

ORIGINALE



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sezione 1^a

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 4422 del 2004 proposto da

**AGESP Trasporti spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avv.to Adolfo Mario Balestreri ed elettivamente
domiciliata presso il suo studio in Milano, via Borgogna, n. 9**

CONTRO

**Comune di Busto Arsizio (Va), in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Frau ed elettivamente domiciliato
presso il suo studio in Milano, via piazzetta Sant'Alessandro n. 6**

per l'annullamento

- del provvedimento comunale n. 54882 del 20 settembre 2004;
- di tutti gli atti presupposti, antecedenti, conseguenti e connessi;

e per l'accertamento e conseguente condanna

**della fondatezza della pretesa della Società ricorrente in ordine ai
conseguenziali diritti patrimoniali e/o al risarcimento dei danni
ingiustamente patiti e patienti.**

Sezione Prima

n. 896/05
reg. sent.

n. 4422/04
reg. ric.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a vertical line and a circular flourish at the bottom.

Visto il ricorso notificato il giorno 12.10.04 e depositato il 19.10.04;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione;

Viste le memorie delle parti;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 7 aprile 2005, relatore il dott. Riccardo

Giani, i difensori delle parti, come da verbale d'udienza;

Considerato quanto segue in

FATTO

La Società nell'atto introduttivo del giudizio espone quanto segue:

- evidenza di essere titolare del trasporto pubblico urbano nel Comune di Busto Arsizio in forza di specifici contratti di servizio;
- espone la normativa comunitaria, statale, regionale nonché il contenuto delle previsioni contrattuali in base alle quali il Comune è tenuto a recepire i livelli tariffari minimi stabili dalla Giunta regionale ovvero garantire comunque la copertura del conseguente minor ricavo;
- evidenza di avere a più riprese sollecitato il Comune a far fronte a tale obbligo, di aver in data 27 febbraio 2004 notificato all'Amministrazione comunale atto di diffida e messa in mora con il quale intimava al Comune di Busto Arsizio di provvedere ad assicurare la compensazione dei mancati introiti dovuti al non effettuato recepimento dei sistemi tariffari previsti dalla regione Lombardia, di aver successivamente attivato il procedimento giurisdizionale di cui all'art. 21 bis legge 1034/1971 e di aver infine ottenuto la sentenza di questo Tribunale 2753/04 con la quale veniva ordinato all'Amministrazione resistente di provvedere sulle istanze della Società ricorrente stessa;

- rileva tuttavia che il Comune non ha ottemperato nel termine concessogli dal TAR, tanto da costringere la ricorrente ad attivarsi in sede esecutiva, infine ottenendo un pronunciamento comunale, qui impugnato, nel quale la civica Amministrazione evidenzia di non poter accogliere la richiesta nei termini formulati. *

Nei confronti del suddetto atto la ricorrente formula le seguenti censure:

- Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione dell'art. 3 legge 241/90. Eccesso di potere per vizio assoluto di motivazione.
- Violazione dell'art. 7 l.r. Lombardia n. 1/2002 e dell'art. 5 l.r. Lombardia n. 5/2002;
- Propone quindi istanza di risarcimento del danno ai sensi degli artt. 33 e 35 D.Lgs. 80/1998.

L'Amministrazione comunale nel costituirsi in giudizio espone quanto segue:

- eccepisce in primo luogo il difetto di giurisdizione poiché i contratti di servizio stipulati tra le parti prevedono il deferimento delle relative controversie ad un collegio arbitrale;
- critica la confusione circa l'indicazione del petitum ad opera di parte ricorrente, poiché la stessa talora parla di recepimento delle tariffe regionali e altre volte di risorse per il raggiungimento del pareggio di bilancio.

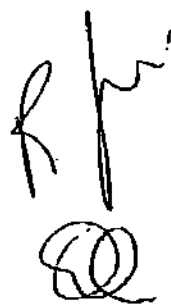
Chiamata la causa alla pubblica udienza del 7 aprile 2005, relatore il dott. Riccardo Giani, la stessa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo il Collegio ritiene di doversi porre, d'ufficio, il problema della sussistenza, nella controversia sottoposta al suo esame, della

giurisdizione del giudice amministrativo, alla luce precipuamente dell'intervento della sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204.

La richiamata pronuncia della Corte costituzionale, com'è noto, è intervenuta sulla disciplina in tema di giurisdizione esclusiva introdotta dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come modificata dalla successiva legge 21 luglio 2000, n. 205, alla luce di una complessa rilettura dell'art. 103 Cost. laddove prevede che gli organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di tutela degli interessi legittimi "e, in particolari materie indicate dalle legge, anche dei diritti soggettivi". Tale rilettura delle norme costituzionali ha condotto il giudice costituzionale a ritenere che il legislatore ordinario non abbia totale autonomia nell'individuare le "particolari materie" nelle quali il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione esclusiva, non limitandosi cioè la richiamata norma di cui all'art. 103, primo comma, Cost. a richiedere la *interpositio legislatoris*, ritenendo al contrario che le materie della giurisdizione esclusiva devono essere particolari "rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo". Con specifico riferimento alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 33 D.Lgs. 80/98 la Corte conclude che "la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo", dichiarando la illegittimità costituzionale della

Handwritten signature and initials in black ink, consisting of a stylized 'R' and 'F' above a circular flourish.

norma per la parte in cui estendeva la giurisdizione esclusiva in parola oltre tale perimetro.

Il giudice d'appello ne ha tratto la conclusione applicativa secondo la quale, in ciascuna ipotesi concreta, l'interprete dovrà procedere ad una duplice verifica, circa l'inerenza, da un lato, della singola controversia alla materia dei pubblici servizi e circa il coinvolgimento, dall'altro, della pubblica amministrazione-autorità (Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489). Sembra al Collegio che entrambi i requisiti siano presenti nel caso di specie. Siamo nella materia dei pubblici servizi poiché rientrano nella nozione medesima anche le controversie relative alla provvista finanziaria legata alla erogazione del servizio di trasporto pubblico locale ("la provvista finanziaria, invero, non integra un'attività strumentale al servizio siccome intesa nelle precitate pronunce - e cioè, come attività estranea alla diretta finalizzazione al servizio pubblico -; la provvista finanziaria è concettualmente inscindibile dal servizio, trovando esso nei mezzi di finanziamento la stessa possibilità di esistenza: pena l'astrattezza della nozione, non può esistere servizio pubblico se non esiste il correlato finanziamento, donde l'essenzialità - e non la strumentalità - di quest'ultimo in ragione della stretta interdipendenza tra servizio e provvista": Cons. Stato 6489/2004 cit.). D'altra parte è innegabile il coinvolgimento nella fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale della pubblica amministrazione - autorità. Nonostante le oscillazioni sul punto delle tesi di parte ricorrente, è innegabile che la controversia in esame non è riconducibile allo schema della mera pretesa creditoria, poiché il soddisfacimento di parte ricorrente presuppone un necessario esercizio di



potere pubblico da parte dell'ente comunale e la effettuazione di una serie di scelte che solo quest'ultimo può compiere. Basti pensare all'alternativa tra sistemi tariffari diversi, previsti dall'art. 7 Lr. lombarda 12 gennaio 2002, n. 1, che l'art. 5 del regolamento regionale 23 luglio 2002, n. 5 rimette nelle mani dell'ente locale o alla possibile scelta comunale di ridurre le tariffe nelle aree a domanda debole o a fini sociali o per incentivare l'utilizzo del mezzo di trasporto pubblico (art. 5 Lr. 5/2002 cit.). Tutto ciò determina che la pretesa avanzata da parte ricorrente di vedersi riconosciuto il mancato introito legato all'omesso recepimento delle tariffe regionali, non è mera pretesa di credito liquido e determinato, ma presuppone l'esercizio di un potere da parte dell'ente locale, nei termini sopra accennati.

Le considerazioni che precedono conducono il Collegio a concludere nel senso della sussistenza, nella controversia sottoposta all'esame del Tribunale amministrativo, della giurisdizione del giudice amministrativo, anche dopo l'intervento, sull'art. 33 D.Lgs. 80/1998, della Corte costituzionale (sent. 204/2004).

2. Sempre in punto di giurisdizione il Collegio è quindi chiamato a pronunciarsi sull'eccezione di difetto di giurisdizione, avanzata dalla difesa comunale, sul presupposto del deferimento della presente controversia a collegio arbitrale in forza di clausola compromissoria contenuta nei contratti di servizio.

L'eccezione è infondata.

Rileva il Collegio che agli atti risulta depositato un solo contratto di servizio sottoscritto da entrambe le parti quello del 15 gennaio 1998, doc. 1 di parte ricorrente, che risulta altresì regolarmente registrato in data 30

Rh
80

gennaio 1998; parte ricorrente ha altresì depositato una sorta di minuta di un secondo contratto di servizio del luglio 2001, doc. 2, in relazione al quale sussistere l'approvazione comunale (doc. 3) ma che non risulta sottoscritto e quindi effettivamente stipulato tra le parti. La mancanza di effettiva stipulazione tra le parti del secondo contratto, sostenuta da parte ricorrente, non è in alcun modo contraddetta o contrastata ad opera di parte resistente, dovendo quindi ritenersi pacifica.

Tale premessa serve ad evidenziare che l'unica clausola compromissoria da prendere in esame è quella contenuta nell'art. 9 del contratto di servizio del 15 gennaio 1998. Tale clausola compromissoria, essendo anteriore alla modifica legislativa di cui all'art. 6, comma 2, legge 21 luglio 2000, n. 205, è da ritenersi invalida, poiché è da escludere, in conformità alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che la novella legislativa abbia l'effetto di rendere valide clausole compromissorie anteriori alla sua entrata in vigore (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2004, n. 5652, Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4791).

3. Nel merito la domanda di annullamento proposta da parte ricorrente è fondata e merita accoglimento.

Risulta in atti che la società ricorrente ha a più riprese sollecitato il Comune di Busto Arsizio a far fronte agli obblighi di adeguamento tariffario, non ricevendo alcuna risposta: si vedano a tal proposito la nota 22 ottobre 2003 (all. 7 di parte ricorrente), la successiva del 5 novembre 2003 (all. A1) sino alla diffida e messa in mora del 27 febbraio 2004. A fronte del silenzio serbato dall'Amministrazione la ricorrente si vedeva costretta ad adire questo TAR con ricorso ex art. 21 bis legge 1034/71. A seguito della

Handwritten signature and initials, possibly 'R. P.' with a circled 'E' below.

sentenza di questa Sezione n. 2753/04 l'Amministrazione infine provvedeva sulle istanze della ricorrente con il provvedimento qui impugnato.

L'Amministrazione nel provvedimento impugnato, in relazione alla richiesta della società ricorrente "con la quale chiedevate alla scrivente Amministrazione Comunale di assumere ogni iniziativa atta ad assicurare ad Agesp Trasporti spa la compensazione dei mancati introiti direttamente conseguenti il mancato recepimento dei sistemi tariffari regionali", risponde rilevando che "si informa che questa Amministrazione ritiene di non poter accogliere la Vostra richiesta nei termini sopraindicati", dando poi atto di aver provveduto alla liquidazione di alcune fatture in conto costo sociale trasporti pubblici.

Le due censure avanzate da parte ricorrente - difetto di motivazione e violazione dell'art. 7 l.r. Lombardia n. 1/2002 e dell'art. 5 r.r. Lombardia n. 5/2002 - sono pienamente fondate. L'Amministrazione non contesta l'assunto di fondo di parte ricorrente e cioè il mancato recepimento dei sistemi tariffari regionali, contestazione che non c'è neppure a livello giudiziario nella memoria di costituzione in giudizio. E nel contempo sfugge completamente ad ogni obbligo motivazionale circa le scelte fatte e il modo in cui intende coerenza tale scelte con gli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti del gestore del servizio, limitandosi ad una incomprensibile affermazione "di non poter accogliere" le richieste. Si tratta di pronunciamento amministrativo palesemente illegittimo nella parte in cui si sottrae completamente all'obbligo motivazionale e omette di dar conto del modo in cui la civica Amministrazione intende far fronte al complesso di obblighi che la legislazione di settore pone a sua carico: scelta di sistema.

tariffario, adeguamento agli adeguamenti tariffari stabiliti in sede regionale, opzioni relative all'eventuale riduzione delle tariffe nelle aree a domanda debole o a fini sociali o per incentivare l'utilizzo del mezzo di trasporto pubblico e individuazione delle coperture finanziarie conseguenti.

Il ricorso quindi, nella parte in cui richiede l'annullamento dell'impugnato atto comunale, merita accoglimento.

4. Come chiarito *sub* 1 il Collegio ritiene che la pretesa avanzata da parte ricorrente di vedersi riconosciuto il mancato introito legato all'omesso recepimento delle tariffe regionali non costituisca mera pretesa di credito liquido e determinato, ma presupponga l'esercizio di un potere da parte dell'ente locale, secondo le previsioni di cui all'art. 7 l.r. lombarda 12 gennaio 2002, n. 1, e all'art. 5 del regolamento regionale 23 luglio 2002, n.

5. Per altro, diversamente opinando, si porrebbero seri dubbi di giurisdizione, alla luce del pronunciamento della Corte cost. 204/2004.

Ciò determina la inaccogliabilità, in questa fase, della pretesa risarcitoria avanzata da parte ricorrente, mancando la pretesa medesima, allo stato, di attualità. La stessa, viceversa, potrà trovare adeguato spazio di esame a seguito del doveroso esercizio del potere amministrativo, cui il Comune è tenuto a fronte dell'annullamento dell'atto qui impugnato. Solo a seguito dell'esercizio del potere amministrativo rimesso all'ente locale - possibile per altro in funzione sostitutiva anche in sede di ottemperanza al giudicato - le pretese risarcitorie potranno trovare ingresso nel processo amministrativo.

Allo stato deve essere quindi rigettata la domanda risarcitoria.

5. Conclusivamente il ricorso deve essere accolto con annullamento dell'atto impugnato, dovendosi invece respingere la domanda risarcitoria.