



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 in appello numero di registro generale 3118 del 2012, proposto da:  
Comune di Andria in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv.  
Giuseppe De Candia, con domicilio eletto presso l'avv. Enzo Augusto in Roma,  
viale Mazzini n. 73 Sc. B Int. 2;

***contro***

Società italiana per il gas p.a. – Italgas in persona del legale rappresentante,  
rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Reggiani e Luca Nanni, con domicilio  
eletto presso l'avv. Guido Pottino in Roma, piazza Augusto Imperatore n. 22;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, n.  
00575/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio gestione impianto  
distribuzione gas metano

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società italiana per il gas p.a. - Italgas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2012 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati De Candia e Nanni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Società italiana per il gas p.a. – Italgas impugnava:

- la determina dirigenziale del Comune di Andria n. 472 del 20 marzo 2009, avente ad oggetto “art. 23, comma 4, del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 275, convertito nella legge 23 febbraio 2006 n. 51; gestione dell’impianto di distribuzione e servizio di distribuzione del gas metano nel territorio di Andria, affidato in regime di concessione alla Italgas s.p.a. (già Snam Gas); proroga affidamento del servizio in concessione ed approvazione dello schema di atto aggiuntivo del contratto pubblico avente rep. n. 3751 del 14 giugno 1973”;

- le diffide stragiudiziali inviate alla società ricorrente dal Comune di Andria in data 18 novembre 2009, 14 giugno 2010 e 8 settembre 2010;

- la lettera inviata alla società ricorrente dal Comune di Andria in data 10 agosto 2011, recante l’invito a cessare la gestione del servizio ed a riconsegnare l’intera rete distributiva per la data del 21 giugno 2012, nonché l’invito a pagare a titolo di canone concessorio la somma di euro 700.000,00 annui con decorrenza 1 gennaio 2006, aggiornati al tasso legale ed incrementati sulla base del V.R.D. annuo.

La società ricorrente riferiva di essere concessionaria del servizio di distribuzione del gas naturale nel Comune di Andria, per effetto della convenzione stipulata dalla dante causa Snam s.p.a. il 14 giugno 1973 (in seguito integrata dalle parti, con la

stipula degli atti aggiuntivi del 20 settembre 1977, del 28 settembre 1989 e del 28 settembre 1992).

Nel 2003, il Comune ed Italgas s.p.a. hanno devoluto ad arbitri la soluzione della controversia sorta in ordine alla determinazione della scadenza temporale della concessione ed al trasferimento al patrimonio comunale, al termine del rapporto, degli impianti realizzati dalla società.

Il lodo, sottoscritto dal collegio arbitrale in data 1 giugno 2004 e reso esecutivo con decreto del Tribunale di Trani in data 5 ottobre 2005, ha statuito, per quanto qui rileva:

- che il termine convenzionale trentennale deve farsi decorrere dal 18 luglio 1977 e, pertanto, la concessione avrebbe scadenza alla data del 18 luglio 2007;
- che tuttavia, per effetto della previsione dell'art. 15, quinto comma, del d.lgs. n. 164 del 2000, la scadenza sarebbe anticipata ex lege al 31 dicembre 2005;
- che, alla scadenza della concessione, il Comune di Andria ha diritto di acquisire in piena proprietà e senza alcun corrispettivo la rete di distribuzione costruita dalla società, secondo quanto previsto dall'art. 12 della convenzione del 1973 e dai ricordati atti aggiuntivi del 1989 e del 1992.

Con il ricorso originario, Italgas s.p.a. impugna il provvedimento dirigenziale del 20 marzo 2009, nella parte in cui approva lo schema di atto integrativo della convenzione e dichiara che la concessione del servizio è prorogata fino al 21 giugno 2012, agli stessi patti e condizioni, fatta eccezione per l'avvenuto passaggio in capo all'ente della proprietà degli impianti in data 1 gennaio 2006 e per il conseguente obbligo, a carico della società concessionaria, di versare un canone annuo di euro 700.000,00, così determinato in relazione all'utilizzo della rete (ormai trasferita al patrimonio comunale) ed in relazione alla previsione dell'art. 46-bis del d.l. n. 159 del 2007, che consente ai Comuni di incrementare il canone

fino al 10% del V.R.D. – vincolo sui ricavi di distribuzione (di cui alla delibera n. 237/2000 dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas).

Deduceva motivi così rubricati:

I) con riguardo al passaggio della proprietà della rete, violazione del giudicato derivante dal lodo arbitrale, violazione dell’art. 23, quarto comma, del d.l. n. 273 del 2005 e contraddittorietà manifesta: il Comune avrebbe frainteso il reale contenuto dispositivo del lodo arbitrale emesso nel 2004 e pretenderebbe, in modo contraddittorio, di posticipare alla data 21 giugno 2012 la scadenza della concessione del servizio di distribuzione del gas naturale ma, al contempo, di anticipare il passaggio degli impianti alla proprietà pubblica alla data 1 gennaio 2006;

II) con riguardo alla durata della concessione, violazione dell’art. 23, quarto comma, del d.l. n. 273 del 2005, contraddittorietà manifesta e perplessità: ai sensi della predetta disposizione di legge, la proroga sarebbe automatica e non richiederebbe una nuova determinazione dell’ente concedente;

III) con riguardo all’incremento del canone, violazione dell’art. 46-bis del d.l. n. 159 del 2007, violazione dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990, violazione dei principi di pubblicità e trasparenza, difetto di motivazione e d’istruttoria: la legge consentirebbe soltanto ai Comuni interessati dalle nuove gare per l’affidamento del servizio di aumentare il canone fino al 10% e, in ogni caso, il Comune di Andria avrebbe deliberato unilateralmente detto aumento in assenza di preventiva comunicazione alla concessionaria dell’avvio del procedimento e senza adeguata istruttoria circa l’incidenza sull’equilibrio economico del contratto;

IV) con riguardo all’introduzione di un canone per l’utilizzo della rete, violazione del giudicato derivante dal lodo arbitrale, violazione dell’art. 23, quarto comma, del d.l. n. 273 del 2005 e contraddittorietà manifesta: non essendo ancora passati gli

impianti alla proprietà del Comune, il preteso incremento del canone sarebbe privo di titolo giustificativo.

Con i primi, secondi e terzi motivi aggiunti, la ricorrente impugnava poi le lettere inviate dal Comune di Andria rispettivamente in data 18 novembre 2009, 14 giugno 2010 e 8 settembre 2010, recanti la diffida a sottoscrivere lo schema di atto integrativo della convenzione (approvato con la citata determina dirigenziale n. 472 del 20 marzo 2009).

Deduceva, in via di illegittimità derivata, censure identiche a quelle introdotte con il ricorso originario, che qui si hanno per ripetute.

Infine, con gli ultimi motivi aggiunti, veniva impugnata la lettera del Comune di Andria del 10 agosto 2011, con cui si ordina alla società ricorrente di cessare la gestione del servizio e riconsegnare gli impianti e l'intera rete distributiva, per la data del 21 giugno 2012, e le si ingiunge di pagare a titolo di canone concessorio euro 700.000,00 annui, con decorrenza 1 gennaio 2006, aggiornati al tasso legale ed incrementati sulla base del V.R.D. annuo.

Avverso tale ultimo atto la ricorrente deduceva censure identiche a quelle contenute nel ricorso originario e nei primi tre motivi aggiunti ed inoltre, in via autonoma:

V) con riguardo all'invito ad interrompere il servizio e riconsegnare gli impianti il 21 giugno 2010, violazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 164 del 2000 ed eccesso di potere per illogicità manifesta: la normativa di settore obbligherebbe il concessionario uscente a proseguire la gestione del servizio, nei limiti dell'ordinaria amministrazione, fino al subentro del nuovo concessionario selezionato con gara ad evidenza pubblica.

Con la sentenza in epigrafe, n. 575/12, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, dichiarava inammissibile l'impugnazione di alcuni atti, ritenuti a contenuto non provvedimentale, ed in parte accoglieva il ricorso

annullando, per l'effetto, la determina dirigenziale del Comune di Andria n. 472 del 20 marzo 2009 e la lettera inviata alla società ricorrente dal Comune di Andria in data 10 agosto 2011.

2. Avverso la predetta sentenza il Comune di Andria ha proposto il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 3118/12, contestando la giurisdizione del giudice amministrativo e, nel merito, gli argomenti che costituiscono il presupposto della pronuncia, chiedendo la sua riforma e la declaratoria del difetto di giurisdizione ovvero il rigetto nel merito del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio Società italiana per il gas p.a. – Italgas chiedendo il rigetto dell'appello.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 20 novembre 2012.

#### DIRITTO

L'appellata gestisce in concessione dal 1973 il servizio di distribuzione del gas nel territorio del Comune appellante; nell'ambito di tale rapporto ha realizzato la rete di distribuzione, inizialmente rimasta di sua proprietà.

Essendo sorta controversia sulla durata del rapporto concessorio e sulla proprietà degli impianti realizzati, le parti hanno investito della questione un collegio arbitrale il quale con lodo in data 1 giugno 2004, reso esecutivo con decreto del Tribunale di Trani in data 5 ottobre 2005, ha stabilito il termine ultimo di durata del rapporto (31 dicembre 2005) stabilendo inoltre che a quella data gli impianti sarebbero stati acquisiti gratuitamente al patrimonio del Comune.

Dopo che il Tribunale di Trani aveva dichiarato esecutivo il lodo, il Comune ha provveduto alla sua trascrizione nei registri immobiliari.

Peraltro, l'appellata ha continuato a gestire il servizio; con i provvedimenti, impugnati in primo grado, il Comune le ha imposto il pagamento di un canone, sul presupposto della proprietà comunale degli impianti utilizzati.

L'appellata ha proposto il ricorso di primo grado contestando l'impostazione del Comune e sostenendo di non essere tenuta al pagamento di alcun canone.

Il primo giudice ha accolto l'impugnativa, ed avverso la sua sentenza il Comune ha proposto il ricorso in appello in epigrafe.

L'appello è fondato sotto l'assorbente profilo del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Al riguardo, deve preliminarmente essere rilevato come la decisione resa nella controversia aperta di fronte al giudice ordinario dalla parte odierna appellata con ricorso ex art. 700 c.p.c. non abbia acquistato l'autorità del giudicato e non abbia quindi efficacia vincolante quanto all'individuazione del giudice legittimato a conoscere della presente controversia.

Il provvedimento reso in quella sede ha infatti natura cautelare, e per ciò stesso è inidoneo ad acquistare la suddetta forza giuridica.

Nel merito, la controversia ha per oggetto l'individuazione del proprietario degli impianti di cui in narrativa ed il canone spettante al Comune, qualora venga riconosciuto proprietario dei medesimi.

Deve essere precisato che le parti concordano sulla scadenza del rapporto al 21 giugno 2012, fatte salve ulteriori proroghe; discutono invece se fino a quella data gli impianti restino di proprietà dell'appellante o se il relativo diritto sia stato trasferito al Comune, fermo restando il diritto dell'appellata a continuare nella gestione a titolo concessorio, con il correlativo obbligo di pagare il canone; le parti discutono anche della misura, appunto, del canone.

Quanto al primo profilo, deve essere rilevato che la controversia ha un contenuto squisitamente petitorio, in quanto riguarda l'attribuzione della proprietà degli impianti realizzati per l'erogazione del servizio di distribuzione del gas, contesa fra il Comune ed il soggetto che esercita il servizio stesso.

La controversia quindi non riguarda la concessione del servizio, pacificamente spettante all'odierno appellato quanto meno fino al 21 giugno 2012, ma la proprietà del bene utilizzato a tale scopo, al fine di stabilire se il concessionario utilizza un bene del Comune, ed è quindi tenuto al pagamento di un canone, ovvero utilizza un bene proprio, per il quale evidentemente non è tenuto a pagare alcun corrispettivo.

La controversia sfugge quindi alla giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo, ora, dall'art. 133, primo comma lett. b) e c), del codice del processo amministrativo, avente ad oggetto la gestione del rapporto relativo ad un bene o ad un servizio sicuramente spettante all'Amministrazione, e riguardante le modalità con le quali questa ne trasferisce l'esercizio a terzi nonché il contenuto del rapporto di gestione.

Giustappunto in tale ordine di idee la precedente controversia è stata deferita ad un collegio arbitrale il quale ha deciso, attribuendo la proprietà degli impianti al Comune, fermo restando che il rapporto concessorio prosegue anche dopo il trasferimento della proprietà.

E' poi evidente che la controversia riguardante la misura del canone sfugge alla giurisdizione del giudice amministrativo, dovendo essere applicati i principi stabiliti dalla Corte costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204, ora trasfusi nel richiamato art. 133, primo comma lett. b) e c) del codice del processo amministrativo.

La sentenza appellata deve pertanto essere annullata senza rinvio dichiarando il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la giurisdizione del giudice ordinario, presso il quale la controversia dovrà essere riassunta entro sessanta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza.

In quella sede si discuterà anche dell'applicabilità dell'art. 46 bis del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, sulla quale le parti hanno lungamente controbattuto nei rispettivi scritti difensivi.

Le spese di entrambi i gradi del giudizio devono essere integralmente compensate, in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 3118/12, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza gravata, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la giurisdizione del giudice ordinario, presso il quale la causa dovrà essere riassunta nei termini di cui in motivazione.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2013

IL SEGRETARIO

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