

N. 04527/2011REG.PROV.COLL.
N. 05701/2010 REG.RIC.
N. 05786/2010 REG.RIC.
N. 05912/2010 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5701 del 2010, proposto da:
Autorita' d'Ambito Territoriale Ottimale N.1 "Toscana Nord",
rappresentata e difesa dall'avv. Giampaolo Parodi, con domicilio
eletto presso Marco De Bonis in Roma, viale Mazzini, 11;

contro

Geal Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cecchi, con
domicilio eletto presso Claudia Molino in Roma, via Panama 58;

nei confronti di

Comune di Galliciano, Gaia Spa, Lucca Holding Spa, Compagnie
Generale Des Eaux Sa, Comune di Pietrasanta, Comune di Massa,
Comune di Carrara, Comune di Fivizzano;

Comune di Lucca, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Pilade Chiti,
con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via F.
Confalonieri, 5;

sul ricorso numero di registro generale 5786 del 2010, proposto da:
Gaia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Merusi e Giuseppe Toscano, con domicilio eletto presso Fabio Merusi in Roma, corso V. Emanuele II, 18;

contro

Geal S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cecchi, con domicilio eletto presso Claudia Molino in Roma, via Panama 58;
Comune di Lucca, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Pilade Chiti, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5; Lucca Holding S.p.A., Compagnie Generale Des Eaux S.A.;

nei confronti di

Autorita' Ambito Territoriale Ottimale N.1 Toscana Nord, rappresentata e difesa dall'avv. Giampaolo Parodi, con domicilio eletto presso Marco De Bonis in Roma, viale Mazzini, 11; Comune di Galliciano, Comune di Pietrasanta, Comune di Massa, Comune di Carrara, Comune di Fivizzano;

sul ricorso numero di registro generale 5912 del 2010, proposto da:
Gestione Esercizio Acquedotti Lucchesi S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cecchi, con domicilio eletto presso Claudia Molino in Roma, via Panama 58;

contro

Autorita' di Ambito Territoriale Ottimale N. 1 - Toscana Nord, rappresentata e difesa dall'avv. Giampaolo Parodi, con domicilio eletto presso Marco De Bonis in Roma, viale Mazzini, 11;

nei confronti di

Comune di Lucca, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Pilade Chiti, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

Comune di Galliciano, Lucca Holding S.p.A., Veolia Eau - Compagnie Generale Dea Eaux S.C.A. (Gia' Compagnie Generale Des Eaux Sa), Comune di Pietrasanta, Comune di Massa, Comune di Carrara, Comune di Fivizzano;

Gaia S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Toscano, con domicilio eletto presso Giuseppe Toscano in Roma, corso Vittorio Emanuele II 118;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Toscana - Firenze: Sezione II n. 00440/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Geal Spa e di Comune di Lucca, relativamente all'appello n.5701/2010; di Geal S.p.A. , di Comune di Lucca e di Autorita' Ambito Territoriale Ottimale N.1 Toscana Nord relativamente all'appello n.5786/2010; di Autorita' di Ambito Territoriale Ottimale N. 1 - Toscana Nord , di Comune di Lucca e di Gaia S.p.A. relativamente all'appello n.5912/2010;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2010 il Cons. Adolfo Metro e uditi per le parti gli avvocati Parodi, Cecchi e Chiti Parodi, in proprio e per delega dell'Avv. Toscano,

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Nella pendenza del ricorso n.1273/04 della GEAL avanti al TAR Toscana (poi respinto con sentenza n.439/2010, confermata in appello nella odierna camera di consiglio), l'Autorità di Ambito n. 1 ed una parte dei Comuni ricadenti nell'ambito medesimo costituivano la nuova società cui affidare la gestione del servizio idrico integrato, denominata G.A.I.A. S.p.a., impegnandosi a cedere entro un anno a soci privati una quota minoritaria del capitale (fino ad un massimo del 49%).

