

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO  
DELLA LOMBARDIA - MILANO  
RICORSO**

nell'interesse de I CITTADINI BUSTESI E DELLA SOSTENIBILITA' AMBIENTALE  
Associazione di protezione dell'ambiente....., riconosciuta ai sensi  
dell'art. 18 della L. 349/86 con Decreto Ministero dell'Ambiente del 16.03.1987, in  
persona del Presidente .....  
per poteri di cui allo statuto nazionale e tutti rappresentati e difesi dall'avv. .... ed  
elettivamente domiciliati presso lo studio,

**contro**

**Comune di Busto Arsizio ...**

**nonché contro**

**AGESP Energia ...**

in persona del legale rappresentante pro tempore, *con sede* in ...

- **per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia**  
della delibera di Giunta comunale n° 293 dell'8.6.2010, avente a oggetto  
«*Approvazione bozza di convenzione per la concessione d'uso di sottosuolo pubblico per la  
realizzazione di una rete di teleriscaldamento ad Agesp Energia s.r.l.i.e.*», pubblicata a far  
data dal 21.6.2010 (doc. 1);
- di ogni altro presupposto, connesso e conseguente;
  - della delibera di Consiglio comunale n° 65 del 9.6.2009, avente a oggetto  
«*Approvazione di variante urbanistica ai sensi della L.R. 12/2005 – art. 97, a conclusione della  
procedura ex D.P.R. 447/1998 e s.m.i., per la realizzazione di un impianto di produzione di  
energia termica in assetto cogenerativo a servizio della rete di teleriscaldamento cittadina*» (doc.2).

**IL FATTO**

**1.** Nel luglio 2008, la società Agesp Energia s.r.l. - **interamente partecipata dal Comune di Busto Arsizio** - presentava all'Amministrazione un progetto per la realizzazione della prima linea di una centrale termica cogenerativa da porre a servizio della rete di teleriscaldamento cittadina.

Il progetto prevedeva che ...

**2.** Di fatto, il progetto in questione veniva sommariamente esaminato da parte del Comune di Busto Arsizio, che ne consentiva la realizzazione limitandosi a deliberare una variante urbanistica ai sensi del combinato disposto degli artt. 97 L.R. 12/2005 e 5 D.P.R. 447/1998 e ad approvare – **solo in Giunta** - una bozza di convenzione per la concessione del sottosuolo.

Tale ultimo provvedimento, peraltro, veniva emesso solo **dopo l'inizio dei lavori di posa delle tubazioni**, avvenuto nel novembre 2009.

**3.** Ritenendo tale procedimento gravemente illegittimo, in ragione della sostanziale elusione della normativa in materia di tutela della concorrenza, servizi pubblici, governo del territorio e tutela ambientale, oltre che assolutamente priva di motivazione, sotto il profilo dell'interesse pubblico, i ricorrenti hanno assunto la decisione di promuovere il presente ricorso.

Ciò, per le seguenti ragioni di

**DIRITTO**

**I) VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 3 L. 241/1990 E S.M.I., D.LGS. 152/2006 . ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DIFETTO DI MOTIVAZIONE .**

**1.** Una delle ragioni sostanziali che hanno indotto i ricorrenti ad adire Codesto Tribunale riguarda la violazione – o, meglio, la completa elusione – della normativa in materia di servizi pubblici locali e tutela della concorrenza, da parte dell'Amministrazione comunale di Busto Arsizio.

Innanzitutto, occorre precisare che il progetto presentato dalla società Agesp Energia

s.r.l. aveva ad oggetto un impianto di teleriscaldamento, per tale dovendo intendersi un sistema costituito essenzialmente da una rete di trasporto del calore che riscalda più edifici e da cuna centrale di produzione.

Le dimensioni dell'impianto possono essere molto variabili. Nel caso di specie, la rete prevista è assai vasta, come si evince dalla stessa cartografia allegata alle brochure di presentazione del progetto.

Il teleriscaldamento fa uso del sistema di cogenerazione, che consiste nel produrre elettricità da combustibili e, nel contempo, calore recuperandolo dalla trasformazione termodinamica.

Sotto il profilo normativo, l'unica definizione utile è rinvenibile nel D.M. 24.10.2005, il cui art. 2 afferma che *«la rete di teleriscaldamento deve soddisfare contestualmente le seguenti condizioni: 1) alimentare tipicamente, mediante una rete di trasporto dell'energia termica, una pluralità di edifici o ambienti; 2) essere un sistema aperto ovvero, nei limiti di capacità del sistema, consentire l'allacciamento alla rete di ogni potenziale cliente secondo principi di non discriminazione»*.

L'ente pubblico che decida di usufruire di un sistema di teleriscaldamento dovrebbe valutarne l'opportunità e la convenienza sotto diversi aspetti, relativi essenzialmente ai vantaggi sotto il profilo ambientale, in ragione della riduzione delle emissioni atmosferiche, e alla sicurezza.

**2.** Ebbene, dall'esame della documentazione depositata presso gli uffici comunali, è emersa innanzitutto **l'assenza di qualunque seria valutazione dell'offerta** presentata dalla società Agesp Energia s.r.l. .

**2.1.** L'assunto è reso persino evidente da quanto si legge nella delibera di C.C. n° 65 del 9.6.2009, laddove si afferma, laconicamente, che *«l'Amministrazione comunale valuta in modo ampiamente positivo la realizzazione di un sistema di teleriscaldamento della città poiché lo stesso, come puntualmente illustrato nella relazione di compatibilità ambientale ...rappresenta un'importante opportunità di uso razionale dell'energia e un grande contributo per la riduzione dei gas climalteranti e dell'inquinamento locale. È una soluzione alternativa, rispettosa dell'ambiente, sicura ed economica per la produzione di acqua per il riscaldamento degli edifici residenziali, terziari e commerciali. Inoltre, l'utilizzo del sistema di "Cogenerazione" consente anche la contemporanea produzione di energia elettrica»*.

