

Pubblicato il 19/12/2019

N. 14586/2019 REG.PROV.COLL.
N. 12132/2017 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12132 del 2017,
proposto dalla società **Terme dei Papi** S.p.a., in persona
del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avvocato Raffaele Izzo, con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

contro

il Comune di Viterbo, in persona del Sindaco pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato
Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il
suo studio in Roma, via A. Bertoloni, n. 26/B;

la Regione Lazio, in persona presidente pro tempore della
Giunta regionale, rappresentata e difesa dall'avvocato

Teresa Chieppa, con domicilio eletto presso l'Avvocatura dell'ente, in Roma, via Marcantonio Colonna, n. 27;

per l'annullamento

- dell'avviso pubblico per l'individuazione del soggetto assegnatario della sub-concessione mineraria per lo sfruttamento del giacimento di acqua termominerale denominato "Pozzetto **Terme dei Papi**" ubicato nel comune di Viterbo, ai sensi dell'art. 22 della L.R. Lazio 90 del 26.06.1980 e s.m.i., unitamente ai relativi allegati, pubblicato nell'Albo Pretorio online del Comune di Viterbo in data 24.10.2017;

- della determinazione dirigenziale n. 4391 del 20/10/2017 avente ad oggetto "Sub-concessione mineraria per lo sfruttamento del giacimento di acqua termominerale denominato "Pozzetto **Terme dei Papi**" ubicato nel Comune di Viterbo – Determinazione a contrarre – Approvazione avviso pubblico", pubblicato nell'Albo Pretorio online del Comune di Viterbo in data 24.10.2017;

- della deliberazione della Giunta comunale n. 334 del 25.10.2017 avente ad oggetto <<Concessioni minerarie "Bullicame" e "Bagnaccio" – Proroga tecnica della custodia del bene minerario alla Società **Terme dei Papi** S.p.A. dal 27.10.2017 al 30.6.2018 nelle more

dell'individuazione del soggetto assegnatario della subconcessione mineraria per lo sfruttamento del giacimento di acqua termominerale denominato “Pozzetto **Terme dei Papi**”>>;

- della non conosciuta deliberazione del Consiglio Comunale di Viterbo n. 102 del 20.09.2016;

nonché, se ed in quanto occorra:

- della determinazione della Regione Lazio G10816 del 28.7.2017 avente ad oggetto “L.R. 26 giugno 1980 n. 90 artt. 10-12 – Concessione mineraria di acqua termominerale denominata “Bullicame” in territorio del Comune di Viterbo e costituzione delle zone di protezione igienico sanitaria e ambientale. Concessionario: Comune di Viterbo (C.F. 80008850564)”;

- della deliberazione della Giunta Comunale n. 357 dell'8.10.2015 avente ad oggetto “Concessione mineraria Bullicame – Approvazione del Progetto di rinnovo ed ampliamento della concessione e della proposta di perimetrazione delle aree di salvaguardia delle sorgenti”;

- di ogni altro atto presupposto, connesso ovvero consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di

Viterbo e della Regione Lazio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 novembre 2019 la dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società **Terme dei Papi** S.p.a. ha agito per l'annullamento degli atti in epigrafe indicati, contestando la determinazione dell'amministrazione comunale di Viterbo di procedere all'indizione di una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento della subconcessione mineraria avente ad oggetto lo sfruttamento del giacimento di acqua termale denominato "Pozzetto **Terme dei Papi**".

La ricorrente ha rappresentato, sotto il profilo fattuale: che il Comune di Viterbo è titolare sin dal 1953 della concessione per lo sfruttamento delle acque termali site nell'area denominata "**Terme** di Viterbo", ricadente nella zona "Bullicame", comprensiva di diverse sorgenti, in forza delle determinazioni dell'amministrazione regionale nel tempo adottate, tra le quali, in particolare, l'ultima, n. G10816 del 28 luglio 2017, con la quale è stato disposto il

rinnovo per ulteriori trent'anni a decorrere dal 26 ottobre 2017;

di aver instaurato due rapporti con l'amministrazione, uno di concessione dello stabilimento termale di proprietà comunale, oggetto del contratto stipulato in data 10 luglio 1986 – con assunzione di onerosi impegni in specie riferiti agli investimenti funzionali all'implementazione dell'efficienza del servizio – per il quale è stata prevista una durata complessiva, incluso il tacito rinnovo, di quarant'anni ed un altro rapporto, strettamente correlato al primo, inerente alla subconcessione delle acque termali, per la quale pure la durata era stata originariamente stabilita in anni quaranta;

