



22356117

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

- RENATO RORDORF - Primo Presidente f.f.
- GIOVANNI AMOROSO - Presidente Sezione -
- AURELIO CAPPABIANCA - Presidente Sezione -
- PIETRO CAMPANILE - Consigliere -
- ROSA MARIA DI VIRGILIO - Consigliere -
- BIAGIO VIRGILIO - Consigliere -
- FELICE MANNA - Consigliere -
- ETTORE CIRILLO - Rel. Consigliere -
- CARLO DE CHIARA - Consigliere -

ric. contro
decisioni di
giudici speciali -
tsap

Jd. 18/07/2017 -
PU

R.G.N. 903/2016
non 22356
Rep.

C.I.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 903-2016 proposto da:

IDROELETTRICHE RIUNITE S.P.A., in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE PARIOLI 180, presso lo studio dell'avvocato MARIO SANINO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati MASSIMO LONGO e GAIA BENESSIA;

538
17

- ricorrente -

contro

STAGALO ENERGIA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA TAGLIAMENTO 76, presso lo studio dell'avvocato FAUSTO TARSITANO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato EVA MASCHIETTO; MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- resistenti -

nonchè contro

COMUNITA' MONTANA VALLI DELL'OSSOLA, COMUNE DI MONTECRESTESE, COMUNE DI DRUOGNO, COMUNE DI VOGOGNA, COMUNE DI BEURA CARDEZZA, COMUNE DI CREVOLADOSSOLA, COMUNE DI CALASCA CASTIGLIONE, COMUNE DI MACUGNAGA, COMUNE DI BANNIO ANZINO, COMUNE DI TRASQUERA, COMUNE DI ORNAVASSO, COMUNE DI RE, PROVINCIA DEL VERBANO CUSIO OSSOLA, REGIONE PIEMONTE, CISALPINA ENERGIA S.R.L.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 221/2015 del TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE, depositata il 25/09/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/07/2017 dal Consigliere Dott. ETTORE CIRILLO; udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. RICCARDO FUZIO, che ha concluso per l'accoglimento del quinto motivo del ricorso, assorbiti gli altri; uditi gli Avvocati Massimo Longo e Eva Maschietto.



FATTI DI CAUSA

1. Il 3 agosto 1962 fu concessa alla soc. SISMA la grande derivazione a scopi idroelettrici dal torrente Isorno, dal rio Nocca e dal rio Gillino, in loc. Cipata del Comune di Montecretese. Il 5 novembre 1998 la società, in vista della scadenza della concessione (6 maggio 2001), ne chiese ai Ministeri competenti il rinnovo secondo l'art. 2 legge 07/08/1982, n. 529 e la convenzione applicativa cd. ENEL/UNAPACE.

1.1 Il 18 febbraio 1999, ai sensi dell'art. 3 legge n. 529/1982, fu raggiunta tra la nuova soc. SISMA ELETTRICA e l'ENEL convenzione trentennale con decorrenza dal 6 maggio 2001. Però, nelle more delle approvazioni ministeriali, entrarono in vigore sia le norme sulla devoluzione alle Regioni - e in Piemonte alle Province - dei procedimenti in materia d'energia, sia l'art. 12, comma 1, d.lgs. 16/03/1999, n.79 sulle gare per le concessioni di grande derivazione, nonché la proroga fino al 31 dicembre 2010 delle concessioni scadute o in scadenza. Indi la Regione Piemonte indicò l'organismo al quale era devoluta ogni questione nella Provincia del Verbano, che, con provvedimento del 25 luglio 2006, archiviò la pratica.

1.2 Dopo anni d'inerzia, con l'istanza del 22 luglio 2010, la soc. IDROELETTRICHE RIUNITE (incorporante la soc. concessionaria) ha chiesto alla Provincia di ratificare la procedura intrapresa dodici anni prima dinanzi ai Ministeri all'epoca competenti e quindi il «[...] rinnovo [...] della concessione in oggetto per anni 30 a partire dalla scadenza del 2001, in ragione dell'attuale vigenza della legge 529/82 e dell'iter già esperito [...] ». Infine, con determinazione dirigenziale n. 3856 del 30 settembre 2011 pubblicata nell'albo pretorio dall'11 al 26 ottobre 2011, la Provincia ha rinnovato alla società istante la concessione per trent'anni, ovverosia fino al 2031, e convenuto il relativo disciplinare.

2. Per l'annullamento di tale determinazione e di quant'altro, vari soggetti pubblici e privati hanno proposto dinanzi al TSAP diversi

ricorsi poi riuniti, dei quali è stato accolto unicamente quello n. 32/2012 e limitatamente alla sola soc. STAGALO ENERGIA.

2.1 Il giudice di merito - premesso che detto ricorso, pur proposto il 29 dicembre 2011, è tempestivo non essendo prevista da alcuna fonte la pubblicazione nell'albo pretorio, avvenuta dall'11 al 26 ottobre 2011 - osserva che la soc. STAGALO ENERGIA, diversamente dal Comune di Ornavasso (dal quale è partecipata) e da altri soggetti pubblici e privati ricorrenti, non subisce limitazioni alla partecipazione a gare e, dunque, è soggetto pregiudicato dal rinnovo della concessione disposto senza gara e nonostante il chiaro dettato dell'art. 12 d.lgs. n. 79/1999 novellato dall'art. 1, comma 483, legge 23/12/2005, n. 266 (*legge finanziaria 2006*), laddove introduce, senza eccezioni, il sistema concorsuale per la scelta del concessionario.

2.2 Il primo giudice rileva che ogni ostacolo al pieno dispiegarsi del sistema concorsuale è stato rimosso dalla Corte costituzionale laddove ha demolito le leggi statali e regionali che hanno cercato d'introdurre proroghe o deroghe; mentre, pur in mancanza di decreti attuativi, l'ordinaria normativa sulle procedure di evidenza pubblica in materia di acque consentono l'esperimento di quelle gare che, volute dall'art. 12 d.lgs. n. 79/1999 e dalle autorità dell'UE (proc. infrazione n. 2002/2282), trovano nel t.u. delle acque pubbliche (artt. 7, 9, 10, 12), nel codice dei contratti (artt. 206, 208) e nella legge reg. Piemonte 24/04/2000, n. 44 (art. 56), quelle adeguate fonti di regolazione necessarie ai fini dei bandi di cui l'art. 12 cit..

2.3 Infine il giudice di merito rileva che, pur avendo i Ministeri mantenuto le loro competenze sino alla legge reg. Piemonte n. 44/2000, la concessionaria interessata ha riattivato la procedura - promossa nel '98, poi archiviata e rimasta ferma per moltissimi anni - solo nel luglio 2010, senza aver nulla addotto nel frattempo e senza che la Provincia nulla abbia motivato sul punto.

3. Per la cassazione di tale decisione, la soc. IDROELETTRICHE RIUNITE propone ricorso affidato a plurimi motivi; la sola soc. STAGALO ENERGIA spiega difese orali tramite difensore con procura speciale; l'avvocatura erariale resta assente pur avendo depositato nota per la partecipazione alla discussione nell'interesse del MISE; nessuno degli altri intimati spiega difese.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. In primo luogo va disattesa l'eccezione preliminare di tardività del ricorso introduttivo (violazione dell'art. 143 t.u. acque pubbliche), reiterata dalla soc. IDROELETTRICHE RIUNITE col primo motivo di ricorso. E' vero che, se si fa decorrere dalla pubblicazione nell'albo pretorio il termine per impugnare la controversa determinazione dirigenziale, il ricorso introduttivo sarebbe sicuramente tardivo. Sennonché, come osserva il TSAP, nessuna disposizione statale o regionale in materia di acque pubbliche prevede uno specifico termine di decadenza a decorrere da una pubblicazione nell'albo pretorio, neppure espressamente prevista.

1.1 Le sezioni unite, pronunciando in similare fattispecie relativa all'impugnazione dinanzi al TSAP dell'approvazione di un progetto relativo alla costruzione di bacini artificiali per la raccolta delle acque pubbliche di un torrente, hanno fissato il principio di diritto secondo cui, «al fine di verificare, in sede giudiziale, l'osservanza del termine per impugnare un provvedimento amministrativo, occorre fare riferimento alla sua notificazione e non alla pubblicazione, atteso che la piena conoscenza dei provvedimenti amministrativi si ha con la notificazione agli interessati, mentre la pubblicazione è atto valevole nei confronti dei soggetti non destinatari», restando quindi irrilevante, sul piano processuale, la circostanza che il provvedimento impugnato sia stato portato a conoscenza della collettività mediante pubblicazione nell'albo pretorio.

