

N. 01602/2010 REG.SEN.
N. 01387/2005 REG.RIC.



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 il Piemonte
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1387 del 2005, proposto da:
Societa' Sinerga a R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv. Mario Bucello, Carlo Merani e Simona
Viola, con domicilio eletto presso l'avv. Carlo Merani in Torino, via Pietro
Micca, 21;

contro

Comune Bobbio Pellice, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv. Umberto Giardini e Alessandro Mazza,
con domicilio eletto presso l'avv. Umberto Giardini in Torino, via Grassi,
9;

per l'annullamento

della delibera n. 19 del Consiglio Comunale di Bobbio Pellice, adottata in
data 23.6.2005 e pubblicata sull'albo pretorio a partire dal 6.7.2005, avente
ad oggetto "Determinazioni in merito alla "questione Sinerga", nonché di

ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso, ivi in quanto occorra espressamente inclusa la nota n. 3829 del 22.9.2005, con la quale il Comune di Bobbio Pellice ha trasmesso alla Società Sinerga il parere legale allegato alla delibera comunale di cui sopra.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune Bobbio Pellice;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11/03/2010 il Primo Referendario dott. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in oggetto, parte ricorrente, società di ingegneria specializzata nel campo idroelettrico, delle costruzioni idrauliche e delle sistemazioni ambientali ed infrastrutturali, espone che, con delibera di giunta n. 65 del 14 aprile 1994, l'Amministrazione Comunale di Bobbio Pellice aveva incaricato la stessa di operare uno studio complessivo della situazione delle concessioni di derivazione di acqua assentite al Comune, titolare di circa cinquanta concessioni idriche, molte delle quali oramai inutilizzate, o utilizzate solo parzialmente per scopi prevalentemente irrigui; la ricorrente, in data 28 giugno 1994, aveva presentato al Comune il proprio lavoro e, con delibera del Consiglio Comunale n. 55 del 16 novembre 1994, l'Amministrazione aveva espresso parere favorevole riguardo al lavoro svolto dalla Società.

Si espone che, in particolare, l'attenzione del Consiglio Comunale si era

accentrata sulla principale concessione assentita all'Amministrazione, detta "Dei Mulini", che avrebbe potuto continuare a fornire acqua per i residui usi agricoli, ma soprattutto sarebbe stata sfruttabile per la produzione di energia elettrica; la ricorrente aveva proposto al Comune la firma di una convenzione in base alla quale la Società avrebbe effettuato uno studio per ottimizzare i vari impieghi dell'acqua della concessione "Dei Mulini" ed avrebbe approntato tutta la documentazione necessaria per ottenere le modifiche dei titoli concessori che si fossero rese necessarie; il Comune avrebbe considerato la ricorrente cointestataria della concessione, delegandola a curare l'iter burocratico presso l'Ente concedente per ottenere la modifica della concessione stessa; quindi, la ricorrente si sarebbe attivata per individuare un'altra società privata interessata a costituire con il Comune una società mista, deputata alla realizzazione dell'impianto di produzione dell'energia elettrica ed alla gestione della concessione, nella quale sarebbe subentrata; tale nuova società avrebbe poi affidato alla ricorrente la progettazione esecutiva e la messa in opera dell'impianto.

Si espone ancora che, con successiva delibera del Consiglio Comunale n. 10 dell' 8 marzo 1995, l'Amministrazione aveva approvato la convenzione proposta dalla ricorrente che, eseguito il compito affidatole, in data 30 luglio 1997, aveva inviato al Comune tutta la documentazione necessaria per richiedere il rilascio di una nuova concessione a scopo idroelettrico; tuttavia, era entrata in vigore la legge regionale del Piemonte n. 40 del 1998, che aveva introdotto nuove disposizioni sulle procedure di valutazione di impatto ambientale; pertanto, con determinazione del 4 febbraio 2002, l'Amministrazione Provinciale, subentrata allo Stato nella titolarità del potere concessorio, aveva dichiarato che era necessario che il

progetto di modifica della concessione "Dei Mulini" venisse corredato da una Valutazione di Impatto Ambientale; con delibera n. 19 del 23 giugno 2005, il Consiglio Comunale aveva deciso l'annullamento della delibera n. 10/95 con la quale era stata approvata la convenzione originaria tra il Comune e la ricorrente.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:

1. Erroneità del parere allegato alla delibera n. 1/05; infatti, la decisione di annullare la delibera che aveva approvato la convenzione con la ricorrente indicherebbe a fondamento le conclusioni del parere reso dall'Avv. Mazza in data 31 maggio 2005. Tale parere muoverebbe da presupposti errati e non condivisibili, ovvero che:
 - a) la convenzione annullata sarebbe all'evidenza un contratto di diritto pubblico;
 - b) la normativa generale dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni comporterebbe che il ricorso alla trattativa privata sia eccezionale e debba essere adeguatamente motivato;
 - c) la convenzione stipulata con la ricorrente riguarderebbe una concessione di progettazione e costruzione di lavori pubblici, assoggettata al decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406 ed alla legge 11 febbraio 1994, n. 109; il ricorso alla trattativa privata è eccezionale e deve di regola essere esperita la licitazione privata; in ogni caso, un'Amministrazione non potrebbe affidare ad un altro soggetto giuridico le funzioni e l'attività di una stazione appaltante;
 - d) la medesima convenzione, pur inerendo alla progettazione ed esecuzione di opere pubbliche, presenterebbe anche caratteristiche di concessione amministrativa per la progettazione, esecuzione e gestione di opere

pubbliche (tanto che il Comune ha ceduto parzialmente alla ricorrente i poteri pubblicistici relativi alla titolarità della concessione "Dei Mulini"), nonché di concessione di mera committenza, vietata dalla legge Merloni;

e) secondo la giurisprudenza i principi in materia di lavori pubblici valgono anche per i servizi;

f) poiché non è stata effettuata alcuna licitazione privata ed è stata configurata una sorta di concessione di mera committenza, la convenzione sarebbe illegittima e il Comune potrebbe annullare in autotutela la delibera che l'ha approvata, motivando sull'esistenza di un interesse pubblico attuale alla rimozione dell'atto;

g) dato che, secondo la giurisprudenza, il contratto redatto in violazione di norme pubblicistiche è nullo e, per principio generale, la Pubblica Amministrazione può operare solo mediante atti scritti, la convenzione dovrebbe ritenersi priva di effetti giuridici;

h) infine, poiché non sembra che l'Amministrazione abbia tratto dall'attività del Comune un qualsiasi arricchimento, si dovrebbe ritenere che nulla sia dovuto alla ricorrente, neppure a titolo di arricchimento senza causa.

2. Si deducono inoltre vizi autonomi della delibera n. 19/05, in cui il Comune afferma di non avere osservato le disposizioni di legge in materia di affidamento di lavori pubblici; che, in ogni caso, l'intento di valorizzare la concessione "Dei Mulini" si sarebbe trasformato nella "monopolizzazione sistematica e capillare (...) di tutte le concessioni d'acqua esistenti lungo i torrenti Pellice e Cruello", sicché la realizzazione del progetto priverebbe il Comune in modo "scientifico e sistematico" della possibilità di sfruttare i suoi beni nel modo ritenuto più opportuno; che ne deriverebbe la penalizzazione delle altre attività a vantaggio della

realizzazione di una centrale idroelettrica che danneggerebbe l'agricoltura, l'ambiente, la pesca ed il paesaggio di Bobbio Pellice; che all'Amministrazione non sarebbe derivato nessun arricchimento dallo studio condotto dalla ricorrente, che anzi sarebbe stato talmente errato da richiedere al Comune di formulare una nuova domanda di concessione; che, infine, l'Amministrazione avrebbe comunque attuato un proprio "riordino delle acque", cedendo l'utilizzo di una pluralità di concessioni ad un consorzio di agricoltori locali. In merito a tali argomenti si eccepisce:

2.1. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Genericità assoluta di motivazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà con precedenti determinazioni.

2.2. - Violazione e falsa applicazione dell' art. 21-nonies della legge sul procedimento amministrativo. Violazione dei principi in materia di annullamento dei provvedimenti-amministrativi. Eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria e contraddittorietà intrinseca.

2.3. - Violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento. Violazione dei principi del giusto procedimento. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2010, il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, ritiene il Collegio necessario un inquadramento teorico, indispensabile ai fini del giudizio, come più avanti sarà di tutta evidenza, in merito all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, nel cui ambito si è affermato il principio secondo cui anche i soggetti di diritto pubblico, in quanto dotati di autonomia negoziale al pari di ogni altro

soggetto, possono fare uso del contratto e, comunque, almeno potenzialmente, di tutti gli strumenti di diritto privato ritenuti di volta in volta tecnicamente idonei alla cura dell'interesse pubblico dato loro in attribuzione. Peraltro, l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni (basti pensare alle opere pubbliche) costituisce un fondamentale capitolo dell'economia generale del nostro Paese e comunque dei traffici giuridici.

Alle origini dello Stato a diritto amministrativo l'attività privata delle amministrazioni pubbliche era quella con cui esse provvedevano a se stesse. Tale attività, che non va confusa con l'attività di diritto privato, che è attività amministrativa in senso proprio, al pari di quella di diritto amministrativo in senso stretto, non veniva impiegata per la cura di interessi pubblici e pertanto veniva dispiegata sotto l'impero del diritto comune.