che, tuttavia, a seguito dell'approvazione della deliberazione della Giunta regionale n. 6402 del 27 ottobre 1987, con la quale è stato disposto il rinnovo della concessione mineraria in favore del Comune di Viterbo per trent'anni, con approvazione anche della subconcessione di tale risorsa in proprio favore di cui alle determinazioni dell'amministrazione comunale, la durata di tale rapporto è stato ridotta ad anni venti, avendo la Regione Lazio richiamato la previsione dell'art. 1, comma 20 della l. n. 283 del 1961, all'epoca vigente, in forza della quale il periodo massimo di affidamento a terzi delle

subconcessioni minerarie è stato fissato, appunto, in venti anni;

che proprio in considerazione del disallineamento venutosi a determinare, in conseguenza della predetta deliberazione n. 6402 del 27 ottobre 1987, tra la durata del rapporto concessorio, concernente lo stabilimento termale, pari, come sopra esposto ad anni quaranta, e la durata del rapporto di subconcessione riferito allo sfruttamento della risorsa mineraria, ridotto ad anni venti, la società e l'amministrazione comunale hanno stipulato due addenda al contratto (rep. n. 21717/125 e rep. n. 21718/126, entrambi del 4.7.1990) con assunzione di specifici impegni da parte dell'ente a garantire alla società, per tutta la durata quarantennale del rapporto concessorio, prelievi di acque e fanghi necessari al corretto funzionamento del complesso, in relazione ai quali, peraltro, è insorto un contenzioso giurisdizionale non direttamente afferente al merito del presente giudizio; che la subconcessione ventennale disposta in proprio favore è venuta a scadenza in data 31 marzo 2013, con successiva proroga sino al 31 luglio 2014, data, questa, a decorrere dalla quale la società ha, comunque, continuato a disporre della risorsa, stante la custodia, con facoltà di sfruttamento secondo i limiti espressamente stabiliti,

disposta con deliberazione del Consiglio comunale n. 107 del 24 luglio 2014, “fino all’affidamento della subconcessione a seguito delle procedure stesse e comunque entro il termine massimo del 26/10/2017”; che, sebbene con la sopra indicata deliberazione n. 107 del 24 luglio 2014 l’amministrazione comunale abbia formulato istanza di rinnovo della concessione mineraria del Bullicame e del Bagnaccio in funzione dell’esigenza di assicurare l’adempimento degli impegni assunti con la società di cui ai predetti addenda, la Regione Lazio, con nota n. 185110 del 26 aprile 2014, ha previsto che le ulteriori subconcessioni avrebbero dovuto essere affidate in conformità alla disciplina di cui alla direttiva 2006/123/CE, sicché il Comune di Viterbo, successivamente al rinnovo della concessione disposto in proprio favore dalla Regione Lazio con determinazione n. G10816 del 28 luglio 2017, ha proceduto alla pubblicazione, sull’albo pretorio, in data 24 ottobre 2017, di un avviso pubblico, avente ad oggetto: *«l’individuazione del soggetto assegnatario della subconcessione mineraria per lo sfruttamento del giacimento di acqua termominerale denominato “Pozzetto **Terme dei Papi**” ubicato nel Comune di Viterbo, ai sensi dell’art. 22 della L.R. Lazio n. 90 del 26.06.1980 e s.m.i.»,* nelle more del relativo espletamento disponendo, altresì,

una proroga tecnica della custodia del bene in favore della società **Terme dei Papi**.

