

**SENTENZA FINALE SULLA LEGITTIMITÀ DELLA DICHIARAZIONE  
DI DECADENZA DELLA CONCESSIONE NOTIFICATA DAL CANTONE TICINO  
ALLA CONCESSIONARIA EMANATA DAL**

**TRIBUNALE ARBITRALE**  
composto da:

Prof. Blaise Knapp, Ginevra, Presidente

Avv. Marc Ronca, Zurigo, Arbitro

Avv. Mario Postizzi, Lugano, Arbitro

**NELL'ARBITRATO FRA**

Il Consorzio formato dalla **Thermoselect SA** e dalla **Badenwerk AG** (a cui la società **ENERGIE BADEN WÜRTEMBERG AG** è succeduta) e la **Thermoselect Ticino SA**

Parti attrici

Rappresentato da:

Avv. dott. Luciano Giudici, Via V. Vela 8, Locarno

**E**

lo **Stato della Repubblica e Cantone Ticino**

Parte convenuta

Rappresentato da:

Avv. dott. Arnaldo Bolla, Piazza Cioccaro 8, Lugano

## IL TRIBUNALE ARBITRALE

\* \* \*

### **considerato/considerata**

- l'atto di concessione 19 dicembre 1997 (qui di seguito: Concessione), con il quale il Cantone Ticino (qui di seguito: Cantone) ha affidato al Consorzio formato dalla ditta Thermoselect SA, con sede a Locarno, e dalla Badenwerk AG, con sede a Karlsruhe (qui di seguito: Consorzio), il compito di progettare, eseguire e gestire un impianto di termodistruzione dei rifiuti solidi urbani ed assimilabili nonché di fanghi di depurazione;
- l'articolo 25 della Concessione, secondo cui "Ogni controversia concernente le clausole con carattere bilaterale del presente atto di concessione e di eventuali accordi al medesimo connessi, segnatamente circa la loro esistenza, validità, interpretazione, esecuzione od inesecuzione, che sorgesse prima o dopo il suo termine, è deferita al giudizio inappellabile e secondo diritto di un Tribunale arbitrale di tre membri";
- la decisione 16 gennaio 2001 di costituzione del Tribunale arbitrale, con la quale quest'ultimo ha constatato che (a) tramite lettera introduttiva 25 ottobre 2000, il Consorzio - al quale si era aggiunta la società Thermoselect Ticino SA - aveva designato in qualità di arbitro Marc Ronca, avvocato a Zurigo; (b) tramite lettera 23 novembre 2000, il Cantone aveva designato in qualità di arbitro Mario Postizzi, avvocato a Lugano; (c) che questi ultimi avevano accettato l'incarico, con designazione di Blaise Knapp, Professore a Ginevra, in qualità di Presidente del Tribunale arbitrale, funzione dallo stesso accettata;
- il primo memoriale sommario delle attrici (richiesta di arbitrato) depositata il 20 marzo 2001;
- l'eccezione di incompetenza del Tribunale arbitrale sollevata dal Cantone con memoriale 19 aprile 2001, in base al quale la clausola di concessione in oggetto non

sarebbe una clausola "di natura bilaterale" ai sensi dell'art. 25 della Concessione, per cui sarebbe esclusa la competenza del Tribunale arbitrale;

- il memoriale di risposta all'eccezione di incompetenza depositato dal Consorzio e da Thermostelect Ticino SA il 19 giugno 2001;
- che, a seguito dell'esposto verbale dettagliato (reso dal Presidente nel corso dell'udienza del 3 luglio 2001) dei motivi per i quali il Tribunale arbitrale si considerava competente, il rappresentante del Cantone ha rinunciato all'eccezione presentata e ad una decisione scritta su questo punto;
- che, nel corso della stessa udienza, un rappresentante delle parti attrici ha dichiarato che lo scritto 20 marzo 2001 costituiva anche il primo memoriale di merito del Consorzio;
- che in occasione della stessa udienza, con l'accordo delle parti, si è stabilito che il Tribunale arbitrale avrebbe dapprima deciso la questione della fondatezza della richiesta del Consorzio e di Thermostelect Ticino SA, secondo il quale "i requisiti di decadenza della concessione del 19 dicembre 1997 di cui all'art. 10.2 secondo comma della concessione stessa non sono soddisfatti";
- che, di conseguenza, il prosieguo della procedura ha riguardato esclusivamente la questione qui sopra menzionata;
- la risposta 12 settembre 2001 del Cantone;
- la replica parziale di merito, "limitata al principio della responsabilità del Cantone", presentata dalle parti attrici il 15 dicembre 2001;
- la duplice 25 gennaio 2002 del Cantone;
- l'udienza istruttoria 10 aprile 2002, nel corso della quale sono stati sentiti il signor Günter Kiss, della ditta Thermostelect SA; la signora Gudula Freytag, direttrice del

marketing di Thermoselect SA; (parzialmente) il signor Marco Borradori, Consigliere di Stato del Cantone Ticino;

- l'udienza d'istruzione, che si è estesa ai giorni 4, 5, 6 e 7 giugno 2002, con audizione (in parte in lingua italiana, in parte in lingua tedesca) delle seguenti persone: il signor Jürgen Riegel, "Geschäftsführer" della Thermoselect SA; il signor Christoph Marugg, collaboratore della società Basler & Hofmann; il signor Wilhelm Markiewicz, "Projektleiter" della Thermoselect SA; la signora Barbara Kaiser, "Leiterin" del "Genehmigungsmanagement Thermoselect Südwest" e, in precedenza, "Projektleiterin Karlsruhe TÜV Pfalz"; il signor Norbert Sturm, "Justiziar" della "Energie Baden-Württemberg für das gesamte Geschäftsfeld Thermoselect"; il signor Marco Borradori, Consigliere di Stato del Cantone Ticino per la completazione dell'interrogatorio del 10 aprile 2002; il signor Guido Corti, consulente giuridico del Cantone Ticino; il signor Moreno Celio, capo della Sezione Pianificazione Urbanistica presso il Dipartimento del Territorio del Cantone Ticino, già coordinatore della problematica sullo smaltimento dei rifiuti; il signor Vinicio Malfanti, avvocato, capo dei Servizi Generali del Dipartimento del Territorio; il signor Tuto Rossi, avvocato di Thermoselect SA; la signora Renza De Dea, già membro del Consiglio d'amministrazione di Thermoselect SA;
- che, nel corso dell'udienza del 7 giugno 2002, i rappresentanti delle parti hanno deciso (a) di rinunciare alla procedura orale prevista dall'articolo 68 della Legge di procedura federale applicabile nella fattispecie per decisione del Tribunale arbitrale 14 marzo 2002, in aggiunta al Concordato intercantonale sull'arbitrato del 1969; (b) di presentare al Tribunale arbitrale un memoriale conclusivo;
- sia il memoriale conclusivo 19 settembre 2002 del Cantone sia quello 30 settembre 2002 del Consorzio e di Thermoselect Ticino SA;
- la domanda del Consorzio e della società Thermoselect Ticino SA, parti attrici, con la quale si chiede al Tribunale arbitrale di:

*"DICHIARARE che la dichiarazione 19 settembre 2000 del Consiglio di Stato è nulla e non avvenuta; e pertanto*

*DICHIARARE che i requisiti di decadenza della Concessione del 19 dicembre 1997 di cui all'art. 10.2 secondo capoverso della Concessione stessa non sono soddisfatte; e pertanto*

*DICHIARARE che la concessione 19 dicembre 1997 è tuttora in vigore con tutti i diritti e gli obblighi che ne conseguono per le parti; e pertanto*

*CONDANNARE lo Stato e Repubblica del Cantone Ticino ad adempiere le proprie obbligazioni derivanti dalla Concessione del 19 dicembre 1997 nei confronti delle Attrici, e dando atto alle Attrici della loro intenzione e disponibilità ad adempiere le proprie obbligazioni derivanti della stessa Concessione nei confronti del Cantone Ticino; e in ogni caso*

*CONDANNARE la Stato e la Repubblica e Cantone Ticino a rimborsare l'integralità delle proprie spese e ripetibili che comprenderanno oltre all'onorario dei legali sottoscritti i costi per il lavoro effettuato dai collaboratori interni delle Attrici in relazione al presente arbitrato, nonché le spese dell'arbitrato”;*

- la domanda del Cantone, parte convenuta, con la quale si chiede di giudicare:

*“E’ accertato che la decisione del Consiglio di Stato della Repubblica e Cantone Ticino di considerare decaduta la concessione di cui alla propria risoluzione 19 dicembre 1997 numero 6622, comunicata al Consorzio Thermoselect SA/Energie Baden-Württemberg AG con lettera 19 settembre 2000 numero 3930 al patrocinatore del Consorzio, avv. Dott. Tuto Rossi, non viola la concessione medesima ed in particolare il punto 10.2 cpv. 2 della stessa.*

*Di conseguenza, preso atto della dichiarazione di decadenza della concessione da parte del Consiglio di Stato della Repubblica e Cantone Ticino, è accertata la decadenza della concessione.*

*Le spese dell'arbitrato sono a carico delle parti attrici in solido.*

*Le parti attrici consorziate sono in oltre condannate in solido a rimborsare al convenuto fr. 220.000.- di ripetibili”;*

- che il Consorzio e Thermoselect Ticino SA hanno allegato al proprio memoriale conclusivo alcuni documenti non considerati dal Tribunale arbitrale, poiché non pertinenti ai fini della presente decisione;

- l'art. 25.1 cpv. 5 secondo cui “la procedura, che è retta dal Concordato sull'arbitrato del 27 marzo 1969 – 27 agosto 1969, è fissata per il resto dal Tribunale arbitrale. Le parti rinunciano sin d'ora al deposito del lodo presso l'Autorità giudiziaria ed alla sua intimazione per il tramite dell'Autorità stessa giusta l'art. 35 cpv. 5 del citato Concordato”.
- la documentazione contenuta nell'incartamento della procedura arbitrale nonché le dichiarazioni delle persone sentite;

\* \* \*

**espone, qui di seguito, i fatti che sono risultati  
rilevanti ai fini del giudizio.**

1. Secondo l'art. 31b cpv. 1 della Legge federale sulla protezione dell'ambiente del 7 ottobre 1983 (LPAmb), modificata dalla Legge del 21 dicembre 1995 entrata in vigore il 1° luglio 1997 (corrispondente all'art. 31 cpv. 2 della LPAmb nella sua versione del 7 ottobre 1983), i rifiuti urbani vengono smaltiti dai Cantoni. Nella sua versione del 1983, la LPAmb prevedeva esplicitamente che l'esecuzione di tale compito poteva essere delegata ad imprese private. Questa precisazione manca nella versione del 1995.
2. In virtù dell'art. 36 LPAmb, l'esecuzione della legge incombe tuttavia ai Cantoni, fatta eccezione per alcune riserve non pertinenti nel caso specifico. Ne discende che spetta al diritto cantonale determinare il modo in cui tale esecuzione debba concretizzarsi.
3. L'art. 69 cpv. 1 lett. c della Legge cantonale d'applicazione della LPAmb prevede la possibilità di dare in concessione lo smaltimento dei rifiuti a terzi.
4. L'art. 61 della Legge federale sulla protezione delle acque (LPAc), nella sua versione del 24 gennaio 1991 entrata in vigore il 1° novembre 1992, stabiliva che la Confederazione avrebbe assegnato ai Cantoni (con capacità finanziaria debole o

media) dei sussidi per la messa in funzione di "installazioni per l'eliminazione o il riciclaggio dei rifiuti solidi", a condizione che la concreta realizzazione fosse iniziata nei 5 anni seguenti l'entrata in vigore della legge.

