

Pubblicato il 17/02/2020

N. 00259/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01128/2018 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 la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1128 del 2018, proposto da I.L.V.C. "Impianti Elettrici" S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Ciro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Castrovillari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmine Marini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

-della nota a firma del responsabile del settore 6 – infrastrutture, geom. Fedele Schifino, Prot. n. 12563 del 21/05/2018 pervenuta il 25/05/2018 avente ad oggetto: “*Comunicazione in merito cessazione servizio illuminazione lampade votive cimitero comunale dal 1° gennaio 2019*”,

nonché di ogni e qualsiasi altro atto che sia o possa considerarsi presupposto, connesso o conseguente;

-in via subordinata si chiede condannarsi l'ente convenuto al pagamento di tutto quanto previsto ai sensi dell'art. 176 comma 4 del D.lgs n. 50/2016 (già art. 158, comma 1 del D.lgs n. 163/2006) e, contestualmente, di sospendere, ex art. 176, comma IV del D.lgs n. 50/2016, l'efficacia della revoca della concessione fino a quando l'ente convenuto abbia corrisposto alla ricorrente tutte le somme previste dall'anzidetto comma 4 (già art. 158, comma 3 del D.lgs n. 163/2006).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Castrovillari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2019 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – La I.L.V.C. Impianti elettrici s.r.l. ha impugnato la nota n. 12563 del 21 maggio 2018 del Comune di Castrovillari con la quale l'ente le ha comunicato la cessazione, dal 1° gennaio 2019, del servizio di manutenzione delle lampade votive del cimitero, sino a quel momento svolto in regime di concessione da essa ricorrente in forza di un contratto transattivo stipulato con il comune e risalente al 2003.

1.1 – In via subordinata ha chiesto la condanna dell'ente convenuto al pagamento di quanto previsto ai sensi dell'art. 176 comma 4 del

D.lgs n. 50/2016 (già art. 158, comma 1 del d.lgs n. 163/2006) e, contestualmente, di sospendere, *ex art.* 176, comma 4 del d.lgs n. 50/2016, l'efficacia della revoca della concessione fino a quando l'ente convenuto abbia corrisposto alla ricorrente tutte le somme previste dall'anzidetto comma 4 (già art. 158, comma 3 del d.lgs n. 163/2006).

2 – Le doglianze sono affidate a otto motivi di diritto.

Con il motivo *sub I* la società ricorrente lamenta “*Violazione e falsa applicazione dell’art. 6 della L. n. 537/93. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Violazione dei doveri di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell’azione amministrativa. Eccesso di potere sotto il profilo della contraddizione con precedenti manifestazioni di volontà della stessa P.A.*”.

Il Comune, afferma, avrebbe errato nel ritenere contrario al divieto di rinnovo tacito e automatico dei contratti della P.A. di cui all’art. 6 della L. 537/1993 la clausola di cui all’art. 3 del contratto di transazione del 2003, a norma del quale “[i]l comune di Castrovillari [...] riaffida alla ILVC il servizio di illuminazione di lampade votive del locale cimitero per anni 15 (quindici) i quali s’intendono automaticamente e tacitamente rinnovati per altri 5 (cinque) anni salvo contestazioni scritte da parte dell’amministrazione e con decorrenza dal 1° gennaio 2004”.

Il suddetto divieto *ex lege* sarebbe infatti inapplicabile quando, come nel caso *de quo*, vi sia un contratto chiaramente concepito, in termini di durata (ventennale) “*come tale complessivamente ed ab origine, essendosi semplicemente scelto di <<spezzare>> il rapporto con possibilità intermedia dell’amministrazione di risolvere il contratto in caso di inadempienza (<<contestazioni scritte>>)*”.

Sotto altro profilo, in via subordinata, assume parte ricorrente che l'art. 3 disciplinerebbe un'ipotesi di proroga automatica, non assimilabile al rinnovo tacito, vietato dalla normativa, risultando, pertanto, del tutto legittimo.

Con il motivo sub II lamenta “*Violazione e falsa applicazione di norme di legge: art. 21-nonies L. 241/1990 e ss.mm. ed ii. Sviamento. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Violazione e vizi del procedimento. Violazione dei principi del giusto procedimento, del buon andamento, dell'efficacia ed efficienza della P.A. Errore nei presupposti di fatto e di diritto*”.

Secondo la ricorrente l'atto impugnato, trattandosi di provvedimento secondo grado, sarebbe immotivato, non dando adeguatamente conto, in particolare, della “*sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento*”; sarebbe, inoltre, lesivo dell'affidamento riposto dal contraente nella durata ventennale della concessione e, comunque, sproporzionato.

Con il motivo sub III lamenta “*Incompetenza. Violazione del principio “contrarius actus”. Violazione combinato disposto degli artt. 49 e art. 107 del D.Lgs n. 267/2000*”.

Osserva parte ricorrente che l'atto di transazione con contestuale ri-affidamento del servizio è stato sottoscritto dal Direttore Generale del comune di Castrovillari, sulla base della delibera di Giunta Municipale n. 277 del 09/10/2003 mentre l'atto impugnato, “*che pretende di incidere con effetti tanto dirompenti sulla validità ed efficacia della transazione a suo tempo perfezionatas*”, risulterebbe viziato da incompetenza essendo stato adottato dal geom. Fedele Schifino, responsabile del settore infrastrutture.

Con il motivo sub IV lamenta “*Violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8 e 9 della legge n. 241/90 e ss.mm ed ii. Omessa comunicazione di atto di*

avvio procedimento. Violazione dei principi garantistici del procedimento. Sviamento di potere. Violazione dei principi di buon andamento, efficienza, imparzialità dell'azione amministrativa. Difetto di istruttoria".

L'atto annullato risulterebbe illegittimo atteso che l'amministrazione aveva l'obbligo di dare comunicazione dell'inizio del relativo procedimento alla ditta concessionaria, quale controparte avente un interesse qualificato e differenziato e tanto anche al fine di utilmente agevolare la c.d. "composizione procedimentale" degli interessi in gioco.

Con il motivo *sub V* lamenta "*Violazione degli artt. 49 e 147-bis del D.Lgs n. 267/2000 (T.U.E.L.) ed artt. 153 e 239 T.U.E.L. Omissione del parere di regolarità contabile. Violazione e vizi del procedimento. Difetto di istruttoria. Violazione dei principi di economicità, efficacia ed efficienza della Pubblica Amministrazione*".

L'atto impugnato, pone in rilievo parte ricorrente, difetta del parere di regolarità contabile.

Con il motivo *sub VI* lamenta "*Difetto di istruttoria - Violazione dei principi del buon andamento, dell'efficacia ed efficienza della P.A. Violazione del principio di partecipazione del cittadino all'azione amministrativa - Violazione e vizi del procedimento (artt. 2,3, 9 e 11 L. 241/90)*".

L'adozione del provvedimento impugnato, assume parte ricorrente, non sarebbe stata preceduta da adeguata istruttoria.

Con il motivo *sub VII* lamenta "*Violazione art. 3 L. n. 241/90. Difetto di motivazione. Violazione dei principi in materia di autotutela e di concessioni amministrative. Violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa*".

L'atto sarebbe sommario e generico. Troppo generico, in particolare, il riferimento operato al “*vigente codice dei contratti*”, all’“*Anac*” ed alla “*giurisprudenza in materia*”.

Con il motivo *sub VIII* lamenta, infine, “*Sviamento di potere. Violazione dei doveri di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa. Violazione e vizi del procedimento. Violazione dei principi del giusto procedimento, del buon andamento, dell'efficacia ed efficienza della P.A. Richieste ex art. 176 del D.Lgs. n. 50/2016*”.

Una volta stipulata, resa efficace ed eseguita la transazione, l'Amministrazione non l'avrebbe più potuta mettere in discussione in via unilaterale, per cui il ricorso, conclude la ricorrente società, deve ritenersi fondato.

3 – Costitutosi in giudizio, il Comune di Castrovillari ha chiesto la reiezione del gravame per infondatezza.

4 – Con ordinanza n. 253 del 21 giugno 2019 questo T.A.R. ha respinto l'istanza di tutela cautelare per la ritenuta insussistenza del *fumus boni iuris*, ponendo in risalto “*la doverosità dell'avversato provvedimento comunale, con il quale, in applicazione del citato art. 6 l. 537/1993, si dispone di confermare la scadenza della convenzione e, legittimamente, si stabilisce di non procedere al rinnovo dell'affidamento del servizio, in ragione della nullità che colpirebbe il relativo contratto, qualora eventualmente stipulato*”.

5 – All'udienza del 18 dicembre 2019 la controversia è stata trattenuta in decisione.

6 – E' necessario, ai fini del decidere, brevemente soffermarsi sulla portata applicativa del divieto di rinnovo dei contratti da parte della P.A., precetto che, coerentemente con la matrice euro-unitaria della

norma, è oggetto di costante interpretazione estensiva in giurisprudenza.

6.1 – Il divieto è contenuto nella L. 24 dicembre 1993, n. 537, il cui art. 6 dispone che *“E’ vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. Il secondo periodo della norma, poi abrogato dall’art. 23 della l. 62/05, prevedeva che “Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione”.*

6.2 – La disposizione è stata ritenuta espressiva di un precetto di portata generale in base al quale il rinnovo dei contratti pubblici scaduti deve essere considerato alla stregua di un contratto originario, necessitante della sottoposizione ai canoni dell'evidenza pubblica, atteso che *“la procrastinazione meccanica del termine originario di durata di un contratto ha l'effetto di sottrarre in maniera intollerabilmente lunga un bene economicamente contendibile alle dinamiche fisiologiche del mercato”* (T.A.R. Salerno, sez. II, 2 ottobre 2019, n. 1697).

6.3 – Sul punto il Consiglio di Stato (Sez. IV, sent. n. 6458 del 31 ottobre 2006) ha affermato che l'eliminazione della possibilità di provvedere – a determinate condizioni ed entro il termine di tre mesi dalla scadenza – al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 23 l. n. 62 del 2005, *“ha valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici”.*

6.4 – Ne consegue che, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l'intervento normativo di cui all'art. 23 l. n. 62 del 2005 dev'essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento, che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev'essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti (in tal senso T.A.R. Catania, sez. IV, 16 aprile 2018, n. 758).

7 – Ebbene, sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali sopra indicati, la clausola di rinnovo automatico e tacito, per come formulata dall'art. 3 della transazione, contrariamente a quanto asserito della società ricorrente (con il motivo *sub* I), impinge palesemente, ad avviso del Collegio, nel divieto di rinnovo del contratto.

7.1 – Non convince il pur apprezzabile sforzo ermeneutico di parte ricorrente, teso ad accreditare la tesi dell'unica e predefinita durata ventennale contratto di affidamento, opzione chiaramente contrastante con l'inequivocabile tenore letterale dell'art. 3 della transazione (che prevede un affidamento “*per anni 15 (quindici) i quali s'intendono automaticamente e tacitamente rinnovati per altri 5 (cinque) anni salvo contestazioni [...]*”).

7.2 – Analogamente sprovvista della benché minima base testuale è l'affermazione di parte ricorrente secondo cui si tratterebbe, nel caso di specie, di “*proroga*” (e non di “*rinnovo*”).

7.2.1 – Al riguardo deve osservarsi – al di là della, pur dirimente, lettera dell’art. 3 sopra riportato – che non si ravvisano, in concreto, i presupposti sostanziali dell’istituto della “*proroga tecnica*”, l’unica ammessa nel vigente quadro ordinamentale in materia di pubblici contratti, avente “*carattere eccezionale*” (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 3 aprile 2017, n. 1521; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 274) e fondata su “*oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della nuova gara non imputabili alla Stazione appaltante*” (Consiglio di Stato, sezione V, del 29 maggio 2019, n.3588).

7.3 – Non può, in conclusione, la società ricorrente, rivendicare l’operatività della succitata disposizione contrattuale (art. 3), trattandosi di clausola affetta da nullità testuale e, come tale, improduttiva di effetti giuridici.

8 – Ne deriva, di conseguenza, che la durata del contratto resta ancorata al termine quindicennale.

8.1 – Correttamente, quindi, il Comune resistente ha informato la società della intervenuta caducazione del rapporto contrattuale a far tempo dal 1° gennaio 2019, con ciò, peraltro, limitandosi ad adottare un atto, giustamente motivato con il richiamo al menzionato divieto di rinnovo, meramente ricognitivo di un effetto *ex lege*.

8.2 – Il motivo di ricorso *sub* I, pertanto, si rivela privo di fondamento.

9 – Neppure hanno pregio le censure racchiuse negli ulteriori motivi di ricorso.

9.1 – La rilevata (in sede cautelare) “*doverosità*” dell’atto impugnato – connotazione che è il riflesso della portata meramente ricognitiva del medesimo, in quanto fondato in via esclusiva sull’applicazione del richiamato divieto di legge, al punto da risultarne svilita la

consistenza provvedimento in senso stretto – consente agevolmente di superare le censure articolate nel ricorso e correlate al difetto di motivazione e di istruttoria, alla violazione delle regole in materia di autotutela (che nel caso di specie non trovano applicazione, non venendo in gioco l'esercizio di poteri di secondo grado) nonché, ancora, correlate alla omessa attivazione delle garanzie partecipative (pretermissione che non assume rilevanza viziante essendo l'atto finale vincolato nell'*an* e nel *quomodo*).

9.2 – Cadono, quindi, anche le doglianze di cui ai motivi *sub* II, IV, VI, VII e VIII.

10 – Residuano i motivi imperniati sul difetto di competenza (*sub* III) e sull'assenza del parere di regolarità contabile (*sub* V).

10.1 – Anch'essi sono infondati.

10.1.1 – Ben poteva, con la nota impugnata, il Responsabile del Settore infrastrutture del Comune di Castrovillari prendere atto, come ha fatto, della produzione di un “*effetto legale*” che ha automaticamente inciso sulla concessione in corso di svolgimento, trattandosi di funzionario titolare di posizione organizzativa e legittimato ad emettere atti con rilevanza esterna.

10.1.2 – Quanto all'assenza del parere di regolarità contabile, è sufficiente richiamare il consolidato orientamento secondo cui i pareri previsti per l'adozione delle deliberazioni comunali *ex* articolo 49 del TUEL non sono richiesti a pena di validità e, dunque, non costituiscono requisiti di legittimità delle deliberazioni cui si riferiscono (Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1663).

11 - Non merita accoglimento, da ultimo, la domanda formulata in via subordinata dalla società ricorrente, non ricorrendo i presupposti applicativi dell'invocata norma del vigente codice dei contratti

pubblici (art. 176 comma 4, già art. 158, comma 1 del D.lgs n. 163/2006), non potendo configurarsi una risoluzione della concessione per “*inadempimento della amministrazione aggiudicatrice*” e nemmeno una revoca “*per motivi di pubblico interesse*”.

12 – Visto tutto quanto precede il ricorso è infondato e va pertanto respinto.

13 – Le spese di lite seguono, come per legge, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente alla refusione, in favore del Comune di Castrovillari, in persona del Sindaco p.t., delle spese e competenze di lite, che si liquidano in complessivi euro 2.000 oltre accessori, come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO