



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2545 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Enerco S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Campanile, dall'Avv. Nicola Creuso e dall'Avv. Stefania Lago, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione in Venezia, a' sensi e per gli effetti dell'art. 35, secondo comma, del T.U. approvato con R.D. 26 giugno 1924 n. 1054;

contro

Comune di Tribano, in persona del Sindaco *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Giovanni Ferasin, con domicilio eletto in Venezia-Mestre presso lo studio dell'Avv. Filippo Cazzagon, piazza Ferretto, 22;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

della deliberazione della Giunta Comunale di Tribano n. 106 dd. 10 novembre 2009, prot. 9242, con la quale si è deliberato di procedere alla formale comunicazione alla ricorrente della determinazione dell'Amministrazione comunale di esercitare il diritto di recesso dal contratto per l'affidamento di concessione di costruzione e gestione di un impianto ludico ricreativo natatorio nel Comune di Tribano; nonchè di ogni atto annesso, connesso e presupposto ivi segnatamente compresa la deliberazione della Giunta Comunale di Tribano n. 91 dd. 12 ottobre 2009 e la relativa nota di comunicazione a firma del Sindaco Prot. 8386 dd. 12 ottobre 2009;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

della deliberazione della Giunta Comunale di Tribano n. 110 dd. 30 novembre 2009, recante l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'Amministrazione Comunale del contratto per l'affidamento della concessione di costruzione e di gestione di un impianto ludico ricreativo natatorio nel Comune di Tribano, sottoscritto in data 9 maggio 2009 (rep. 1542) con effetto dal 5 dicembre 2009, dando contestualmente mandato agli uffici competenti dell'Amministrazione Comunale medesima di procedere alla liquidazione del dovuto all'impresa ricorrente, ossia della somma di € 131.977,44.- entro la data del 5 dicembre 2009; nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Tribano;;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2010 il dott.
Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1.La ricorrente, Enerco S.p.za., espone che con bando pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana n. 148 dd. 19 dicembre 2007 il Comune di Tribano (Padova) ha indetto una procedura aperta da aggiudicarsi a' sensi dell'art. 83 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e avente ad oggetto la *“progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione di un complesso ludico ricreativo natatorio e altri”* (cfr. doc. 1 di parte ricorrente).

La gara è stata aggiudicata ad Enerco e l'affidamento della concessione è stato formalizzato con atto Rep. n. 1542 dd. 9 maggio 2008 a rogito del Segretario Comunale (cfr. *ibidem*, doc. 2).

La ricorrente riferisce di aver tempestivamente avviato i lavori, addivenendo dapprima ad una consegna parziale in data 30 maggio 2008 e alla consegna definitiva in data 10 novembre 2008, e precisa che ad oggi l'importo dei lavori realizzati e dei materiali e manufatti già acquistati e pronti per la messa in opera ammonterebbe a complessivi € 700.000,00.-

Enerco rimarca pure che con nota Prot. n. 7156 dd. 31 agosto 2009 il Sindaco ha ribadito la volontà dell'Amministrazione Comunale di proseguire il rapporto in essere e ha auspicato una celere conclusione dei lavori, rimarcando – tra l'altro – che non esistevano *“condizioni o impedimenti tali da rallentare l'esecuzione delle opere”* (cfr. *ibidem*, doc. 11).

Nondimeno, con susseguente nota Prot. n. 8386 dd. 12 ottobre 2009 lo stesso Sindaco, unitamente al Responsabile unico del procedimento, ha significato a Enerco l'avvio di un procedimento, sulla base della contestualmente allegata copia della deliberazione della Giunta Comunale n. 91 dd. 12 ottobre 2009, *“per l'annullamento in via di autotutela dell'intera procedura di gara per l'assenza dei presupposti per dare corso ad una concessione di lavori pubblici, della procedura di aggiudicazione per i motivi sopra indicati, per la dichiarazione di inefficacia/annullamento e comunque per la nullità del contratto sottoscritto, nonché delle difformità edilizie rilevate. L'Amministrazione si riserva comunque il recesso dal contratto per motivi di pubblico interesse. Si invita pertanto a procedere alla immediata sospensione per i motivi indicati in delibera. La presente nota viene inviata anche al Direttore Lavori per tutti i provvedimenti di sua spettanza”* (cfr. *ibidem*, doc. 12).