Valutazione più generica non vi potrebbe essere: in alcun modo, infatti, il Comune spiega le ragioni per cui ha ritenuto di aderire al progetto – specifico e concreto – presentato dalla società odierna controinteressata.

**2.2.** Analoghe considerazioni valgono per la delibera di approvazione della bozza di convenzione per l'uso del sottosuolo, ritenuta vagamente *«meritevole di approvazione in quanto corrispondente agli indirizzi espressi dall'Amministrazione nonché congruente alle esigenze della stessa, tanto sotto il profilo progettuale, quanto sotto quello economico e delle garanzie»* .

**3.** Sotto altro profilo, si deve rilevare che l'Amministrazione comunale **ha ommesso anche qualunque valutazione in ordine ai benefici di carattere ambientale** che sarebbero connessi alla realizzazione dell'impianto di teleriscaldamento.

Tale carenza risulta particolarmente grave alla luce del fatto che l'impianto stesso non è stato sottoposto né a Valutazione di Impatto Ambientale né alla procedura per il rilascio dell'Autorizzazione Integrata Ambientale: tale circostanza, che si approfondirà nel prosieguo, determina, tra l'altro, l'interesse ad agire dell'associazione Legambiente Lombardia Onlus.

**4.** Ulteriore conferma alle tesi dei ricorrenti è costituita dal fatto che, sostanzialmente, **nessun atto di istruttoria è menzionato nelle delibere impugnate**. Neppure la p.a., dunque, può dar conto dell'attività svolta.

## **II) VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 3 L. 241/1990 E S.M.I. - ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE E SVIAMENTO DI POTERE .**

**1.** La sussistenza del vizio in questione, peraltro, risulta ancora più evidente da un'altra affermazione, contenuta nella bozza di convenzione, approvata dalla Giunta comunale di Busto Arsizio.

La delibera n° 293/2010, infatti, contiene nelle premesse una dichiarazione al limite con il falso in atto pubblico, laddove reca che *«il Comune di Busto Arsizio ha approvato, con delibera C.C. n° 65 del 9.6.2009 ... l'atto di indirizzo del Piano Generale di Teleriscaldamento per il territorio di Busto Arsizio... »*: la semplice lettura della delibera menzionata è

sufficiente per dimostrare che **in alcun modo essa contiene un Piano Generale di Teleriscaldamento che, in effetti, non risulta essere mai stato approvato.**

Nell'atto in questione si legge che la variante urbanistica costituirebbe «*atto di indirizzo del Piano generale di teleriscaldamento per il territorio di Busto Arsizio, con il quale l'Amministrazione ha inteso favorire lo sviluppo di reti interrato per la distribuzione di acqua calda destinata al riscaldamento invernale di edifici, nonché alla produzione di acqua igienicosanitaria, mediante un sistema di produzione combinata di energia primaria di origine fossile e il miglioramento dell'efficienza energetica, lo sviluppo di fonti rinnovabili e la diminuzione delle emissioni atmosferiche*». Ammesso che una variante urbanistica possa contenere in sé le direttive di un piano energetico, nel caso di specie:

manca il piano stesso, che avrebbe dovuto seguire l'*atto di indirizzo*;

quest'ultimo sarebbe comunque posteriore rispetto all'individuazione della società di gestione del servizio di teleriscaldamento.

**2.** La circostanza descritta dimostra, in effetti, oltre che la superficialità e l'eccesso di potere con cui le delibere impugnate sono state approvate, anche la violazione dei principi di concorrenza tutelati anche in sede comunitaria: in assenza di un Piano generale del teleriscaldamento, così come di un piano energetico comunale, infatti, gli operatori del settore non hanno ricevuto alcuna informazione in ordine alle politiche energetiche che il Comune intendeva portare avanti e non sono stati in grado di avanzare alcuna proposta. Tale situazione ha certamente e indebitamente favorito la Agesp Energia s.r.l. che ha così potuto agire in assenza di concorrenti e di prescrizioni preesistenti e omogenee.

**III) VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 112 D.LGS. 267/2000, L. 133/2008; VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO FRA IMPRESE E DI TUTELA DELLA CONCORRENZA. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO D'ISTRUTTORIA**

**1.** Sotto il profilo della qualificazione giuridica del teleriscaldamento, peraltro, a parere dei ricorrenti, il procedimento amministrativo in questione presenta vizi altrettanto significativi. Come si è anticipato nella parte in fatto, il Comune si è infatti limitato ad approvare una bozza di convenzione per la concessione d'uso del sottosuolo, con una semplice delibera di Giunta comunale. Ebbene, tale strumento non appare idoneo, per diversi ordini di ragioni.

È un dato di fatto, innanzitutto, che mentre in passato era prassi che un Comune decidesse di dotarsi di una rete di teleriscaldamento e ne affidasse la realizzazione a una sua municipalizzata, oggi, anche a seguito della liberalizzazione del settore elettrico e dell'incentivazione della cogenerazione abbinata al teleriscaldamento, molti sono i soggetti in concorrenza sul mercato.

Costituisce orientamento giurisprudenziale maggioritario quello secondo cui il servizio di teleriscaldamento debba essere qualificato **servizio pubblico locale**, sottoposto alla disciplina di cui al D.lgs. 267/2000 e alla L. 133/2008 e s.m.i.. Da tale qualificazione discende l'obbligo per la p.a. di affidare tale servizio attraverso **procedure di evidenza pubblica**.

**2.** La tesi appare giustificata, innanzitutto in ragione di alcune circostanze di fatto.

**2.1.** In primo luogo, infatti, il teleriscaldamento, per sua natura, può essere potenzialmente somministrato a una platea indifferenziata di utenti ed è finalizzato a soddisfare un bisogno collettivo: ciò rende il servizio di interesse generale e ne consente la qualificazione di *pubblico*.