5. Questo articolo è stato modificato dalla Legge federale del 20 giugno 1997, entrata in vigore il 1° novembre 1997, il cui art. 62 cpv. 2, relativo agli impianti per i rifiuti, recita:

*"Entro i limiti dei crediti stanziati, la Confederazione assegna ai Cantoni con capacità finanziaria debole o media indennità per la costruzione e l'acquisto di impianti, installazioni e apparecchiature destinati al trattamento o al riciclaggio di rifiuti urbani, se la decisione di prima istanza sulla costruzione dell'impianto è presa prima del 1° novembre 1997. Per regioni che non dispongono ancora della capacità necessaria, il Consiglio federale può prorogare tale termine, al più tardi fino al 31 ottobre 1999, sempreché che le circostanze lo richiedano".*

6. In data 1° novembre 1997, non era ancora stata accordata nel Cantone Ticino alcuna autorizzazione di prima istanza concernente la realizzazione dell'impianto. L'autorizzazione è stata infatti rilasciata dalle autorità competenti (il Comune di Giubiasco) il 23 settembre 1999, prima della data limite del 31 ottobre 1999 ricordata al punto precedente.
7. Alla luce di questi fatti, il Consiglio federale ha, in data 20 dicembre 1999, deciso di prorogare - con effetto retroattivo - il termine previsto nell'art. 62 cpv. 2 LPAC ed ha autorizzato l'Ufficio federale dell'ambiente, delle foreste e del paesaggio (qui di seguito: BUWAL) ad accordare al Cantone delle indennità (sovvenzioni), a condizione che quest'ultimo, tra le altre cose, a far tempo dal 1° gennaio 2000, non depositasse più nelle discariche rifiuti suscettibili di essere bruciati. Questi rifiuti devono infatti ora essere trasportati in appositi impianti di smaltimento di altri Cantoni per essere inceneriti, fintanto che il Cantone non dispone di impianti propri.

8. Il 19 dicembre 1997, il Consiglio di Stato ha accordato ad un Consorzio composto dalla ditta Thermoselect SA, con sede a Locarno, e dalla ditta Badenwerk AG, con sede a Karlsruhe, una Concessione per la progettazione, l'esecuzione e la gestione di un impianto di termodistruzione dei rifiuti solidi urbani ed assimilabili nonché di fanghi di depurazione. Come è stato accertato durante l'istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale, l'impianto costruito nel Cantone Ticino doveva essere in grado di smaltire 150'000 t all'anno di rifiuti. Questo ordine di grandezza era noto al momento del rilascio dell'atto di Concessione.
9. Badenwerk AG, nel mese di ottobre 1997, si è fusa con EVS Energie Versorgung Schwaben, assumendo la ragione sociale di Energie Baden Württemberg AG con effetto retroattivo al 1° gennaio 1997. Thermoselect SA e Energie Baden Württemberg AG hanno creato, come si evince dall'iscrizione a Registro di Commercio di Bellinzona del 27 agosto 1999, una filiale, la Thermoselect Ticino SA, incaricata di adempiere le obbligazioni assunte dal Consorzio nei confronti del Cantone. Energie Baden Württemberg AG, con dichiarazione 15 settembre 1999, ha accettato di assumere i diritti e le obbligazioni di cui era stata fino a quel momento titolare Badenwerk AG. Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha - in data 1° marzo 2000 - trasferito la Concessione al Consorzio composto da Thermoselect SA e Energie Baden Württemberg AG.
10. Nella Concessione è contenuto l'art. 10.2, che recita:

*"La concessione decade, senza che il concessionario possa far valere alcuna pretesa, non appena venga accertato che, specie per ostacoli pianificatori, uno dei permessi necessari per la costruzione e per l'esercizio dell'impianto non può essere ottenuto. In questo caso, lo Stato, nel rispetto delle sue competenze, ed il concessionario adegueranno le disposizioni di questa concessione per la realizzazione e la gestione di un impianto a S. Vittore. L'impossibilità giuridica di onorare quest'ultimo impegno non comporta per le parti alcuna pretesa di risarcimento.*

*La concessione decade inoltre, senza che il concessionario possa far valere alcuna pretesa, nel caso in cui non possa essere dimostrato il buon funzionamento*

*dell'impianto attualmente in costruzione a Karlsruhe. Per buon funzionamento si intende il suo positivo collaudo da parte delle competenti autorità locali, rispettivamente lo smaltimento della totalità dei rifiuti adottati, con almeno una linea operante a pieno regime, per un periodo di 6 mesi, nel rispetto di tutte le disposizioni – specie quelle di diritto ambientale – applicabili".*

11. Nel corso delle negoziazioni poi sfociate nell'attribuzione della Concessione, la clausola di decadenza si fondava, in un primo tempo e fino al 13 novembre 1997, solamente su due elementi: (a) una clausola relativa ai permessi di costruzione; (b) una clausola, che conferiva al Consiglio di Stato la facoltà di dichiarare la concessione decaduta, nel caso in cui il Gran Consiglio del Cantone Ticino avesse rifiutato di concedere determinati crediti in relazione alla concessione.
12. Il 31 ottobre 1997, l'on. Marco Borradori, direttore del Dipartimento del Territorio, aveva proposto ai colleghi Consiglieri di Stato di aggiungere una clausola di carattere tecnico riconducibile al "buon funzionamento a pieno regime per un periodo di almeno 6 mesi dell'impianto in costruzione a Karlsruhe e la cui messa in funzionamento è prevista per il 1° gennaio 1999". Il 12 novembre 1997, il Consiglio di Stato ha preso la decisione di principio di accordare la concessione così come negoziata fino a quel momento, ma con l'aggiunta della menzionata clausola tecnica.
13. Il tenore della clausola tecnica è stato discusso con i rappresentanti del Consorzio in data 17 novembre 1997.
14. I rappresentanti del Consorzio hanno ritenuto di poter assumere il rischio industriale insito in tale clausola e dunque di accettarla. Per contro, su loro richiesta, la clausola "politica", relativa alla decadenza della concessione in caso di rifiuto del Gran Consiglio di concedere i crediti necessari, è stata definitivamente eliminata.

\* \* \*

15. L'impianto che costituiva il modello di riferimento nell'ambito dell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione doveva utilizzare la stessa tecnologia "Thermoselect" prevista per l'impianto che si intendeva costruire nel Cantone Ticino. A quell'epoca, nel 1997, Badenwerk AG, cui sono succedute dapprima Energie Baden Württemberg AG e poi una società figlia del Consorzio (Thermoselect Südwest AG), aveva appena iniziato la costruzione di un impianto di termodistruzione a Karlsruhe.
16. Nel mese di ottobre 1996, la costruzione di quest'ultimo impianto aveva ottenuto dalle autorità tedesche (il Regierungspräsidium di Karlsruhe) l'autorizzazione necessaria dal punto di vista della legislazione tedesca in materia di protezione dell'ambiente. Questa autorizzazione iniziale era subordinata a varie condizioni tecniche. Nel suo art. 10 veniva precisato che sarebbe stato concesso un periodo di prova di 6 mesi, soltanto dopo che il Regierungspräsidium di Karlsruhe – in base alle rilevazioni da parte dei servizi tecnici competenti (il Technischer Überwachungsverein Pfalz, nel seguito: TÜV Pfalz) – avesse confermato l'adempimento concreto di condizioni preliminari alla prova. Nell'autorizzazione si legge pure che l'impianto non poteva essere messo definitivamente in funzione, se non dopo la conferma - basata sulla constatazione del TÜV Pfalz - del Regierungspräsidium di Karlsruhe sul fatto che determinate esigenze tecniche erano soddisfatte.
17. L'autorizzazione iniziale è stata oggetto di diverse modifiche, su iniziativa dei costruttori, per tener conto dei cambiamenti tecnici degli impianti (in parte "wesentliche"), man mano da loro decisi durante gli anni 1997 e 1998.
18. Il Regierungspräsidium di Karlsruhe ha autorizzato l'inizio del periodo di prova di 6 mesi il 22 gennaio 1999. Su richiesta della Thermoselect Südwest AG, la competente autorità tedesca ha - in data 23 luglio 1999 - prolungato il periodo di prova di 3 mesi, v.a.d. fino al 23 ottobre 1999, con specificazione delle migliorie che dovevano essere realizzate. Il 5 novembre 1999, il Regierungspräsidium di Karlsruhe ha autorizzato "prima della messa in esercizio definitiva secondo l'art. 10" (cioè l'autorizzazione tedesca iniziale) un "befristeter Betrieb unter Regelbetriebsbedingungen", valido fino al 31 gennaio 2000. Questa fase di esercizio doveva in particolare servire a dimostrare che i valori limite concernenti la

"Betrieb der Feuerung zur Synthesegasnutzung" e che la "Verbrennung von Gas aus den Hochtemperaturenreaktoren in der Brennkammer" (trattasi di un dispositivo di soccorso d'urgenza in caso di avaria degli impianti ordinari) erano concretamente rispettati. Il 31 gennaio 2000, il Regierungspräsidium di Karlsruhe ha prolungato, alle medesime condizioni, fino al 31 marzo 2000 questo regime. Il 31 marzo 2000, viene decisa una nuova proroga del suddetto regime, fino al 30 settembre 2000, proroga comunque revocabile in ogni tempo. In quest'ultima decisione erano indicate tutta una serie di scadenze per la realizzazione di lavori e incumbenti.

19. Il 24 luglio 2000, in risposta ad una nuova domanda di Thermoselect Südwest AG inoltrata il 28 marzo 2000 (vanno in ogni caso tenute in considerazione anche i successivi cambiamenti del 4, 10 e 14 luglio 2000), domanda con la quale quest'ultima chiedeva di approvare una modifica da apportare all'impianto, il Regierungspräsidium di Karlsruhe ha espresso un dubbio fondamentale (a) sul fatto che il metodo di risanamento proposto fosse in grado di rispettare i valori limite previsti per il funzionamento della "Brennkammer" (camera di combustione); (b) sulla concreta possibilità di approvare questo metodo. La competente autorità tedesca sottolineava che un'eventuale proroga del termine al di là del 30 settembre 2000 sarebbe stata presa in considerazione solo nella misura in cui fosse proposto, in ordine al problema della "Brennkammer", un metodo convincente e suscettibile di essere realizzato in un limite di tempo ragionevole. In aggiunta, il Regierungspräsidium di Karlsruhe puntualizzava che l'impianto avrebbe dovuto essere bloccato (o comunque la sua attività ridotta) per il tempo necessario all'esecuzione dei lavori di risanamento.
20. Il costruttore, preso atto della situazione, ha deciso di ritirare la domanda 28 marzo 2000 e di trasformare il dispositivo di soccorso d'urgenza. Egli ha provveduto, in concreto, dapprima a demolire e successivamente a sostituire la "Brennkammer" aperta con una "Brennkammer" chiusa, nonché ad eseguire delle modifiche dello "Steuerungssystem". A dipendenza di questi motivi e di queste necessità, il costruttore ha preso la decisione di bloccare immediatamente l'intero impianto fino alla conclusione dei lavori.

21. Il 15 gennaio 2002, il Regierungspräsidium di Karlsruhe ha finalmente dichiarato che le condizioni previste dall'autorizzazione del 1996 (completate dalle decisioni man mano prese in fase successiva) erano realizzate. Di conseguenza, ha rilasciato l'autorizzazione alla messa in esercizio definitiva (Dauerbetriebsgenehmigung) dell'impianto costruito a Karlsruhe.
22. Da questo momento, come riconosciuto dal Consorzio e dal Consiglio di Stato durante l'istruttoria condotta nell'ambito della presente procedura arbitrale, l'impianto poteva essere utilizzato a pieno regime in modo continuo e non più esclusivamente per limitati periodi di prova. E' dunque solo a partire da questa data che il Consorzio avrebbe potuto dimostrare il buon funzionamento, a pieno regime, dell'impianto durante un periodo di 6 mesi (ciò che però non è accaduto) e, conseguentemente, realizzare la condizione contenuta nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione.