Erano adottati al riguardo dall'Autorità i seguenti atti:

- le deliberazioni nn. 37 e 38 del 23 novembre 2004, con cui il consiglio di amministrazione approvava lo schema di convenzione di gestione del servizio idrico integrato da sottoporre all'approvazione dell'assemblea consortile;
- le deliberazioni nn. 39 e 40 del 23 novembre 2004, con cui il medesimo c.d.a. proponeva all'assemblea di affidare il servizio a G.A.I.A. S.p.a. senza gara, e di approvare le linee guida per gli interventi in corso;
- la deliberazione n. 18 del 25 novembre 2004, con cui l'assemblea consortile approvava la convenzione di gestione del servizio ed autorizzava il Presidente dell'Autorità a sottoscriverla;
- la deliberazione assembleare n. 19 del 25 novembre 2004, con cui l'assemblea affidava senza gara a G.A.I.A. S.p.a., per la durata di venticinque anni, il servizio idrico integrato di tutti i Comuni ricadenti nell'Ambito n. 1, fatta eccezione per quelli ammessi a

salvaguardia delle gestioni esistenti, e stabiliva che la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato di G.A.I.A. avrebbe dovuto essere ultimata entro un anno dall'affidamento;

- la lettera del 10 dicembre 2004, con cui il Presidente dell'A.A.T.O. n. 1 comunicava alla GEAL l'intervenuto affidamento del servizio idrico integrato e la cessazione di tutte le gestioni esistenti con decorrenza dal 1 gennaio 2005, preceduta dalla lettera del 27 novembre 2004 con cui G.A.I.A., pur non avendo stipulato alcuna convenzione, aveva invitato G.E.A.L. ad attivare la procedura sindacale di cui all'art. 47 l. n. 428/90.

Sulla scorta di nove motivi in diritto, la G.E.A.L. con ricorso n.22/2005 al TAR Toscana deduceva l'illegittimità di tutti gli atti appena menzionati, e ne chiedeva l'annullamento previa sospensiva, unitamente alla declaratoria di nullità o inefficacia della convenzione che, frattanto, fosse stata eventualmente stipulata tra l'A.A.T.O. n. 1 e G.A.I.A. S.p.a.. La ricorrente chiedeva altresì di essere reintegrata nella concessione del servizio idrico integrato relativamente al territorio del Comune di Lucca, oltre al risarcimento dei danni patiti.

Per resistere alla domanda si costituivano in giudizio l'A.A.T.O. n. 1, il Comune di Galliciano e la controinteressata G.A.I.A. S.p.a.. Il Comune di Lucca, pure intimato, si costituiva aderendo al ricorso e concludendo per l'accoglimento dello stesso. Intervenivano altresì "ad opponendum" i Comuni di Massa, di Carrara, di Fivizzano e di Pietrasanta, mentre "ad adiuvandum" era l'intervento della Lucca Holding S.p.a., società pubblica costituita dal Comune di Lucca nel 2003 allo scopo di trasferirle la titolarità di tutte le sue partecipazioni societarie, ivi compresa quella in G.E.A.L. S.p.a., nonché la

Compagnie Generale des Eaux S.C.A., socia di minoranza di G.E.A.L..

Con ordinanza n. 80/05, pronunciata in esito alla camera di consiglio del 26 gennaio 2005, il TAR accoglieva la domanda cautelare, accordando la sospensione degli effetti degli atti impugnati relativamente al territorio di Lucca, ciò che consentiva a G.E.A.L. di proseguire interinalmente nella gestione del servizio.

2. Con successivo ricorso iscritto al n. 1016 R.G. 2005, la G.E.A.L. esponeva ulteriormente che, in contrasto con la misura cautelare del T.A.R., l'A.A.T.O. n. 1 aveva nelle more adottato, senza preventivamente consultarla ed attribuendo al gestore unico G.A.I.A. S.p.a. ogni competenza, la delibera n. 3 del 23 marzo 2005, recante l'approvazione del Regolamento per l'esercizio delle competenze in materia di scarichi di acque reflue urbane e/o industriali in pubblica fognatura. Sulla scorta di tre motivi in diritto, ne chiedeva pertanto l'annullamento. Anche nel nuovo contenzioso si costituivano l'Autorità intimata, che resisteva al ricorso, ed il Comune di Lucca, che concludeva invece affinché fosse accertata la legittimità della sua condotta nella vicenda della riorganizzazione dell'Ambito n. 1.