Nelle premesse della deliberazione giuntale predetta si afferma, tra l'altro, quanto segue: *“Considerato che, nel caso, il concreto equilibrio contrattuale nella esecuzione dell'opera pone a carico del Comune in via assolutamente prevalente la esecuzione dell'opera pubblica, e ciò in virtù del contributo concesso; che in concreto la regolamentazione sottoscritta tra le parti si risolve nella concessione del servizio; che sotto questo primo profilo, lo strumento*

della concessione dei lavori pubblici appare viziato, posto che l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto dare corso ad una gara per la gestione del servizio dopo aver realizzato l'opera, sostanzialmente posta in via integrale a proprio carico; che, sempre con riferimento al profilo relativo al contributo comunale alla realizzazione dell'opera, l'alea contrattuale non sembra essere stata posta a carico del concessionario se non in misura limitata, posto che l'onere della realizzazione dell'opera è in via sostanziale posta a carico dell'Amministrazione; che sussiste pertanto un radicale rovesciamento dell'ipotesi prevista dalla legislazione e dalla sua ratio in materia di concessioni di lavori pubblici, la quale in via di principio prevede che i lavori siano compensati con la gestione dell'opera, in quanto appunto la esecuzione dei lavori è stata posta a carico dell'Amministrazione Comunale; che nel caso, essendo i lavori posti a carico del privato in via assolutamente minoritaria l'appalto si doveva configurare come un appalto di mera gestione e non di certo come una concessione di lavori pubblici; Considerato, altresì: che il contratto prevede un contributo per la gestione da parte dell'Amministrazione Comunale pari ad € 70.000,00.- annui; che, nel concreto e in considerazione dell'equilibrio economico finanziario, tale previsione fa venire meno l'alea che deve sempre rimanere a carico del concessionario essendo il contributo sproporzionato all'apporto finanziario della impresa, tanto più ove si consideri che questa contribuisce in minima parte alla realizzazione dell'opera; che l'alea a carico del concessionario costituisce un elemento essenziale della figura della concessione dei lavori, che appare nel caso insussistente per il combinato operare del contributo dell'Amministrazione Comunale per i lavori e del contributo annuale previsto; che, infatti, nel piano economico-finanziario non si evidenzia la copertura degli investimenti, in particolare successivi agli anni 2018; che la sproporzione del

prezzo a carico dell'Amministrazione incide sullo stesso momento genetico del contratto; che la normativa prevede di regola (che) la controprestazione consista unicamente nel diritto di gestire e di sfruttare economicamente i lavori da realizzare; che pertanto la previsione di un prezzo doveva essere giustificata e considerata sia in sede di gara, sia anche nel momento genetico del contratto come elemento sinallagmatico che non poteva incidere in modo così sensibile nel rapporto prestazione/controprestazione; che la normativa infatti prevede che i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario debbano essere inseriti nelle premesse del contratto; che nel caso tale ipotesi non è stata rispettata non contemplandosi puntualmente i presupposti e le condizioni dell'equilibrio economico finanziario nelle premesse del contratto, ciò che è tanto più grave ove si consideri il rilevante apporto di risorse da parte dell'Amministrazione Comunale; che nel caso il contributo del Comune non è nemmeno puntualmente rapportato e correlato al beneficio della collettività in tema di risparmio nel costo del servizio; che, in definitiva, ... (1) "intervento" economico dell'Amministrazione Comunale rende nel caso privo di alea il contratto con il soggetto concessionario e comunque priva di ogni significato l'utilizzo della figura della concessione di lavori pubblici; Considerato inoltre: che il piano economico-finanziario non è completo, contemplandosi un equilibrio (passivo) solo fino all'anno 2018, mentre non è stato depositato un piano finanziario per gli anni fino al termine della concessione; che non è stato dimostrato nemmeno l'equilibrio economico-finanziario per tutta la durata della concessione; che, inoltre, il piano finanziario appare carente in quanto non viene dimostrato il raggiungimento finale dell'equilibrio economico-finanziario; Considerato, altresì: che l'Amministrazione Comunale nemmeno aveva valutato al momento dell'indizione della gara e della