Nel caso di specie, si richiama nuovamente la cartografia recante la rete di distribuzione ipotizzata da Agesp per rendere evidente l'ampiezza del servizio offerto alla cittadinanza di Busto: di fatto, del servizio usufruiranno ben ... cittadini.

**2.2.** Sotto altro profilo, la società Agesp Energia s.r.l. è, come anticipato, **interamente partecipata dal Comune di Busto Arsizio**, il quale, nell'approvare la variante urbanistica ai sensi dell'art. 97 L.R. 12/2005, ha affermato che tale atto costituirebbe – pur non avendone affatto i requisiti - «*atto di indirizzo del Piano generale di teleriscaldamento per il territorio di Busto Arsizio, con il quale l'Amministrazione ha inteso favorire lo sviluppo di reti interrato per la distribuzione di acqua calda destinata al riscaldamento invernale di edifici, nonché alla produzione di acqua igienico-sanitaria, mediante un sistema di produzione combinata di energia primaria di origine fossile e il miglioramento dell'efficienza energetica, lo sviluppo di fonti rinnovabili e la diminuzione delle emissioni*

atmosferiche» (cfr. doc. 1).

**2.3.** A ciò si aggiunga che, nell'area in parola, la società opera **in regime di sostanziale monopolio**.

**3.** In diritto, le argomentazioni dei ricorrenti sono poi suffragate, in primo luogo, da alcune puntuali pronunce giurisprudenziali.

Si fa riferimento, ad esempio, alla sentenza del T.A.R. Piemonte<sup>1</sup>, che ha ritenuto espressamente il teleriscaldamento un servizio pubblico e dunque legittima l'applicazione dell'art. 113 TUEL.

Ma si richiama, soprattutto, il precedente di Codesto T.A.R., emesso nell'ambito di una controversia relativa all'impianto di teleriscaldamento della Valtellina: in tale occasione, infatti, il collegio ha ritenuto che il servizio avesse natura di servizio pubblico, «...**atteso che la relativa gestione da parte della X – società misto pubblica privata – non si correla a un'iniziativa meramente privatistica di natura imprenditoriale, ma a determinazioni amministrative afferenti alla costruzione e gestione dell'impianto di teleriscaldamento, correlate a riconosciute esigenze di interventi per la realizzazione di centrali energetiche alimentate a biomassa legnosa**»<sup>2</sup>.

**3.2.** La stessa tesi è stata fatta propria anche dal Consiglio di Stato, laddove ha ritenuto che « *il servizio calore è indispensabile per lo svolgimento di altri servizi (basta, come esempio, il servizio scolastico) così come è parimenti essenziale per essi la manutenzione degli immobili, l'apprestamento del personale di custodia e di pulizia ed altro*»<sup>3</sup>. A parere del Collegio, la tesi secondo la quale sarebbe servizio pubblico soltanto quello caratterizzato dalla offerta indifferenziata al pubblico sarebbe limitativa: «*servizio pubblico è qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di un'utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale*».

**4.** Ad analoga conclusione deve giungersi sulla base dell'esame della giurisprudenza in materia di servizi pubblici.

<sup>1</sup>T.A.R. Piemonte, 227 luglio 2001, n° 1645

<sup>2</sup>T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, ordin. 19 marzo 2009, n° 354.

<sup>3</sup>Cons. St., Sez. V, 9 maggio 2001, n. 2605

**4.1.** Ad esempio, in una controversia relativa all'affidamento del servizio energia e gestione di impianti tecnici e climatizzazione, il T.A.R. Liguria ha statuito che «... la distinzione tra mero servizio e servizio pubblico va ricercata nel beneficiario diretto dello stesso. Di conseguenza **ricorre l'ipotesi del servizio pubblico se la prestazione resa dall'appaltatore viene fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente**. Costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante. Ciò, nella letteratura economico-aziendale, viene identificato con il termine "outsourcing", ossia "approvvigionamento esterno", per lo svolgimento di alcune fasi del processo produttivo che l'impresa ritiene più vantaggioso affidare a soggetti esterni anziché gestire direttamente attraverso la propria organizzazione aziendale"»<sup>4</sup>.

Di analogo contenuto l'interpretazione offerta dalla Corte di Cassazione: secondo le sezioni unite, infatti, «*ai sensi dell'art. 33 D.Lgs. 80/1998, un determinato servizio può essere qualificato come pubblico se l'attività in cui si realizza è diretta a soddisfare in via immediata esigenze della collettività*»<sup>5</sup>.

Applicando tale principio al caso di specie, non si può non includere il servizio offerto dalla Agesp Energia s.r.l. nell'ambito dei servizi pubblici, essendo esso destinato per l'appunto direttamente a (un numero elevatissimo di) utenti e non al solo Comune – come testimonia la stessa presentazione diffusa dalla società:

<sup>4</sup>T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 9 gennaio 2009, n° 39. Conforme: T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, 25 febbraio 2008, n. 86

<sup>5</sup>Cass. Civ. sez. un., 3 agosto 2006 n. 17573

Non a caso, sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha ritenuto che «*sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112, T.U.E.L. n. 267/2000, quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali*»: per tale ragione, «*è evidente che l'utenza del servizio di riscaldamento agli edifici comunali non va individuata,*

restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali». Il collegio aggiunge, peraltro, un'altra considerazione: «appare decisivo, d'altra parte, che secondo la Direttiva 92/50, recepita in Italia con il D.lgs. 157/1995, tra i servizi pubblici cui si applica la specifica normativa, elencati nell'Allegato "A", sono indicati i "servizi di pulizia e di gestione delle proprietà immobiliari", risultando quindi testualmente stabilito che il riscaldamento delle proprietà comunali, in quanto evidente attività di gestione, al pari dal servizio di pulizia, è un servizio pubblico»<sup>6</sup>.