Avverso il suddetto avviso pubblico e gli altri atti in epigrafe indicati, parte ricorrente ha dedotto vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, contestando la determinazione dell'amministrazione di procedere alla indizione di una procedura di evidenza pubblica per l'individuazione del subconcessionario in luogo dell'affidamento diretto in proprio favore, in quanto già concessionaria della gestione dello stabilimento, nonché tenuto conto degli impegni espressamente assunti con i due addenda sottoscritti in data 4.7.1990 nella evidente considerazione della stretta correlazione tra i due rapporti originariamente instaurati (quello di concessione dello stabilimento termale e quello di subconcessione della risorsa idrotermale), oltre che della mancanza di autonomia del bene oggetto della procedura rispetto alla disponibilità delle strutture alle quali è finalizzato. In tale quadro, la ricorrente ha sostenuto la sussistenza di una preclusione della propria partecipazione alla procedura selettiva, a motivo della contraddittorietà delle clausole stabilite rispetto a quanto precedentemente disposto con gli accordi sottoscritti, giacché una eventuale partecipazione sarebbe suscettibile di determinare una

sostanziale acquiescenza rispetto all'assetto esistente, rimarcando, altresì, l'irragionevolezza della scelta operata dall'ente, in quanto la mancata assegnazione della subconcessione alla società **Terme dei Papi** determinerebbe la privazione dell'acqua termale indispensabile per il funzionamento dell'unico stabilimento di proprietà comunale allo stato presente ed operante nel Comune di Viterbo, non avendo, peraltro, l'amministrazione neppure considerato la possibilità di circoscrivere l'oggetto della procedura ai quantitativi di acqua idrotermale residui rispetto a quelli necessari per il funzionamento dello stabilimento termale comunale, risultando, comunque, del tutto illogiche le previsioni di un limite quantitativo di acqua emungibile. Nel censurare, altresì, proprio con riferimento a tale ultimo profilo, la lacunosità dell'istruttoria svolta, anche alla luce degli esiti dello studio affidato proprio dall'amministrazione regionale all'Università degli Studi della Tuscia, tali da evidenziare l'incidenza pregiudizievole sulla salvaguardia del bacino minerario di pozzi abusivi e l'assenza di adeguate misure di contrasto, la difesa della ricorrente ha contestato la sussistenza di un obbligo all'applicazione della direttiva 2006/123/CE, tenuto conto della peculiarità della fattispecie in ragione, in specie, della

valenza ed efficacia degli accordi sottoscritti tra la società e l'amministrazione, oltre che della afferenza della procedura indetta dall'amministrazione alla erogazione di servizi sanitari, espressamente esclusi dall'applicazione della direttiva in argomento, con l'ulteriore notazione che la struttura della ricorrente risulta accreditata con il Servizio Sanitario Regionale, circostanze, queste, tali da rendere particolarmente evidente il pregiudizio che dall'affidamento della subconcessione ad altro operatore potrebbe derivare alla società oltre che in relazione servizi erogati. Parte ricorrente ha, inoltre, rimarcato la disparità di trattamento in rapporto ad altre strutture per le quali, invece, l'amministrazione ha proceduto ad affidamento diretto, con lesione, peraltro, di diritti scaturenti dagli impegni precedentemente assunti costituenti un vincolo che l'ente non avrebbe dovuto ignorare.

La Regione Lazio si è costituita in giudizio sollevando preliminare eccezione di irricevibilità del gravame per tardività in relazione all'impugnazione della determinazione G10816 del 28 luglio 2017, ritualmente pubblicata sul BURL n. 63 del 10 agosto 2017, concludendo, comunque, con articolate argomentazioni, per il rigetto del ricorso in quanto infondato, alla luce dell'iter seguito per l'adozione del nuovo provvedimento

di concessione della risorsa idrotermale al Comune di Viterbo e della applicabilità alla fattispecie della direttiva 2006/123/CE.

Si è costituito in giudizio anche il Comune di Viterbo, sollevando eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza delle fondamentali condizioni dell'azione, stante l'assenza in capo alla ricorrente di una posizione qualificata che giustifichi l'impugnativa avverso l'affidamento della sub concessione dell'acqua termale, essendo il rapporto a suo tempo instaurato (ed insorto in esito dell'espletamento di una procedura di evidenza pubblica) cessato in epoca ampiamente antecedente all'indizione della procedura, nonché in considerazione della insussistenza di clausole immediatamente escludenti. La difesa dell'amministrazione ha, inoltre, eccepito l'inammissibilità del secondo motivo di ricorso, incentrato sulla esclusione dell'oggetto dell'affidamento di applicazione direttiva 2006/123/CE, venendo in rilievo un potere discrezionale dell'ente con preclusione per il giudice amministrativo di esercitare un potere sostitutivo in un alveo prettamente valutativo, qual è quello nel quale il Comune ha deciso di optare per l'affidamento tramite evidenza pubblica. Nel merito, inoltre, la difesa dell'amministrazione ha articolato ampie e pertinenti

controdeduzioni concludendo per l'infondatezza del gravame.