\* \* \*

23. Nel frattempo, il Cantone Ticino ha incaricato l'ufficio Basler & Hoffman AG di Zurigo (qui di seguito: B&H), rappresentato dall'ing. Marrug, (a) di controllare - d'intesa con un gruppo di lavoro appositamente creato dal Consiglio di Stato ticinese - il funzionamento dell'impianto Thermoselect di Karlsruhe; (b) di valutare la capacità di quest'ultimo di funzionare, con una linea a pieno regime, per un periodo di almeno 6 mesi.
24. Il 18 agosto 1998, B&H ha stilato un capitolato d'oneri ("Pflichtenheft"), che definisce e concretizza un certo numero di dati che il Consorzio doveva mettere a disposizione di B&H durante lo svolgimento del periodo di prova. Il capitolato d'oneri prospetta che (a) il periodo di prova di 6 mesi a Karlsruhe, fase necessaria per conseguire l'autorizzazione definitiva (Dauerbetriebsgenehmigung), avrebbe dovuto iniziare il 31 ottobre 1998; (b) non risulta possibile far funzionare una sola linea a pieno regime per 6 mesi a partire dalla fine del mese di ottobre 1998; (c) il Cantone Ticino, per ragioni di tempo legate ai sussidi federali, voleva che il programma di controllo iniziasse il più presto possibile, in ogni caso prima del mese

di gennaio 1999. A tale scopo, la capacità e l'efficacia delle tre linee costruite a Karlsruhe sarebbe stato preso in considerazione con carichi differenti.

25. Copia del capitolato d'oneri è stata consegnata ai rappresentanti del Consorzio.
26. Il 17 marzo 1999, il Consiglio di Stato ha incaricato B&H di presentare, entro il 30 giugno 1999, (a) un rapporto intermedio comprendente una valutazione completa dei controlli eseguiti presso l'impianto di Karlsruhe; (b) un rapporto finale circa il funzionamento dell'impianto, al termine del periodo di verifica di 6 mesi indicato nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione.
27. Il 18 maggio 1999, si è tenuta una riunione tra i rappresentanti del Consorzio, del Consiglio di Stato e della B&H in ordine alla questione della verifica del funzionamento dell'impianto di Karlsruhe.
28. Secondo il verbale delle decisioni prese,
  - malgrado importanti progressi nello svolgimento delle prove (confermati il giorno stesso da un funzionario del Regierungspräsidium di Karlsruhe al rappresentante di B&H), progressi che lasciavano ben sperare sul fatto che non sarebbe stato necessario prolungare il periodo di prova - e ciò nonostante la sua brevità per un impianto di tali dimensioni - alcuni ritardi non imputabili alla tecnologia "Thermoselect" hanno impedito l'inizio delle verifiche previste dalla clausola 10.2 cpv. 2 della Concessione e in conformità con le precisazioni delineate con il Consorzio e risultanti nel capitolato d'oneri della B&H;
  - il programma di verifica sarebbe decorso a partire dal 1° maggio 1999;
  - i risultati e le conclusioni del programma di verifica sarebbero stati comunicati al Consiglio di Stato mediante (a) un rapporto intermedio che doveva essere preparato entro il 30 giugno 1999 e che doveva comprendere una valutazione dei controlli eseguiti presso l'impianto di Karlsruhe fino a tale data; (b) un rapporto finale completo, da presentare alla fine del periodo di controllo di 6 mesi, così come stabilito nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione, dal quale si

dovevano evincere le conclusioni in ordine al funzionamento concreto dell'impianto;

- il Dipartimento del Territorio e il Consorzio prendono o danno atto che (a) l'impianto di Karlsruhe è sottoposto ad un periodo di prova, conformemente alle condizioni imposte dalla legislazione tedesca, che si sarebbe concluso alla fine di luglio; (b) una volta scaduto tale periodo le autorità tedesche avrebbero rilasciato "un rapporto dettagliato" (Dauerbetriebsgenehmigung).

29. Il 6 luglio 1999, B&H ha prodotto un rapporto intermedio concernente la verifica del funzionamento dell'impianto Thermoselect di Karlsruhe nel periodo tra dicembre 1998 e giugno dell'anno seguente. In questo rapporto si legge, tra l'altro, che (a) Thermoselect SA ha designato una persona di contatto per collaborare con i rappresentanti del Cantone Ticino; (b) alla fine di luglio 1999 (fine del periodo di prova) le autorità tedesche avrebbero rilasciato "un rapporto dettagliato" (Dauerbetriebsgenehmigung), con riserva della domanda di proroga di tre mesi presentata da Thermoselect Südwest; (c) "i risultati ottenuti appaiono ancora insufficienti per formulare un giudizio definitivo circa il funzionamento dell'impianto", in particolare a causa delle interruzioni di funzionamento dovute a svariati nonché imprevisi problemi tecnici. A seguito del sopralluogo del 13 luglio 1999, B&H ha rassegnato - il 27 luglio 1999 - un rapporto supplementare, dal quale traspare che i miglioramenti registrati all'inizio di luglio permettono un giudizio più favorevole di quello formulato in precedenza.
30. Il 16 novembre 1999, B&H ha presentato un rapporto intermedio di verifica del funzionamento dell'impianto di Karlsruhe per il periodo dal 1° maggio al 31 ottobre 1999. In questo rapporto si pone in risalto che (a) la "Dauerbetriebsgenehmigung" non è stata rilasciata nel mese di luglio 1999; (b) il periodo di prova è stato prolungato di tre mesi, per apportare all'impianto le migliorie necessarie allo scopo di realizzare i controlli richiesti dall'ordinamento giuridico tedesco; (c) le condizioni previste nella clausola 10.2 cpv. 2 della Concessione non sono ancora soddisfatte. Viene comunque espresso un giudizio sostanzialmente positivo, malgrado vari ritardi dovuti alla sottovalutazione della difficoltà inerenti alla realizzazione dell'impianto, tenuto conto del fatto che si tratta di una tecnologia nuova e

complessa. Nel rapporto intermedio si precisa che, a seguito della decisione 5 novembre 1999 del Regierungspräsidium di Karlsruhe, le tre linee costruite a Karlsruhe avrebbero potuto eliminare i rifiuti a pieno regime. In forza di questa decisione e sulla base dei buoni risultati ottenuti recentemente, la fase decisiva del programma di verifica - previsto all'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione - avrebbe potuto iniziare.

31. In una "nota per il dossier" del 23 luglio 2000, l'ing. Marugg di B&H ha concluso che può essere globalmente dato un giudizio positivo sulla capacità di funzionamento della tecnologia Thermoselect, nonostante le interruzioni relativamente numerose dovute agli interventi di modifica necessari per l'impianto tedesco.
  
32. Infine, B&H ha consegnato il 10 agosto 2000 un rapporto finale per il periodo 1° maggio 1999 -31 luglio 2000, manifestamente redatto prima della fine del mese di luglio. Il rapporto esordisce indicando che, malgrado il sistema abbia funzionato a regimi elevati, lo smaltimento dei rifiuti a pieno regime non è stato possibile fino alla primavera 2000 e che "di conseguenza, in termini quantitativi di rifiuti smaltiti, l'obiettivo posto nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione non è stato raggiunto, non avendo nessuna delle tre linee operato a pieno regime senza interruzioni per un periodo di 6 mesi". Lo stesso rapporto aggiunge che (a) "è comunque possibile esprimere una valutazione favorevole basandosi sull'esperienza acquisita da Thermoselect nel montaggio, la messa in servizio e l'esercizio a regimi elevati dell'impianto di Karlsruhe"; (b) non esiste altra tecnologia disponibile per raggiungere risultati comparabili a quelli ottenuti con la tecnologia "Thermoselect".

\* \* \*

33. Le modalità di applicazione dell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione, premessa la mancanza di una scadenza per la concreta realizzazione delle condizioni stabilite, sono state oggetto di un'abbondante corrispondenza tra le parti, nonché di varie discussioni tra il Consiglio di Stato e il Consorzio. Questi ultimi erano entrambi concordi nel ritenere che le condizioni dovessero essere realizzate al più presto.

34. Giova pertanto rammentare le prese di posizione del Consiglio di Stato e del Consorzio.
35. Il capitolato d'oneri allestito il 18 agosto 1998 da B&H, mandataria del Consiglio di Stato, indica che (a) secondo le dichiarazioni di un rappresentante del Consorzio, il periodo di prova di 6 mesi sarebbe dovuto iniziare il 31 ottobre 1998 a Karlsruhe; (b) non sarebbe dunque stato possibile far funzionare una sola linea a pieno regime per 6 mesi a partire dalla fine di ottobre 1998; (c) il Cantone Ticino voleva avviare il programma di controllo il più presto possibile, in ogni caso prima del 1° gennaio 1999, per non perdere i sussidi federali.
36. In occasione della riunione del 18 maggio 1999, tenutasi pertanto durante il periodo di prova, presenti i rappresentanti del Consorzio, del Consiglio di Stato e di B&H, viene sottoscritto un "verbale delle decisioni prese", attraverso il quale si prende atto del fatto che (a) l'impianto di Karlsruhe é sottoposto ad un periodo di prova, alle condizioni stabilite dalla legislazione tedesca, che si sarebbe concluso a fine luglio 1999; (b) alla fine di tale periodo le autorità tedesche avrebbero rilasciato "un rapporto dettagliato" (Dauerbetriebsgenehmigung); (c) sono stati compiuti alcuni progressi importanti nello svolgimento delle prove (confermati il giorno stesso da un funzionario del Regierungspräsidium di Karlsruhe al rappresentante della B&H), così da lasciar ben sperare che non sarebbe stato necessario prolungare il periodo di prova, nonostante la sua brevità per un così grande impianto; (d) alcuni ritardi non imputabili alla tecnologia "Thermoselect" hanno impedito l'inizio delle verifiche convenute nella clausola 10.2 cpv. 2 della Concessione, secondo le indicazioni contenute nel capitolato d'oneri di B&H e delineate d'intesa con il Consorzio.

Sulla base di tali riflessioni e constatazioni, ritenuto che il termine previsto dal capitolato d'oneri non poteva essere rispettato, si decide di fissare al 1° maggio 1999 l'inizio del periodo di verifica stabilito nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione.

Questo documento è rilevante, poiché dà le prime indicazioni temporali per portare la prova del "buon funzionamento", pur con la doverosa precisazione che il Consorzio non ha comunque accettato questo termine. Ne discende che il "fattore tempo" viene (da un lato) sollevato e messo espressamente sul tavolo dal Cantone

Ticino; (dall'altro lato) non viene, come tale, rifiutato dal Consorzio. Quest'ultimo riconosce che il Cantone voleva concordare un calendario per la verifica dell'impianto di Karlsruhe e che i rappresentanti della concessionaria avevano poca scelta di fronte alle richieste pressanti del Cantone Ticino.