3. Con la sentenza n.440/2010,il TAR riuniti i due ricorsi, li accoglieva come da motivazione

a) da un lato respingendo il primo motivo di gravame (illegittimità derivata da quella inficiante i provvedimenti pregressi già impugnati con il ricorso iscritto al n. 1273/04 respinto con la sentenza n..339/2010, confermata da questo Consiglio nella odierna camera di consiglio);

b) dall'altro, condividendo alcuni profili di censura svolti da GEAL contro gli atti impugnati con i ricorsi n.22/2005 (in particolare sesto motivo) e n.1016 /2005.; altri profili erano respinti, , in particolare quarto e quinto motivo, o assorbiti).

Per l'effetto, riconosciuta come da motivazione la illegittimità dell'affidamento del servizio idrico alla GAIA, annullava gli atti impugnati limitatamente alla parte in cui incidavano sull'affidamento alla GEAL presso il Comune di Lucca; annullava altresì in parte qua la delibera n. 3 del 23 marzo 2005, recante l'approvazione del Regolamento per l'esercizio delle competenze in materia di scarichi di acque reflue urbane e/o industriali in pubblica fognatura

4. Nelle more della pronuncia della sentenza n.440/2010 erano adottati dall'AATO la delibera n.37/2007 e atti connessi , impugnati con ricorsi al TAR Toscana e da questo dichiarati inammissibili e improcedibili per carenza di interesse (sentenze n.686 e 687 del 2010, appellate dal Comune di Lucca e della GEAL con ricorsi che il Collegio ha respinto nella odierna camera di consiglio).

5. La sentenza qui in esame (n.440/2010) è stata appellata, per le parti di rispettiva soccombenza

- dalla AATO n.1 (ricorso n.5701/2010)
- dalla GAIA s.p.a. (ricorso n.5786/2010)
- dalla GEAL s.p.a. (ricorso n.5912/2010)

Si sono costituite le controparti e il Comune di Lucca, svolgendo puntuali deduzioni a sostegno delle rispettive tesi.

La GEAL ha altresì riproposto i motivi assorbiti dal TAR

Alla pubblica udienza del 10 dicembre 2010 i ricorsi sono passati in decisione

DIRITTO

I

1. Gli appelli(5701/2010, 5786/2010 e 5912/2010)., da riunirsi essendo diretti in parte qua contro la medesima sentenza, sono infondati .

2. Quanto agli atti dell'A.A.T.O. impugnati con i ricorsi di prime cure (n.22/2005 e n.1016 /2005 della GEAL), come detto in narrativa, vengono in rilievo

- le deliberazioni nn. 37 e 38 del 23 novembre 2004, con cui il consiglio di amministrazione approvava lo schema di convenzione di gestione del servizio idrico integrato da sottoporre all'approvazione dell'assemblea consortile;

- le deliberazioni nn. 39 e 40 del 23 novembre 2004, con cui il medesimo c.d.a. proponeva all'assemblea di affidare il servizio a G.A.I.A. S.p.a. senza gara, e di approvare le linee guida per gli interventi in corso;

- la deliberazione n. 18 del 25 novembre 2004, con cui l'assemblea consortile approvava la convenzione di gestione del servizio ed autorizzava il Presidente dell'Autorità a sottoscriverla;

- la deliberazione assembleare n. 19 del 25 novembre 2004, con cui si affidava senza gara a G.A.I.A. S.p.a., per la durata di venticinque anni, il servizio idrico integrato di tutti i Comuni ricadenti nell'Ambito n. 1, fatta eccezione per quelli ammessi a salvaguardia delle gestioni esistenti, e stabiliva che la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato di G.A.I.A. avrebbe dovuto essere ultimata entro un anno dall'affidamento;

- la lettera del 10 dicembre 2004, con cui il Presidente dell'A.A.T.O. n. 1 comunicava alla GEAL l'intervenuto affidamento del servizio idrico integrato e la cessazione di tutte le gestioni esistenti con

decorrenza dal 1 gennaio 2005, preceduta dalla lettera del 27 novembre 2004 con cui G.A.I.A., pur non avendo stipulato alcuna convenzione, aveva invitato G.E.A.L. ad attivare la procedura sindacale di cui all'art. 47 l. n. 428/90.

- dopo l'ordinanza n. 80/05, (sospensione degli effetti degli atti impugnati relativamente al territorio di Lucca), la delibera n. 3 del 23 marzo 2005, recante l'approvazione del Regolamento per l'esercizio delle competenze in materia di scarichi di acque reflue urbane e/o industriali in pubblica fognatura.

Il TAR conclusivamente ha affermato che

“4. . il ricorso (n.22/05) deve essere accolto, e per l'effetto gli atti e provvedimenti impugnati vanno annullati nella parte in cui incidono sull'affidamento alla ricorrente G.E.A.L. del servizio idrico nel territorio del Comune di Lucca, o comunque a detto affidamento afferiscono; l'annullamento si estende, nei medesimi limiti appena indicati, alla convenzione di gestione intercorsa il 22 dicembre 2004 fra l'A.A.T.O. n. 1 e la società G.A.I.A. (convenzione della quale il collegio conosce in sede di giurisdizione esclusiva “ex” art. 11 co. 5 l. n. 241/90, trattandosi di un accordo integrativo del provvedimento di affidamento del servizio), mentre ne rimane esclusa la missiva inviata alla G.E.A.L. il 27 novembre 2004 dalla controinteressata G.A.I.A., in veste di nuovo gestore unico dell'Ambito n. 1, relativa all'attivazione della procedura sindacale di cui all'art. 47 l. n. 428/90, trattandosi di atto mancante di connotazioni provvedimentali.

La caducazione degli atti impugnati esaurisce e soddisfa le pretese avanzate dalla stessa ricorrente, tenuto conto che, nelle more del giudizio, la pronuncia cautelare emessa dal Tribunale ha evitato il prodursi del danno in relazione al quale era stata formulata la domanda accessoria di risarcimento danni.

5. L'accertata illegittimità degli atti impugnati con il ricorso n. 22/05 R.G. si trasmette al Regolamento per l'esercizio delle competenze in materia di scarichi delle acque reflue approvato dall'A.A.T.O. n. 1 con la delibera n. 3 del 23 marzo 2005, la cui invalidità derivata è stata fatta valere da G.E.A.L. con il terzo motivo del ricorso n. 1016 R.G. 2005. Assorbiti i primi due motivi, logicamente subordinati, anche detto Regolamento deve essere dunque annullato nella parte in cui, per il territorio del Comune di Lucca, non fa salve le competenze ed attribuzioni di G.E.A.L..”

II

1. In ordine logico vanno esaminate le eccezioni in rito relative ai ricorsi di prime cure svolte dalla Autorità d'ambito e dalla GAIA nei rispettivi appelli (5701/2010 e 5786/2010).

L'Autorità sostiene anzitutto che l'annullamento disposto dal TAR non doveva estendersi anche alla convenzione con la GAIA, posto che questa era stata impugnata “al buio”

Come esattamente rilevato dalla controparte GEAL, la eccezione non ha pregio posto che sul punto il TAR si è limitato a accertare, in materia di giurisdizione esclusiva amministrativa, gli effetti invalidanti sulla convenzione, conseguenti all'annullamento in parte qua dell'affidamento alla GAIA.

2. In entrambi gli appelli (5701/2010 e 5786/2010) poi si sostiene che la GEAL non avrebbe alcun interesse a contestare l'affidamento diretto disposto a favore della GAIA nel 2004, da un lato perché superato da affidamento rimodulato nel 2007, dall'altro alla luce della sopravvenuta disciplina transitoria di cui all'art. 15 del D.L. n. 135/09 (convertito in legge n. 166/09, pubblicata il giorno dopo l'udienza di discussione), che ha modificato l'art. 23-bis, comma 8,

del D.L. n. 112/08 in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica.