Con ordinanza n. 168 del 2018 questa Sezione ha rigettato la domanda cautelare, valutando insussistenti entrambi i requisiti prescritti del fumus boni iuris e del periculum in mora.

Le parti hanno, dunque, prodotto ulteriori atti e documenti a sostegno delle rispettive deduzioni. In particolare, la ricorrente ha sottolineato che la legge n. 205 del 2017, con norma di interpretazione autentica, in quanto tale retroattiva, ha espressamente chiarito l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/CE **dei** procedimenti di rilascio e rinnovo delle concessioni per l'utilizzazione delle acque minerali e termali destinate all'esercizio di aziende sanitarie di cui all'art. 3, comma 1 della legge n. 323 del 2000, in possesso di determinati requisiti la cui sussistenza, in capo alla società, è stata comprovata con produzione della relativa certificazione. La società, inoltre, ha rappresentato di aver partecipato alla procedura indetta con il bando impugnato con il ricorso introduttivo del presente giudizio e di essere risultata aggiudicataria, insistendo, tuttavia, per la sussistenza del proprio interesse alla definizione del giudizio nel merito, stanti i diversi oneri connessi a tale

procedura, non essendo state ancora definite le iniziative, pure medio tempore assunte dalla stessa amministrazione, dirette al superamento dell'affidamento scaturito dalla procedura di evidenza pubblica attraverso un affidamento diretto. La difesa della ricorrente ha, altresì, articolato deduzioni in replica alle eccezioni e argomentazioni delle controparti.

All'udienza pubblica del 13 novembre 2019 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene preliminarmente di dichiarare, in accoglimento dell'eccezione sollevata dalla difesa dell'amministrazione regionale, la parziale irricevibilità del ricorso, limitatamente alla impugnazione della determinazione G10816 del 28 luglio 2017, avente ad oggetto il la concessione mineraria di acqua termominerale denominata "Bullicame", sita nel Comune di Viterbo e la costituzione delle zone di protezione igienico- sanitaria ed ambientale.

1.1. E' comprovato in atti che suddetta determinazione ha costituito oggetto di pubblicazione sul BURL n. 63 del 10 agosto 2017, conformemente alle previsioni di cui alla l.r. n. 90 del 1980, con la conseguenza che alla data di proposizione del ricorso introduttivo del presente

giudizio – notificato il 22 novembre 2017 e depositato il successivo 7 dicembre 2017 –, anche considerando il periodo di sospensione feriale, era già irrimediabilmente decorso il termine decadenziale prescritto dall'art. 41, comma 2 c.p.a..

1.2. Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della ricorrente, inoltre, la predetta determinazione ha previsto espressamente l'affidamento in subconcessione esclusivamente in esito a procedure di evidenza pubblica (inequivoca, in tal senso, la locuzione “in ogni caso” che figura in plurimi punti del provvedimento, tanto nella parte relativa ai “considerato” quanto nella parte dispositiva), avendo cura anche di esplicitare le ragioni alla base del vincolo prescritto, individuate nel “*primario obiettivo di rendere possibile lo sfruttamento economico di tipo concorrenziale ed in grado di stimolare la crescita del settore termale, tramite l'introduzione di un'offerta proveniente da un numero più ampio possibile di operatori e incentivare miglioramenti qualitativi dell'offerta da parte del sub-concessionario*”. Nella parte impositiva del vincolo in argomento, dunque, la determinazione presenta i connotati della immediata lesività in rapporto alle prospettazioni di parte ricorrente, con conseguente sussistenza in capo a quest'ultima di un onere di immediata impugnazione.

2. Il Collegio, pur rilevando che talune deduzioni articolate nel ricorso introduttivo risultano superate dagli sviluppi successivi – il riferimento è, segnatamente, alla preclusione, originariamente asserita da parte ricorrente, della possibilità di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, poi smentita dalla circostanza che, come chiarito dalla medesima società, non solo ha partecipato alla selezione ma è risultata aggiudicataria – ritiene di poter prescindere dall'esame delle ulteriori eccezioni sollevate dalla difesa dell'amministrazione comunale, stante l'infondatezza del ricorso nel merito.