37. Il 2 agosto 1999, il Dipartimento del Territorio ha rammentato al Consorzio che il permesso di costruzione doveva essere rilasciato dal Comune di Giubiasco prima del 31 ottobre 1999 per permettere al Cantone di ottenere i sussidi federali. Lo stesso Dipartimento del Territorio si è preoccupato per le conseguenze del prolungamento (deciso dal Regierungspräsidium di Karlsruhe) del periodo di prova fino al 23 ottobre 1999 rispetto al programma indicato e stabilito durante la riunione del 18 maggio 1999.
38. Il 9 agosto 1999, il Consorzio ha esposto le difficoltà tecniche riscontrate e posto in risalto che il rapporto finale del TÜV Pfalz sarebbe verosimilmente stato disponibile verso la fine di ottobre.
39. Il 24 agosto 1999, il Dipartimento del Territorio ha preso atto delle spiegazioni del Consorzio, le quali sono state solo "parzialmente" rassicuranti, alla luce degli ultimi avvenimenti accaduti a Karlsruhe. Malgrado gli sforzi del Consorzio, tendenti ad ottenere la "Dauerbetriebsgenehmigung", un'incertezza permane con riguardo ai termini. Il Dipartimento del Territorio ha ribadito la "ferma intenzione di portare a conclusione in modo serio e credibile le verifiche imposte dall'art. 10.2 cpv. 2 dell'atto di Concessione". Un'"ulteriore condizione indispensabile per la continuazione delle trattative" è che "la concessione della "Dauerbetriebsgenehmigung" dovrà avvenire al più tardi entro il 23 ottobre 1999". Questa data di fine ottobre, che "assume una rilevanza fondamentale", è stata scelta perché coincide (a) con quella prevista nel programma stabilito il 18 maggio 1999; (b) con la nuova scadenza del periodo di prova secondo la legislazione tedesca; (c) con il termine ultimo per presentare la richiesta di sussidi federali.
40. Il 13 ottobre 1999, il Dipartimento del Territorio ha inviato una lettera al Consorzio che riassume il contenuto dell'incontro avuto a Karlsruhe il 2 ottobre. Nel corso di questa riunione, i rappresentanti del Consorzio hanno annunciato che la

“Dauerbetriebsgenehmigung“ sarebbe stata rilasciata entro il 23 ottobre 1999. A partire da quella data, l'impianto sarebbe stato in grado di funzionare a pieno regime. Ne discende che le scadenze previste in occasione della riunione del 18 maggio per la verifica del funzionamento per sei mesi a pieno regime dell'impianto non sarebbero state rispettate.

Per la prima volta il Dipartimento del Territorio ha fatto allusione alla possibilità di far leva sull'art. 10.2 cpv. 2 per dichiarare decaduta la Concessione. L'autorità cantonale si è dichiarata tuttavia disposta “ad esaminare una richiesta di proroga del periodo di prova che il vostro consorzio vorrà formulare ed a sottoporla al Consiglio di Stato”. Si trattava di prolungare fino al 30 aprile 2000 il periodo di 6 mesi per la verifica richiesta conformemente all'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione.

41. Il 28 ottobre 1999, il Consorzio, riferendosi alla riunione del 25 ottobre 1999, ha dichiarato che, "dopo la conclusione positiva delle ultime misurazioni, l'impianto di Karlsruhe passerà al Regelbetrieb" e che, entro breve tempo, il periodo di prova a Karlsruhe sarebbe terminato "so dass dann die in Art.10.2 der Konzession vorgesehenen Untersuchungen durchgeführt werden können".
42. Il 29 ottobre 1999, il Consiglio di Stato ha puntualizzato di avere il diritto di dichiarare decaduta la Concessione a fine ottobre. In considerazione però dell'imminente ottenimento della “Dauerbetriebsgenehmigung“ e dei risultati incoraggianti relativi ai controlli tecnici eseguiti dal TÜV Pfalz, non si è dato finora seguito a tale prospettiva. Si può pertanto "entrare nel merito circa la vostra implicita proposta concernente l'inizio del periodo di prova", a condizione che il rapporto degli esperti tecnici e l'autorizzazione del "Dauerbetrieb" siano disponibili entro il 12 novembre 1999.
43. Il 10 novembre 1999, il Consorzio ha informato il Consiglio di Stato che il Regierungspräsidium di Karlsruhe, ha rilasciato, il 5 novembre, l'autorizzazione "Regelbetrieb" e che, pertanto, il Consorzio ha adempiuto integralmente ai suoi doveri, compresi quelli convenuti nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione. Questa lettera viene confermata il 12 novembre 1999.

44. Il 19 novembre 1999, il Dipartimento del Territorio ha sottolineato che se la prima condizione dell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione sarà pienamente soddisfatta (con il rilascio della "Dauerbetriebsgenehmigung" prevista entro il 31 gennaio 2000), la seconda condizione non è però ancora realizzata. L'autorità cantonale ha invitato pertanto il Consorzio a richiedere una proroga del periodo di 6 mesi (risultante dall'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione) rispetto alle scadenze fissate in occasione della riunione del 18 maggio 1999.
45. Il 23 novembre 1999, il Consorzio ha dichiarato che la verifica del funzionamento dell'impianto di Karlsruhe per 6 mesi, conformemente all'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione, può ragionevolmente avere luogo solo una volta eseguite le misure decise dal TÜV Pfalz nel quadro della "Regelbetriebsgenehmigung", cioè dopo il rilascio della "Dauerbetriebsgenehmigung" prevista per fine gennaio 2000.
46. Il 7 dicembre 1999, il Consiglio di Stato ha scritto al Consorzio per segnalare che (a) la prima condizione dell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione è "in buona misura soddisfatta"; (b) i risultati delle verifiche del TÜV Pfalz e le decisioni più recenti del Regierungspräsidium di Karlsruhe (ovvero la decisione 5 novembre 1999 di autorizzare un "befristeter Betrieb unter Regelbetriebsbedingungen") avrebbero permesso di verificare il funzionamento dell'impianto di Karlsruhe su scala industriale per 6 mesi; (c) "nel caso in cui le condizioni esposte al punto precedente non venissero soddisfatte, il Consiglio di Stato potrà recedere dal contratto o rinegoziare il medesimo".

Pertanto, il Cantone avrebbe proceduto alle verifiche richieste a partire da fine gennaio del prossimo anno, termine fissato dal Regierungspräsidium di Karlsruhe per la decisione definitiva circa l'autorizzazione al "Dauerbetrieb" e termine ultimo per l'avvio dei 6 mesi di verifica ai sensi dell'art. 10.2 cpv 2 dell'atto di concessione (il termine in oggetto scadrà dunque al più tardi il 31 luglio 2000)".

La decisione di fissare un ultimo termine di scadenza è motivata, tra le altre cose, dalla necessità del Cantone di giungere ad una soluzione definitiva in ordine all'"esigenza che impone la verifica definitiva del funzionamento su scala industriale

della tecnologia "Thermoselect" entro un termine tale da garantire credibilità e continuità operativa alla scelta adottata nel novembre 1997".

47. Il 26 gennaio 2000, il Consorzio ha preso posizione con scritto indirizzato al Consiglio di Stato. Viene fatto presente che la Concessione non prevede alcuna scadenza del periodo di verifica. Pertanto la data del 31 luglio 2000 va considerata come termine "indicativo" e non alla stregua di ultimo termine per la conclusione del periodo di verifica di 6 mesi convenuto nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione.

Sempre nello stesso scritto, il Consorzio aggiunge: "L'art.10.2 cpv. 2 afferma unicamente che il Cantone ha a ogni momento la facoltà di dipartirsi unilateralmente dagli obblighi che gli impone la concessione, senza dover risarcimento del danno qualora non venga dimostrato *"il buon funzionamento"* dell'impianto di Karlsruhe, cioè *"lo smaltimento della totalità dei rifiuti adottati, con almeno una linea operante a pieno regime, per un periodo di 6 mesi"*, senza conferire al Cantone alcun diritto costitutivo di fissare autonomamente una scadenza con effetti sulla validità contrattuale".

48. Il punto di vista richiamato nel primo capoverso del paragrafo 47 è confermato con lettera 16 febbraio 2000 del Consorzio al Consiglio di Stato.
49. Il 3 maggio 2000, il Dipartimento del Territorio ha scritto nuovamente al Consorzio per informarlo che, a dipendenza dell'avvio a metà marzo dell'esercizio a pieno regime dell'impianto di Karlsruhe a far tempo da metà marzo, circostanza "che abbiamo avuto modo di verificare durante la visita dello scorso 14 aprile", nonché della "conferma eloquente del rispetto dei limiti di emissione in atmosfera", tutto lascia ben sperare per quanto concerne il rispetto dell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione. L'autorità cantonale ha pure posto in risalto che, nella misura in cui queste condizioni fossero mantenute nel corso dei mesi successivi "– e questo rappresenta un punto di fondamentale importanza per l'autorità cantonale – il Consiglio di Stato potrà pronunciarsi definitivamente sulla validità della concessione entro fine estate".

50. L'11 agosto 2000, si è tenuto a Zurigo, un incontro tra il Consigliere di Stato Marco Borradori (presenti pure i suoi più stretti collaboratori) e i rappresentanti del Consorzio. Lo scopo della riunione era di determinare possibili misure atte a mantenere in vita la Concessione a seguito dell'interruzione dell'impianto di Karlsruhe avvenuta a fine luglio.
51. Il 21 agosto 2000, il Consorzio ha confermato i risultati della riunione ricordata al punto precedente. Qualora il Cantone Ticino avesse accettato che la Concessione non poteva più essere dichiarata decaduta per i motivi indicati nell'art. 10.2 cpv. 2, il Consorzio avrebbe intrapreso i passi necessari, affinché Thermoselect Ticino SA avviasse i lavori di costruzione dell'impianto di Giubiasco in tempo per inaugurare "wie vereinbart" l'apertura dell'impianto al più tardi il 1° luglio 2002.

In più, "Wie in Zürich vereinbart", il Consorzio si dice pronto "in Ausführung und Erfüllung von Punkt 10.2 Abs. 2 der Konzession" a dare al Cantone una garanzia bancaria di CHF 40 mio, rimborsabile alternativamente qualora (a) "die Anlage in Karlsruhe Ihren regulären Entsorgungsbetrieb wieder aufnimmt"; (b) "die Dauerbetriebsgenehmigung erhält"; (c) "die Thermoselect Ticino SA die Entsorgung des Kehrichts im Tessin übernimmt".

52. Durante gli ultimi giorni del mese di agosto 2000, sono proseguite le trattative con l'obiettivo di consentire la continuazione delle relazioni tra il Consorzio e il Cantone Ticino.
53. Il BUWAL, debitamente consultato, il 28 agosto 2000, ha indicato al Dipartimento del Territorio che le sovvenzioni federali sarebbero state concesse solo nella misura in cui (a) fosse consentita la costruzione di un impianto di smaltimento dei rifiuti sulla base di un permesso di costruzione rilasciato, in prima istanza, entro il 1° novembre 1999; (b) fossero avviati i lavori di costruzione entro il 31 dicembre 2005. Di conseguenza, il BUWAL si è pronunciato per una proroga limitata del termine durante il quale il Consorzio beneficiario del permesso di costruzione avrebbe avuto l'opportunità di dimostrare il buon funzionamento dell'impianto di Karlsruhe.

