N. 00408/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00343/2012 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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 343 del 2012, proposto da: Tra.De.Co S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Proff. Aldo Loiodice, Marcello M. Fracanzani, Marco Sabino Loiodice, con domicilio eletto presso Marcello Fracanzani in Trieste, via Val di Rivo 13;

contro

Comune di Lignano Sabbiadoro, rappresentato e difeso dagli avv. Elena D'Orlando, Filippo Pesce, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

per l'annullamento

-dei provvedimenti di cui alla determina dirigenziale n. 929 dd. 7.9.2012 del settore ambiente e territorio ed alla nota del R.U.P. capo settore ambiente e territorio n. 36734 dd. 7.9.2012 con i quali è stato disposto il ritiro degli atti della gara concernente il servizio pubblico di rifiuti solidi ed urbani, spazzamenti ed altri servizi complementari di igiene ambientale

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lignano Sabbiadoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 ottobre 2012 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La Società ricorrente risulta essersi aggiudicata provvisoriamente la gara di appalto per il servizio pubblico della raccolta di rifiuti solidi urbani, spazzamento ed altri servizi complementari di igiene ambientale nel comune di LignanoSabbiadoro in data 31.07.2012. La gara era intesa a sostituire l'affidamento in house precedentemente in essere con l'aggiudicazione ad imprese private, atteso che, con l'applicazione dell'art. 4 del Decreto Legge n. 138/2011 convertito in legge n.148/2011, questo sarebbe cessato in data 31.03.2012, termine poi prorogato ad opera del decreto legge 24.01.2012 n. 1 .

In data 20.07.2012 è stata pubblicata, sulla Gazzetta Ufficiale, la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 19-17.06.2012 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 del decreto legge 13.08.2011 n.138 convertito nella legge n. 148/2011.

Successivamente alla pronuncia della Corte il Decreto Legge n. 95 del 6.07.2012 convertito nella legge 07.08.2012 n. 135, (entrato in vigore il 15.08.2012), ha stabilito la cessazione degli affidamenti in house entro il 31.12.2013, confermando, così, che la data di cessazione dell'affidamento in house è totalmente indipendente dalla menzionata sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale.

Con l'impugnata determina il Comune ha stabilito di dare atto: -) che la dichiarazione della Corte Costituzionale travolge gli atti relativi alla indizione della procedura di gara; -) che la Commissione giudicatrice non aveva disposto

l'aggiudicazione provvisoria; -) che la procedura di gara doveva adeguarsi alla sentenza della Corte Costituzionale, revocando gli atti di procedura come previsto dalla parte terza del disciplinare di gara; poi, con la nota di comunicazione della determina n. 929, ha dichiarato che "le modifiche normative intervenute con la predetta sentenza" incidono "sugli atti di indizione della procedura, bandita ai sensi del previgente art. 4 D.L. 138/2011e s.m.i." ora dichiarato illegittimo.

Da ciò la presentazione del presente ricorso che deduce i seguenti motivi:

1. VIOLAZIONE DI LEGGE — VIOLAZIONE DELL'ART. 134 DELLA COSTITUZIONE E DEI PRINCIPI AFFERMATI DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 325 DEL 03.11/07.11.2010 PUBBLICATA IN G.U. 24.11.2010 RELATIVA Al SERVIZI PUBBLICI LOCALI ED AL REFERENDUM SULL'ART. 23 BIS DEL D.L. 25.06.2008 N. 112 — ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE, INGIUSTIZIAMANIFESTA.

2. VIOLAZIONE DI LEGGE — VIOLAZIONE DELL'ART. 136 DELLA COSTITUZIONE E DELLA LEGGE 11.03.1953 N. 87 ART. 30 COMMA 3 — ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE ED INGIUSTIZIA MANIFESTA CON RIFERIMENTO ALLA PRESUNTA ESISTENZA DI UN RAPPORTO GIURIDICO NON ESAURITOSI

3. VIOLAZIONE DI LEGGE — FALSA APPLICAZIONE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE — VIOLAZIONE DEL DECRETO LEGGE N. 95 DEL 06.07.2012 CONVERTITO IN LEGGE 07.08.2012 N. 135 — ECCESSO DI POTERE PER INGIUSTIZIA MANIFESTA — ERRONEA PRESUPPOSIZIONE E FALSA CAUSA.

4. VIOLAZIONE DI LEGGE — VIOLAZIONE DELL'ART. 11 DEL CODICE DEI CONTRATTI (D. LGS. 12.04.2006 N. 163 E SUCCESSIVE MODIFICAZIONI) — ECCESS0 DI POTERE PER ERRONEA

PRESUPPOSIZIONE — INGIUSTIZIA MANIFESTA —ERRONEA O FALSA PRESUPPOSIZIONE.