3. Il Collegio deve, in primo luogo, rilevare che dalla documentazione versata in atti emerge che la società ricorrente era pienamente consapevole della discrasia temporale **dei** due distinti rapporti instaurati, quello di concessione dello stabilimento termale in proprietà comunale e quello di subconcessione dello sfruttamento della risorsa termale, il primo avente una durata complessiva, includendo il rinnovo tacito, di anni quaranta ed il secondo, invece, previsto per una durata di anni venti. La stessa ricorrente, peraltro, ha lealmente e correttamente attestato, nell'articolazione difensiva, che tale differente durata del rapporto è scaturita da un

espressa condizione, stabilita, in sede di autorizzazione regionale con deliberazione della Giunta n. 6402 del 27 ottobre 1987 – con la quale è stato, altresì, disposto il rinnovo della concessione mineraria in favore del Comune di Viterbo per trent'anni – che, giova precisare, non consta aver costituito oggetto di alcuna impugnativa, risultando, peraltro, pienamente conforme alle previsioni dell'art. 1, comma 20 della l. n. 283 del 1961, all'epoca vigente.

3.1. La società ha ritenuto, dunque, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, congruo l'assetto di interessi definito con la sottoscrizione **dei** due addenda al contratto (rep. n. 21717/125 e rep. n. 21718/126) del 4 luglio 1990, dai quali, tuttavia, contrariamente a quanto dedotto, non deriva alcun obbligo per l'amministrazione di procedere ad un affidamento diretto della subconcessione in favore della ricorrente.

3.2. E, invero, come emerge dall'esame di tali clausole, l'amministrazione comunale si è impegnata ad assicurare *“l'assoluta priorità nell'approvvigionamento **dei** quantitativi di acqua termominerale del Bullicame, necessaria al corretto funzionamento dello stabilimento termale”*, che, come reso palese dalla formulazione letterale, non implica alcun vincolo ad un affidamento diretto. Del pari, è significativo

rilevare che anche in relazione all'altro impegno, costituito dalla promozione da parte dell'ente di iniziative dirette ad assicurare alla società odierna ricorrente, senza alcun onere aggiuntivo, la disponibilità delle acque termominerali per l'intero periodo di durata del rapporto concessorio, la clausola ha considerato i vincoli derivanti dalla legge, dovendosi, comunque, escludere una identificazione della disponibilità **dei** quantitativi di prelievi necessari al funzionamento dello stabilimento termale con un rinnovo in favore della ricorrente ovvero una proroga del rapporto di subconcessione e ciò a prescindere dalla considerazione che i principi, anche di matrice eurounitaria che governano la materia, non possono essere elusi mediate l'introduzione di moduli convenzionali aventi l'effetto di conservare in capo all'affidatario il diritto ad utilizzare per finalità economiche la risorsa oltre il termine di durata della subconcessione. A ciò aggiungasi che, come pure rilevato da questo Tribunale, *“l'addendum n. 1 ... risulta formalmente volto a recepire le modifiche al contratto richieste dalla Regione Lazio, con lo stesso provvedimento approvativo di G.R. n. 6402 del 1987 già sopra richiamato, adottato ai sensi della l. 3 aprile 1961, n. 283, ...allora vigente, che, proprio per adeguare il testo a quanto previsto dalla predetta legge, ha introdotto alcune*

prescrizioni, tutte finalizzate a eliminare la possibilità di rinnovare il contratto alla scadenza del periodo ventennale e per un ugual periodo di tempo” (cfr. Sez. I quater, 28 marzo 2017, n. 3958).

4. Del tutto legittimamente e doverosamente l'amministrazione comunale ha, quindi, proceduto all'indizione della procedura selettiva per l'affidamento della subconcessione, successivamente alla cessazione, sin dal 31 luglio 2014, del rapporto precedentemente instaurato dalla ricorrente.

4.1. Non è in contestazione, infatti, che il termine di durata della subconcessione, originariamente venuto a scadenza alla data del 31 marzo 2013, ha costituito oggetto di una proroga della quale la ricorrente ha beneficiato fino al 31 luglio 2014. Successivamente a tale data l'amministrazione, che pure avrebbe dovuto con ogni sollecitudine provvedere all'indizione della procedura selettiva per l'affidamento in subconcessione della risorsa, ha disposto, con deliberazione del Consiglio comunale n. 107 del 24 luglio 2014, l'affidamento della risorsa alla ricorrente in qualità di custode, sia pure con facoltà di sfruttamento entro i limiti espressamente stabiliti, sino all'espletamento della procedura e, comunque, non oltre la data del 26 ottobre 2017. Per completezza il Collegio

sottolinea che tale deliberazione è stata impugnata dalla società **Terme dei Papi** con ricorso iscritto al numero di R.G. 12915 del 2014, definito da questa Sezione con sentenza di rigetto, n. 13758 del 2015, con la quale pure è stata, tra l'altro, esclusa la configurabilità in capo alla ricorrente della sussistenza di valide pretese riconducibili al rapporto precedente e, in particolare, a quanto riportato negli addenda 1 e 2 alla convenzione 4 luglio 1986. Detta sentenza, sebbene impugnata in appello, non ha costituito oggetto di alcuna sospensione, avendo il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza n. 2624 del 2016, rigettato la relativa domanda.

4.2. Il Collegio deve rilevare che a fronte della intervenuta cessazione del rapporto di subconcessione la ricorrente può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova subconcessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di subconcessione uscente, con la precisazione che l'affidamento in custodia, pur consentendo sul piano sostanziale la prosecuzione dello sfruttamento della risorsa conformemente agli interessi pubblici implicati, ha reso vieppiù evidente la cesura rispetto al precedente rapporto che tale sfruttamento legittimava.

4.3. Nel sottolineare, inoltre, che il vincolo alla indizione

da parte dell'amministrazione comunale di una procedura selettiva per l'affidamento della subconcessione direttamente deriva dalle prescrizioni imposte dalla Regione Lazio, inequivoche nello stabilire la necessità dell'evidenza pubblica, le quali, come rilevato nei precedenti capi della presente pronuncia, non hanno costituito oggetto di tempestiva impugnazione, il Collegio ritiene di svolgere considerazioni ulteriori.

5. In relazione alla esclusione delle attività termali dalla c.d. direttiva Bolkenstein, il Collegio evidenzia che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 117 del 2015, ha sottolineato che l'attività di sfruttamento oggetto di concessione termominerale ricade nel campo applicativo della direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/UE, attuata dal decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, posto che tali fonti hanno ad oggetto *«qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione»* (art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 59 del 2010), salve le eccezioni specificamente indicate. Nella sopra indicata pronuncia è stato chiarito che: *«Tra tali eccezioni non rientra lo sfruttamento delle acque termali per fini terapeutici ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera b), del D.Lgs. n. 59 del 2010, come questa Corte ha già ritenuto, dichiarando l'illegittimità*

costituzionale di una norma regionale campana che aveva sottratto le concessioni termominerali al campo applicativo del d.lgs. n. 59 del 2010, in quanto afferenti alle attività sanitarie (sentenza n. 235 del 2011)». Nell'escludere la legittimità di proroghe automatiche **dei** rapporti concessori, la Corte Costituzionale ha rimarcato l'imprescindibilità del ricorso a procedure di evidenza pubblica idonee a favorire l'ingresso nel mercato di altri operatori economici scongiurando rischi di alterazione della concorrenza, in conformità al diritto eurounitario.

5.1. Vero è che, come dedotto dalla ricorrente nelle proprie memorie, la legge n. 205 del 27 dicembre 2017, entrata in vigore in data 1 gennaio 2018, e, dunque, successivamente all'indizione della procedura impugnata, ha stabilito, all'art. 1, comma 1094, quanto segue: *«Al fine di pervenire ad una piena e corretta attuazione della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, e nel contempo consentire il raggiungimento degli specifici obiettivi connessi all'attività di assistenza e cura in ambito termale, favorendo la ripresa degli investimenti nel settore, l'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, recante attuazione della citata direttiva 2006/123/CE, si interpreta nel senso che le disposizioni del medesimo decreto legislativo n. 59 del 2010 non si*