Tuttavia, già nell'800, essendosi molto ridotto il peso delle entrate patrimoniali a tutto vantaggio di quelle tributarie, si ritenne che anche l'attività privata delle amministrazioni pubbliche dovesse sottostare alla disciplina cui era assoggettata l'attività di diritto pubblico, in quanto in entrambi i casi vi era spendita di pubblico danaro. Sicché anche questa attività gradualmente fu attratta nell'area del diritto pubblico ed oggi si può dire che sia quasi scomparsa, almeno nei termini in cui fu conosciuta ai primordi dell'attività amministrativa degli Stati continentali.

Naturalmente, non era agevole dare carattere funzionale all'attività di diritto privato e, tuttavia, accadde che si ebbe una pubblicizzazione dei rapporti originariamente privati: non a caso, i servizi di trasporto gestiti dai pubblici poteri furono configurati come concessioni, al pari di talune locazioni di immobili che divennero concessioni su beni pubblici.

Come è stato autorevolmente notato, ciò che restava dell'attività di diritto

privato era considerata prevalentemente come un'attività alternativa all'attività di diritto amministrativo in senso stretto; nel senso che, ad esempio, se l'amministrazione pubblica avesse avuto bisogno di un'area la poteva acquistare o espropriare.

Successivamente, man mano che l'organizzazione dello Stato andava modificandosi, attraverso l'introduzione degli enti pubblici economici e delle imprese pubbliche, vaste aree di attività di amministrazioni pubbliche furono sottoposte al regime di diritto privato, sicché divenne lentamente normale che le amministrazioni pubbliche svolgessero attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato, indifferentemente.

La medesima dottrina ha osservato che, in tempi ancora più vicini, sulla scorta di quanto accadeva negli Stati Uniti, in Inghilterra, in Francia e in Germania, è stato introdotto anche in Italia un impiego sempre più largo dello strumento convenzionale, nella convinzione che strumenti fondati sul consenso fossero preferibili a strumenti fondati sull'autorità.

Questo modo di procedere si è concretizzato soprattutto in due vicende:

- a) l'introduzione di nuove figure di strumenti convenzionali, ossia nell'estensione dell'accordo e del contratto anche ai rapporti non aventi contenuto patrimoniale, bensì a rapporti concernenti attività da svolgere;
- b) la semplificazione dei procedimenti per la contrattazione pubblica, laddove quest'ultima, consolidatasi nel contratto ad evidenza pubblica, che è un procedimento contrattuale in parallelo con un procedimento amministrativo, ha visto via via ridursi lo spazio di quest'ultimo a tutto vantaggio del primo.

Certo è che, per questa via, si è affermata la convinzione che la funzione pubblica non esaurisse le possibili articolazioni dell'azione amministrativa

ed è penetrata nel diritto positivo l'idea che la pubblica amministrazione, oltre alla naturale posizione di potestà, assumesse nell'ordinamento anche quella, propria di tutte le associazioni private, di autonomia negoziale. Sicché essa svolge anche attività articolata in moduli convenzionali, che è sempre espressione di potestà pubblica al pari dell'attività amministrativa in senso stretto, nonostante usi degli strumenti normativi privatistici, come già si è avvertito.

La migliore dottrina, laddove ha risolto il complicato rapporto tra interesse pubblico, legalità e diritti fondamentali in rapporto all'attività di diritto privato, nonché l'annoso problema della legittimazione negoziale delle pubbliche amministrazioni, ha in un certo qual modo preparato il terreno alla fondamentale legge sul procedimento amministrativo.

Il processo storico sembra essersi compiuto soprattutto con la riforma introdotta dalla legge 19 febbraio 2005, n. 15, laddove, nell'arricchire il novero dei principi generali cui si deve uniformare l'attività amministrativa, stabilisce che la pubblica amministrazione, nell'adottare atti di natura non autoritativa, deve agire secondo le regole del diritto privato, finendo così con l'invertire il principio che aveva governato per due secoli l'attività amministrativa. Con la medesima legge si è riformato anche l'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, riguardante gli accordi procedimentali.

Nella medesima direzione è andata anche la riforma del titolo V della Costituzione, laddove ha introdotto il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'articolo 118.

Vanno ricordati anche i principi e le norme del diritto comunitario, soprattutto quelle in materia di appalti servizi e fornitura; e, in particolare, il processo di identificazione tra l'istituto della concessione e quello dell'appalto.