In virtù della disciplina transitoria introdotta dalla disposizione dianzi richiamata, la gestione a suo tempo affidata alla ricorrente G.E.A.L. – che si voglia ritenere fondata o infondata la domanda, volta, nella sostanza, a vedere la ricorrente mantenuta nella gestione del servizio idrico per il territorio lucchese fino alla scadenza originaria della concessione a suo tempo conseguita – sarebbe in ogni caso salvaguardata fino al 31 dicembre 2010, ovvero fino al 31 dicembre 2011, per poi dover improrogabilmente cessare. Ad avviso delle appellanti, l'interesse al ricorso sarebbe venuto meno anche per effetto dei provvedimenti adottati dall'A.A.T.O. in esecuzione dell'ordinanza n. 80/05, con cui il Tribunale ha accolto a domanda cautelare della ricorrente.

La eccezione va disattesa .

Rileva il Collegio che l'interesse fatto valere dalla GEAL consiste nella continuità del proprio servizio non solo sulla base della concessione del 1995, e della normativa sopravvenuta, ma anche e comunque per il periodo massimo possibile sino al corretto affidamento del SII alla GAIA nella parte sovrapponibile al servizio svolto dalla GEAL. Non è dubbio poi che l'interesse all'annullamento degli atti in vertenza, sussista allo stato della disciplina normativa in vigore *pro tempore*, salva la verifica nel merito della continuità di tale servizio alla stregua della normativa sopravvenuta

Sotto quest'ultimo profilo, le eccezioni della Autorità e di GAIA possono trovare approfondimento nell'esame del quarto e quinto

motivo dell'originario ricorso della GEAL , riproposti in appello e alla cui trattazione si rinvia.

Né l'interesse di quest'ultima società può ritenersi soddisfatto dalla delibera 37 del 2007, che ha effetto ex nunc e che, in parte qua , è esecutiva di provvedimento cautelare del TAR.

3.. Quanto all'appello n. n.5912/2010 della GEAL, si osserva che con la sentenza 440/2010, il TAR rilevava che sulla scorta di quanto deciso nel ricorso n. 1273/04 (sentenza n.439/2010), doveva essere disatteso l'originario primo motivo , relativamente alla pretesa invalidità della revisione del Piano d'ambito, della lettera 28 aprile 2004 e della risalente deliberazione n. 15/98.

Risulta poi inammissibile per difetto di interesse ogni doglianza diretta a far valere la presunta inattendibilità del Piano d'Ambito approvato dall'Autorità

Tali conclusioni valgono anche nell'odierno grado di giudizio, dovendosi al riguardo richiamare le considerazioni reiettive svolte dalla Sezione (con decisione adottata nella odierna camera di consiglio) , in relazione all'appello n.5911/2010 della GEAL avverso la sentenza n.439/2010

III

1. La sentenza n.440/2010 è poi impugnata dalla GEAL (con il ricorso da ultimo citato n.5912/2010) relativamente alle argomentazioni di merito reiettive del quarto e quinto motivo dell'originario ricorso, con cui G.E.A.L rivendica la salvezza del proprio affidamento diretto per la sua integrale durata, sino cioè al 31 dicembre 2025.

Il TAR, con argomentazioni condivisibili, ha ritenuto, che *la gestione di G.E.A.L. può dirsi legittimamente proseguita sino a tutto il 2004 per il fatto che, prima di allora, all'interno dell'A.A.T.O. n. 1 non era stato completato il processo di riorganizzazione delineato dalla legge statale e regionale, e culminato nella scelta del gestore unico. Se, anche per il periodo successivo, la ricorrente possa fondatamente rivendicare di aver titolo a proseguire la gestione, dipende allora dall'esito del giudizio sulla legittimità degli atti mediante i quali la resistente Autorità di Ambito ha affidato la gestione del servizio integrato alla controinteressata G.A.I.A., oggetto delle censure articolate con il sesto motivo di ricorso, la cui trattazione seguirà immediatamente*".