stipula del contratto il gravissimo onere per la pubblica amministrazione dovuto alla corresponsione del prezzo dell'appalto fissato in misura palesemente eccessiva; che tale sproporzione si evidenzia ove si considerino i limitati vantaggi per la collettività (sconto nell'utilizzo della piscina) rispetto alle enormi spese sostenute (mutuo di € 1.200.000,00.- ed ulteriori € 70.000,00.-annui); che tali somme appaiono addirittura abnormi ove si consideri che la comunità del Comune è composta da meno di 4500 abitanti e che essi usufruiscono (a prezzi analoghi) di una piscina a meno di 5 Km. di distanza; che lo sforzo economico appare insostenibile ove si consideri che si tratta di piscina scoperta con un utilizzo nei soli mesi estivi, senza nemmeno la possibilità di procedere all'utilizzo per i corsi nuoto invernali né per le scuole nel periodo autunnale/invernale/primaverile; che l'Amministrazione ritiene, in considerazione degli equilibri economico-finanziari del Comune, del tutto non conforme all'interesse pubblico ed eccessiva la previsione pluriennale del prezzo pattuito per la gestione; che in seguito al sequestro delle obbligazioni ex Co.se.con non risulta più possibile fare affidamento sulle cedole di tali obbligazioni e sul possibile valore a scadenza delle medesime, che avrebbero consentito l'estinzione anticipata del mutuo; Considerato, infine: che sono state rilevate in loco evidenti difformità nella realizzazione del progetto, in particolare in adiacenza nella predisposizione delle fondazioni di rilevano utilmente realizzati n. 4 plinti non facenti parte del progetto originario approvato, come risulta dalla documentazione fotografica assunta agli atti; che sussistono pertanto le motivazioni per procedere alla sospensione dei lavori; ... Ritenuto inoltre di dover comunque riservare e preservare l'Amministrazione la facoltà del recesso dal contratto per motivi di pubblico interesse, in considerazione della gravità dei vizi rilevati e di tutte le circostanze sopra delineate; ...”.

Con nota dd. 23 ottobre 2009 Enerco ha puntualmente e diffusamente replicato ai surriportati rilievi, evidenziando – tra l’altro – che in caso di eventuale scioglimento unilaterale del rapporto avrebbe dovuto trovare applicazione la disciplina contenuta nell’art. 158 del D.L.vo 163 del 200, essendo la fattispecie riconducibile ad un rapporto di concessione.

Con deliberazione n. 106 dd. 10 novembre 2009, trasmessa ad Enerco con nota Prot. n. 9242 dd. 10 novembre 2009, la Giunta Comunale ha *“considerato: che, contrariamente a quanto affermato dall’impresa, deve ritenersi applicabile la normativa sul recesso del contratto, in quanto normativa di carattere generale applicabile anche al caso di specie; che ciò deve ritenersi confermato dallo stesso art. 142, comma 3, del Codice dei Contratti ove in via generale afferma che si applichino “le disposizioni del presente Codice, salvo che non siano derogate dal presente capo”;* *che la norma sul recesso deve considerarsi norma di carattere generale non derogata dal capo in questione, mentre la normativa sulla revoca risulta essere di carattere generale e applicabile al solo Project Financing;* *che ciò solo sarebbe sufficiente per l’applicabilità dell’art. 134 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modifiche ed integrazioni citato;* *considerato, comunque: che, pur essendo qualificato concessione, il rapporto tra le parti deve in realtà considerarsi un appalto di opere pubbliche in quanto l’alea contrattuale non è posta a carico dell’impresa concessionaria;* *che, invero, il concreto equilibrio contrattuale nella esecuzione dell’opera pone a carico del Comune in via assolutamente prevalente la esecuzione dell’opera pubblica, e ciò in virtù del contributo concesso pari a € 1.172.163,44.- sui complessivi € 1.661.944,23.- circa;* *che tale conclusione è avvalorata dal previsto contributo per la gestione da*

parte dell'Amministrazione Comunale, pari ad € 70.000,00.- annui; che, anche tale contributo appare sproporzionato all'apporto finanziario della impresa, tanto più ove si consideri che questa contribuisce in minima parte alla realizzazione dell'opera; che l'alea a carico del concessionario costituisce un elemento essenziale della figura della concessione dei lavori, che appare nel caso insussistente per il combinato operare del contributo dell'Amministrazione Comunale per i lavori e del contributo annuale previsto; che, in definitiva, il combinato "intervento" economico dell'Amministrazione Comunale rende nel caso privo di alea il contratto per il soggetto concessionario e comunque priva di ogni significato l'utilizzo della figura della concessione di lavori pubblici".