Tuttavia il processo più profondo, per chi voglia ricercare le cause del processo di privatizzazione dei rapporti di diritto amministrativo, si è avuto a seguito della modifica strutturale della soggettività pubblica. Questo con l'affermarsi sia del principio della neutralità delle formule organizzatorie, la figura introdotta dal diritto comunitario "dell'organismo di diritto pubblico" è da considerarsi esemplare, e sia di quello, anch'esso di derivazione comunitaria, della c.d. "pubblicità reale", per il quale diventa naturale assistere al fenomeno per cui società aventi forma privata, e che agiscono quindi con lo strumento del contratto, curano legittimamente l'interesse pubblico, usando il procedimento dell'evidenza pubblica e soggiacendo alla giurisdizione del giudice amministrativo

Come detto, il contratto rimane il principale strumento utilizzato dalle amministrazioni nello svolgimento dell'attività amministrativa di diritto privato. Come ha insegnato dottrina autorevole, i contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni si dividono in tre grandi categorie.

La prima è costituita dai cosiddetti contratti ordinari, o di diritto comune, e sono quei contratti che non subiscono modificazioni per il fatto che una delle parti sia un'amministrazione pubblica. I contraenti sono su un piano di perfetta parità.

La seconda categoria è costituita dai contratti cosiddetti speciali, nel senso che sono dei contratti retti da norme di diritto privato, in cui, accanto alle norme del codice civile, vi è l'applicazione di norme pubblicistiche, con le quali normalmente si attribuiscono poteri speciali alla pubblica amministrazione. Si pensi all'appalto di opere pubbliche, all'appalto di servizi o al contratto di fornitura. E' utile ricordare come fu proprio questo gruppo di contratti che, fin dalla fine del 1800, cominciò a ricevere modificazioni rispetto ai corrispondenti tipi contrattuali regolati dal codice

civile. Non a caso, qualcuno ha dubitato che conservassero la specie contrattuale privatistica.

Tuttavia, la giurisprudenza della corte di Cassazione è stata sempre decisa nel riaffermarla.

Essi sono ora disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, contenuto nel decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 163.

La terza categoria è costituita dai contratti ad oggetto pubblico, o di diritto pubblico. E' preferibile la prima espressione, suggerita da autorevole dottrina ed ora largamente entrata nell'uso del linguaggio comune, in quanto essa indica in maniera plastica l'idea di contratti che non possono essere conclusi che da amministrazioni pubbliche. La loro caratteristica fondamentale è che essi sono collegati a provvedimenti amministrativi, dei quali costituiscono un complemento necessario. Il provvedimento amministrativo può integrare il contratto o sostituirlo.

A loro volta i contratti ad oggetto pubblico si ripartiscono in tre categorie: contratti accessivi a provvedimenti, contratti ausiliari di provvedimenti, contratti sostitutivi di provvedimenti.

Chiunque voglia indagare la storia della contrattualità amministrativa deve necessariamente fare riferimento alla storia delle concessioni amministrative, e in particolare all'istituto della cosiddetta concessione-contratto; figura, questa, interamente creata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

La concessione-contratto costituisce anche l'istituto dove, più che in altri, la giurisprudenza pratica, la dottrina e la prassi delle amministrazioni hanno modellato, talvolta con sapiente fantasia, il rapporto tra atto amministrativo e contratto, ora inclinando per una prevalenza assoluta del primo sul secondo, ora riducendo la concessione ad una mera clausola contrattuale

contenente la condizione di efficacia del negozio.

Nella sistemazione dottrinale, le concessioni-contratto rientrano nei cosiddetti contratti di diritto pubblico accessivi e sono costituiti da quei moduli convenzionali nei quali il provvedimento sarebbe di per sé fonte di obbligazioni; per meglio disciplinare questi, al provvedimento si usa accompagnare un contratto che contiene la disciplina di specie delle obbligazioni; questo modulo convenzionale è stato utilizzato soprattutto nelle concessioni a privati di beni pubblici e nelle concessioni di servizi pubblici.

Questo istituto è caratterizzato dalla compresenza di un provvedimento di concessione, in cui l'amministrazione conserva il suo carattere di autorità, ed una convenzione collegata al provvedimento, che può essere precedente, concomitante o successiva all'emanazione della concessione.

La dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto indagare sulla natura del collegamento tra provvedimento e contratto. Sostanzialmente, sono arrivate alla conclusione che il primo condiziona l'esistenza del secondo e non viceversa. Ciò anche se le controversie hanno riguardato, almeno in passato, più che gli effetti della declaratoria di nullità o l'annullamento di clausole del contratto sul provvedimento, questioni legate ai canoni da versare all'amministrazione o all'esercizio illegittimo della revoca della concessione da parte di quest'ultima, con le relative questioni di giurisdizione, che ora non possono essere nemmeno ricordate.

E' utile segnalare che, nella prassi amministrativa, contratto e provvedimento costituiscono ora fattispecie separate, sia pure collegate (si pensi ai mutui agevolati concessi solo in presenza di autorizzazioni amministrative), ora fattispecie in cui il ruolo del contratto è assolutamente dominante (si pensi alle concessioni di servizi pubblici, in cui il cosiddetto

contratto di servizio finisce con il disciplinare l'intero rapporto, laddove prevede una serie disparata di prestazioni dell'impresa concessionaria a fronte dell'amministrazione che si limita a riscuotere le contribuzioni).

Mentre in Francia, sulla base di precise disposizioni di diritto positivo, sia i contratti di uso di beni che i contratti di servizio vengono inclusi tra i *contrats administratifs*, in Italia è prevalsa, per lungo tempo, la dottrina secondo cui le concessioni erano da ritenere atti amministrativi ad effetti bilaterali; la giurisprudenza non ha seguito questa impostazione ed ha applicato al rapporto patrimoniale le norme sulle obbligazioni e sui contratti, fino a delineare la figura della concessione-contratto.

Lo studio della dottrina ha dimostrato che il termine "contratto ad oggetto pubblico" può essere utilizzato per denominare i contratti di concessione, dato che esso non può essere utilizzato nelle contrattazioni private, essendo appunto l'oggetto riservato all'amministrazione concedente. Tuttavia, esso non costituisce una categoria concettuale giuridica, in quanto nella maggior parte dei casi le fattispecie non sono composte da contratto e provvedimento, cosa che nelle più autorevoli ricostruzioni dottrinarie sembrava essere il tratto caratteristico dell'istituto, poiché, nel concreto, il contratto finiva con l'essere l'unico atto costitutivo dei principali rapporti di concessione; da qui, l'incontro tra il contratto di diritto pubblico e gli accordi procedimentali ai sensi dell'art. 11 della l. 241 del 1990.

Infatti, per quanto riguarda il contratto di diritto pubblico, per molti anni la dottrina amministrativa ha ragionato intorno all'istituto, arrivando a formulare le costruzioni più diverse.

Se si guarda all'amministrazione per accordi nel suo insieme, si nota che essa comprende una notevole varietà di figure, tipizzate proprio attraverso un lavoro assiduo della dottrina e della giurisprudenza. Tali figure sono:

patti politici, patti amministrativi, accordi organizzativi, accordi procedurali, contratti di diritto comune, contratti ad evidenza pubblica, contratti ad oggetto pubblico, contratti sostitutivi di provvedimenti.

Se poi, a ciò si aggiunge anche il fenomeno della cosiddetta contrattualizzazione semplificata, cioè quella in cui il procedimento di evidenza pubblica è molto ridotto (si pensi alla concessioni di costruzione e gestione e alla nuova figura del contraente generale) il quadro diventa davvero molto variegato.

Nel quadro vanno ricomprese tutte quelle forme associative realizzate dagli enti locali mediante convenzioni e accordi, disciplinate negli articoli 30-35 del T.U. sugli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Tornando al contratto di diritto pubblico, la ricostruzione migliore rimane ancora quella di autorevole dottrina, proposta prima della legge sul procedimento amministrativo e, in particolare, prima della riforma dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, avvenuta nel 2005, atteso che il contratto di diritto pubblico è un problema di teoria generale del diritto.

Infatti, essa, accanto ai contratti, conosce anche la categoria dei patti, categoria, questa, rimasta inevoluta, se si esclude il diritto internazionale dove invece essi, sia pure variamente denominati (protocolli, convenzioni, accordi), hanno ricevuto un'elaborazione notevole.

La ragione di questa mancata evoluzione è da ricercare nel fatto che dai patti più che obbligazioni in senso tecnico, ossia vicende patrimoniali, nascono obblighi, ossia situazioni giuridiche soggettive comportamentali, che non sempre hanno il carattere della patrimonialità.

Certo è che nella storia del diritto amministrativo si sono incontrati accordi, tra amministrazioni o tra queste e soggetti privati, che non possono essere considerati se non contratti, pur mancando loro un tratto

tipico di questo fondamentale istituto, ossia la parità tra i contraenti.

Bisogna considerare che questo tipo di contratti risalgono a tempi assai lontani; tant'è che già nell'800 si rinvengono convenzioni tra amministratori e imprenditori privati per il disimpegno di servizi pubblici.

Sicché la giurisprudenza e la dottrina se ne dovettero occupare, dividendosi in due gruppi di opinioni: la prima, secondo cui i rapporti nascenti dalle convenzioni erano da intendere come nascenti unicamente da provvedimenti amministrativi; la seconda, secondo cui si trattava di veri e propri rapporti contrattuali, sia pure non di diritto privato, ma di diritto pubblico e, tuttavia, caratterizzati da un vero e proprio incontro di volontà. Come già detto, la prima corrente di pensiero proponeva le più svariate spiegazioni, ossia che i provvedimenti amministrativi fossero semplicemente preceduti da "atti di sottomissione" di privati, oppure che nascessero da provvedimenti amministrativi unilaterali produttivi di effetti bilaterali a contenuto patrimoniale, oppure che fossero rapporti nascenti da provvedimenti amministrativi puri e semplici, che si limitavano a recepire nelle proprie clausole il contenuto di atti predisposti da privati.

La seconda corrente di pensiero tendeva a dimostrare, invece, che anche il diritto pubblico potesse adottare strutture contrattuali, con la particolarità che il contratto era "di diritto pubblico", poiché comunque era l'espressione dell'autorità del potere amministrativo.

Secondo l'impostazione dottrinale dominante, la spiegazione per tali tipi di contratti deve essere ricercata in un'altra direzione, ed esattamente nel fatto che le "fattispecie globali" in cui essi si pongono sono composte di contratti e di provvedimenti amministrativi insieme. Il modo come essi si collegano determinano appunto le tre categorie dei contratti accessivi, ausiliari e sostitutivi di provvedimenti, che hanno in comune il fatto di

avere un oggetto pubblico, di cui solo l'amministrazione dispone.

Le tre categorie di contratti indicate sono state, nella sostanza, accettate anche in giurisprudenza.

I contratti accessivi di provvedimenti sono moduli convenzionali che accedono a provvedimenti, i quali sono già fonte di obbligazioni per il privato e possono produrre effetti unilaterali, quando stabiliscono obblighi solo per lui, o bilaterali, quando determinano obblighi anche per la pubblica amministrazione.

Inoltre, il collegamento è unilaterale, nel senso che è solo il provvedimento a determinare la sorte del contratto e non viceversa.

I contratti ausiliari di provvedimenti si inseriscono all'interno di procedimenti amministrativi e vengono utilizzati qualora ricorra l'esigenza di disciplinare aspetti patrimoniali.

La caratteristica fondamentale di essi è costituita dal fatto che, se il privato non adempie, l'amministrazione può agire o in via contrattuale dinanzi al giudice ordinario oppure in sede procedimentale, proseguendo oltre nel procedimento fino all'emanazione del provvedimento finale.

I contratti sostitutivi di provvedimenti, invece, hanno avuto larga applicazione sia nel campo della pianificazione urbanistica (si pensi alle convenzioni di urbanizzazione, alle convenzioni di lottizzazione, alle convenzioni edilizie) e sia della programmazione economica.

La loro caratteristica consiste nel fatto che essi sostituiscono completamente il provvedimento.

Tuttavia, gli obblighi assunti dal privato derivano direttamente dalla legge, mentre la convenzione serve solo a disciplinare in maniera puntuale gli obblighi medesimi.

Tornando all'elaborazione dottrinale, il punto più alto e innovativo è stato

quello di ritenere che i contratti ad oggetto pubblico costituiscano “una figura generale”, ossia sono possibili ogni volta che vi sia un aspetto patrimoniale, nell'esercizio di potestà pubbliche, che possa formare oggetto di disciplina negoziata e regolabile mediante obbligazioni; non è necessario che vi sia una norma che ogni volta facoltizzi l'amministrazione pubblica al contratto.

Questa concezione è penetrata nel diritto positivo e risulta nella recezione di cui alla citata l. 15 del 2005.

Essa è funzionale, in primo luogo, ad affermare la giurisdizione del giudice adito (ex art. 11 l. 241 del 1990, in sede di giurisdizione esclusiva), in materia non afferente direttamente al regime delle acque.

Nel merito, nel caso di specie, come esposto in parte narrativa, con delibera di giunta n. 65 del 14 aprile 1994, l'Amministrazione Comunale di Bobbio Pellice aveva incaricato la ricorrente di operare uno studio complessivo della situazione delle concessioni di derivazione di acqua assentite al Comune; la ricorrente, in data 28 giugno 1994, aveva presentato al Comune il proprio lavoro e, con delibera del Consiglio Comunale n. 55 del 16 novembre 1994, l'Amministrazione aveva espresso interesse sulla principale concessione assentita all'Amministrazione, detta “Dei Mulini”, che avrebbe potuto continuare a fornire acqua per i residui usi agricoli, ma soprattutto sarebbe stata sfruttabile per la produzione di energia elettrica; la ricorrente aveva proposto al Comune la firma di una convenzione in base alla quale la Società avrebbe effettuato uno studio per ottimizzare i vari impieghi dell'acqua della concessione “Dei Mulini” ed avrebbe approntato tutta la documentazione necessaria per ottenere le modifiche dei titoli concessori che si fossero rese necessarie; il Comune avrebbe considerato la ricorrente cointestataria della concessione,

delegandola a curare l'iter burocratico presso l'Ente concedente per ottenere la modifica della concessione stessa; quindi, la ricorrente si sarebbe attivata per individuare un'altra società privata interessata a costituire con il Comune una società mista, deputata alla realizzazione dell'impianto di produzione dell'energia elettrica ed alla gestione della concessione, nella quale sarebbe subentrata; tale nuova società avrebbe poi affidato alla ricorrente la progettazione esecutiva e la messa in opera dell'impianto.

Con successiva delibera del Consiglio Comunale n. 10 dell'8 marzo 1995, l'Amministrazione aveva approvato la convenzione proposta dalla ricorrente, che aveva eseguito il compito affidatole e, in data 30 luglio 1997, aveva inviato al Comune tutta la documentazione necessaria per richiedere il rilascio di una nuova concessione a scopo idroelettrico.

Dall'esame del complesso di tali obblighi è evidente, alla luce delle premesse di ordine dogmatico che si sono fatte, che ci si trova di fronte ad un contratto di diritto pubblico tout court e, in particolare, di fronte ad una cd. concessione-contratto, nel senso storico e giuridico su cui poco sopra ci si è profusi.

Pertanto, l'illegittimità del Comune, nel concludere tale concessione è evidente e duplice.

Da un lato, se la si qualifica come concessione di servizi, si deve evidenziare, come ha ormai stabilito la giurisprudenza amministrativa, che le concessioni, pur se non destinatarie di una specifica normativa, soggiacciono ai principi generali del diritto comunitario, che impongono una procedura competitiva e concorrenziale (cfr., ex multis, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 4 agosto 2004, n. 3242) per la scelta del concessionario.

Peraltro, come è noto, in base a tali principi, la scelta della trattativa privata si appalesa ex se fortemente discutibile alla luce dei principi comunitari e costituzionali, secondo cui la trattativa privata è un eccezionale strumento di scelta del contraente, perché derogatorio rispetto alle regole della gara pubblica ed è pertanto soggetto a rigorose motivazioni, nella fattispecie non presenti radicalmente, in ordine alle ragioni di necessità e d'urgenza che lo giustificano.

Dall'altro, qualora si qualifichi tale convenzione quale concessione di committenza, per alcuni denominata anche concessione di servizi e, quindi, sub-specie della prima, si deve ritenere che tale figura organizzatoria, relativa all'esecuzione di opere pubbliche, sia stata espunta dall'ordinamento. La concessione di committenza, la cui matrice si faceva risalire alla disposizione dell'art. 1 l. 24 giugno 1929, n. 1137 per la previsione ivi contenuta di possibilità di affidamento delle opere pubbliche anche a privati, indipendentemente dall'esercizio delle medesime, implicava il trasferimento di poteri pubblicistici alle amministrazioni appaltanti in ordine alle operazioni giuridiche e materiali coordinate all'esecuzione dell'opera pubblica, espropriazioni, scelta dell'appaltatore, direzione lavori, collaudo, e rientrava nei c.d. sistemi indiretti di esecuzione delle opere pubbliche, differenziandosi dalla concessione di costruzione perchè non comportava anche la diretta esecuzione delle opere, e dalla concessione di costruzione e gestione, non implicando la gestione successiva del servizio pubblico correlato alla realizzazione dell'opera.

E' altresì noto che tale sistema di esecuzione delle opere pubbliche non appariva coerente con la normativa comunitaria in materia di lavori pubblici, sottraendosi alle regole da questa fissate ed intese ad assicurare la più piena ed efficace concorrenza tra gli operatori nell'accesso al mercato

dei lavori pubblici.

Ed in effetti, tanto la legge 8 agosto 1977, n. 584, quanto il d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 non contemplavano né disciplinavano la concessione di committenza.

La prima riferiva, bensì, il suo ambito applicativo (art. 1) solo alla concessione di sola costruzione, equiparandola espressamente all'appalto, mentre lo escludeva per la concessione in cui, oltre alla costruzione, fosse prevista la gestione del servizio pubblico (concessione di costruzione e gestione), ovvero nei quali la controprestazione dei lavori da eseguire consistesse unicamente nel diritto di gestire l'opera, oppure in detto diritto accompagnato da un prezzo (art. 3), sia pur obbligando i concessionari investiti dell'indizione di appalti di lavori pubblici a rispettare, per i contratti conclusi con i terzi appaltatori, il principio della non discriminazione in base alla nazionalità.

La seconda, invece, aveva attratto nella sua orbita regolatrice anche le concessioni di costruzione e gestione, ricomprendendo espressamente nella nozione di concessione di lavori pubblici anche i contratti caratterizzati dal fatto che la controprestazione a favore dell'impresa o dell'ente concessionario consistesse unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo (art. 4, comma 2), e prescrivendo espressamente, per la loro aggiudicazione, il ricorso alla licitazione o alla trattativa privata (art. 8, comma 3), nonché l'obbligo del concessionario, già fissato nel bando di gara per l'affidamento della concessione, di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale minima del trenta per cento del valore globale dei lavori oggetto della concessione, salva la facoltà del candidato di aumentare la percentuale stabilita, con obbligo di pubblicare a sua volta bando di gara per i lavori di

valore pari o superiore a cinque milioni di ECU (art. 4, comma 4) e, quindi, seguire le procedure di evidenza pubblica.