54. Il 1° settembre 2000, il Consiglio di Stato ha informato il Consorzio che, malgrado si ritenga in diritto di dichiarare la decadenza della Concessione, intende differire tale dichiarazione fino all'accettazione, entro il 15 settembre 2000, di tre condizioni:
- Il Consorzio e il Consiglio di Stato prendono e danno atto che le condizioni alle quali il Consiglio di Stato potrebbe invocare l'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione sono realizzate.
  - Questo articolo deve essere modificato, nel senso che la Concessione è definitivamente decaduta, nella misura in cui la "Dauerbetriebsgenehmigung" non viene rilasciata dal Regierungspräsidium entro il 28 febbraio 2001. Il Consiglio di Stato ha inoltre la facoltà di dichiarare decaduta la Concessione, nell'ipotesi in cui l'impianto di Karlsruhe non abbia smaltito con due linee, almeno 25 tonnellate di rifiuti per 2 mesi consecutivi entro il 28 febbraio 2001. Il Consorzio e solidalmente i suoi due membri prestano al Cantone una garanzia bancaria di CHF 40 mio, pena la decadenza della Concessione, entro il 30 settembre 2000. La garanzia prestata è definitivamente acquisita dal Cantone, nel caso di decadenza della Concessione a dipendenza delle condizioni appena enunciate.
  - I termini di costruzione dell'impianto di Giubiasco iniziano a decorrere non appena sono rispettate le condizioni, che configurano i nuovi motivi di decadenza.
55. Il 18 settembre 2000, il Consorzio ha comunicato al Consiglio di Stato di essere pronto a rispettare i "diritti supplementari entro i termini stabiliti a Zurigo fra le due controparti" e che "ulteriori modifiche della Concessione 19.12.1997 devono essere concordate in un nuovo incontro che vi preghiamo di indire".
56. Il 19 settembre 2000, il Consiglio di Stato ha dichiarato la decadenza della Concessione.

57. A sostegno della propria domanda, il Consorzio fa sostanzialmente valere i seguenti argomenti.

- **Primo argomento:** l'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione, che è di natura contrattuale, risulta esorbitante, poiché impone al Consorzio degli obblighi che vanno al di là delle esigenze del diritto svizzero. In particolare, non è ammissibile che questo articolo faccia riferimento ad un impianto situato fuori dalla Svizzera.
- **Secondo argomento:** questo articolo è discriminatorio, nella misura in cui tocca solo il Consorzio ed è stato introdotto dopo il pubblico concorso.
- **Terzo argomento:** la norma in questione è stata imposta al Consorzio.
- **Quarto argomento:** il Cantone non poteva applicare il menzionato articolo nel settembre 2000 per più ragioni: (a) le norme di sicurezza applicabili in Svizzera erano rispettate (la dichiarazione di decadenza non è pertanto giustificata da un interesse pubblico); (b) esigere il rilascio di un'autorizzazione conforme alle norme in vigore in Germania, quando le condizioni applicabili in Svizzera sono realizzate, non rispetta il principio della buona fede e costituisce un formalismo eccessivo; (c) dichiarare la decadenza della Concessione, in assenza di un qualsiasi rischio economico o finanziario per il Cantone, viola il principio della proporzionalità.
- **Quinto argomento:** l'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione non prevede alcun termine per l'ottenimento della "Dauerbetriebsgenehmigung" e può essere invocato solo a condizione che quest'ultima sia definitivamente rifiutata. Ciò non era il caso in data 19 settembre 2000, quando il Cantone ha notificato la decadenza della Concessione.
- **Sesto argomento:** il Consorzio non ha mai accettato termini di scadenza per realizzare quanto stabilito nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione, che prevede due condizioni alternative.

- **Settimo argomento:** introdurre un termine per l'applicazione dell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione richiede necessariamente, in virtù del principio del parallelismo delle forme, una pubblicazione ufficiale.
- **Ottavo argomento:** il buon funzionamento dell'impianto di Karlsruhe è stato dimostrato con il rilascio, il 5 novembre 1999, dell'autorizzazione di "befristeter Betrieb unter Regelbetriebsbedingungen".
- **Nono argomento:** le nuove proposte del 1° settembre 2000 erano impossibili da rispettare, circostanza di cui era pure consapevole il Cantone. Esse non sono state pertanto formulate in buona fede.

58. A sua difesa, il Cantone Ticino fa essenzialmente valere che:

- **Primo argomento:** il punto centrale che ha preoccupato il Cantone Ticino (e ha motivato l'inserimento dell'art. 10.2 cpv.2 nella Concessione) non è quello di sapere se la tecnica "Thermoselect" sia efficace in sé, ma piuttosto di sapere se questa tecnica funziona efficacemente sul piano concreto. Tale prova non è stata fornita.
- **Secondo argomento:** le parti hanno ammesso il carattere cumulativo delle condizioni previste nel citato articolo ed hanno fissato delle scadenze per la sua realizzazione.
- **Terzo argomento:** l'interesse pubblico esige che un compito pubblico sia eseguito nelle migliori scadenze.
- **Quarto argomento:** l'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione è valido e non può essere messo in discussione dal profilo del diritto pubblico e del diritto privato.
- **Quinto argomento:** la mancata indicazione di una scadenza temporale nella Concessione impone l'applicazione dell'art. 75 CO, in forza del quale può essere chiesto ed eseguito immediatamente l'adempimento di un'obbligazione

quando il tempo non sia determinato né dal contratto né dalla natura del rapporto giuridico.

- **Sesto argomento:** le altre argomentazioni formulate dal Consorzio sono contestate.

\* \* \*

**Premessi i fatti esposti precedentemente, valgono le seguenti  
considerazioni in diritto**

59. Il decreto 19 dicembre 1997 del Consiglio di Stato, adottato nel quadro della legislazione federale e cantonale, è un atto unilaterale che conferisce una Concessione con la quale il Consorzio ha ricevuto ed accettato la responsabilità di progettazione, di esecuzione e di gestione, a suo rischio e pericolo, di un impianto di termodistruzione di rifiuti solidi urbani ed assimilabili nonché di fanghi di depurazione per conto del Cantone Ticino.
60. Questa Concessione, come ogni altra concessione, prevede sia delle disposizioni suscettibili di essere modificate unilateralmente dal concedente sia delle disposizioni bilaterali, che creano dei diritti acquisiti per il concessionario, diritti che possono essere modificati (con riserva della possibilità di indennizzo a favore di quest'ultimo) soltanto di comune accordo tra il concedente ed il concessionario. In forza del principio del parallelismo delle forme, anche la modifica, negoziata e convenuta tra il concedente e il concessionario, di disposizioni "bilaterali" della concessione può esplicare i suoi effetti solo dopo essere stata incorporata nella concessione tramite un atto unilaterale del concedente. Questa situazione è espressamente stabilita nell'art. 19 della Concessione.
61. In base alla giurisprudenza del Tribunale Federale (con richiamo, ad esempio, del DTF 80 I 247), si configura una clausola contrattuale in una concessione, quando la stessa (a) non trova la sua fonte nella legge; (b) esce dal quadro tracciato da

quest'ultima; (c) ha per oggetto una situazione particolare non prevista dal legislatore ed è stata adottata di comune accordo tra le parti.

62. Nel caso concreto, la questione della decadenza della Concessione di progettazione, di esecuzione e di gestione di un impianto di smaltimento dei rifiuti non è oggetto di alcuna disposizione di diritto federale o cantonale. Le condizioni di decadenza indicate nell'art. 10.2 della Concessione sono state negoziate tra concedente e concessionario, i quali hanno, alla fine delle discussioni, convenuto di rinunciare ad inserire quale motivo di decadenza l'eventuale rifiuto del Gran Consiglio di elargire determinati crediti (questo motivo, dettato da ragioni politiche, era stato inizialmente proposto dal Cantone) e di inserire una clausola di decadenza di natura tecnica incorporata nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione.
63. Ne discende che l'art. 10.2. della Concessione e, in particolare, il suo cpv. 2 costituisce una clausola di natura contrattuale.
64. Il contratto di diritto amministrativo sottostà, in primo luogo, al diritto amministrativo cantonale. Secondariamente, alle norme del CO e del CC, quale diritto cantonale pubblico suppletorio. Vanno inoltre considerati i principi giuridici generali.
65. Con riguardo all'interpretazione di un contratto di diritto amministrativo, si deve ricercare la volontà comune delle parti applicando, quando questa volontà non è chiara, il principio dell'affidamento (Vertrauensprinzip), con l'avvertenza che – nel caso di contratto di diritto amministrativo – si deve tenere particolarmente conto del pubblico interesse. In situazioni di dubbio, è da presumere che non si sia perfezionato un contratto in contrasto con il pubblico interesse. Di conseguenza, non si può condividere la tesi del Consorzio e della Thermostelect Ticino SA quando richiamano l'applicazione prioritaria della regola "in dubio contra proferentem". La tutela del pubblico interesse trova un limite nel principio dell'affidamento e dunque, in ultima analisi, nella regola della buona fede (DTF 122 I 335s). In caso di lacuna, è lecita una completazione di un contratto di diritto amministrativo (DTF 113 la 360ss), se del caso attraverso il giudice (DTF 127 II 75 con riferimento al DTF 97 II 390 cd. 10S).

66. Queste regole sono pure applicabili alle clausole contrattuali di una concessione (Zbl 1989, p. 86).

\* \* \*

### **Sulla validità e la portata dell'articolo 10.2. cpv. 2 della Concessione**

67. Il Consorzio contesta la validità come tale della clausola contrattuale contenuta nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione per svariati motivi, dedotti dal diritto amministrativo e dal diritto civile, quest'ultimo applicato a titolo di diritto pubblico suppletorio.
68. In effetti, una concessione è valida a condizione di rispettare **(a)** le regole specifiche del diritto amministrativo applicabili concretamente; **(b)** i principi generali del diritto; **(c)** particolarmente per le clausole contrattuali, le regole di diritto privato che trovano applicazione quale diritto pubblico suppletorio.
69. E' necessario domandarsi se tali principi e regole sono rispettati nella concreta fattispecie.
- Nel diritto amministrativo, risulta dalla definizione stessa del carattere contrattuale che una clausola convenzionale non riposa su alcuna base legale. Essa deve tuttavia avere un rapporto con la concessione, situazione che è concretamente data, poiché l'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione ha quale oggetto la decadenza dell'atto di concessione.
  - L'art. 10.2 (in particolare il suo cpv. 2) è motivato da pertinenti ragioni riconducibili all'interesse pubblico. In effetti, il Cantone Ticino era consapevole che la tecnologia "Thermoselect" fosse innovativa. Con riserva di un impianto sperimentale in Italia, al momento del rilascio della Concessione non esistevano impianti funzionanti. Era appena partita la costruzione di Karlsruhe ed era previsto un secondo impianto ad Ansbach. Per il Cantone Ticino era essenziale di non diventare la "cavia" (Versuchskaninchen) di una tecnologia innovativa.

L'interesse pubblico imponeva dunque che il Cantone Ticino prendesse le disposizioni necessarie per assicurarsi che l'impianto fosse conforme alle esigenze della protezione ambientale e in grado di eliminare i rifiuti, in modo continuo, durante un lungo periodo.

- L'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione non può essere considerato discriminatorio verso il Consorzio, dal momento che quest'ultimo era l'unico ad usare questa tecnologia innovativa.
- Men che meno si può sostenere che questa clausola sia inaccettabile per il fatto di rappresentare un'aggiunta rispetto al capitolato d'onere emanato nell'ambito della procedura che regola i pubblici concorsi. Al riguardo, basta considerare concretamente i rischi assunti dal Cantone Ticino nella scelta di un aggiudicatario che utilizzava una tecnologia innovativa.
- La clausola rispetta il principio della proporzionalità, poiché costituisce un mezzo adatto e necessario, tale da non imporre un onere troppo pesante al Consorzio. Quest'ultimo ha accettato coscientemente e volontariamente l'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione, come si è potuto accertare nel corso dell'istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale. In effetti, è risultato che il Consorzio ha assunto spontaneamente il rischio industriale insito nella menzionata clausola.
- Con riguardo al diritto privato - applicato a titolo di diritto pubblico suppletorio - è evidente che l'accettazione dell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione costituisce una *conditio sine qua non* per il rilascio della concessione. Ciò non significa, tuttavia, che il Cantone abbia esercitato sul Consorzio una pressione o una coercizione rilevante ai sensi del diritto privato. In effetti, si verifica frequentemente che, in occasione della negoziazione di un contratto, una parte indichi all'altra quali condizioni ritiene indispensabili ed irrinunciabili per la conclusione del contratto. Incombe allora alla controparte decidere se è in grado di assumere queste condizioni e se le accetta o meno. Nel caso specifico, il Consorzio ha compreso perfettamente lo scopo delle condizioni,

previste nell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione, proposte dal Consiglio di Stato, come si è potuto constatare durante l'istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale. Contestualmente, il Consorzio, come si è detto in precedenza, ha accettato spontaneamente i rischi industriali che queste condizioni comportavano.

