbligo per la Comunità Montana di restituire alla ricorrente la somma di € 56.114,90 oggetto della transazione del 23 aprile 2004. Poiché tuttavia la ricorrente nel frattempo ha svolto il servizio beneficiando delle condizioni economiche negoziate nella suddetta transazione, gli interessi legali si applicano solo dalla data di pubblicazione della presente sentenza, e fino al saldo. Il ricorso deve invece essere respinto sotto tutti gli altri profili, ossia tanto nella parte impugnatoria (compresa l'implicita richiesta di accertamento della prosecuzione del rapporto fino alla scadenza originaria) quanto in relazione alla richiesta di

risarcimento. Le spese, vista la soccombenza parziale, possono essere parzialmente compensate, restando liquidate nell'importo di € 2.000 oltre agli oneri di legge.

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente il ricorso come precisato in motivazione.

Condanna la Comunità Montana a versare alla ricorrente, a titolo di spese di giudizio parzialmente compensate, l'importo di € 2.000 oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Pedron, Presidente FF, Estensore

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)