Per il resto, nelle premesse di tale ulteriore deliberazione giuntale sono riprodotte per ampia parte le surriportate motivazioni della precedente deliberazione giuntale n. 91 dd. 12 ottobre 2009, rilevando ulteriormente che l'Amministrazione Comunale, a fronte della pretesa concessione data a Enerco, affronta comunque a proprio carico la contrazione di un mutuo di € 1.200.000,00.- oltre all'erogazione del contributo annuo di € 70.000,00.- , *"che nemmeno le altre opere previste (campi calcetto, calciotto, arrampicata, percorso vita) giustificano in alcun modo l'esborso di tali somme; che l'Amministrazione ritiene in considerazione degli equilibri economici finanziari del Comune del tutto non conforme all'interesse pubblico ed eccessiva la previsione pluriennale del prezzo pattuito per la gestione; che, anzi, alla luce degli equilibri finanziari del bilancio comunale in considerazione delle entrate a titolo di contributi di urbanizzazione e a titolo di imposta comunale degli immobili non vi è certezza nella possibilità di garantire il contributo per tutti gli anni di durata del contratto (anni venticinque); che l'onere*

finanziario per la copertura delle spese relative alla costruzione degli immobili era connesso allo svincolo delle obbligazioni ex Co.se.con.; che in seguito al sequestro delle obbligazioni ex Co.se.con. non risulta più possibile fare affidamento sulle cedole di tali obbligazioni e sul possibile valore a scadenza delle medesime, che avrebbero consentito l'estinzione anticipata del mutuo; richiamata a tal proposito la delibera di Giunta Comunale n. 133 del 2007, esecutiva ai sensi di legge, che stabilisce le condizioni dell'apertura di credito concesso alla Banca di Credito Cooperativo di Sant'Elena prevedendo in particolare uno stretto collegamento tra l'incasso delle cedole e il capitale a scadenza (anno 2013) rinveniente dalla scadenza delle obbligazioni; considerato che l'attuale situazione economica della Attiva S.p.a. (ex Co.se.con.) che mette in seria discussione di ottenere (sic!) a scadenza il capitale di detti titoli già peraltro sotto sequestro anche nella erogazione delle cedole di interesse annuale”.

In conseguenza di ciò, pertanto, la Giunta Comunale ha disposto di comunicare a Enerco l'esercizio del proprio diritto di recesso a' sensi dell'art. 134 del D.L.vo 163 del 2006 “*dal contratto per l'affidamento di concessione di costruzione e gestione di un impianto ludico ricreativo natatorio nel Comune di Tribano sottoscritto in data 9 maggio 2008 (Rep. 1542) con effetto dal 5 dicembre 2009*”, nonché “*di dare immediato mandato al Geom. Mario Sitta, autorizzandolo ad avvalersi eventualmente di ausiliari, di procedere: a) al calcolo, ai sensi del comma 1 art. 134 Codice dei Contratti, del valore dei materiali utili esistenti in cantiere accettati dal Direttore dei Lavori, previa verifica della contabilità presentata dall'Impresa e della loro effettiva presenza presso il cantiere alla data di comunicazione della presente deliberazione; b) al calcolo, ai sensi del comma 2 dell'art. 134 del Codice dei Contratti Pubblici, del decimo*

dell'importo dei lavori a carico dell'impresa Enerco S.p.a. ancora da eseguirsi; c) alla verifica dello stato delle opere realizzate e degli eventuali vizi, con conseguente eventuale detrazione sul valore di quanto realizzato”.