70. Il Consorzio contesta pure che il Cantone abbia il diritto di inserire nella Concessione un rinvio ad una decisione di un'autorità tedesca poiché, in tal caso, si faceva dipendere la realizzazione dell'impianto di Giubiasco non dalle regole (meno esigenti) del diritto svizzero, ma da quelle più rigorose del diritto tedesco e dal rispetto delle garanzie fornite dal Consorzio alle autorità tedesche, garanzie che andavano persino al di là delle condizioni imposte dalle normative tedesche.
71. Se il risultato della clausola porta a questa situazione, va posto in risalto che il menzionato rinvio alla decisione delle autorità tedesche non comporta in ogni caso l'applicazione del diritto tedesco. Si tratta, invece, semplicemente di un rinvio ad un'unità di misura della conformità dei risultati della nuova tecnologia "Thermoselect", che si riconduce a doverose esigenze di protezione dell'ambiente. D'altronde, non si capisce perché il Consorzio dovrebbe rifiutarsi di offrire, in via supplementare, in Svizzera garanzie uguali rispetto a quelle offerte in Germania. Da ultimo, il riferimento ad una decisione delle autorità tedesche è stata ben compresa dal Consorzio, il quale ha accettato questa situazione, considerata alla stregua di normale rischio industriale.
72. Alla luce di queste considerazioni, la Concessione, ivi compreso l'art. 10.2. cpv. 2, è perfettamente valida. Il Consorzio sarebbe, in ogni caso, precluso nella possibilità di eccepirne la non validità, poiché il vizio invocato non rappresenta un motivo di nullità assoluta.
73. La Concessione ha cominciato ad esplicare i suoi effetti dal momento che il Consorzio ne ha ricevuto notifica nel dicembre 1997. E' in particolare sulla base della Concessione che (a) è stato rilasciato, il 23 settembre 1999, dal Comune di Giubiasco, il permesso di costruzione; (b) sono stati eseguiti a Karlsruhe i controlli

da parte di B&H; (c) il Consiglio di Stato ha dichiarato la decadenza della Concessione, nel settembre 2000.

74. L'art. 10.2. cpv. 2 prevede che la Concessione avrebbe cessato di esplicitare i suoi effetti "nel caso in cui non possa essere dimostrato il buon funzionamento dell'impianto attualmente in costruzione a Karlsruhe".
75. Questa clausola configura una condizione risolutiva. Su questo tema giuridico vi è perfetta concordanza tra le parti, come è stato chiarito nel corso dell'istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale. Le conseguenze giuridiche del realizzarsi, o non realizzarsi, di un fatto futuro incerto (in concreto: la prova di "buon funzionamento"), con i relativi rischi e pericoli, ricadono sulla testa e sulle spalle di chi ha interesse a veder realizzato, o non realizzato, questo fatto.
76. Nel caso concreto, tra Consorzio e Cantone Ticino si è dibattuto sulla questione se la definizione di "buon funzionamento" inserita nell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione ("il suo positivo collaudo da parte delle competenti autorità locali, rispettivamente lo smaltimento della totalità dei rifiuti adottati, con almeno una linea operante a pieno regime, per almeno un periodo di 6 mesi, nel rispetto di tutte le disposizioni – specie quelle di diritto ambientale – applicabili") costituisce una condizione alternativa o cumulativa. Era richiesto un "positivo collaudo da parte delle competenti autorità locali" e "lo smaltimento della totalità dei rifiuti adottati, con almeno una linea operante a pieno regime, per almeno un periodo di 6 mesi, nel rispetto di tutte le disposizioni – specie quelle di diritto ambientali – applicabili" o **una** delle due esigenze era sufficiente per dimostrare "il buon funzionamento dell'impianto attualmente in costruzione a Karlsruhe"?.
77. E' sufficiente ricordare che i rappresentanti del Consorzio hanno accettato e confermato, in occasione delle udienze del Tribunale arbitrale, che l'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione è composto di due elementi: una prima condizione relativa al rilascio dell'autorizzazione definitiva di messa in servizio dell'impianto di Karlsruhe, a cui fa seguito, quale seconda condizione, una verifica del fatto che tale impianto permetta "lo smaltimento della totalità dei rifiuti adottati, con almeno una linea operante a pieno regime, per almeno un periodo di 6 mesi , nel rispetto di tutte le

disposizioni – specie quelle di diritto ambientale – applicabile“. La realizzazione di questa seconda condizione poteva, dunque, indiscutibilmente avvenire solo **dopo** che la prima fosse stata concretamente soddisfatta. Le parti sono oggi, a giusta ragione, d'accordo nel considerare che le due esigenze sono cumulative.

78. D'altra parte, questa interpretazione corrisponde chiaramente allo scopo di interesse pubblico perseguito dal Cantone e cioè quello di ottenere il maggior grado di sicurezza possibile per giustificare la scelta di una nuova tecnologia. Il Consorzio aveva, come l'istruttoria ha dimostrato, compreso la clausola in questo senso già durante le discussioni e in occasione della sua messa a punto nel corso dei mesi di novembre e dicembre del 1997.
79. La condizione risolutiva dell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione è particolare, poiché si riferisce, in primo luogo, ad un collaudo positivo da parte delle competenti autorità locali tedesche, dunque di un terzo, sul quale il Consorzio non ha che un potere indiretto, nella misura in cui deve attivarsi e sforzarsi di soddisfare le esigenze poste dalle autorità per superare il collaudo. Evidentemente, il Consorzio non ha una possibilità di influsso diretto in ordine alle esigenze e ai termini di rilascio dell'autorizzazione. La condizione risolutiva si riferisce, in secondo luogo, allo "smaltimento della totalità dei rifiuti adottati, con almeno una linea operante a pieno regime, per almeno un periodo di 6 mesi, nel rispetto di tutte le disposizioni – specie quelle di diritto ambientale – applicabili“. Come l'istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale ha dimostrato e come le parti convengono, questa seconda condizione - sul piano fattuale - può realizzarsi, solo dopo che si è verificata la prima condizione risolutiva. Nell'ambito della concretizzazione della seconda condizione, il Consorzio ha soltanto un'influenza parziale. Quest'ultimo non può infatti controllare la quantità di rifiuti che sono concretamente immessi nell'impianto di smaltimento, ma può tuttavia fare in modo che venga attivata una linea "a pieno regime, per almeno un periodo di 6 mesi, nel rispetto di tutte le disposizioni – specie quelle di diritto ambientale – applicabili“.

\* \* \*

### Sulla validità della dichiarazione di decadenza

80. Pertanto, la risposta alla domanda in ordine alla validità della dichiarazione di decadenza del 19 settembre 2000 dipende, in primo luogo, dalla questione di sapere se, quel giorno, le condizioni stabilite nell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione fossero soddisfatte. Essa dipende, in secondo luogo, dalla questione di sapere se il Cantone fosse legittimato o meno, in tale data, a dichiarare la decadenza della Concessione.
81. L'istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale ha dimostrato che, il 19 settembre 2000, le autorità tedesche **non** avevano ancora rilasciato l'autorizzazione definitiva di messa in servizio (Dauerbetriebsgenehmigung) dell'impianto di Karlsruhe. In effetti, le stesse autorità avevano - fino a quel momento - autorizzato un periodo di prova (Probetrieb) che era stato prolungato nel tempo. In fase successiva, si è passati ad un periodo di "befristeter Betrieb unter Regelbetriebsbedingungen", definito quale fase preliminare, ma comunque antecedente, rispetto alla messa in servizio definitiva dell'impianto. Questa fase era destinata a porre in essere alcune prove (in particolare, ma non esclusivamente) su un dispositivo di soccorso che non esiste nell'impianto prospettato a Giubiasco. Il "befristeter Betrieb unter Regelbetriebsbedingungen" è stato prolungato a due riprese, la seconda volta sotto forma di una autorizzazione revocabile in ogni tempo e valida fino al 30 settembre 2000.
82. Il 24 luglio 2000, l'autorità tedesca ha minacciato di non prolungare il termine indicato al punto precedente e ha dichiarato che l'impianto avrebbe dovuto essere bloccato per procedere alle riparazioni necessarie.
83. Malgrado gli sforzi importanti sostenuti dal Consorzio e da Thermoselect Südwest AG per soddisfare le condizioni di rilascio dell'autorizzazione di messa in servizio definitiva e durevole (Dauerbetriebsgenehmigung), il 19 settembre 2000 l'autorizzazione non era stata rilasciata. In effetti, come si è potuto accertare, il rilascio è avvenuto soltanto il 15 gennaio 2002. Lo smaltimento su una linea, a

pieno regime, per un periodo di 6 mesi, così come stabilito nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione, poteva iniziare soltanto dopo il 15 gennaio 2002. Il Tribunale arbitrale non ha conoscenza che una tale operazione a pieno regime, nei modi convenuti nella Concessione, sia iniziata o meno a far tempo dalla data qui sopra menzionata.

84. In data 19 settembre 2000, il Consiglio di Stato era in possesso del rapporto 10 agosto 2000 dei suoi esperti B&H. In questo rapporto (a) si esprimeva “una valutazione favorevole basandosi sull’esperienza acquisita da Thermoselect nel montaggio, la messa in servizio e l’esercizio a regimi elevati dell’impianto di Karlsruhe”; (b) si constatava però che “in termini quantitativi dei rifiuti smaltiti, l’obiettivo posto nell’articolo 10.2. cpv. 2 della Concessione non è stato raggiunto, non avendo nessuna delle tre linee operato a pieno regime senza interruzione per un periodo di 6 mesi“. Di conseguenza, il Consiglio di Stato non poteva che concludere che l’esigenza richiamata nell’art. 10.2 .cpv. 2 della Concessione in ordine alla prova del buon funzionamento, a pieno regime, dell’impianto nel corso di 6 mesi non era stata adempiuta. L’adempimento di questa esigenza non poteva concretizzarsi per definizione. In effetti, come si è stabilito nel corso dell’istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale, un funzionamento continuo a pieno regime dell’impianto non era oggettivamente possibile in Germania prima del concreto rilascio della “Dauerbetriebsgenehmigung“, vale a dire dell’ottenimento dell’autorizzazione definitiva di messa in esercizio.
85. L’impianto di Karlsruhe non soltanto non rispettava la condizione del buon funzionamento indicata nell’art. 10.2. cpv. 2 della Concessione, ma era – il 19 settembre 2000 – fuori servizio per un periodo indeterminato, allo scopo di eseguire i necessari lavori che riguardavano principalmente (ma non esclusivamente) il dispositivo di soccorso d’urgenza, che non esisteva nell’impianto previsto in Ticino.
86. Appare quindi evidente, in base a quanto si è detto, che **“il buon funzionamento dell’impianto attualmente in costruzione a Karlsruhe“ non poteva essere dimostrato il 19 settembre 2000.**
87. Rimane quindi la questione di sapere se il Cantone fosse legittimato, quel giorno, a dichiarare e notificare la decadenza della Concessione.

88. Il Consorzio e la Thermostelect Ticino SA contestano la legittimità del Cantone di dichiarare unilateralmente la decadenza della Concessione il 19 settembre 2000, poiché (a) l'art. 10.2. cpv. 2 non indica alcun termine, d'altronde mai esplicitamente convenuto tra le parti; (b) la dichiarazione di decadenza non sarebbe stata giustificata da alcun motivo di interesse pubblico; (c) l'esigenza di un'autorizzazione nel rispetto della legislazione tedesca costituirebbe un formalismo eccessivo; (d) non sarebbe conforme al principio della buona fede il mancato riconoscimento che le autorizzazioni ottenute corrispondono all'adempimento delle esigenze previste dal diritto svizzero; (e) la dichiarazione di decadenza, nella misura in cui il Cantone non corre alcun rischio, violerebbe il principio della proporzionalità.
89. E' fuor dubbio che l'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione non contiene alcun termine esplicito per fornire la prova del buon funzionamento dell'impianto di Karlsruhe.
90. L'istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale ha permesso di chiarire le ragioni che hanno portato a non indicare un termine di scadenza della prova di "buon funzionamento" nella Concessione. Non si tratta di una questione che sarebbe scappata all'attenzione del Consorzio e del Cantone, ma di una omissione deliberata dunque non determinata dal fatto che l'argomento fosse inutile, per non dire trascurabile. Il mancato inserimento di una scadenza temporale è dipeso dalla concreta impossibilità - a quel momento - di indicare un termine di scadenza, poiché l'impianto di Karlsruhe si trovava in una fase iniziale di costruzione.
91. Si pone tuttavia il problema di stabilire (a) se il Consorzio ed il Cantone, i quali desideravano entrambi che l'impianto fosse realizzato al più presto possibile, abbiano - quanto meno implicitamente - convenuto, nel 1997, un termine che limitasse l'incertezza in ordine alla durata del periodo durante il quale la validità della Concessione sarebbe stata sottoposta alla condizione risolutoria dell'art. 10.2. cpv. 2; (b) se un termine sia stato convenuto in fase successiva tra il Cantone e il Consorzio; (c) se il fatto che le relazioni tra il Consorzio e il Cantone riguardavano la realizzazione di un compito di interesse pubblico implicava un termine.

92. Si tratta quindi di accertare se le parti avessero una volontà implicita comune di fissare, anche se in modo approssimativo, un termine entro il quale veder realizzate le condizioni prospettate nell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione.

\* \* \*

93. In un caso concernente una compravendita, la cui esecuzione era sottoposta alla condizione che fosse ottenuta un'autorizzazione amministrativa, il Tribunale federale (DTF 72 II 29 e segg., decisione che ha trovato, nei suoi principi, conferma nel DTF 95 II 523 e segg.) ha precisato, in sostanza, che la volontà di non limitare il tempo durante il quale una condizione risolutoria debba essere realizzata non può essere ammessa senza motivi particolari. La portata di una condizione deve essere interpretata non solamente partendo dal suo tenore, che può essere lacunoso o impreciso, ma anche tenendo conto della volontà delle parti. Occorre, sotto questo aspetto, chiarire la finalità dell'affare e applicare il principio della buona fede, che è fondamentale nel diritto commerciale svizzero, con la conseguenza che un limite di tempo potrebbe essere stato convenuto anche nella forma tacita. Se non sussiste alcuna volontà reale delle parti e si deve quindi ammettere che il contratto presenta, nelle circostanze del caso, una lacuna, il giudice deve fissare un termine che metta fine all'incertezza. Questa situazione si verifica, quando le parti hanno pensato ab initio che la condizione sarebbe stata adempiuta rapidamente, senza immaginare ciò che sarebbe successo al contratto se la sua realizzazione (o la sua mancata realizzazione) avesse richiesto più tempo del previsto. Una durata del termine di incertezza prolungata potrebbe corrispondere alla volontà che le parti avrebbero verosimilmente avuta e manifestata, se avessero immaginato questa situazione. Sarebbe far violenza a questa volontà, presumere l'assenza di qualsiasi limite. Al contrario, occorre determinare un termine alla luce delle circostanze, della natura del contratto e del suo svolgimento normale.
94. La conclusione del Tribunale federale ha trovato conferma nella giurisprudenza (si veda, ad esempio, Sem. jud. 1990, p. 94) e nella dottrina (sempre a titolo esemplificativo, Guhl, *Das Schweizerisches Obligationenrecht*, 2000, p. 60; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 1997, p. 855).

95. Questa giurisprudenza, valida per il diritto privato, può trovare applicazione - a titolo di diritto pubblico suppletorio - anche nel quadro di una clausola contrattuale inserita in un atto di concessione e nella misura in cui non esistono norme di diritto pubblico contrarie. E' doveroso porre in risalto il fatto che il Cantone doveva dar seguito, il più rapidamente possibile, al suo obbligo imposto dal diritto federale di eliminare i rifiuti, senza poter continuare a depositarli nelle discariche pubbliche al di là del 31 dicembre 1999. Il Cantone Ticino, pertanto, era tenuto a compiere un esplicito dovere di interesse pubblico.
96. Per sapere se, nell'ambito contrattuale, vi è stata volontà concordante si deve applicare, come si è già osservato, il principio dell'affidamento. La risposta dipende dal chiarimento delle circostanze che hanno portato alla conclusione del contratto e da come potevano essere recepite (o dovevano essere recepite) le dichiarazioni di volontà e i silenzi coscienti e "comuni" del Consorzio e del Cantone. E' opportuno segnalare che le circostanze intervenute dopo la conclusione del contratto non rivelano una volontà ipotetica, bensì la volontà reale delle parti (DTF 107 II 417). Non rientrano stricto sensu nel principio dell'affidamento, ma servono per chiarire e determinare come le parti "den Vertrag seinerzeit gemeint hatten" (DTF 107 II 418; DTF 126 III 237).
97. Che il "fattore tempo" non fosse estraneo o indifferente alla Concessione è provato da più circostanze. In primo luogo, vanno nuovamente ricordate le scadenze dell'autunno - inverno 1999 per l'ottenimento dei sussidi federali e per l'eliminazione delle discariche. Secondariamente, erano state fornite, già durante le trattative (dunque nell'autunno del 1997) delle previsioni / indicazioni sulla messa in esercizio dell'impianto di Karlsruhe. Ad esempio, nello scritto 31 ottobre 1997 del Consigliere di Stato Marco Borradori si parla, con riferimento all'impianto di Karlsruhe, di messa in esercizio prevista per il 1° gennaio 1999. Inoltre, il Consorzio era convinto che, dopo i sei mesi di "Probetrieb", sarebbe stata rilasciata senza problemi la "Dauerbetriebsgenehmigung". Di conseguenza, entrambe le parti, nel dicembre del 1997, prevedevano che il positivo collaudo dell'impianto da parte delle competenti autorità tedesche (dunque della prima condizione richiamata nell'art.

10.2. cpv. 2 della Concessione) si sarebbe verificato, al più tardi, nell'estate – autunno 1999.

98. Che ci fosse ab initio, pur senza una esplicita fissazione di un termine entro il quale dimostrare il “buon funzionamento”, un “fattore tempo” da tenere debitamente in considerazione è indiscutibile. Lo ammette lo stesso Consorzio, come si è potuto accertare in sede di istruttoria. Il Consorzio era dunque cosciente sia della volontà (comune) di mantenere un programma, tale da permettere la costruzione dell'impianto di smaltimento in Ticino il più presto possibile, sia della volontà del Cantone di veder rispettati determinati termini.
99. Come si è illustrato in precedenza, anche il comportamento successivo delle parti può essere indicativo e significativo sulla loro volontà al momento della conclusione di un accordo. Da questo punto di vista, la condotta del Cantone Ticino è stata, dopo l'atto di Concessione, lineare e costante. Il Cantone, a far tempo dal 1998, partendo dal convincimento che l'impianto di Karlsruhe fosse in esercizio sin dall'inizio del 1999, ha cominciato - in prossimità di questa scadenza - ad attivarsi, affinché fosse data tempestivamente la prova di “buon funzionamento”.
100. Nell'agosto del 1998, viene elaborato il capitolato degli oneri da parte della B&H. Questo documento è stato discusso con alcuni rappresentanti del Consorzio. Dal capitolato degli oneri si evince che (a) secondo le dichiarazioni dei rappresentanti del Consorzio, il periodo di prova di 6 mesi a Karlsruhe sarebbe dovuto iniziare il 31 ottobre 1998; (b) a far tempo da questa data non sarebbe stato possibile far funzionare una sola linea a pieno regime per 6 mesi; (c) il Canton Ticino voleva che il programma di controllo cominciasse il più presto possibile e, in ogni caso, entro il 1° gennaio 1999, anche perché vi erano delle ragioni di tempo legate alla questione dei sussidi federali.
101. Alla luce di questi fatti e di queste situazioni, si può concludere che il concedente e il concessionario avevano rispettivamente conoscenza (a) dell'intenzione del Cantone di ottenere la prova del buon funzionamento dell'impianto di Karlsruhe il più rapidamente possibile; (b) della volontà del Consorzio di fornire questa prova al più presto. Pertanto, il Cantone e il Consorzio avevano una volontà comune tesa ad

eliminare, il più rapidamente possibile, l'incertezza relativa alla realizzazione o alla mancata realizzazione della condizione risolutoria dell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione.

102. Tuttavia, nessun termine preciso era stato tacitamente convenuto nel 1997, anche se l'estate 1999 e, al più tardi, la fine del 1999 sembrano essere stati considerati da entrambi per dar seguito alla dimostrazione di "buon funzionamento dell'impianto attualmente in costruzione a Karlsruhe".
103. Questi fatti permettono tuttavia di concludere che la volontà comune, come è risultata durante l'istruttoria condotta dal Tribunale arbitrale, non era di non mettere alcun limite alla durata dell'incertezza relativa al periodo durante il quale la validità della concessione sarebbe stata sottoposta alla condizione risolutoria dell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione e nemmeno di considerare che la condizione risolutoria dell'art. 10.2. cpv. 2 non avrebbe potuto essere invocata se non soltanto, "quando appaia in modo incontrovertibile che l'impianto di Karlsruhe non riuscirà *mai* a funzionare durante i 6 mesi con una linea a pieno regime", come pretende il Consorzio.
104. Questi fatti permettono, infine, di escludere un'interpretazione dell'art. 10.2 cpv. 2 della Concessione fatta dal Cantone basandosi sull'articolo 75 CO (che non torna applicabile nel caso di di condizione risolutiva) e, secondo cui il Cantone avrebbe potuto, in ogni momento, dichiarare la decadenza della Concessione invocando la mancata realizzazione della prova del buon funzionamento dell'impianto di Karlsruhe. In ogni caso, il Cantone potrebbe farlo, in forza del principio della buona fede, soltanto in presenza di motivi legittimi.
105. Con riguardo alla questione se il Consorzio e il Cantone abbiano - in un secondo tempo - fissato un termine, risulta dai rapporti di B&H, dalle discussioni tra le parti, dagli scambi di corrispondenza richiamati in precedenza, dalle audizioni condotte dal Tribunale arbitrale, che non vi è stata alcuna modifica dell'art. 10.2. cpv.2 della Concessione. D'altronde, un emendamento (nel rispetto dell'art. 19 della Concessione) avrebbe richiesto un atto unilaterale del Consiglio di Stato, così da

incorporare nella concessione questa modifica, precedentemente convenuta, nei suoi termini, da concedente e concessionario.

106. Anche se il Cantone e il Consorzio fossero stati coscienti della necessità di fissare un termine – nell'interesse di entrambi – essi non si sono comunque messi d'accordo su tale modalità di interpretazione e di applicazione dell'art. 10.2. cpv.2 della Concessione. In questo caso, senza operare alcuna modifica formale, avrebbero avuto la facoltà di precisare, rispettivamente convenire, una modalità di interpretazione ("eine spätere Partheiauslegung", come si legge in Schönenberger / Jäggi, Commentario zurighese, note 308 e 360 all'art. 18 CO, con richiamo di Oftinger, ZSR 58, p. 195) e di applicazione della Concessione.
107. Rimane aperta la questione di sapere se la natura stessa delle relazioni in essere tra Cantone e Consorzio avrebbe dato la legittimità al Consiglio di Stato di dichiarare unilateralmente decaduta la Concessione, in assenza di una clausola che fissa, esplicitamente o tacitamente, un termine per la realizzazione (o mancata realizzazione) di una condizione risolutoria.
108. Ci troviamo qui nell'ipotesi menzionata dal Tribunale Federale nel DTF 72 II 35 segg. In effetti, si è potuto accertare che sia il concedente sia il concessionario hanno pensato ab initio che la condizione sarebbe stata adempiuta rapidamente, senza immaginare a ciò che sarebbe successo al contratto, nell'ipotesi in cui la realizzazione (o mancata realizzazione) della condizione avesse richiesto più tempo del previsto. Una durata del termine di incertezza, prolungata rispetto a quanto immaginato dalle parti, potrebbe corrispondere alla volontà che queste ultime avrebbero verosimilmente avuto e manifestato, se avessero previsto concretamente questa situazione. Sarebbe invece far violenza a tale volontà di presumere l'assenza di un qualsiasi limite. Al contrario, occorre determinare un termine, tenendo conto delle circostanze, della natura del contratto e del suo sviluppo normale.
109. Dal litigio sottoposto al Tribunale arbitrale emergono tre aspetti particolari. In primo luogo, la volontà comune del Consorzio e del Cantone di eliminare il più rapidamente possibile l'incertezza, sia in ordine alla realizzazione o meno della

condizione risolutoria dell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione sia in ordine alla edificazione dell'impianto di Giubiasco nei migliori termini possibili. Tali prospettive escludono l'eventualità che il termine possa essere fissato al momento in cui "appaia in modo incontrovertibile che l'impianto di Karlsruhe non riuscirà *mai* a funzionare durante i 6 mesi con una linea a pieno regime". Secondariamente, non si tratta di un litigio strettamente commerciale, anche se la costruzione e la gestione di un impianto di smaltimento dei rifiuti affidata dallo Stato a terzi si inserisce, inevitabilmente, in un contesto di impresa geneale. Di particolare rilievo, sul piano specifico, sono gli aspetti di interesse pubblico, che vanno presi nella giusta considerazione. Da ultimo, il Cantone ha per così dire unilateralmente fissato la durata del termine che avrebbe potuto corrispondere "dem Willen, den die Parteien mutmasslich gehabt und bekundet hätten, wenn sie mit einer solchen Gestaltung der Verhältnisse gerechnet hätten", come scrive il Tribunale federale nella già menzionata decisione (DTF 72 II 37).

110. E' necessario pertanto determinare se il termine di decadenza considerato dal Cantone costituisca il termine che le parti avrebbero accettato in modo verosimile, se le stesse l'avessero fissato nel 1997, oppure che un giudice avrebbe stabilito sulla base di tutte le circostanze accertate.
  
111. Mette conto di nuovamente richiamare le circostanze accertate e i fatti rilevanti che entrano in linea di conto per una valutazione conclusiva: (a) il Consorzio era convinto ed ha affermato al Cantone che avrebbe ottenuto la "Dauerbetriebsgenehmigung" nell'ottobre 1999, vale a dire alla fine del periodo di prova prolungato; (b) il Consorzio ha lasciato intendere e poi, il 20 novembre 1999, ha scritto al Cantone che il periodo di 6 mesi avrebbe potuto iniziare a partire dalla fine di gennaio 2000, a dipendenza della scadenza del "befristeter Betrieb unter Regelbetriebsbedingungen"; (c) il Consorzio ha dichiarato, il 10 novembre 1999, di aver adempiuto a tutte le proprie obbligazioni, comprese quelle stabilite dall'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione; (d) il Cantone ha, il 24 agosto 1999, fissato, come condizione per il prosieguo delle "trattative", la data del 23 ottobre 1999, ("data che riveste un'importanza fondamentale"), quale termine per il rilascio della "Dauerbetriebsgenehmigung", dopo il periodo di prova; (e) il Cantone ha, il 13 ottobre 1999, fissato conseguentemente la fine del periodo di verifica di 6 mesi, ai

sensi dell'art. 10. 2 cpv. 2 della Concessione, alla fine di aprile 2000, prospettando preventivamente di dichiarare decaduta la Concessione, circostanza dapprima confermata il 29 ottobre 1999 e successivamente riaffermata il 7 dicembre 1999, con la fissazione - in data 31 luglio 2000 - di un termine ultimo. Da tutti questi elementi emerge che sia il Consorzio sia il Cantone hanno immaginato un termine verso la fine di ottobre 1999 e che quest'ultimo sia poi stato prolungato dal Cantone fino al 31 luglio 2000.

112. Questa conclusione è confermata dal fatto che il Consorzio e il Cantone sapevano che il permesso di costruire a Giubiasco doveva essere rilasciato, in prima istanza, entro il 31 ottobre 1999 e che - a partire dal 1° gennaio 2000 - le discariche pubbliche non potevano più essere utilizzate.
113. Una conferma viene pure dal fatto che l'inizio del periodo di controllo di 6 mesi, indicato nell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione, doveva cominciare il 31 ottobre 1998 al più tardi e che questa data era stata successivamente posticipata, di comune accordo, il 1° maggio 1999.
114. Altra conferma può essere dedotta dalle negoziazioni dell'11 agosto 2000, in base alle quali il Consorzio, proprio per voler evitare la dichiarazione di decadenza, era disponibile a fornire una garanzia bancaria supplementare di CHF 40 mio.
115. Il 19 settembre 2000, non soltanto la "Dauerbetriebsgenehmigung" non era stata acquisita, ma l'impianto di Karlsruhe risultava bloccato per un periodo indeterminato. Il Consorzio era ben cosciente che avrebbe sorpassato il nuovo prolungamento del termine (28 febbraio 2001), proposto dal Cantone in data 1° settembre 2000. Infatti, non è che a partire dal 15 gennaio 2002, con il rilascio della "Dauerbetriebsgenehmigung", che il Consorzio avrebbe potuto avviare e dimostrare, per un periodo di 6 mesi, il buon funzionamento a pieno regime e secondo le indicazioni previste nell'art. 10.2. cpv. 2, ciò che però non è concretamente accaduto. Alla luce di tutte queste circostanze oggettive il Cantone - con la dichiarazione di decadenza della Concessione - ha pertanto e in conclusione applicato il termine, che le parti avrebbero verosimilmente accettato se esse

l'avessero fissato nel 1997 e che il Tribunale arbitrale avrebbe fissato, tenuto conto di tutte le circostanze e gli elementi pertinenti.

116. Malgrado gli sforzi sul piano tecnico del Consorzio per ottenere la "Dauerbetriebsgenehmigung" e per soddisfare la prima parte della prova del buon funzionamento dell'impianto di Karlsruhe, il Cantone poteva, ragionevolmente e a buon diritto, date le circostanze, perdere la fiducia verso il Consorzio, fiducia che era oggettivamente indispensabile per il prosieguo di una collaborazione destinata a durare più di 20 anni, come convenuto nell'art. 10.1 della Concessione. Questa perdita di fiducia era pure giustificata, poiché il Consorzio si era assunto un dovere di interesse pubblico, che il diritto federale impone al Cantone di soddisfare sulla base di condizioni e termini ben definiti dall'ordinamento giuridico federale e dalle autorità federali.
117. Nelle sue allegazioni, come si è ricordato, il Consorzio ha sostenuto che la dichiarazione di decadenza (a) costituirebbe formalismo eccessivo esigendo il rilascio della "Dauerbetriebsgenehmigung"; (b) non risulta conforme al principio della buona fede, poiché non si sarebbe tenuto conto del fatto che le autorizzazioni ottenute dimostravano che le esigenze del diritto svizzero fossero già soddisfatte; (c) violerebbe il principio della proporzionalità, perché il Cantone non correrebbe alcun rischio a proseguire le proprie relazioni con il Consorzio. Questi argomenti non possono trovare accoglimento da parte del Tribunale arbitrale. E' sufficiente ricordare nuovamente che il Consorzio ha riconosciuto che il rilascio della "Dauerbetriebsgenehmigung" costituiva la condizione preliminare per permettere di conseguire la seconda condizione cumulativa prevista nell'art. 10.2. cpv. 2 della Concessione, vale a dire l'esigenza di un funzionamento dell'impianto di Karlsruhe, a pieno regime, durante 6 mesi. Questa seconda condizione non solamente non era soddisfatta il 19 settembre 2000, ma era ancora lontano da esserla. Inoltre, a seguito della perdita di fiducia, il Cantone era portato a dover concludere che la prosecuzione della Concessione avrebbe comportato dei rischi, che non potevano ragionevolmente più essere accettati nell'interesse pubblico.

118. **Alla luce di tutte queste considerazioni, il Tribunale arbitrale conclude che il Cantone era legittimato il 19 settembre 2000 a dichiarare la decadenza della Concessione.**

\* \* \*

#### **Sui costi e le spese**

119. In quanto soccombenti, le attrici sopporteranno, solidalmente, i costi della procedura ossia CHF 700'000.00 (settecentomila). Le stesse sono pure tenute a contribuire, in ragione di CHF 200'000.00 (duecentomila), al pagamento degli onorari e delle spese sostenute dal Cantone.

\* \* \*

#### **Sul prosieguo della procedura**

120. La procedura sarà ripresa sugli altri punti oggetto del litigio, nel caso in cui le parti non si intendessero altrimenti, su domanda della parte più diligente, **ma al più tardi il 15 settembre 2003.**

\* \* \*

#### **Per questi motivi, il Tribunale arbitrale decreta**

- I. La decisione con la quale il Consiglio di Stato del Cantone Ticino ha pronunciato la decadenza della Concessione, accordata il 19 settembre 1997 ad un Consorzio composto dalla ditta Thermoselect SA, con sede a Locarno, e dalla ditta Badenwerk

AG con sede a Karlsruhe (a cui la società ENERGIE BADEN WÜRTTENBERG AG è succeduta), avente per oggetto la progettazione, l'esecuzione e la gestione di un impianto di termodistruzione dei rifiuti solidi urbani ed assimilabili nonché di fanghi di depurazione, è valida.

- II. I costi della procedura arbitrale fissati in CHF 700'000.00 (settecentomila), così come la partecipazione agli onorari e alle spese sostenute dal Cantone, stabiliti dal Tribunale arbitrale in CHF 200'000.00 (duecentomila), sono posti a carico, solidalmente, delle parti attrici.
- III. La procedura sarà ripresa sugli altri punti oggetto della lite su domanda della parte più diligente, in caso di mancato accordo tra le parti, **ma al più tardi il 15 settembre 2003.**
- IV. L'intimazione alle parti avviene, in via raccomandata, per il tramite dei rispettivi patrocinatori.

Fatto a Bellinzona il 20 dicembre 2002.

---

Il Presidente Prof. Blaise KNAPP

---

L'arbitro avv. Marc RONCA

---

L'arbitro avv. Mario POSTIZZI