1.2 Peraltro il t.u. delle acque pubbliche, all'art. 143, stabilisce



espressamente che «il termine per ricorrere [...] è di giorni sessanta dalla data in cui la decisione amministrativa sia stata notificata nelle forme e nei modi stabiliti».

Inoltre, all'art. 145 chiarisce che «la notificazione dell'atto o provvedimento amministrativo di cui al penultimo comma dell'articolo 143 è fatta mediante consegna o trasmissione di una copia di esso in forma amministrativa» e che «in mancanza di disposizioni per la notificazione in questa forma nei regolamenti dell'amministrazione da cui l'atto o provvedimento emana, la notificazione si fa a mezzo della posta, con lettera raccomandata aperta e ricevuta di ritorno, o per mezzo di ufficiale giudiziario o di messo comunale, alla persona interessata».

Infine, all'art. 146 precisa che «qualora un atto o provvedimento amministrativo offenda interessi di individui o di enti giuridici, i quali, non essendo direttamente contemplati nell'atto o provvedimento medesimo, non ne abbiano avuta notificazione nelle forme prescritte dagli articoli precedenti, il termine per ricorrere al tribunale decorre dal giorno della pubblicazione di un estratto di quell'atto o provvedimento nella Gazzetta Ufficiale del Regno o nel Foglio degli annunci legali della provincia».

1.3 Il che lascia complessivamente intendere che la pubblicazione dell'albo pretorio non sia affatto forma notificatoria equipollente verso i terzi contro-interessati.

2. In secondo luogo – denunciando, coi motivi 2-3-4, apparenza e contraddittorietà motivazionale nonché violazione di norme di diritto (legge 24/12/2007, n. 244; legge n. 529/1982, art. 12; legge reg. Piemonte n. 44/2000, art. 56) - la ricorrente erroneamente osserva che, contrariamente all'assunto espresso nei confronti di altri soggetti e in particolare riguardo al Comune di Ornavasso, il TSAP ha ritenuto la legittimazione della soc. STAGALO ENERGIA, nonostante questa sia pacificamente controllata dal predetto Comune e quindi soggetta ai



divieti stabiliti dall'art. 3, comma 27, legge n. 244/2007 (*legge finanziaria 2008*).

2.1 Premesso che il comma 27 è stato abrogato dall'art. 28, comma 1, lett. f), d.lgs. 19/08/2016, n. 175, si osserva che l'art. 4, commi 1 e 2, del medesimo d.lgs. riconferma che le p.a. non possono costituire società aventi per oggetto attività produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, fatta eccezione per la produzione di servizi d'interesse generale. Il legislatore nazionale, quindi, mostra di privilegiare un modello in cui, proprio al fine di evitare forme di abuso e di tutelare la concorrenza nel mercato, il ricorso da parte degli enti territoriali allo strumento societario rappresenta un'ipotesi limitata allo svolgimento di attività di interesse pubblico (Cons. Stato, Ad. Plen., 03/06/2011, n. 10).

2.2 La Corte costituzionale, con sentenza n. 148 del 2009, ha rilevato che le norme limitative sono dirette «ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale [...], al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza [...]. Inoltre, esse mirano a realizzare detta finalità con modalità non irragionevoli, siccome il divieto stabilito dalle disposizioni censurate e l'obbligo di dismettere le partecipazioni possedute in violazione del medesimo non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali».

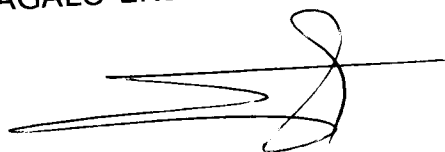
2.3 Secondo la Commissione dell'UE (COM/2003/0270_def.; conf. COM/2004/0374_def.) l'espressione «servizi di interesse



generale» è derivata nella prassi dall'espressione, tipica del diritto dell'UE, di «servizi di interesse economico generale» (artt. 14 e 106 T.F.U.E., già artt. 16 e 86 Trattato CEE). La prima è un'espressione più ampia e riguarda sia i servizi di mercato, sia quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano d'interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. L'espressione «servizi di interesse economico generale» si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio d'interesse generale, gli Stati membri o l'UE assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi d'interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi di rete quali trasporti, poste, elettricità, gas e comunicazione (COM/1996/0443) e si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico (COM/cit.).

2.4 Dunque la gestione del servizio di produzione idroelettrica e distribuzione dell'energia ottenuta tramite società controllata da un ente locale non si esaurisce nello svolgimento di mera attività di natura industriale o commerciale, ma costituisce anche gestione di un servizio diretto al soddisfacimento di bisogni generali della collettività nel senso indicato delle fonti dell'UE. È proprio questo vincolo finalistico che consente di ritenere che l'attività di diritto privato possa costituire in concreto, al pari di quella pubblicistica, gestione d'interessi collettivi e, in quanto tale, sia soggetta comunque ai canoni d'imparzialità e buon andamento e dei correlativi strumenti di controllo propri del diritto amministrativo, non ponendosi in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 cod. civ. (Cons. Stato, Sez. 6, 19/04/2011, n. 2434), laddove fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato (cfr. Cons. Stato, Sez. 6, 30/12/2005, n. 7616).

2.5 Nella specie la soc. STAGALO ENERGIA, da tempo titolare di

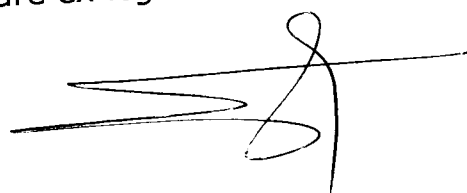


altra centrale elettrica in esercizio sin dal 2009 (v. ricorso pag. 18), non può dirsi *ex se* carente d'interesse a impugnare il rinnovo della concessione - e quindi di legittimazione processuale - per effetto del solo controllo pubblico derivante dal 50 per cento delle quote in mano al Comune di Ornavasso, con l'altro 50 per cento frazionato tra soggetti privati. Senza dimenticare che le limitazioni del cd. «decreto Bersani» (art. 13, d.l. 04/07/2006, n. 223, conv. legge 04/08/2006, n. 248) alla partecipazione a gare di appalto nei confronti delle società costituite o partecipate dalle amministrazioni locali, rappresentano ipotesi eccezionali non estensibili oltre i casi in essa previsti (Cons. Stato, Sez.5, 29/12/2011, n. 6974).

Il divieto colpisce, infatti, le società pubbliche strumentali alle amministrazioni locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, e non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali esercitanti attività d'impresa, essendo esso stato posto, al fine di separare le due sfere di attività, per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso possa godere in quanto pubblica amministrazione (Corte cost. n. 328 del 2008; conf. Cons. Stato, Sez.5, 25/07/2014, n. 3963).

Inoltre né la disciplina speciale del t.u. delle acque pubbliche (artt. 7,9,10,12), né quella specifica sulle gare ad evidenza pubblica alla scadenza delle concessioni idroelettriche (art. 12, d.lgs. n. 79/1999), pongono limitazioni nei confronti delle società costituite o partecipate dalle amministrazioni locali.

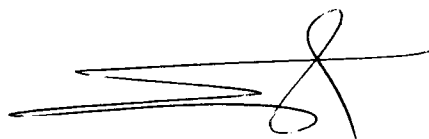
3. In terzo luogo si osserva che, contrariamente all'assunto contenuto nell'ultimo motivo di ricorso, se è vero che l'art. 12 d.lgs. n. 79/1999 è rimasto inattuato, laddove impone gare ad evidenza pubblica alla scadenza delle concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico, e che la giurisprudenza costituzionale ha demolito i tentativi di prorogare *ex lege* le concessioni in scadenza



(Corte cost. n. 205 del 2011 e n. 1 del 2008) o di dare spazio ad autonome regolamentazioni regionali (Corte cost. n. 339 del 2011), è pur vero che nell'ordinamento settoriale si rinvengono disposizioni che consentono adeguate forme competitive.

3.1 Invero il t.u. delle acque pubbliche (r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775), nel dettare la disciplina generale delle domande per nuove concessioni disegna un procedimento ampiamente concorsuale del quale costituiscono indici rivelatori: a) le variegata forme di pubblicità e d'istruttoria congiunta (art. 7); b) la preferenza data tra più domande concorrenti a quella che da sola o in connessione con altre utenze concesse o richieste presenti la più razionale utilizzazione delle risorse idriche (art. 9); c) la preferenza data a chi richieda la migliore e più vasta derivazione, con l'obbligo di fornire agli altri richiedenti acqua o energia elettrica al prezzo di costo (art. 12). Al che si aggiunge il rilievo centrale dato alla concorrenza delle domande anche dalla normativa regionale (art. 12, regol. reg. Piemonte, 29/07/2003, n. 10/R). Il tutto è in sintonia con la liberalizzazione del mercato interno dell'energia elettrica di cui alla Direttiva 96/92/CE.

3.2 Non v'è dubbio, infatti, che all'epoca dell'entrata in vigore della «legge finanziaria 2006» - che con l'art. 1, comma 483, lett. a) ha novellato l'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 79/1999, introducendo le gare per le concessioni di grande derivazione - la domanda del 5 novembre 1998, diretta a ottenere il rinnovo della concessione dai Ministeri competenti secondo l'art. 2 legge n. 529/1982, non avesse ancora completato il suo *iter*, essendosi sì raggiunta il 18 febbraio 1999, ai sensi dell'art. 3 legge n. 529/1982, nuova convenzione tra la soc. concessionaria e l'ENEL, ma mancavano ancora le necessarie approvazioni ministeriali. Esse non sono mai potute giungere a compimento, essendo la materia passata alla competenza provinciale (art. 30, d.lgs. 31/03/1998, n.112; art. 56, legge reg. Piemonte n. 44/2000), in disparte il rilievo della nota dell'amministrazione



provinciale che, in data 25 luglio 2006, ha esplicitamente chiuso l'istruttoria e archiviato la pratica. Sicché questa non poteva di certo essere semplicemente riattivata anni dopo, avvalendosi di una domanda di oltre un decennio prima, poi archiviata e non più conforme allo *ius superveniens* (art. 12, d.lgs. n.79/1999, mod. «legge finanziaria 2006»).

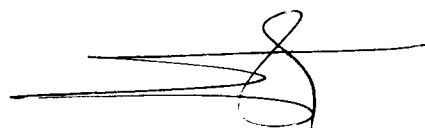
3.3 Non operano nella specie né il principio di affidamento né quello di conservazione degli atti giuridici, data la lunghissima inerzia e l'archiviazione della domanda, la cui presentazione implicherebbe al più - e in tesi generalissima - l'astratto dovere per la P.A. sì di procedere, ma applicando il diritto sostanziale vigente al momento della statuizione conclusiva in conformità all'art. 12, d.lgs. n. 79/1999, sulla necessità di dover disporre una gara pubblica relativamente a tutte le concessioni di grande derivazione d'acqua per impianti (Cass. Sez. U. 15/01/2015, n. 607 in motivazione), attesi il tenore letterale della norma ed il suo dichiarato carattere attuativo della direttiva 96/92/CE per la liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica (Cass. Sez. U. 03/11/2016, n. 22235).

4. Tirando le fila sparse del discorso sin qui condotto, il ricorso avanzato dalla soc. IDROELETTRICHE RIUNITE deve essere rigettato con condanna della ricorrente al rimborso delle spese del giudizio di legittimità liquidate in dispositivo a favore dell'unica resistente ad essersi difesa in pubblica udienza (soc. STAGALO ENERGIA).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della soc. STAGALO ENERGIA, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 10.000,00 (diecimila) per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, t.u. spese giust., inserito dall'art. 1, comma 17, legge 24/12/2012, n.228, dà atto della

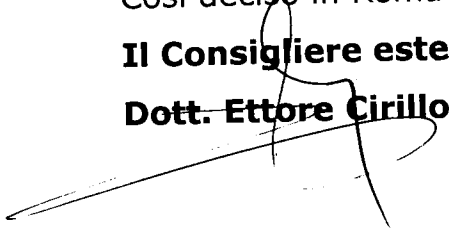


sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della
ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a
quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso
art. 13.

Così deciso in Roma il 18 luglio 2017

Il Consigliere estensore

Dott. Ettore Cirillo

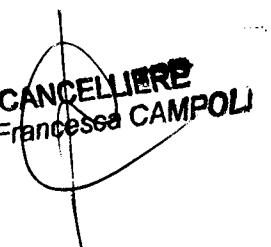


Il Presidente

Dott. Renato Rordorf



IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 26 SET. 2017
IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