La GEAL contesta in particolare:

- la mancata applicazione dell' art. 113 comma 15-bis. del TUEL come novellato dal decreto legge n 269/03, vigente pro tempore, in forza del quale *nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006,(relativamente al solo servizio idrico integrato al 31 dicembre 2007, inciso aggiunto da art.15 d.l. n.223/2006 come convertito da legge n.248/2006) senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico 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.*

- per ultrapetizione gli argomenti del TAR, circa la efficacia della concessione GEAL sino al 31 dicembre 2011 e non sino alla originaria scadenza, alla stregua di normativa sopravvenuta agli atti in vertenza (art. 23-bis comma 8 lettera c) del D.L. n. 112/08, convertito in legge n. 133 e art. 15 D.L. n. 135/09,)

- la infondatezza delle relative argomentazioni di rigetto del TAR, in quanto in base alla disposizione da ultimo citata *“c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio.”* E ciò nella considerazione che la GEAL aveva i predetti requisiti;

-la vertenza riguarda l'affidamento del 2004 alla GAIA da ritenersi illegittimo in quanto intervenuto nella vigenza della concessione GEAL

2... Ha poi osservato il TAR in accoglimento del sesto motivo dell'originario ricorso GEAL che l'affidamento alla GAIA violava il quinto comma dell'art. 113 T.U.E.L. come novellato dal D.L. n. 269/03, convertito con modificazioni dalla legge n. 326/03,

Per questa parte vengono in rilievo gli appelli della Autorità di bacino (n.5701/2010) e della Gaia (5786/2010).

Si sostengono, in particolare, i seguenti vizi (ulteriori rispetto a quelli già esaminati sub II,1-2 in diritto):

-erroneità del motivo con cui la sentenza di primo grado ha ritenuto che l'AATO 1 non poteva affidare il servizio idrico a GAIA spa prima di procedere alla selezione del socio privato di minoranza;

-erroneità della motivazione con cui la sentenza di primo grado afferma che l'operatività della decadenza prevista dal VI co. dell'art. 3 della L.R. n. 26/97 sarebbe impedita dalla mancanza di un valido affidamento a favore del gestore unico

3.1. Quanto all'appello della GEAL, il Collegio osserva, in via generale condividendo e richiamando le puntuali argomentazioni della sentenza appellata, che:

- esattamente il TAR, con richiamo ai principi fissati nella sentenza n.439/2010 (confermata da questo Collegio nell'odierna camera di consiglio), ha affermato che la concessione rilasciata alla GEAL nel 1995 non operava con la scadenza originaria (2025);

- in coerente sviluppo di tale assunto ha esaminato la questione se tale titolo potesse configurarsi alla stregua dello jus superveniens (in particolare art. 113 comma 15-bis. del TUEL e art. 23-bis comma 8 lettera c) del D.L. n. 112/08, convertito in legge n. 133 e art. 15 D.L. n. 135/09,) e lo ha escluso laddove ha rilevato *come al momento di ricevere l'affidamento del servizio mediante concessione, nel 1995, il capitale sociale di GEAL fosse interamente detenuto in mani pubbliche, non essendo andata (ancora) a buon fine la gara a suo tempo indetta per la scelta del socio privato Il rilievo è di per sé sufficiente a far sì che non possa ritenersi integrata la fattispecie di affidamento a società mista ..nè del resto, nonostante all'epoca la partecipazione pubblica in GEAL fosse totalitaria, può parlarsi di affidamento rispondente ai canoni dell'"in house" (anch'esso fatto salvo dall'art.113 comma 15 bis per l'intera sua durata), essendo comunque GEAL aperta sin dalla sua costituzione all'ingresso di capitali privati di minoranza con conseguente venir meno del requisito del controllo analogo;*