La concessione di committenza è stata poi, definitivamente, espunta dal quadro dei sistemi di realizzazioni delle opere pubbliche in relazione al chiaro divieto, contenuto nell'art. 19, comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dall'art. 9, commi 31 e 32, legge 18 novembre 1998, n. 415, che dispone che "Le amministrazioni aggiudicatrici ed i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera b) non possono affidare a soggetti pubblici o di diritto privato l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. Sulla base di apposito disciplinare le amministrazioni aggiudicatrici possono tuttavia affidare le funzioni di stazione appaltante ai Provveditorati alle opere pubbliche o alle amministrazioni provinciali".

Sotto altro profilo, poi, l'art. 19 aveva ripudiato anche la concessione di sola costruzione, ammettendo (comma 2) nella nuova nozione di concessione di lavori pubblici soltanto i contratti "aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica", e quindi la sola concessione di costruzione e gestione, nella quale però "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati", così come nell'attuale "Codice Appalti", escludendosi quindi ogni altro corrispettivo.

Per completezza deve rammentarsi che la legge 24 giugno 1929, n. 1137 è stata abrogata espressamente dall'art. 231 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il regolamento di esecuzione della legge n. 109 del 1994.

Pertanto, se tale concessione fosse da ascrivere alle concessioni (anche solo parzialmente) di committenza essa sarebbe chiaramente e radicalmente illegittima.

Peraltro, ove la si volesse inquadrare tra le concessioni di costruzione e gestione (il che appare molto forzato alla luce degli obblighi indicati, come si è esposto in parte narrativa), essa ricadrebbe tout court nella disciplina degli appalti pubblici e, come tale, non tollererebbe alcun affidamento diretto, privo di ogni confronto concorrenziale.

Pertanto, riassumendo, l'illegittimità del contratto di diritto pubblico sussiste e giustifica il ricorso a poteri di annullamento dell'amministrazione, con conseguente caducazione dell'atto contenente gli obblighi pattizi, sulla base dei principi che si sono richiamati.

Né sono configurabili gli ulteriori vizi dedotti da parte ricorrente, atteso che la motivazione è più che esaustiva e chiara, atteso che il Comune afferma di non avere osservato le disposizioni di legge in materia di affidamento di lavori pubblici; che, in ogni caso, l'intento di valorizzare la concessione Dei Mulini si sarebbe trasformato nella "monopolizzazione sistematica e capillare (...) di tutte le concessioni d'acqua esistenti lungo i torrenti Pellice e Cruello", sicché la realizzazione del progetto priverebbe il Comune in modo "scientifico e sistematico" della possibilità di sfruttare i suoi beni nel modo ritenuto più opportuno; che ne deriverebbe la penalizzazione delle altre attività a vantaggio della realizzazione di una centrale idroelettrica che danneggerebbe l'agricoltura, l'ambiente, la pesca ed il paesaggio di Bobbio Pellice; che all'Amministrazione non sarebbe derivato nessun arricchimento dallo studio condotto dalla ricorrente, che anzi sarebbe stato talmente errato da richiedere al Comune di formulare una nuova domanda di concessione; che, infine, l'Amministrazione

avrebbe comunque attuato un proprio "riordino delle acque", cedendo l'utilizzo di una pluralità di concessioni ad un consorzio di agricoltori locali.

Tali motivazioni sono tali da far ritenere del tutto condivisibile la prevalenza degli interessi pubblici coinvolti (in particolare, quello, massimo, di importanza comunitaria, del mancato confronto concorrenziale) e la necessità di ritiro dell'atto, compatibilmente con i principi scaturenti, ora, dalla disciplina legislativa dell'autotutela di cui all'art. 21-nonies della l. sul procedimento.

Infine, in merito all'assenza di avviso di avvio del procedimento, si deve ribadire quanto già asserito da questa Sezione, secondo cui l'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241 del 1990, come modificato dalla L. n. 15 del 2005, il quale ormai pone in capo all'Amministrazione, e non del privato, l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio, che l'esito del procedimento non poteva essere diverso, va interpretato nel senso che, onde evitare di gravare la P.A. di una probatio diabolica, il privato non può limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma deve anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione. Solo dopo che il ricorrente ha adempiuto questo onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la P.A. sarà gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2737); peraltro, nel caso di specie, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato, attesa la valenza così pregnante dell'interesse pubblico, di dimensione comunitaria, lesa dall'attività

comunale oggetto di necessaria autotutela.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere respinto, in quanto infondato.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, I sezione, pronunciandosi sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11/03/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF, Estensore

Richard Goso, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2010

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

IL SEGRETARIO