**4.2.** Confermando e approfondendo il principio testè esposto, il Consiglio di Stato ha di recente precisato che «la nozione di servizio pubblico prescelta dal legislatore, quella oggettiva, si fonda su due elementi: 1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità»<sup>7</sup>.

Con riferimento a tale profilo, si richiamano gli obblighi contrattuali contenuti nelle convenzioni sottoscritte con il Comune, laddove:

Agesp è tenuta a corrispondere, oltre al canone per la concessione, anche «un contributo annuo corrispondente al ristoro per i costi sociali pari a 3,40 €/Mwh termico venduto nel territorio del Comune di Busto Arsizio» (art. 4);

ex art. 14, al Comune compete il controllo della realizzazione dell'impianto e del suo funzionamento.

<sup>6</sup> Cons. St., Sez. V, 22 dicembre 2005 n. 7345. Conforme: T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 16 maggio 2007, n. 370

<sup>7</sup> Cons. St., Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651

**4.3.** Più in generale, Codesto T.A.R. ha riconosciuto che «il servizio si qualifica come "pubblico" perché l'attività in cui esso consiste **si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica**, che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l'attività di privati; quindi, il servizio pubblico è caratterizzato da un **elemento funzionale**, ossia il soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale, che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali (cfr. sul punto Cass. Civ., sez. un., 30 marzo 2000, n. 71; Cass. Civ., sez. un., 19 aprile 2004, n. 7461). Insomma, la nozione di servizio pubblico va riferita ad attività che di per sé sono di interesse pubblico, perché intrinsecamente dotate di rilevanza pubblicistica, attesa la generalità degli interessi che sono dirette a soddisfare, a prescindere dalla qualificazione del soggetto cui va imputata tale attività (cfr. sulla necessità di ravvisare nell'interesse pubblico in quanto tale l'elemento caratterizzante la nozione di servizio pubblico si veda, tra le altre, T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 20 giugno 2006, n. 4845)»<sup>8</sup>.

Anche in questo caso, la rilevanza pubblicistica del servizio assentito dal Comune di Busto Arsizio è ben testimoniata dalle delibere che qui si impugnano: basti ricordare, come si riferiva in precedenza, che la variante avente a oggetto il terreno su cui sorgerà l'impianto costituisce atto di indirizzo del Piano Generale di Teleriscaldamento.

Ancora, è la stessa Amministrazione, nel medesimo atto, a dichiarare che la proposta avanzata dalla società è «meritevole di approvazione in quanto corrispondente agli indirizzi espressi dall'Amministrazione nonché congruente alle esigenze della stessa, tanto sotto il profilo progettuale, quanto sotto quello economico e delle garanzie».

**4.4.** Neppure rileva, secondo il parere di Codesto T.A.R., la titolarità del servizio, posto che «non esiste un'incompatibilità ontologica tra il concetto di "servizio pubblico" e la titolarità di un'attività da parte di un soggetto privato; al contrario, la qualificazione di un'attività in termini di pubblico servizio **non dipende dalla sua pertinenza in capo all'Amministrazione Pubblica**, ma dal suo assoggettamento ad una disciplina di settore che assicura il perseguimento di fini sociali, a prescindere dalla titolarità dell'attività esercitata»<sup>9</sup>:

<sup>8</sup> T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 29 luglio 2009, n. 4550

<sup>9</sup> T.A.R. Lombardia Milano, 6 ottobre 2005, n. 3726

richiamando il principio già esposto, infatti, «la nozione di servizio pubblico va riferita ad

*attività che di per sé sono di interesse pubblico, perché intrinsecamente dotate di rilevanza pubblicistica, attesa la generalità degli interessi che sono dirette a soddisfare, a prescindere dalla qualificazione del soggetto cui va imputata tale attività»<sup>10</sup>.*

5. Non riconoscendo la natura del servizio che andava concedendo, il Comune è dunque incorso in una palese violazione di legge, oltre che in un eclatante eccesso di potere.

#### **IV) VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 23 BIS L. 133/2008 E ART. 15 L. 166/2009. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO .**

1. Dal mancato riconoscimento del teleriscaldamento quale servizio pubblico, discende invero un ulteriore profilo di illegittimità.

E' noto infatti che, anche a seguito delle recenti modifiche normative, la p.a. può procedere all'affidamento *in house* di un servizio pubblico solo a determinate e precise condizioni.

1.1. La materia è stata, innanzitutto, modificata a opera dell'art. 23 bis L. 133/2008, il quale già disponeva che «*il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali*» dovesse avvenire «*in via ordinaria... mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, ecc.*».

Per quanto riguarda la designazione dei soggetti abilitati a ottenere l'affidamento, l'art. 23 bis afferma il principio della procedura di evidenza pubblica e, pur facendo riferimento anche alle società di persone (fino a comprendere l'imprenditore unico)<sup>11</sup>, **trasforma l'affidamento *in house* in eccezione**, consentito solo in particolari situazioni, peraltro descritte solo in modo generico, previa espressa motivazione e adeguata pubblicità.

<sup>10</sup> T.A.R. Lombardia Milano Sez. III Sent., 29 luglio 2009, n. 4550 . Conforme. T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 31 luglio 2002, n. 3280

<sup>11</sup> Ciò, conformemente all'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui «*non sono compatibili con l'art. 26 n. 2, dir. 92/50 le disposizioni italiane (art. 113 comma 5, lett. a), d. lgs. 267/2000) ove limitano l'attribuzione degli appalti di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il cui valore superi la soglia comunitaria, alle persone giuridiche costituite sotto forma di società di capitali*» (Corte di Giustizia CE, sez. IV, 18 dicembre 2007, n° 357)

1.2. E' altrettanto noto, peraltro, che l'art. 15 del D.L. 135/09 (convertito con L. 166/2009), a sua volta, ha introdotto alcune modifiche al menzionato art. 23 bis della L. 133/08, volte a favorire ulteriormente la privatizzazione dei servizi idrici e degli altri servizi pubblici locali. La nuova disposizione, infatti, prevede:

**l'obbligo di affidare la gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite**, individuati mediante procedure di evidenza pubblica, ovvero a società a partecipazione mista pubblica e privata con capitale privato non inferiore al 40%;

la possibilità – eccezionale e residuale – di affidare la gestione del servizio a una società per azioni a totale capitale pubblico, solo a fronte del parere *preventivo* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e a patto che la società stessa rispetti i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario (controllo analogo e prevalenza dell'attività territoriale).