5. VIOLAZIONE DI LEGGE - ART. 30 COMMA 3 DELLA LEGGE 11.03.1953 N. 87 E DEL CODICE DEI CONTRATTI — ECCESS0 DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE — INGIUSTIZIA MANIFESTA.

6. VIOLAZIONE DELL'ART. 7 DELLA LEGGE N. 241 DEL 1990 - ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE.

7. VIOLAZIONE DELL'ART. 21 QUINQUIES, LEGGE 07.08.1990 N.241 E PRINCIPI IN MATERIA DI AUTOTUTELA — ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE.

8. VIOLAZIONE DI LEGGE — VIOLAZIONE DELL'ART. 118 DELLA COSTITUZIONE — ECCESSO DI POTERE.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato controdeducendo per il rigetto del ricorso.

Il ricorso è manifestamente fondato perché fondati appaiono praticamente tutti i profili di illegittimità sollevati con i motivi di ricorso.

La determina impugnata, al punto 3, stabilisce che la procedura competitiva ad evidenza pubblica "deve adeguarsi alla risoluzione della Corte Costituzionale" e che per tale ragione vengono revocati gli atti di gara.

E' invece palese che la procedura di gara non era tenuta ad effettuare alcun adeguamento alla sentenza della Corte Costituzionale per il semplice motivo che questa non ha modificato alcunché riguardo alla stessa, dato che la gara risulta essersi svolta nel pieno rispetto della normativa vigente.

La sentenza della Corte Costituzionale ha semplicemente eliminato la normativa alla luce della quale il Comune di Lignano aveva fissato un termine al corrente affidamento dei servizi in house ma, a prescindere dalla considerazione che un

termine nuovo è stato comunque posto anche da normativa sopravvenuta per cui è comunque palese che tali servizi non possono proseguire sine die, resta comunque il fatto fondamentale che, se l'amministrazione avesse inteso ripronunciarsi sulla decorrenza finale dell'affidamento in house, avrebbe dovuto partire da tale dato e alla luce di ciò considerare l'opportunità di una revoca della procedura di gara. E' evidente infatti che si sarebbe trattato sempre e comunque di valutazioni di opportunità – i cui termini e la cui legittimità restano estranei alla presente controversia – perché la normativa dichiarata incostituzionale fissava un termine definitivo agli affidamenti in house ma non imponeva alle amministrazioni di non farli cessare anteriormente o comunque a prescindere da tale termine. Questa è quindi la situazione che si è venuta a creare a seguito della pronuncia della Corte, che impone comunque l'attivazione di comportamenti rispettosi della normativa europea.

Nel caso di specie è evidente che la scelta dell'amministrazione di dar corso ad una gara secondo la procedura ad evidenza pubblica è pienamente rispettosa della normativa europea e non diventa illegittima per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge 13.08.2011 n. 138 convertito nella legge n. 148/2011, che, tra l'altro, è stata dichiarato illegittimo solo perché ripetitivo dell'art. 23 bis, che era stato abrogato con il referendum.

Quindi, a prescindere da qualunque considerazione circa la legittimità di un ripensamento sulla data di cessazione dell'affidamento in house – considerazione che deve restare al di fuori del thema decidendum per il semplice fatto che il Comune non l'ha fatto – nel caso di specie quello che è certo è che il Comune non poteva, come invece ha fatto, ritenere che la pronuncia della Corte travolgesse un procedimento di gara legittimamente espletato nel rispetto della legge degli appalti e del bando di gara.

Non poteva nemmeno ignorare che al termine della gara la commissione aveva doverosamente, ai sensi del 4^ comma dell'art. 11 del Codice dei Contratti, disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore della ditta ricorrente e che, in tale contesto, una decisione di "revoca" (quale risulta essere quella attualmente in esame, come del resto risulta dalla testuale ammissione della stessa determina impugnata al punto 3 del dispositivo) , e quindi non una decisione necessitata ma una decisione di opportunità che incide su tutti gli atti della procedura di gara, non poteva prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento nei confronti del provvisorio aggiudicatario. Va da sé che, come già abbondantemente chiarito, l'amministrazione, essendosi mossa nel presupposto assolutamente errato di una automatica caducazione di atti amministrativi pienamente legittimi, non si è nemmeno data cura di effettuare alcuna valutazione ed enunciazione relativamente ad un possibile interesse pubblico, sopravvenuto, che legittimasse l'atto di autotutela.

Per tutte le ragioni che precedono il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Le spese possono essere compensate tra le parti, data la novità delle questioni giuridiche sollevate, ad eccezione del contributo unificato che deve essere posto a carico del Comune soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Lignano Sabbiadoro a rifondere alla ricorrente l'importo del contributo unificato ai sensi di legge e compensa tra le parti le restanti spese di giudizio.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 31 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)