Nel dispositivo della medesima deliberazione giuntale n. 106 del 2009 si dispone inoltre che *“il termine per il deposito della relazione con il calcolo dell'indennizzo dovuto viene fissato alla data del 25 novembre 2009” e “di procedere alla liquidazione del dovuto all'impresa nel più breve tempo possibile dal ricevimento della relazione del Geom. Sitta e comunque prima del 5 dicembre 2009”*: data, questa, nella quale *“l'Amministrazione prenderà in consegna il cantiere e procederà all'eventuale collaudo delle opere realizzate”*.

1.2.1. Con il ricorso in epigrafe Enerco chiede pertanto l'annullamento della sopradescritta deliberazione della Giunta Comunale di Tribano n. 106 dd. 10 novembre 2009, prot. 9242, con la quale si è deliberato di procedere alla formale comunicazione alla ricorrente della determinazione dell'Amministrazione comunale di esercitare il diritto di recesso dal contratto per l'affidamento di concessione di costruzione e gestione di un impianto ludico ricreativo natatorio nel Comune di Tribano; nonché di ogni atto annesso, connesso e presupposto. ivi segnatamente compresa la parimenti sopradescritta deliberazione della Giunta Comunale di Tribano n. 91 dd. 12 ottobre 2009 e la relativa nota di comunicazione a firma del Sindaco Prot. 8386 dd. 12 ottobre 2009;

1.2.2. Con un primo ordine di censure la ricorrente deduce l'avvenuta violazione dell'art. 42 del T.U. approvato con D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267 sostenendo che il recesso non doveva essere deliberato nella

specie dalla Giunta Comunale, Consiglio Comunale, a ciò competente a' sensi dell'art. 42, comma 2, lett. l), del T.U. testè citato.

1.2.3. Con un secondo ordine di censure Enerco deduce l'avvenuta violazione e falsa applicazione dell'art. 134 e 158 del D.L.vo 163 del 2006, eccesso di potere sotto il profilo del difetto dei presupposti e dell'inadeguata istruttoria, eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà e sintomi di sviamento, in quanto il provvedimento impugnato da un lato dichiara la volontà dell'Amministrazione Comunale di esercitare il diritto di recesso dal contratto stipulato per la costruzione e la gestione dell'impianto sportivo di cui trattasi e, dall'altro, invoca ragioni di pubblico interesse al fine di risolvere un rapporto concessorio.

Ad avviso della ricorrente la contraddizione risulterebbe non smentibile, fermo comunque restando che la stessa Amministrazione implicitamente proverebbe di condividere, nella sostanza, la natura concessoria del rapporto da essa instaurato.

Ciò posto, ad avviso di Enerco, se nella specie si verte in tema di concessione, non potrebbe condividersi la tesi dell'Amministrazione Comunale secondo cui la disciplina sul recesso contenuta nell'art. 134 assume carattere generale, nel mentre la disciplina della revoca per motivi di pubblico interesse contenuta nell'art. 158 del medesimo D.L.vo è speciale in quanto applicabile al solo *project financing*.

A tale proposito la ricorrente evidenzia che a' sensi dell'art. 142 del D.L.vo 163 del 2006 in materia di concessione di lavori pubblici trovano applicazione tutte "le disposizioni del presente codice ...

salvo che non siano derogate nel presente capo”, con ciò imponendo alle parti che intendono o che hanno inteso utilizzare l’istituto della concessione di applicare le norme contenute negli altri capi del Codice che meglio si adattano all’istituto medesimo: e, se così è, risulterebbe con ogni evidenza che il recesso *ad nutum* risulta *ex se* incompatibile con l’istituto della concessione, la quale quindi potrebbe essere soltanto revocata ex art. 158 del D.L.vo 163 del 2006 per motivi di pubblico interesse.

Né potrebbe sostenersi che, essendo in sostanza riversata – nella specie – l’alea contrattuale sull’Amministrazione Comunale e non già sull’impresa concessionaria, si configurerebbe nella specie un appalto di opera pubblica, posto che ciò configgerebbe comunque con l’art. 143 del D.L.vo 163 del 2006, il quale – tra l’altro – se “la controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati”, il soggetto concedente “tuttavia ... stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell’ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del

concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara”.

Ciò premesso, la ricorrente, dopo aver quindi ricondotto la presente fattispecie ad un'ipotesi di concessione di lavori pubblici, contesta i motivi enunciati dall'Amministrazione Regionale al fine di revocare il rapporto concessorio in essere, affermando che i relativi presupposti di fatto non sono sopravvenuti rispetto al momento del rilascio della concessione stessa, ma che erano a quel tempo già esistenti e, pertanto, già apprezzabili dalla stessa Amministrazione prima dell'adozione di tale atto.

1.2.4. Con un terzo ordine di censure la ricorrente deduce l'avvenuta violazione e falsa applicazione degli artt. 134 e 158 del D.L.vo 163 del 2006 sotto l'ulteriore profilo dell'inadeguata valutazione dei presupposti, sostenendo che, pur ove l'Amministrazione possa recedere nella specie dal rapporto a' sensi dell'art. 134 del D.L.vo 163 del 2006, a favore del concessionario dovrebbe pure riconoscersi il solo decimo dell'importo dei lavori non ancora eseguiti, ma anche la liquidazione di un importo relativo alla mancata gestione dell'opera, applicando sul punto per analogia quanto disposto dall'art. 158 ; e, ove ciò non fosse praticabile, reputare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 134 del D.L.vo 163 del 2006 per violazione degli artt. 3 e 97 Cost.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Tribano, eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione di questo giudice.

La difesa dell'Amministrazione Comunale ha, comunque, replicato

anche nel merito alle censure avversarie e ha concluso per la reiezione del ricorso.

3.1. Con motivi aggiunti di ricorso Enerco ha pure chiesto l'annullamento della deliberazione della Giunta Comunale di Tribano n. 110 dd. 30 novembre 2009, con il quale l'Amministrazione Comunale ha ribadito di esercitare il proprio diritto di recesso dal contratto per l'affidamento della concessione di costruzione e di gestione di un impianto ludico ricreativo natatorio nel Comune di Tribano, sottoscritto in data 9 maggio 2009 (Rrep. 1542) con effetto dal 5 dicembre 2009, dando contestualmente mandato agli uffici competenti dell'Amministrazione Comunale medesima di procedere alla liquidazione del dovuto all'impresa ricorrente, ossia della somma di € 131.977,44.- (quale somma di € 63.131,53.- a titolo di importo a differenza di opere e materiali e di € 68.845,91.- a titolo di decimo dell'importo del contratto) entro la data del 5 dicembre 2009; nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente.

Enerco ripropone al riguardo le medesime censure contenute nell'atto introduttivo del presente giudizio, nonché l'ulteriore censura di violazione e falsa applicazione dell'art. 134 del D.L.vo 163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e per erroneità del presupposto, sostenendo che dal conteggio dell'indennizzo risulterebbero escluse le strutture prefabbricate da impiegare per la realizzazione di un capannone in calcestruzzo precompresso presenti presso il magazzino della sub-fornitrice ILCEA S.p.a. e il materiale destinato alla realizzazione della piscina, presente nel magazzino della

sub-fornitrice AET Europe S.r.l. per un complessivo valore totale di € 318.000,00.-

3.2. La difesa del Comune di Tribano ha aderito anche a tale ulteriore contraddittorio insistendo sull'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione di questo giudice ma replicando, comunque, anche nel merito delle nuove censure avversarie e concludendo per la loro reiezione.

4. Alla pubblica udienza del 10 giugno 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

5.1. Tutto ciò premesso, il Collegio deve preliminarmente statuire sull'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa del Comune di Tribano.

5.2. Tale eccezione va respinta.

Il rapporto posto in essere tra le parti assume nella forma la connotazione di una concessione, formalmente estesa anche alla gestione di un bene pubblico, con conseguente attrazione della fattispecie alla giurisdizione amministrativa a' sensi di quanto disposto dall'art. 5 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 come da ultimo modificato dall'art. 7 della L. 21 luglio 2000 n. 205, e senza che pertanto rilevi, al riguardo, il discrimine posto dall'art. 245 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 nel testo antecedente alla modifica introdotta dall'ora vigente D.L.vo 20 marzo 2010 n. 53 in ordine alla circostanza che la circostanza che la controversia involge la disciplina di fonte convenzionale in essere tra le parti e non il presupposto procedimento di scelta del contraente.

6.1 Nel merito il ricorso va respinto.

6.2. Innanzitutto, per quanto attiene al primo motivo di ricorso, va evidenziato che l'art. 42 del T.U. approvato con D.L.vo 267 del 2000 attribuisce alla competenza del Consiglio Comunale in ordine ai soli appalti e concessioni che “non siano previsti espressamente in atti fondamentali del Consiglio Comunale” e che, nel caso di specie, consta che l'organo consiliare ha descritto e indicato puntualmente l'opera in questione nella propria deliberazione n. 16 dd. 7 maggio 2007 avente ad oggetto la prima variazione al bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2007, disponendo quindi per il suo finanziamento con deliberazioni consiliari nn. 53 e 54 dd. 19 novembre 2007 (cfr., rispettivamente, i doc.ti 12, 13 e 14 di parte resistente).

6.3. Per il resto, va quindi assorbentemente evidenziato che il rapporto concessorio vigente *inter partes* assume, nella sostanza, il contenuto proprio di un contratto di appalto.

Infatti, l'alea contrattuale non è di fatto posta a carico dell'impresa concessionaria, posto che invero, il concreto equilibrio contrattuale nella esecuzione dell'opera pone a carico del Comune in via assolutamente prevalente la esecuzione dell'opera pubblica, stante il contributo concesso pari a € 1.172.163,44.- sui complessivi € 1.661.944,23.- e stante – altresì - il previsto contributo per la gestione da parte dell'Amministrazione Comunale, pari ad € 70.000,00.- annui e a sua volta *ictu oculi* sproporzionato all'apporto finanziario dell'impresa.

L'insieme di tali valori economici fuoriesce con ogni evidenza dalla stessa *ratio* degli strumenti di sostegno accordabili al concessionario a' sensi dell'art. 143 del D.L.vo 163 del 2006 ai fini del proprio riequilibrio economico-finanziario in quanto evidenziano una vera e propria dazione diretta del lucro a lui spettante senza alcuna sua alea contrattuale

In conseguenza di ciò, è dunque legittima la decisione del Comune, con richiamo sia a motivazioni in ordine al pubblico interesse, sia a quelle proprie che governano il recesso dal vincolo contrattuale, di addivenire – per l'appunto - al recesso dal rapporto con Enerco a' sensi dell'art. 134 del D.L.vo 163 del 2006 che, come correttamente affermato dall'Amministrazione Comunale, è disciplina applicabile anche alle concessioni, a' sensi dell'art. 142 dello stesso Codice dei contratti.

Né può ritenersi applicabile, nella specie, l'art. 158 del Codice, in quanto recante una disciplina assolutamente peculiare per il *project financing*, al più applicabile anche alle altre autentiche concessioni di lavori nelle quali – a differenza della presente fattispecie – l'alea contrattuale permane effettivamente in capo al concessionario; e – soprattutto – l'assoluta mancanza, nella specie, di un'alea contrattuale a carico del concessionario rende manifestamente infondata, per il caso che qui interessa, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 134 predetto prospettata dalla parte ricorrente.

Da ultimo, con riguardo all'ultimo ordine di censure contenuto nei motivi aggiunti di ricorso, il valore delle strutture prefabbricate da

impiegare per la realizzazione di un capannone in calcestruzzo precompresso presenti presso il magazzino della sub-fornitrice ILCEA S.p.a. e il materiale destinato alla realizzazione della piscina, presente nel magazzino della sub-fornitrice AET Europe S.r.l. non poteva essere ricompreso nella liquidazione di quanto dovuto a Enerco in quanto —come esaustivamente chiarito dalla difesa del Comune a pag. 25 e ss. della propria memoria conclusiva - tale materiale non era a piè d'opera, e che tale circostanza non ha consentito all'Amministrazione Comunale di verificarne la conformità al progetto.

7. Le spese e gli onorari del giudizio seguono la regola della soccombenza, e sono liquidati nel dispositivo, ponendo – altresì – a carico della ricorrente anche il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, definitivamente statuendo sul ricorso e sui motivi aggiunti di ricorso in epigrafe, li respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, complessivamente liquidati nella misura di € 3.000,00.- (tremila/00) oltre ad I.V.A. e C.P.A., confermando – altresì – a carico della ricorrente medesima il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 e successive

modifiche.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/10/2010

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

IL SEGRETARIO