- il titolo della GEAL non trova in particolare fondamento nell'art.113 comma 15 bis TUEL dal quale, in particolare, come si vedrà anche relativamente alla posizione della GAIA, si desume che tale titolo in capo alle società miste è configurabile solo nel caso in cui la scelta del socio privato sia precedente o al più contemporanea (e non successiva) all'affidamento diretto del servizio;
- in via di principio vi è incompatibilità tra i moduli organizzatori della società mista e dell' <in house>(cfr. C.S. Ad plen.1/2008)
- contrariamente a quanto rilevato nell'appello della GEAL, la sentenza di primo grado in parte qua non è affetta da ultrapetizione, che si configura soltanto quando il giudice, esorbitando dalle proprie funzioni, pronuncia sentenza oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni fatte valere dalle parti, attribuendo, quindi, un'utilità o un bene della vita non richiesto, rientrando invece nella sua "potestas iudicandi" non soltanto il potere di qualificare giuridicamente l'azione proposta, ma anche quello di procedere ad un'autonoma ricerca delle norme su cui fondare la decisione.
- l'approfondimento dello jus superveniens (negli anni 2008 – 2009) era d'altra parte giustificato sia per una ricostruzione del sistema di settore sia ai fini della valutazione degli ambiti di interesse ad agire contro l'affidamento del servizio alla Gaia, a fronte di eccezione delle controparti;
- resta fermo in ogni caso l'interesse della GEAL ad agire allo stato della normativa vigente al momento di adozione degli atti in vertenza e più in generale nella prospettiva della continuità del proprio servizio per il periodo massimo possibile sino al corretto affidamento del servizio idrico integrato alla GAIA nella parte sovrapponibile al servizio svolto dalla GEAL

- la GEAL spa, a cui la città di Lucca aveva affidato il servizio idrico fino al 2025 –non aveva titolo a conservarlo per la originaria durata alla stregua della normativa di cui alla L. n. 36/94, delle L.L.R.R. n. 81/95 e n. 26/97 ed anche con riferimento all'art. 113, co 15 bis del D.Lgs. n. 267/00,(oltre che dello jus superveniens: art. 23-bis comma 8 lettera c) del D.L. n. 112/08, convertito in legge n. 133 e art. 15 D.L. n. 135/09), potendo comunque mantenere la sua gestione separata, fino al momento in cui il servizio fosse affidato legittimamente (per il territorio lucchese) ad un unico gestore d'ambito in quanto è a tale data che l'AATO poteva dichiarare la decadenza dei servizi idrici affidati ad altre società ed imprese consortili;

3.2. Quanto agli appelli della Autorità e di GAIA, il Collegio rilerva che:

- esatta è invece la tesi di prime cure con la quale la GEAL spa contesta la scelta dell'Autorità d'Ambito di affidare il servizio, senza gara, a GAIA spa e di ricercare, solo con una gara successiva il socio di minoranza, in quanto tale modalità procedurale non è contemplata dall'art. 113 TUEL, co. 5, come novellato dal D.L. n. 269/03, convertito nella L. n. 326/03

- il modello prescelto dall'AATO 1, consistente nell'affidamento diretto ad una società ad integrale partecipazione pubblica, con imposizione dell'obbligo (mai adempiuto) di privatizzarsi entro un termine mediante gara ad evidenza pubblica concreta poi una non consentita ibridazione tra i moduli organizzatori della società mista e dell' <in house> ;

- da un lato esattamente il TAR ha osservato che è *vero che l'affidamento diretto di un servizio ad una società mista non è incompatibile con il diritto*

comunitario, a condizione che la gara per la scelta del socio privato della società affidataria sia condotta nel rispetto degli artt. 43 CE e 49 CE, nonché dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, e che i criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo (cosicché non si renderebbe necessaria una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario, cfr., da ultimo, Corte Giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, la quale si confronta proprio con la disposizione dell'art. 113 T.U.E.L. come modificato dal D.L. n. 269/03); ed è altrettanto vero che, sulla scorta degli indirizzi provenienti dai giudici e dalle istituzioni comunitarie, lo stesso legislatore interno ha inteso fugare ogni dubbio in merito ai limiti di ammissibilità degli affidamenti diretti alle società miste, condizionandoli allo svolgimento non di una doppia gara, ma di un'unica gara "a doppio oggetto" (già prefigurata nel noto parere Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456), e cioè riferita all'attribuzione contestuale della qualità di socio e dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (si veda oggi il secondo comma dell'art. 23-bis D.L. n. 112/08, come modificato dall'art. 15 D.L. n. 135/09). Questo, tuttavia, non significa che la scelta del socio possa indifferentemente precedere o seguire l'affidamento del servizio senza che ne risenta la qualificazione giuridica dell'intera operazione: è nel momento storico in cui l'ente titolare della relativa competenza conferisce ad altro soggetto la gestione del servizio che si perfeziona, infatti, la fattispecie "affidamento di servizio pubblico locale" disciplinata in astratto dal legislatore, ed è pertanto necessariamente in quel momento, e non in un altro, che va verificato se il modello di gestione adottato corrisponda ad uno di quelli ammessi dalla legge, a meno di non voler

privare di ogni significato la stessa tipizzazione legislativa dei modelli di gestione praticabili.

- tale conclusione (come rilevato dal TAR), nei suoi sviluppi ordinamentali, *trova ulteriore conferma, sul piano positivo, nell'art. 150, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006, dove si afferma che la gestione del servizio idrico integrato può essere affidata a società solo parzialmente partecipate da Comuni od altri Enti locali inclusi nell'Ambito Territoriale Ottimale, secondo la previsione dell'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.), purché il socio privato sia stato scelto, prima dell'affidamento, con gara da espletarsi con le modalità di cui al precedente comma 2. Vero è che si tratta di norma successiva all'affidamento del servizio per cui è causa a G.A.I.A. S.p.A., cui, perciò, non può applicarsi: tuttavia, tale norma non fa che esplicitare la necessaria anteriorità logica, oltre che giuridica, della scelta tramite gara del socio privato, rispetto all'affidamento del servizio, quale già emergeva - come si è sopra dimostrato - dall'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle disposizioni in vigore al tempo di detto affidamento.*

- dall'altro lato con riguardo, poi, alla possibilità di configurare l'affidamento del servizio a G.A.I.A. S.p.A. come *ab initio* conforme al modello dell'in house providing – conformità che è affermata dall'impugnata deliberazione n. 19/2004 , deve ritenersi illegittimo l'affidamento diretto del servizio ad una società a capitale interamente pubblico in assenza di un controllo stringente su tutte le attività della società affidataria analogo a quello esercitato sui propri organi. Non sono al riguardo ravvisabili gli elementi necessari a concretare tale controllo, non essendo determinante la partecipazione totalitaria pubblica. Ad escludere l'esistenza di tale requisito, infatti, è decisiva la circostanza della previsione, per G.A.I.A. S.p.A., dell'apertura originaria e necessitata al capitale

privato, essendo detta società tenuta per statuto a quella privatizzazione cui, nel disegno iniziale dell'A.A.T.O., era addirittura subordinata la prosecuzione dell'affidamento. In questo senso esisteva al momento dell'affidamento diretto la prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

- il che, sotto altro profilo, evidenzia nell'azione della Autorità una commistione tra moduli organizzativi alternativi (società mista e modello in house) tra loro in via generale incompatibili.

- per le stesse considerazioni il titolo all'affidamento a GAIA, esteso al territorio lucchese, non trova riscontro nell'art.23 bis commi 3 e 8 del d.l. 112/08 convertito in legge 133 e art. 15 d.l. n.135/09;

- tale illegittimo affidamento del servizio idrico in favore di GAIA spa comporta che non si sono verificati, nei confronti di GEAL spa, i presupposti di decadenza di cui all'art. 3, co. 6 della L.R. n. 26/97 e che, pertanto, i provvedimenti impugnati vanno annullati nella parte in cui incidono sulla continuazione del servizio, da parte della GEAL spa, nel territorio del comune di Lucca

4. Come esattamente ritenuto dal TAR gli atti in vertenza sono stati quindi annullati nei limiti dell'interesse della GEAL e quindi per la parte in cui essi incidono nella svolgimento del servizio della predetta società nel territorio del Lucchese

5. Correttamente sono stati assorbiti dal TAR gli ulteriori motivi di prime cure della GEAL.

6. La domanda di risarcimento proposta da GEAL spa, va respinta in quanto, in forza della pronuncia cautelare di sospensione dei provvedimenti, concessa dal giudice di primo grado, la stessa ha mantenuto la gestione del servizio senza subire, così, alcun danno.

7. In relazione a quanto esposto, tutti gli appelli vanno respinti, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

Le spese del grado di giudizio, attesa la complessità delle questioni trattate, possono essere compensate

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li riunisce, li respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Spese compensate nel grado..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2011

IL SEGRETARIO

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