*applicano al rilascio e al rinnovo delle concessioni per l'utilizzazione delle acque minerali e termali destinate all'esercizio dell'azienda termale in possesso delle autorizzazioni sanitarie di cui all'articolo 3, comma 1, della legge 24 ottobre 2000, n. 323, qualora il fatturato della stessa azienda, riferibile alle prestazioni termali e alle piscine termali, ove esistenti e come individuate dalla disciplina interregionale in materia, sia stato prevalente, nei due anni precedenti l'istanza di rilascio o di rinnovo, rispetto a quello delle attività di cui all'articolo 3, comma 2, della medesima legge. La prevalenza deve risultare da una specifica certificazione rilasciata dai revisori **dei** conti e formulata sulla base della contabilità analitica aziendale».*

5.2. Nell'attestare che la ricorrente ha prodotto in giudizio la certificazione prescritta dalla sopra riportata disposizione, il Collegio, tuttavia, non ritiene tale previsione idonea a fondare un apprezzamento favorevole in merito alla pretesa della ricorrente.

5.3. Sulla qualificazione in termini di norma di interpretazione autentica della disposizione in esame, in quanto tale connotata da una efficacia retroattiva, possono, invero, nutrirsi dubbi, sia in quanto – come reso evidente dalla richiamata giurisprudenza costituzionale risalente al 2015 – tale previsione non si è inserita in un contesto caratterizzato da grave incertezza normativa

ovvero da forti contrasti giurisprudenziali, risultando ampiamente consolidato l'orientamento diretto a sostenere la piena applicabilità della c.d. direttiva Bolkenstein anche in relazione all'attività di sfruttamento delle risorse termominerali, sia in quanto l'opzione ermeneutica indicata nell'art. 1, comma 1094 della L. n. n. 205 del 2017 non rinviene il proprio fondamento nella cornice della norma interpretata. In tal senso militano i presupposti giustificativi della previsione, espressamente individuati nell'esigenza di *“consentire il raggiungimento degli specifici obiettivi connessi all'attività di assistenza e cura in ambito termale, favorendo la ripresa degli investimenti nel settore”*.

6. Anche a prescindere da tali considerazioni, dalla previsione non scaturisce il vincolo preteso dalla ricorrente e, cioè, la stessa non determina una esautorazione delle prerogative delle amministrazioni in ordine alle modalità di affidamento di beni e risorse pubbliche, esercitate, nella fattispecie, in primis dalla Regione Lazio con l'imposizione delle prescrizioni non tempestivamente impugnate. Il Collegio evidenzia, inoltre, che, come chiarito dall'univoca giurisprudenza, in forza dell'art. 3 del r.d. 2440 del 1923, nonché **dei** principi eurounitari di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, l'affidamento in concessione ovvero, come

nella fattispecie, in subconcessione, deve essere preceduto da apposita gara (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6509). L'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente riguarda, infatti, anche la materia delle concessioni di beni pubblici, siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o **dei** Comuni (cfr. ex multis T.A.R. Basilicata, n. 321 del 2018).

7. La legittimità della scelta operata dall'amministrazione trova fondamento anche nella diversa prospettiva, pure oggetto di contestazioni da parte della ricorrente in relazione, in specie, alla previsioni del bando riferite ai quantitativi di acqua emungibili, della discrezionalità dell'ente, al quale certamente compete stabilire le modalità di gestione valutate più congrue nella considerazione, ineludibile, che alla data di indizione del bando gravato nessun rapporto di subconcessione era in essere tra il Comune e la ricorrente quanto alla sfruttamento della risorsa termale, oltre che nella prospettiva, imprescindibile, di salvaguardia del "bacino termale".

7.1. La determinazione **dei** quantitativi di acqua emungibili consta aver costituito oggetto di adeguata ponderazione da parte dell'amministrazione, non