È stata dunque eliminata la possibilità, concessa dal comma 3 dell'art. 23 bis, di procedere ad affidamenti diretti «*nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*», anche a Enti di diritto pubblico. L'affidamento diretto, con le gravi limitazioni indicate, è consentito solo a favore di società di capitali.

Non solo. E' altresì prevista la **cessazione degli affidamenti *in house* a società totalmente pubbliche entro il 31.12.2011 o, alternativamente, la cessione del 40% del pacchetto azionario.**

2. La giurisprudenza che si è pronunciata sul punto ha già avuto occasione di rimarcare i principi testè esposti.

Si fa riferimento, ad esempio, alla recentissima sentenza del Consiglio di Stato, secondo cui «*l'art. 23-bis, c. 2, D.L. n. 112/2008 preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica*»<sup>12</sup>.

Analogamente, il T.A.R. Toscana ha statuito che «è illegittimo, per violazione dell'art. 23-bis, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 112, il provvedimento con il quale il Comune dispone l'affidamento diretto della titolarità di un servizio pubblico locale a rilevanza economica senza il previo accertamento di situazioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato e la trasmissione degli atti all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato al fine di acquisirne il prescritto parere»<sup>13</sup>.

3. Nel caso di specie, palese è la violazione di legge in cui è incorsa l'amministrazione resistente. Essa, infatti, non ha affidato il servizio di teleriscaldamento attraverso una gara ad evidenza pubblica, sebbene non sussistessero i presupposti per procedere a un affidamento *in house*.

Nella costante interpretazione della giurisprudenza comunitaria e nazionale, infatti, l'istituto è stato ritenuto applicabile solo in presenza di due requisiti, che consentono di considerare il servizio proprio dell'Amministrazione:

1) il «**controllo analogo a quello svolto sui propri servizi**», che deve essere esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria<sup>14</sup>: a tale proposito, la giurisprudenza ha fornito alcune precisazioni:

- ◆ la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'Amministrazione aggiudicataria, esclude che quest'ultima possa esercitare tale forma di controllo, essendo piuttosto necessario che l'ente posseda l'intero pacchetto azionario della società affidataria<sup>15</sup>;
- ◆ il controllo societario deve consentire un esercizio, da parte dell'ente affidante, di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società partecipata<sup>16</sup>;

<sup>13</sup> T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430

<sup>14</sup> Corte di Giustizia CE, 17 luglio 2008, C- 371/2005

<sup>15</sup> Cfr., da ultimo, Corte di Giustizia CE, sez. II, 19 aprile 2007, causa C- 295/2005 (sentenza Modling; Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n° 4440

- ◆ nello statuto della società affidataria, posseduta per l'intero capitale sociale dall'ente pubblico, non si può consentire che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati, «*in quanto tale cessione conduce, in prospettiva, alla perdita del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, da parte del comune*»<sup>17</sup>;

- ◆ «*a) il consiglio di amministrazione della società per azioni in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; b) l'impresa non deve aver «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale e all'estero; c) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante*»<sup>18</sup>.

2) il «**rapporto strumentale**» fra le attività dell'impresa e le finalità pubbliche perseguite dall'ente:

<sup>16</sup> Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C- 340/04 e Corte di Giustizia CE, 10 settembre 2009, causa C-573/07

<sup>17</sup> Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n° 5072

<sup>18</sup> Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n° 1514.

La C.G.A. ha aggiunto che «il «controllo analogo» che, secondo la giurisprudenza comunitaria è necessario per l'affidamento diretto, di un servizio pubblico ad una società (a dominanza pubblica) richiede: a) il possesso dell'intero capitale azionario in mano pubblica (che tuttavia da solo è condizione necessaria, ma non sufficiente a determinare il controllo analogo); b) il controllo del bilancio; c) il

controllo sulla qualità della amministrazione; d) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti, sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione; e) la totale dipendenza dell'affidatario diretta in tema di strategie e politiche aziendali. E necessario a tal fine che si realizzi quello che è definito un "controllo strutturale" e questo non può limitarsi agli aspetti formali relativi alla nomina degli organi societari ed al possesso della totalità del capitale azionario" (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 settembre 2007, n° 719)

- ◆ in assenza di un univoco orientamento giurisprudenziale, la dottrina identifica «la parte più importante dell'attività sociale» con le prestazioni prevalenti sia sotto il profilo quantitativo ed economico, che sotto il profilo tecnico-funzionale.

Costituendo un'eccezione ai principi generali, i requisiti in parola devono essere interpretati in modo restrittivo.

In tale contesto, la nota sentenza Teckal s.r.l. del 1999 aveva ritenuto che «la direttiva Ce 1993/36 (appalto per fornitura di beni) deve essere applicata da un'amministrazione aggiudicatrice, qual è un ente locale, se questa stipula un contratto di fornitura a titolo oneroso con un ente distinto, indipendentemente dal fatto che lo stesso ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice. Diversa può essere la conclusione se l'ente locale esercita sull'ente fornitore un controllo analogo a quello esercitabile sui propri servizi e il fornitore esplica - per la parte più importante - la propria attività con l'ente locale e con gli enti locali che controllano il fornitore medesimo»<sup>19</sup>.

In altre parole, la normativa europea in tema di appalti non si applica esclusivamente quando manca un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come avviene nel caso di *delegazione interorganica* o di servizio affidamento eccezionalmente *in house*. In ambito nazionale, il T.A.R. Puglia<sup>20</sup>, dopo aver ribadito che la totale partecipazione pubblica deve essere ritenuta requisito necessario ma non sufficiente ai fini del controllo analogo, ha proceduto all'individuazione di altri fattori da ritenersi imprescindibili: il consiglio di amministrazione della società affidataria non deve godere di rilevanti poteri gestionali e all'ente affidante devono essere conferiti poteri più estesi rispetto a quelli di norma attribuiti dal diritto societario alla maggioranza sociale, il controllo dell'ente pubblico non deve essere reso precario dalla vocazione commerciale acquisita dall'impresa affidataria e le decisioni più importanti devono essere necessariamente sottoposte alla verifica preventiva dell'ente affidante.

<sup>19</sup> Corte di Giustizia CE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C- 107/1998.

Conforme: Corte Giust. CE, 7 dicembre 2000, causa C-94/99. In tale caso, il giudice comunitario ha specificato che, ai fini dell'integrazione degli estremi dell'affidamento *in house*, non può essere ritenuta sufficiente la circostanza che l'attività del soggetto produttore sia sottoposta ad un regime di controlli analogo a quello che l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla propria attività, poiché è necessario altresì che si realizzi un controllo di tipo strutturale, in modo che il soggetto affidatario sia configurabile come un prolungamento amministrativo dell'ente pubblico

<sup>20</sup> T.A.R. Puglia, sez. II, 11 febbraio 2008, n° 432

Analogo l'orientamento del Consiglio di Stato che, in una recente pronuncia, ha ricordato che «nel caso di affidamento "in house" di un servizio pubblico ad una società partecipata da più enti, ai fini della legittimità dell'affidamento, non è la circostanza della configurabilità di un controllo totale ed assoluto di ciascun ente pubblico sull'intera società *in house*, bensì l'esistenza di **strumenti giuridici** (di diritto pubblico o di diritto privato) idonei a garantire che ciascun ente, insieme a tutti gli altri azionisti della società *in house*, **sia effettivamente in grado di controllare ed orientare l'attività della società controllata**»<sup>21</sup>.

La regola in base alla quale la scelta del socio privato deve avvenire con gara che abbia a oggetto anche e contestualmente l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio è stata, infine, codificata ad opera dell'art. 15 del D.L. n. 135 del 25.9.2009, il quale ha anche previsto che al socio privato debba essere attribuita una partecipazione non inferiore al quaranta per cento.

Tali condizioni, per le ragioni esposte anche nella parte in fatto, non sussistono nel caso di specie.

4. Sotto questo specifico profilo, la preoccupazione dei ricorrenti – e, conseguentemente, il loro interesse ad agire – è connessa al fatto che il tipo di procedimento adottato dal Comune non garantisce una tutela adeguata degli utenti del servizio. Tale circostanza si evince chiaramente, ad esempio:

dal tenore dell'art. 5 della convenzione sottoscritta con Agesp, secondo cui «**il Comune non dispone di alcun potere d'intervento nei rapporti contrattuali posti in essere tra la concessionaria i singoli utenti...** »;

<sup>21</sup> Cons. St., Sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8970

dall'art. 19, in cui si prevede solo che la Concessionaria «*si impegna a stipulare idonea polizza assicurativa contro la responsabilità civile per danni ...* », senza prevedere termini o controlli da parte della p.a.

#### **V) ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DIFETTO DI MOTIVAZIONE .**

1. Anche a voler prescindere dai profili di cui ai motivi che precedono, peraltro, non può non rilevarsi come anche la sola concessione di uso pubblico del sottosuolo sia, di per sé, del tutto sprovvista di adeguata motivazione.

**Presupposto del rilascio della concessione è, infatti, comunque, la valutazione del progetto e dell'impatto dell'intervento sul territorio in rapporto al pubblico interesse volto alla salvaguardia e al godimento delle aree e degli spazi pubblici da parte della collettività.** Nel caso di specie, al contrario,:

non è dato sapere se vi sia effettivamente interesse pubblico alla realizzazione del progetto Agesp, in quanto non è stata valutata la possibilità che il medesimo servizio possa essere assicurato mediante l'utilizzo di analoghe infrastrutture a rete già esistenti;

non è stato considerato che dall'esecuzione dei lavori di scavo e ripristino possano conseguire gravi pregiudizi alla mobilità veicolare e pedonale, oppure nel caso in cui le manomissioni di pavimentazioni, arredi o aree verdi risultino di particolare interesse per il Comune.

#### **VI) VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 97 L.R. 12/2005; ART. 5 D.P.R. 447/1998. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, CARENZA DI ISTRUTTORIA E DIFETTO DI MOTIVAZIONE .**

1. La superficialità e l'eccesso di potere sin qui denunciati, peraltro, caratterizzano altresì la delibera di Consiglio comunale n° 65/2009, con cui è stata approvata la variante urbanistica ai sensi del combinato disposto degli artt. 97 L.R. 12/2005 e 5 D.P.R. 447/1998.

Nel caso di specie, infatti, la p.a. ha completamente abdicato al proprio ruolo e alle proprie responsabilità in materia di governo del territorio, assentendo il progetto presentato dalla società Agesp Energia, senza esprimere alcuna concreta e approfondita valutazione in ordine al suo interesse pubblico. La circostanza è resa palese dalla totale assenza di motivazione della delibera impugnata, la quale si limita a richiamare l'esito favorevole della conferenza di servizi, senza alcun cenno alla comparazione tra l'interesse alla realizzazione dell'opera e i molteplici altri interessi, quali quello urbanistico, edilizio, paesistico, ambientale.

2. È noto, tuttavia, che «*la proposta di variazione dello strumento urbanistico assunta dalla Conferenza dei servizi ai sensi dell'art.5 D.P.R. 447/1998, non è vincolante per il Consiglio comunale, il quale deve **autonomamente valutare** se aderire o meno alla stessa»<sup>22</sup>. Ciò, in quanto «*la procedura di variante semplificata ... non fa venir meno, in alcun modo, l'ampia discrezionalità di cui gode il Comune nella attività di pianificazione urbanistica circa l'an ed il quomodo della prestazione dell'eventuale assenso, né può comportare uno stravolgimento dei principi e delle regole essenziali per una corretta e razionale gestione del territorio comunale. Ammettere il contrario ... significherebbe svuotare le attribuzioni assegnate dalla legge al Consiglio Comunale, vincolando le decisioni di esso al parere della conferenza di servizi»<sup>23</sup>.**

2.1. Quale corollario del principio testè esposto, è stato precisato che, a fronte della proposta elaborata in sede di conferenza di servizi, il privato non può vantare alcuna posizione qualificata, che sia idonea a condizionare le motivazioni dell'amministrazione comunale<sup>24</sup>.

3. Non solo. Tale valutazione, infatti, deve essere pregnante e motivata.

<sup>22</sup> Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2006 n. 2170. Conforme: Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2007 n. 5471; Cons. St. Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1644; T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 25 giugno 2003, n. 3511  
<sup>23</sup> T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 5 giugno 2008, n. 1399. Conforme: T.A.R. Puglia Lecce Sez. I Sent., 21 maggio 2008, n. 1449; T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 11 gennaio 2007, n. 30, secondo cui «...laddove si fosse ammessa l'indiscriminata possibilità di fare ricorso alla procedura in questione per apportare varianti allo strumento urbanistico, sul mero rilievo del contrasto fra il progetto presentato e lo strumento stesso, si sarebbe realizzato un istituto sostanzialmente extra ordinem, nell'ambito del quale la possibilità di derogare agli strumenti di pianificazione generale sarebbe stata semplice conseguenza dell'istanza della parte privata, che tali deroghe avesse richiesto. Tuttavia, un siffatto approccio in punto di politica normativa avrebbe comportato una palese forzatura nell'ambito del delicato giudizio di bilanciamento che sempre deve sussistere fra l'esigenza (di certo rilevante) dello sviluppo delle attività produttive e l'esigenza (di non minore rilievo) della salvaguardia di un ordinato sviluppo urbanistico»; TAR Lecce, Sez. I, 8 marzo 2006, n. 2577; id., Sez. I, 6 aprile 2005, n. 1870; Cons. Stato, Sez. VI, 7 agosto 2003, n. 4658  
<sup>24</sup> T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 11 febbraio 2008, n. 47

Come ha recentemente ribadito la Giustizia amministrativa, infatti, «il procedimento previsto dall'art. 5 del D.P.R. 447/1998, non costituisce un comodo strumento per ovviare ai vincoli della pianificazione urbanistica, ma viene a integrare un vero e proprio **modello del tutto eccezionale e derogatorio** rispetto alle ordinarie modalità di modifica degli strumenti urbanistici **utilizzabile solo quando siano congiuntamente presenti i tre requisiti, previsti dalla disposizione citata** e costituiti: 1) dal contrasto sussistente tra il progetto presentato e lo strumento urbanistico; 2) dalla conformità alle norme vigenti in materia ambientale, sanitaria e di sicurezza del lavoro del progetto; 3) dal fatto che lo strumento urbanistico non individui aree destinate all'insediamento di impianti produttivi ovvero queste siano insufficienti in relazione al progetto presentato»<sup>25</sup>.

**3.1.** In relazione a tale ultimo profilo, in particolare, è stato chiarito che «il concetto di idoneità di un'area, in relazione al progetto presentato, non coincide con quello di insufficienza delle aree destinate all'insediamento dell'impianto produttivo, di cui all'art. 5, c. 1 del D.P.R. n. 447/1998, in quanto la valutazione della idoneità comporta un accertamento concreto della realizzabilità di un progetto, mentre quella di insufficienza richiede una verifica delle aree che lo strumento urbanistico individua come destinate all'insediamento di impianti produttivi»<sup>26</sup>.

Lo stesso Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato che «... il presupposto dell'insufficienza di aree destinate all'insediamento di impianti produttivi in relazione al progetto presentato non può essere valutato assumendo quale termine di riferimento le caratteristiche progettuali dell'intervento da approvare ma richiede una verifica in astratto delle aree che lo strumento urbanistico destina all'insediamento di impianti produttivi (anche se non utilizzabili per la realizzazione del progetto presentato)»<sup>27</sup>. Ciò, in ragione del fatto che «il principio del favor verso la realizzazione degli impianti industriali, nel contesto del D.P.R. n. 447/1998, vale nei limiti in cui lo strumento urbanistico non individui aree destinate all'insediamento di impianti produttivi ovvero queste siano insufficienti in relazione al progetto presentato»<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> T.A.R. Puglia Lecce ,Sez. I, 21 maggio 2009, n. 1239

<sup>26</sup> Cons. Stato Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3593

<sup>27</sup> Cons. Stato Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3593

<sup>28</sup> Cons. Stato Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1644

Ne consegue che condizione imprescindibile per l'avvio del procedimento in questione è « ... **l'impossibilità di reperire nello strumento esistente aree idonee all'iniziativa produttiva**»<sup>29</sup> - requisito che, nel caso specifico, manca del tutto.

**4.** La gravità della carenza riscontrata deve essere apprezzata, nel caso specifico, anche alla luce del fatto che **la variante urbanistica rende di fatto possibile la realizzazione di un'industria insalubre di prima categoria a poca distanza da abitazioni private.** Va, infatti, ricordato che «l'esercizio di una centrale termica di teleriscaldamento costituisce attività insalubre di I classe ai sensi dell'art. 216 t.u. sanitario»<sup>30</sup>.

**5.** Sul punto, va da ultimo evidenziato che, in ogni caso, la determinazione del

Comune, nell'ambito del particolare procedimento di cui all'art. 5 del D.P.R. n. 447/1998, rappresenta un peculiare atto di natura esclusivamente urbanistica: essa, dunque, non costituisce approvazione definitiva del progetto<sup>31</sup>.

#### **VII) VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 42 D.LGS. 267/2000. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO .**

1. Alle doglianze che precedono, se ne deve infine aggiungere un'altra, connessa alla competenza dell'unico organo che ha di fatto assentito il progetto in questione. La convenzione con la Agesp Energia, infatti, è stata assentita solo dalla Giunta comunale, che si è espressa con la delibera n° 293/2010, qui impugnata. Ebbene, come noto e come confermato anche da Codesto tribunale, **«la decisione di affidare la gestione di un servizio pubblico locale ad una società in house è atto di natura programmatoria incluso nell'elenco tassativo di cui all'art. 42 TUEL - che postula la verifica, in concreto ed attualizzata al momento dell'effettivo trasferimento, della sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive di legge per avvalersi di siffatto modulo gestionale – e, pertanto, rientra nella competenza del Consiglio comunale»**<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Cons. Stato Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1644

<sup>29</sup> Cons. Stato Sez. IV, 3 marzo 2006, n. 1038

<sup>30</sup> T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 11 giugno 1991, n° 218

<sup>31</sup> Cons. Stato Sez. IV, 19 ottobre 2007, n. 5471

<sup>32</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 16 giugno 2010, n. 1882. Conforme: T.A.R. Lombardia Milano Sez. III Sent., 12 febbraio 2010, n. 394

La pronuncia in parola assume particolare rilievo anche alla luce dell'ulteriore inciso secondo cui *«la collocazione del dies di affidamento del servizio alla data del 21.12.2009 comporta l'applicazione ratione temporis, alla fattispecie in esame, della norma di cui all'art. 23bis L. 133/2008 nel testo modificato dalla L. 166/2009. Ne discende che, in disparte l'ascrivibilità, in capo alla Gaia Servizi s.r.l. dei requisiti per l'in house la cui trattazione, per quanto di sicuro interesse, non appare dirimente ai fini del presente giudizio, il Comune avrebbe dovuto assolvere agli obblighi imposti dai commi 3 e 4 della citata norma che, nel caso di specie, risultano violati in radice stante la mancanza strutturale ... dell'atto con cui l'amministrazione concretamente e correttamente esprime la volontà (e non già la mera intenzione o possibilità) di affidare il servizio e, per l'effetto, lo trasferisce. ... Pertanto, deve ritenersi che la norma sia destinata ad incidere sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i quali, in via ordinaria, vanno esternalizzati previa gara e non possono essere oggetto di affidamenti in house; tale conclusione si pone in linea con la giurisprudenza che afferma la natura eccezionale del sistema dell'in house providing, al quale gli enti locali possono ricorrere previa specifica motivazione laddove le condizioni di mercato non consentono di assicurare lo svolgimento efficiente di un determinato servizio, da utilizzare motivatamente e con cautela, laddove si tratti di un servizio di rilevanza economica e cioè di servizio che possa essere ordinariamente soddisfatto mediante ricorso al mercato, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria»*.

La tesi è stata, peraltro, confermata anche dal Consiglio di Stato, secondo cui spetta al Consiglio stesso la determinazione (oltre che del contenuto del bando di gara e della lettera d'invito del capitolato speciale d'appalto) anche lo schema di contratto<sup>33</sup>.

2. Lo stesso principio vale, peraltro, in tema di tariffe: mentre, come si è visto, il Comune di Busto Arsizio ha declinato qualsiasi responsabilità in tema di quantificazione delle tariffe applicate agli utenti (art. 5 convenzione), la giurisprudenza ritiene che *«... ai sensi dell'art. 42 comma 2 lett. f), D.lgs. 267/2000, la disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi è inderogabilmente demandata al Consiglio comunale...»*<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Cons. Stato Sez. V Sent., 7 ottobre 2008, n. 4878. Conforme: Cons. Stato Sez. V Sent., 11 dicembre 2007, n. 6408

<sup>34</sup> Cons. St., sez. V, 12 novembre 2003, n° 7235

#### **VIII) L'ISTANZA CAUTELARE**

1. Nonostante l'approvazione della bozza di convenzione per l'uso del sottosuolo

risalga, per l'appunto, a poche settimane fa, **i lavori di realizzazione dell'impianto di teleriscaldamento sono già stati intrapresi da alcuni mesi.**

Si tratta, con tutta evidenza, di un altro elemento di riflessione che si sottopone a Codesto Collegio, richiamando anche il contenuto – generico e impreciso – dell'art. 9 della convenzione che, pur recando nella rubrica «*inizio dei lavori*» non indica la data in cui gli stessi avrebbero dovuto avere inizio. La disposizione si limita a elencare alcuni obblighi che la società avrebbe dovuto adempiere prima di avviare il cantiere, il cui adempimento non risulta neppure sia stato verificato.

Si rende dunque indispensabile un pronunciamento urgente di Codesto Tribunale: se non nell'ambito di una discussione nel merito del ricorso, almeno in sede cautelare.

□□□

Per quanto esposto, riservati motivi aggiunti e istanze cautelari, i ricorrenti confidano nell'accoglimento delle seguenti

### **CONCLUSIONI**

Voglia l'ill.mo Tribunale, disattesa ogni contraria istanza, annullare i provvedimenti impugnati con ogni statuizione conseguente sulle spese di giudizio.

Busto Arsizio, Ottobre 2010.