



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1456 del 2007, proposto da:  
SOCIETÀ ITALIANA PER IL GAS p.a. - ITALGAS, rappresentata e difesa  
dall'avv. Luca Nanni, con domicilio eletto presso l'avv. Katia Bonomelli in Brescia,  
contrada del Cavalletto 25;

***contro***

COMUNE DI BRIGNANO GERA D'ADDA, rappresentato e difeso dall'avv.  
Raffaella Bordogna, con domicilio eletto presso l'avv. Enrico Codignola in Brescia,  
via Romanino 16;

***per l'annullamento***

- della deliberazione consiliare n. 28 del 1 ottobre 2007, con la quale il Comune ha  
confermato il riscatto anticipato del servizio di distribuzione del gas naturale e ha  
incaricato il responsabile dell'Ufficio Tecnico di predisporre e pubblicare il bando  
di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Brignano Gera d'Adda;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2012 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. La vicenda contenziosa si inserisce in un più ampio quadro di rapporti tra il Comune di Brignano Gera d'Adda e la società ricorrente Italgas spa, gestore storico del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale.
2. L'affidamento originario del servizio era stato disposto l'11 luglio 1956 a favore di Metano Citta spa ed è stato prorogato di ulteriori 30 anni mediante una convenzione del 29 febbraio 1988. Con atto del 21 dicembre 1993 Metano Città spa è stata incorporata in Italgas spa, che è quindi subentrata nel servizio.
3. Il Comune ha esercitato la facoltà di riscatto anticipato ai sensi dell'art. 24 del RD 15 ottobre 1925 n. 2578 con deliberazione consiliare n. 46 del 27 giugno 2000 comunicando il relativo preavviso con un anno di anticipo come richiesto dalla predetta norma. In seguito il Comune con deliberazione consiliare n. 5 del 28 gennaio 2002 ha confermato il riscatto anticipato e ha chiesto alla ricorrente quale gestore uscente di produrre lo stato di consistenza. Il TAR Brescia con sentenza 3 dicembre 2004 n. 1760 ha ritenuto legittimi i suddetti provvedimenti respingendo i ricorsi presentati dalla ricorrente. L'appello (ricorso n. 2769/2005) è stato dichiarato perento (v. decreto CS Sez. V 30 aprile 2008 n. 1958).
4. Con deliberazione consiliare n. 28 del 1 ottobre 2007 il Comune ha nuovamente confermato il riscatto anticipato e ha incaricato il responsabile dell'Ufficio Tecnico

di predisporre e pubblicare il bando di gara (procedura ristretta ai sensi del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163).

5. Contro la suddetta deliberazione la ricorrente ha promosso il presente ricorso con atto notificato il 20 dicembre 2007 e depositato il 28 dicembre 2007. Le censure sono così sintetizzabili: (i) inammissibilità del riscatto anticipato per incompatibilità con il nuovo regime di cui al Dlgs. 23 maggio 2000 n. 164, che esclude il passaggio alla gestione diretta, e per contrasto con le proroghe *ex lege* introdotte dall'art. 23 comma 1 del DL 30 dicembre 2005 n. 273; (ii) mancanza del preavviso di un anno, in quanto non sarebbe possibile collegare la conferma del riscatto anticipato adottata nel 2007 al provvedimento di riscatto del 2000, che era ancora finalizzato al passaggio alla gestione diretta; (iii) difetto dei presupposti, in quanto la gara per l'individuazione del nuovo gestore non potrebbe essere indetta prima dell'accertamento definitivo dell'equa indennità di riscatto prevista dall'art. 24 del RD 2578/1925; (iv) omessa considerazione del diritto di prelazione convenzionalmente riconosciuto a Italgas spa.

6. Il Comune si è costituito in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

7. In data 30 ottobre 2007 il collegio arbitrale ha depositato il lodo che definisce in € 1.700.000 l'indennità di riscatto dovuta dal Comune con riferimento alla data del 31 dicembre 2003. Il lodo è stato impugnato per nullità dalla ricorrente davanti alla Corte d'Appello di Milano, la quale tuttavia con sentenza n. 3179 dell'8 ottobre 2012 ha respinto l'impugnazione, ritenendo ampiamente e congruamente motivati i criteri della liquidazione equitativa. In particolare la sentenza ha concluso che la somma di € 1.700.000 appare giustificata sia in relazione alla consistenza e alla qualità dell'impianto di distribuzione sia in considerazione del fatto che la ricorrente ne ha mantenuto la disponibilità con tutti i vantaggi conseguenti. La ricorrente si è riservata di presentare ricorso per Cassazione.

8. In corso di causa il Comune ha dato seguito alla gara mediante la pubblicazione del relativo bando sulla GUCE del 31 marzo 2008. Contro il bando la ricorrente ha proposto davanti al TAR Brescia il ricorso n. 469/2008, che è stato respinto con sentenza 5 giugno 2012 n. 997. La motivazione di questa sentenza copre anche alcune questioni relative al riscatto anticipato, in quanto la ricorrente aveva indicato profili di illegittimità derivata collegandosi a provvedimenti già impugnati, compreso quello oggetto del presente ricorso.

9. Il Comune ha poi confermato la propria linea, sulla base degli stessi elementi e senza nuova istruttoria, mediante la deliberazione consiliare n. 51 del 20 dicembre 2007, che è stata impugnata dalla ricorrente davanti al TAR Brescia nel ricorso n. 940/2008 (non ancora definito).

10. Prendendo atto del contenuto della sentenza n. 997/2012 la ricorrente nella memoria depositata il 16 novembre 2012 afferma di avere ancora interesse a una pronuncia di merito sul motivo di ricorso (iii).

11. Così definito il perimetro attuale del conflitto tra le parti, si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) il presente ricorso ha la medesima estensione di quello rubricato al n. 940/2008, che riguarda un atto meramente confermativo. Non si ritiene tuttavia di disporre la riunione, in quanto, considerato il tempo già trascorso, appare preferibile definire sollecitamente in primo grado la vicenda contenziosa per gli aspetti non ancora esauriti dalle sentenze di questo TAR sopra richiamate. Il ricorso n. 940/2008 costituisce in effetti una semplice appendice, significativa come conferma dell'interesse alla trattazione di merito del presente ricorso (essendo esclusa l'acquiescenza della ricorrente) ma priva di nuovi elementi utili per la decisione. Il predetto ricorso può pertanto rimanere sul proprio binario processuale, il cui esito dipenderà evidentemente anche da quello del presente ricorso;

(b) nel merito, la tesi della ricorrente secondo cui la gara per l'individuazione del nuovo gestore non potrebbe essere indetta prima dell'accertamento definitivo dell'equa indennità di riscatto prevista dall'art. 24 del RD 2578/1925 non appare condivisibile;

(c) questo TAR ha già affermato che non esiste in capo al gestore uscente un'aspettativa a ottenere il differimento della gara sino alla completa definizione delle questioni ancora aperte con il comune nel cui interesse viene svolto il servizio di distribuzione (v. sentenza 10 febbraio 2006 n. 183);

(d) innanzitutto occorre sottolineare che la facoltà ex art. 1152 del codice civile (ritenzione a favore del possessore di buona fede), anche se prevista nel contratto di concessione, è ormai superata dall'art. 14 commi 4 e 9 del Dlgs. 164/2000;

(e) più in dettaglio, il comma 9 dell'art. 14 del Dlgs. 164/2000 prevede che il gestore subentrante acquisisca la disponibilità degli impianti dalla data di pagamento della somma dovuta al gestore uscente oppure dalla data di offerta reale della stessa. Il destinatario della tutela è però solo indirettamente il gestore uscente, in quanto l'obiettivo della norma è di fornire ai comuni una provvista finanziaria sufficiente a estinguere i rapporti pregressi. In altri termini la norma qualifica come legittima la decisione dei comuni di imporre al vincitore della gara l'onere di saldare il conto delle spettanze del gestore uscente (soluzione che altrimenti si presterebbe a qualche obiezione sul piano dei principi generali, in quanto crea una barriera economica all'ingresso di nuovi operatori). Il passaggio della disponibilità degli impianti avviene quindi dal comune al nuovo gestore (subordinatamente al pagamento di quanto dovuto). Il precedente passaggio, dal gestore uscente al comune, avviene alla scadenza (contrattuale o *ex lege*) della concessione: il comma 4 dell'art. 14 del Dlgs. 164/2000 prevede che l'acquisto della disponibilità degli impianti sia immediato, mentre il trasferimento della proprietà (quando gli impianti siano stati realizzati dal gestore uscente) può anche

avvenire in seguito, ossia una volta chiariti gli aspetti economici individuati nel contratto di servizio;

(f) fatta questa precisazione, nulla impedisce ai comuni di quantificare in via anticipata e forfettaria la somma a carico del nuovo gestore, al fine di consentire a quest'ultimo di subentrare immediatamente nella gestione. Tale soluzione non solo è conforme al meccanismo previsto a regime dall'art. 14 comma 4 del Dlgs. 164/2000 ma, accorciando i tempi di subentro, costituisce un incentivo alla presentazione di offerte grazie alla prospettiva di un più ravvicinato recupero degli investimenti effettuati. Parimenti non vi sono ostacoli che impediscano ai comuni di prevedere a carico del gestore subentrante una somma forfettaria e un impegno a corrispondere un'integrazione una volta che sia stata definita tramite giudizio arbitrale l'equa indennità per il riscatto anticipato. In questo caso l'onere per il gestore subentrante presenta dei margini di incertezza, ma poiché l'ordine di grandezza dell'indennizzo è comunque ancorato a parametri oggettivi (v. art. 13-14 del DPR 4 ottobre 1986 n. 902) si rimane nell'ambito della ragionevole determinabilità;

(g) dunque le due questioni che si pongono alla scadenza del periodo di affidamento (definizione dei rapporti con il gestore uscente e immediato subentro del nuovo gestore) possono rimanere separate, e anzi il fatto che rimangano separate può essere interpretato come una garanzia di efficienza del sistema;

(h) d'altra parte non vi sono ragioni per obbligare il gestore subentrante ad aspettare la fine del contenzioso tra il comune e il gestore uscente. Questa situazione di conflitto, dal punto di vista del gestore subentrante, non è in alcun modo assimilabile a un inadempimento, e dunque non può essere colpita con la sanzione della mancata immissione nella disponibilità degli impianti ai sensi dell'art. 14 comma 9 del Dlgs. 164/2000;

(i) occorre anche considerare che se una controversia sulla quantificazione dell'equa indennità di riscatto potesse mantenere nel possesso il gestore uscente si realizzerebbe un prolungamento del periodo transitorio al di fuori di qualsiasi previsione normativa. Vi sarebbe inoltre un evidente squilibrio nella posizione delle parti, in quanto l'esistenza di un contenzioso sarebbe già da sola un costo per il comune e per il gestore subentrante (rispettivamente: perdita del canone concessorio e dei ricavi della distribuzione) e un vantaggio per il gestore uscente (prosecuzione dell'attività a condizioni normalmente molto migliori di quelle risultanti dalla gara).

12. Il ricorso deve quindi essere respinto. La complessità di alcune questioni consente la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Pedron, Presidente FF, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Primo Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2013

IL SEGRETARIO

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