emergendo, tenuto conto degli elementi prodotti in giudizio, alcuna irragionevolezza ed arbitrarietà, risultando, anzi, pienamente rispondente all'esigenza di salvaguardare l'ambiente anche sotto il profilo idrogeologico. Come già affermato da questa Sezione (sentenza n. 13758 del 2015, *cit.*), con valutazioni integralmente condivise dal Collegio: *«Proprio sotto tale aspetto specifico, assume – del resto - sicura rilevanza il c.d. studio “Piscopo” (Professore di Geologia), precipuamente volto a configurare un “piano di razionalizzazione degli emungimenti” (redatto – appare opportuno ricordare – in esito del conferimento di uno specifico incarico da parte della Regione Lazio all’Università della Tuscia di Viterbo con delibera n. 869 del 9 novembre 2007 e, poi, dalla stessa Amministrazione “adottato” con determina B6361 del 14 dicembre 2010), atteso che lo studio in parola – pur non riguardando “i quantitativi di acqua termale destinati ai singoli concessionari o sub concessionari” – costituisce comunque un utile elemento a riprova della necessità di un intervento delle Amministrazioni pubbliche a garanzia di un utilizzo “sostenibile delle risorse idrotermali”, senza, tra l’altro, trascurare lo “sviluppo delle attività imprenditoriali”, come espressamente affermato dallo stesso prof. Piscopo nelle dichiarazioni rese al “Comando Carabinieri per la Tutela della Salute” (cfr. “verbale di sommarie informazioni” in data 6 novembre 2014, prodotto in giudizio dalla*

ricorrente in data 14 luglio 2015)». Del pari, l'incidenza pregiudizievole di “pozzi abusivi” si pone quale ulteriore circostanza rafforzativa della scelta operata dall'ente, risultando, peraltro, sfornita di idonee allegazioni a supporto l'affermazione in ordine all'assenza di interventi adeguati da parte dell'ente. E, del resto, è stessa difesa della ricorrente ad affermare (pag. 16 del ricorso introduttivo) che la previsione del limite di acqua emunigibile dal Pozzetto **Terme dei Papi** non impedisce, di per sé, alla società di emungere la restante quantità necessaria al corretto funzionamento dello stabilimento da altre sorgenti, risolvendosi le contestazioni nella indicazione, invero generica, di altre alternative astrattamente possibili non ancorate ad obiettive evidenze anche quanto alla concreta praticabilità e, comunque, involgenti valutazioni discrezionali espresse dall'ente che, si ribadisce, non risultano né irragionevoli né arbitrarie, andando esenti dai vizi dedotti. A ciò aggiungasi che i limiti e le imposizioni relative ai quantitativi in argomento sono stati stabili dalla determinazione regionale del 28 luglio 2017, non tempestivamente impugnata.

8. In relazione al vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento, pure dedotto dalla ricorrente, il Collegio, nel ribadire, conformemente alla giurisprudenza consolidata,

che tale vizio è configurabile soltanto in caso di assoluta identità di situazioni di fatto e di conseguente assoluta irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, non emergente dalla documentazione in atti, evidenzia che tale censura non può essere dedotta quando viene rivendicata l'applicazione in proprio favore di posizioni giuridiche riconosciute ad altri soggetti in modo illegittimo, in quanto, in applicazione del principio di legalità, la legittimità dell'operato della p.a. non può comunque essere inficiata dall'eventuale illegittimità compiuta in altra situazione, con la conseguenza che un'eventuale disparità non può essere risolta estendendo il trattamento illegittimamente più favorevole ad altri riservato a chi, pur versando in situazione analoga, sia stato legittimamente destinatario di un trattamento meno favorevole.

9. Per completezza di analisi, il Collegio ritiene anche di evidenziare che, in una prospettiva puramente astratta, sarebbero potute, al più, residuare contestazioni in presenza di pregiudizi diretti, correlati ad inadempimenti dell'amministrazione agli obblighi assunti; nella fattispecie, tuttavia – escluso, per le ragioni sopra esposte, che tali impegni implicassero un affidamento diretto alla subconcessione – non solo non è stata proposta alcuna domanda risarcitoria ma, come emerge dalla

documentazione in atti, difetta in radice la stessa configurabilità di un danno: da subconcessionaria e, poi, da custode, la società ha continuato a sfruttare le risorse e le sfrutta attualmente, in quanto aggiudicataria dell'affidamento, con l'ulteriore notazione che dalla documentazione prodotta dalla ricorrente in data 22 ottobre 2019 emerge l'intenzione manifestata dall'amministrazione di riconsiderare l'affidamento alla luce delle previsioni dell'art. 1, comma 1094 della L. n. 205 del 2017.

10. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso va rigettato.

11. In considerazione delle peculiarità e della complessità della vicenda contenziosa, il Collegio valuta nondimeno sussistenti i presupposti per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, in parte lo dichiara irricevibile e per la restante parte lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno
13 novembre 2019 con l'intervento **dei** magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Brunella Bruno

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO