



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 7066 del 2011, proposto da:
“TECNOSERVIZI S.r.l.”, in persona del rappresentante legale pro tempore,
rappresentata e difesa dall’avv. Donato D’Angelo, presso il cui studio è
elettivamente domiciliata in Roma, Via Nizza, n. 53;

contro

il COMUNE DI CONTIGLIANO, in persona del Sindaco pro tempore, non
costituito in giudizio;

nei confronti di

della “A.S.M.-Azienda servizi municipali Rieti S.p.a.”, in persona del
rappresentante legale pro tempore, non costituita in giudizio;

per l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia

- dell’aggiudicazione definitiva in favore dell’A.S.M. Rieti S.p.a. della gara per
l’affidamento del servizio carico e trasporto a recupero/riciclo dei rifiuti da
raccolta differenziata e ingombranti da isola ecologica, concretatasi in data 23

luglio 2011, per il decorso del termine di cui all'art. 12 del decreto legislativo n. 263 del 2006;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore dell'A.S.M. Rieti S.p.a. della gara per l'affidamento del servizio carico e trasporto a recupero/riciclo dei rifiuti da raccolta differenziata e ingombranti da isola ecologica, adottato con verbale di procedura negoziata del 23 giugno 2011;
- del verbale di procedura negoziata del 23 giugno 2011;
- della nota prot. n. 4778 del 1° luglio 2011 con cui veniva comunicata alla Tecnoservizi S.r.l. l'avvenuta aggiudicazione provvisoria;
- della nota prot. n. 4856 del 15 luglio 2011 con cui il Comune di Contigliano comunicava alla ricorrente la cessazione dal servizio a seguito dell'esito della procedura negoziata tenutasi il giorno 23 giugno 2011;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, compresi l'eventuale provvedimento espresso di aggiudicazione definitiva e il contratto qualora medio tempore intervenuti ancorché di data e tenore sconosciuto

nonché per la declaratoria

- di inefficacia, ai sensi dell'art. 121, comma 1 lett. c), c.p.a., del contratto eventualmente stipulato medio tempore e non conosciuto;
- di inefficacia dell'eventuale affidamento temporaneo del servizio dell'aggiudicataria;
- in ogni caso, dell'aggiudicazione definitiva in favore della Tecnoservizi S.r.l., seconda classificatasi, della gara per l'affidamento del servizio carico e trasporto a recupero/riciclo dei rifiuti da raccolta differenziata e ingombranti da isola ecologica;

oltre che

per il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dalla Tecnoservizi S.r.l. a causa dei provvedimenti impugnati da quantificarsi in corso di giudizio.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista l'ordinanza istruttoria n. 3222 del 2 settembre 2011;

Esaminata la documentazione depositata in data 25 ottobre 2011 dal Comune intimato in adempimento del suindicato invito istruttorio nonché la nota integrativa con deposito documenti prodotta dalla parte ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla Camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 c.p.a.;

Verificata la corretta instaurazione del giudizio e l'integrità del contraddittorio nonché la completezza dell'istruttoria;

Constatata la sussistenza dei presupposti per decidere la controversia con sentenza in forma semplificata ed avvisata in tal senso l'unica parte costituita e presente in Camera di consiglio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.;

Premesso che:

- con il ricorso in esame la Tecnoservizi S.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione della gara indetta, con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ai sensi degli artt. 57, 124, comma 6 lett. d) e 125, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, dal Comune di Contigliano (con determinazione n. 70 del 7 giugno 2011), per l'affidamento dei servizi di igiene urbana, trasbordo e trasporto a recupero/riciclo dei rifiuti da raccolta differenziata ingombranti da isola ecologica, per mesi sei;
- la società ricorrente riferisce di essere stata invitata a partecipare alla selezione rispetto alla quale il Comune di Contigliano, nella lettera di invito (cfr. doc. 3 della

produzione documentale allegata al ricorso introduttivo), specificava che i servizi da appaltare erano i seguenti:

- 1) servizio di igiene urbana per mesi sei (raccolta da cassonetti rsu e differenziati) escluso trasporto a discarica e smaltimento rsu con prezzo a base d'asta di € 61.400,00 ed una durata del servizio dal 1° luglio 2011 al 31 dicembre 2011;
- 2) servizio trasbordo e trasporto a discarica rsu, escluso smaltimento, per sei mesi con prezzo a base d'asta di € 20.000,00 ed una durata del servizio dal 1° luglio 2011 al 31 dicembre 2011;
- 3) servizio carico e trasporto a recupero/riciclo, compresi i costi di trattamento e/o smaltimento dei rifiuti da raccolta differenziata e ingombranti da isola ecologica con prezzo a base d'asta di € 15.000,00 ed una durata del servizio dal 1° luglio 2011 al 31 dicembre 2011;

con l'ulteriore precisazione che i servizi erano da considerarsi scorporabili e che potevano "essere appaltati alla stessa ditta o a più distinte sulla base delle condizioni praticate" (così testualmente a pag. 4 del ricorso introduttivo che sintetizza quanto indicato nella quarta pagina della lex specialis di gara);

- soggiunge la società ricorrente di avere partecipato alla selezione, da aggiudicarsi con il prezzo più basso, esclusivamente per il servizio elencato sub 3), nel corso della quale essa veniva ammessa alla valutazione dell'offerta presentata (cfr. doc. 4 della produzione documentale allegata al ricorso introduttivo), classificandosi al secondo posto della graduatoria provvisoria (cfr. il verbale di procedura negoziata del 23 giugno 2011, doc. 6 della produzione documentale allegata al ricorso introduttivo) che vedeva aggiudicataria (provvisoria) l'odierna società controinteressata (vale a dire la A.S.M. Rieti S.p.a.), per come risulta dalla nota n. 4478 del 1° luglio 2011 (cfr. doc. 7 della produzione documentale allegata al ricorso introduttivo);

- il gravame, rivolto nei confronti dell'atto di aggiudicazione provvisoria, comunicato con la suindicata nota prot. n. 4478 del 1° luglio 2011, che nel frattempo è divenuta definitiva per lo spirare del termine di sessanta giorni fissato dall'art. 12 del decreto legislativo n. 163 del 2006, anticipato nei contenuti all'Amministrazione aggiudicataria con informativa ai sensi dell'art. 243-bis del suddetto decreto legislativo rimasta inevasa, si incentra nella contestazione circa la inidoneità assoluta della ditta aggiudicataria a poter stipulare il contratto per l'affidamento del servizio suindicato con il Comune di Contigliano, atteso che la A.S.M. Rieti S.p.a. si trova nella condizione di incompatibilità descritta dall'art. 23-bis, comma 9, del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 (convertito nella legge 6 agosto 2008 n. 133) e che, per tale ragione, avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione che l'ha vista prevalere sulle altre concorrenti;
- in particolare la Tecnoservizi riferisce, qualificando documentalmente tali affermazioni (si vedano, in proposito, il disciplinare della procedura di dismissione di partecipazione nel capitale sociale di ASM S.p.a. ed il contratto di durata decennale per lo svolgimento del servizio di igiene urbana n. 6101 stipulato tra il Comune di Rieti e l'A.S.M. Rieti in data 22 novembre 2002, prodotti dalla parte ricorrente quali allegati nn. 27 e 28 nel fascicolo contenente la nota integrativa con deposito di documenti), che la A.S.M. Rieti è oggi (a partire dall'anno 2000) una società per azioni a capitale misto pubblico-privato ripartito tra il Comune di Rieti per il 62% e soggetti privati per il 38% e nel passato era una azienda speciale del Comune di Rieti che gestiva i servizi pubblici di igiene urbana, trasporto, farmacie e scuolabus nonché, per ciò che rileva in relazione al presente giudizio, è attualmente affidataria (per affidamento diretto) del servizio di igiene ambientale, che comprende anche il servizio di carico e trasporto a recupero/riciclo dei rifiuti da raccolta differenziata e ingombranti da isola ecologica, per il Comune di Rieti,

con contratto decennale del 22 novembre 2002 e quindi con scadenza il 22 novembre 2012;

- a completamento della illustrazione del quadro giuridico-fattuale della vicenda contenziosa la società ricorrente precisa che, sebbene per la A.S.M. Rieti si sia a suo tempo proceduto alla scelta del socio privato con una procedura ad evidenza pubblica, tale scelta (e la relativa procedura) non ha riguardato anche l'individuazione del servizio da realizzarsi. In altri termini, l'acquisizione della parte privata nell'ambito della società comunale partecipata con selezione ad evidenza pubblica ha avuto solo l'obiettivo di dismettere il 38% delle azioni di A.S.M. Rieti, fino a quel momento detenute interamente dal Comune di Rieti, per attribuirle al socio privato senza indicare il o i servizi alla cui realizzazione tale quota era diretta, tenuto conto che la nuova compagine societaria sarebbe andata a preoccuparsi di una pluralità di servizi quali l'igiene urbana, il trasporto, le farmacie ed il servizio di scuolabus (si veda in tal senso il parere dell'Autorità di vigilanza lavori, servizi e forniture 20 marzo 2008 n. 91 espresso in merito alla natura della A.S.M. Rieti e prodotto in atti dalla parte ricorrente quale allegato 18 al ricorso introduttivo);

- il ricorso è stato tempestivamente e correttamente proposto e le parti intime non si sono costituite in giudizio;

- con ordinanza istruttoria n. 3222 del 2 settembre 2011 questo Tribunale ha disposto la produzione di documentazione a cura del Comune intimato e quest'ultimo, con nota sindacale depositata in data 25 ottobre 2011, ha confermato la correttezza della procedura allegando documentazione (non nuova rispetto a quella già prodotta dalla parte ricorrente) dalla quale risulta che il servizio è stato affidato alla società controinteressata in data 1 luglio 2011;

Rilevato che:

- effettivamente trova fondamento la censura principale dedotta dalla parte ricorrente, in quanto la procedura selettiva ha visto prevalere una società rispetto

alla quale il disposto dell'art. 23-bis, comma 9, del decreto legge n. 112 del 2008 (vigente ed applicabile al momento dell'avvio della procedura selettiva, in data 7 giugno 2011, essendo stato solo successivamente abrogato, in seguito all'esito referendario del giugno scorso, con l'art. 1, comma 1, del D.P.R. 18 luglio 2011 n. 113) impediva l'affidamento del servizio in questione;

- testualmente il succitato art. 23-bis, comma 9, fa divieto “di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare” alle “società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea” nel caso in cui esse “in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica (...);”;

- altrettanto testualmente lo stesso comma 9 dell'art. 23-bis esclude dal divieto “per tutta la durata della gestione” le società partecipate nelle quali il socio privato sia stato scelto all'esito di una procedura selettiva;

- nel caso di specie il servizio è stato affidato ad una società comunale partecipata, affidataria diretta del servizio di igiene ambientale per il Comune di Rieti con scadenza nel 2012, il cui socio privato è stato sì scelto all'esito di una procedura ad evidenza pubblica ma senza che fosse indicata l'oggetto e la tipologia di servizio che sarebbe stato affidato alla società partecipata, peraltro operante in tre rilevanti mercati quali la mobilità, l'igiene ambientale e le farmacie, per quanto evidentemente distanti tra loro e non equiparabili quanto ad oggetto. Su tale punto appare evidente la pluririferibilità dei settori in cui avrebbe dovuto dispiegarsi l'attività di svolgimento di servizi pubblici locali da attribuirsi in via diretta alla costituenda società partecipata, posto che espressamente il disciplinare di

dismissione di quote e di individuazione del soggetto privato mediante procedura selettiva, tra le capacità economiche richieste ai soggetti concorrenti, indicava espressamente “b) la gestione di servizi pubblici locali in almeno uno dei seguenti settori: raccolta e smaltimento rifiuti, trasporto collettivo pubblico, gestione di farmacie pubbliche, erogazione del gas, dell’energia o del servizio idrico” (così, testualmente, a pag. 3 del disciplinare di dismissione di quote prodotto quale allegato 27 dalla parte ricorrente);

- come è noto (cfr. Cons. stato, Sez. V, 11 aprile 2011 n. 2222 nonché T.A.R. Calabria, Regio Calabria, Sez. I, 11 aprile 2011 n. 298 e T.A.R. Lazio, Sez. II-quater, 27 ottobre 2010 n. 33046), la previsione di cui all'art. 23-bis preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica (quindi con affidamento diretto), che si condensano nei principi comunitari di tutela della concorrenza, e, segnatamente, nei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2011 n. 854 e Sez. VI, 16 febbraio 2010 n. 850). L'art. 23-bis, del resto, delinea una fattispecie ostativa ampia per i beneficiari di affidamenti diretti, in quanto impedisce di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, sia direttamente sia partecipando a gare. Sicché va ulteriormente precisato che le regole peculiari della trattativa privata, se allontanano quest'ultima dallo schema tipico della gara pubblica, l'avvicinano comunque al modello dell'affidamento diretto, in ogni caso precluso dalla norma, pertanto, al di là dell'ipotesi eccezionale della c.d. prima gara (prevista e disciplinata dal medesimo art. 23-bis), ogni altro tipo di conferimento è vietato e dunque anche quello che scaturisce all'esito di una procedura negoziata (cfr., specificamente sul punto e di recente, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 9 marzo 2011 n. 384);

- è poi altrettanto noto che il divieto di affidamento diretto (vale a dire senza procedura selettiva pubblica) di un servizio ad una società partecipata già affidataria di quel servizio per conto di un diverso ente non opera, per effetto del disposto dell'art. 23-bis, comma 9, quando il socio privato (della società in questione) sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica (cfr. Cons. stato, Sez. V, n. 2222 del 2011, cit.). Tale previsione tuttavia non opera quando il socio non sia stato scelto all'esito di una gara c.d. a doppio oggetto [cfr., in tal senso e specificamente sul punto attinente alla ammissibilità dell'affidamento diretto di servizi a società miste, anche per effetto dell'art. 23-bis, a condizione che si sia precedentemente svolta in unico contesto una gara avente ad oggetto sia la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) che l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione, T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 5 novembre 2010 n. 1862]. In altri termini, perché non operi il divieto di cui sopra occorre che siano rispettati i principi che regolano il settore, per come delineati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. La Corte di Giustizia (Corte Giustizia, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset) ha, infatti, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolga in unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione. A tal fine, le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio. Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento, ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni

predeterminate all'eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara. Nello stesso solco si è posta l'interpretazione del giudice amministrativo nazionale (Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2010 n. 7214 e Sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555), secondo il quale la differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale (e, per questo, è richiesto il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza. In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto);

- conseguentemente e per quanto sopra si è richiamato, il divieto di cui all'art. 23-bis, comma 9, opera pienamente quando l'affidamento comunale voglia realizzarsi con procedura negoziata in favore di una società partecipata, a sua volta già direttamente affidataria di un servizio analogo (per lo stesso o) per un diverso ente locale, con contratto ancora valido ed efficace, seppure il socio privato sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica ma senza che la gara abbia avuto il duplice e definito oggetto dell'individuazione del partner privato e della specificazione puntuale dell'oggetto del servizio da affidarsi alla costituenda società mista (cfr. anche, in generale sul tema, Cons. Stato, Ad. pl., 3 marzo 2008 n. 1);

Ritenuto che:

- la circostanza che il servizio sia stato affidato, all'esito della procedura negoziata indetta dal Comune di Contigliano, alla A.S.M. Rieti che già è affidataria in via diretta in un servizio dal contenuto analogo attribuitole dal Comune di Rieti e il cui socio privato è stato scelto all'esito di una selezione ad evidenza pubblica, ma nell'ambito di una gara che non abbia rispettato il principio del c.d. doppio oggetto (per come è confermato dall'ampia documentazione depositata in merito, in particolare per quanto emerge dalla lettura del disciplinare di dismissione di quote e dal contratto per lo svolgimento del servizio di igiene urbana stipulato nel 2002 con il Comune di Rieti ed ancora in esecuzione al momento della partecipazione alla selezione per la quale è qui controversia), induce a considerare fondate le precise censure dedotte in argomento dalla parte ricorrente, con la conseguenza che il ricorso deve essere accolto con annullamento dell'atto di aggiudicazione impugnato;

- risulta dagli atti prodotti dal Comune intimato che il contratto è stato stipulato in violazione dell'art. 11, comma 10, del decreto legislativo n. 163 (disposizione applicabile anche alle procedure c.d. sotto-soglia comunitaria per il chiaro disposto dell'art. 121, comma 1, del ridetto decreto legislativo, a mente del quale sono inderogabilmente applicabili alle procedure per l'affidamento dei contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria le disposizioni della Parte I del Codice dei contratti pubblici, nel quale è inserita la previsione che impone l'attesa di un termine dilatorio per la stipula del contratto di 35 giorni in seguito alla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva nelle forme e nei modi di cui all'art. 79, comma 5, dello stesso Codice), atteso che il verbale di affidamento provvisorio è datato 23 giugno 2011 e che il servizio è stato avviato dalla A.S.M. Rieti in data 1° luglio 2011, oltre al fatto che non risulta essere mai stata comunicata l'aggiudicazione definitiva nelle forme imposte dall'art. 79 del codice dei contratti pubblici, di talché risulta altresì (e contemporaneamente) violata la disposizione di cui all'art. 121,

comma 1 lett. c), del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, che impone al giudice amministrativo, una volta verificata la fondatezza del gravame avente ad oggetto l'atto di aggiudicazione ed in presenza di una precisa e puntuale richiesta espressa proveniente dalla parte ricorrente in merito alla declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato, rendendosi contestualmente disponibile a subentrare nello svolgimento (nella specie) del servizio (per come ritualmente precisato dalla Tecnoservizi nella parte del ricorso introduttivo dedicata alle "conclusioni", in particolare i punti 2) e 3) a pag. 30);

- il Comune di Contigliano non costituendosi in giudizio non ha provveduto a chiarire all'organo giudicante se sussistano elementi giuridici o di fatto che sconsiglierebbero la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato con A.S.M. Rieti, ai sensi dell'art. 121, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, né ha svolto alcuna deduzione in merito in occasione della produzione documentale pervenuta alla Segreteria del Tribunale in data 26 ottobre 2011 e stimolata dalla richiesta istruttoria di cui all'ordinanza n. 3222 del 2011, di talché non affiorano elementi utili a sconsigliare che venga dichiarato inefficace il ridetto contratto, tenuto conto che la parte ricorrente ha offerto ampia assicurazione circa la capacità di poter immediatamente subentrare all'attuale contraente nello svolgimento del servizio (avendolo svolto fino al 1° luglio 2011, cfr. in proposito la nota prot. n. 1694 del 16 marzo 2011 e la nota prot. n. 4856 del 15 luglio 2011 depositate, rispettivamente, quali allegato 1 e allegato 9 al ricorso introduttivo);

- la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato con A.S.M. Rieti, per un verso costituisce, seppur parzialmente, una misura risarcitoria in forma specifica in favore della parte ricorrente, mentre per la parte del servizio non svolto da quest'ultima essa non ha prodotto in giudizio alcuna prova concreta del danno subito. Su tale punto il Collegio ritiene di dover fare propri i recenti approdi giurisprudenziali (peraltro recentemente descritti nella sentenza della Quinta

sezione del Consiglio di Stato, 24 febbraio 2011 n. 1193) chiarendo che sulla domanda risarcitoria proposta dalla Tecnoservizi non incidono le ancor più recenti coordinate interpretative espresse nella sentenza dell'Adunanza plenaria del consiglio di Stato 23 marzo 2011 n. 3, in quanto è dimostrato in atti che la ridetta società ricorrente ha puntualmente trasmesso all'Amministrazione comunale la informativa ai sensi dell'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici, rimasta inevasa, rappresentando le doglianze poi riproposte nella sede giudiziale rimasta ed ha quindi tempestivamente esperito i rimedi, giudiziali e non, previsti dall'ordinamento, con la conseguenza che le coordinate indicative della responsabilità per i comportamenti assunti dalle parti in sede procedimentale ed in sede processuale, discendenti dall'applicazione dell'art. 1227 c.c., debbono traspirare esclusivamente nei confronti ed in danno dell'Amministrazione comunale;

- dunque, con riguardo alla domanda di risarcimento del danno per equivalente, avente ad oggetto il periodo di tempo a far data dal 1° luglio 2011, nel corso del quale la Tecnoservizi non ha potuto eseguire il servizio per effetto dell'atto di aggiudicazione annullato in questa sede giudiziale, va anzitutto ricordato che non vi è alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria (cfr. la sentenza Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione III 30 settembre 2010, n. C- 314/09, secondo la quale, la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di

un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata). Con riferimento alla misura del risarcimento del danno spettante alla Tecnoservizi è sufficiente osservare che, qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, la A.S.M. Rieti avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura e l'appalto avrebbe dovuto essere assegnato all'attuale ricorrente, collocata al secondo posto della graduatoria. Pertanto, alla Tecnoservizi compete il diritto al risarcimento dei danni costituiti dal mancato utile derivante dall'appalto in contestazione. Per la determinazione di tale somma, occorre avere riguardo al corrispettivo offerto dalla Tecnoservizi e la misura dell'utile può essere equitativamente stimato, in assenza di diverse deduzioni difensive della parte ricorrente (né dell'Amministrazione intimata, non costituitasi in giudizio), nella misura del 5% dell'offerta, tenendo conto anche della presunzione di utilizzabilità delle risorse destinate all'esecuzione del servizio in oggetto in altre operazioni commerciali. Per chiarezza va precisato che, in proposito, il Collegio condivide pienamente l'orientamento espresso della più recente giurisprudenza (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 21 settembre 2010 n. 7004), secondo cui, in sede di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, il mancato utile nella misura integrale spetta, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e, pertanto, in tale ipotesi deve operarsi una

decurtazione del risarcimento di una misura per l'*aliunde perceptum vel percipiendum*. Infatti, si è condivisibilmente evidenziato che "ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno. Nelle gare di appalto, l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative. Pertanto, non costituisce, normalmente, e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività." Di qui la piena ragionevolezza della detrazione, affermata dalla giurisprudenza, dal risarcimento del mancato utile, nella misura del 50% (rispetto al 10% del prezzo offerto), sia dell'*aliunde perceptum*, sia dell'*aliunde percipiendum* con l'originaria diligenza. L'indicata misura del 5% dell'offerta comprende, equitativamente, anche il deprezzamento monetario. Sulla somma così determinata andranno applicati interessi e rivalutazione, dal momento della pubblicazione della sentenza, fino all'effettivo soddisfo;

Considerato che:

- la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato con A.S.M. Rieti esclude che possa trovare applicazione l'art. 123 del Codice dei contratti e consente di escludere la sussistenza dei presupposti per l'irrogazione delle c.d. sanzioni alternative, ma l'aver il Comune di Contigliano con il proprio comportamento disatteso la giurisprudenza consolidata con riferimento alle questioni giuridiche che hanno fatto da sfondo alle censure dedotte dalla parte ricorrente, tanto da potersi considerare "fondata su ragioni manifeste" la decisione di annullamento dell'atto impugnato determinano tre ordini di ulteriori conseguenze, oltre a quelle (dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione, di

dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato e di condanna al risarcimento del danno per equivalente) sopra illustrate:

- 1) la condanna alle spese, ai sensi dell'art. 26, comma 1, c.p.a., in applicazione del principio della soccombenza;
- 2) la condanna alle “ulteriori spese”, ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., in considerazione del fatto che la presente decisione è “fondata su ragioni manifeste “ e comunque in linea con “orientamenti giurisprudenziali consolidati”;
- 3) la condanna alla sanzione di “responsabilità per lite temeraria”, ai sensi dell'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici, sempre in considerazione del fatto che la presente decisione è “fondata su ragioni manifeste “ e comunque in linea con “orientamenti giurisprudenziali consolidati;”

Reputato che, con riguardo ai tre profili della presente decisione sopra elencati, il Collegio ritiene di potersi pronunciare in via definitiva soltanto sui primi due tra quelli sopra elencati, come su tutte le altre questioni sottoposte all'esame del Tribunale con il ricorso introduttivo - ma non anche in merito al profilo sub 3), in ordine al quale si disporrà in via non definitiva secondo le coordinate che verranno più in avanti sviluppate – disponendo come segue:

- in ragione di quanto sopra si è illustrato, la principale censura dedotta dalla parte ricorrente, secondo la quale l'affidamento diretto, tramite procedura negoziata, del servizio carico e trasporto a recupero/riciclo, compresi i costi di trattamento e/o smaltimento dei rifiuti da raccolta differenziata e ingombranti da isola ecologica con prezzo a base d'asta di € 15.000,00 ed una durata del servizio dal 1° luglio 2011 al 31 dicembre 2011 effettuata in favore della A.S.M. Rieti è illegittimo perché in contrasto con il divieto imposto dall'art. 23-bis, comma 9, del decreto legge n. 112 del 2008 (per come chiarito da numerose pronunce emesse sia da Corti comunitarie che da Corti nazionali), è fondata e quindi va accolto il ricorso con annullamento dell'atto di aggiudicazione;

- a causa del mancato rispetto del termine dilatorio per la stipula del contratto, di cui all'art. 11 del Codice dei contratti pubblici (disposizione che trova inderogabile applicazione anche con riferimento alle procedure per l'affidamento dei contratti di valore inferiore alla c.d. soglia comunitaria per come è pacificamente deducibile dalla chiara espressione dell'art. 121, comma 1, del Codice dei contratti pubblici che estende l'applicazione, senza deroghe, di tutte le disposizioni contenute nella Parte prima del predetto Codice – nella quale è inserito l'art. 11 – agli affidamenti di commesse di valore inferiore alla c.d. soglia comunitaria), va dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato medio tempore tra il Comune di Contigliano e la A.S.M. Rieti, disponendosi la prosecuzione della esecuzione del servizio in favore della ricorrente Tecnoservizi, che si è formalmente resa disponibile alla prosecuzione dell'attività, dimostrando di essere in possesso dei requisiti per assumere le relative incombenze;
- in conseguenza dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione, qui gravato e dichiarato illegittimo, nonché in seguito alla parziale soddisfazione in forma specifica del pregiudizio subito dal provvedimento annullato, che temporalmente si eliminerà solo dal momento in cui sarà concretamente affidato il servizio alla Tecnoservizi, per effetto della presente decisione, va accolta la domanda di risarcimento del danno per equivalente, con riferimento ai mesi – previsti per la durata del servizio – durante i quali esso è stato svolto dalla A.S.M. Rieti, nella misura del 5% dell'offerta presentata da Tecnoservizi, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria;
- in applicazione del principio della soccombenza e tenuto conto della mancata risposta del Comune di Contigliano alla informativa di cui all'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici presentata da Tecnoservizi, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., per come richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., il predetto Comune va condannato a rifondere le spese di giudizio che il Collegio stima equo liquidare in

complessivi € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), oltre ad accessori ed al rimborso del contributo unificato versato ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis, del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 agosto 2011 n. 4596), come da dispositivo;

- per effetto della evidenza solutoria più sopra rappresentata, con i richiami alle ragioni che militano per l'accoglimento del ricorso proposto, tenuto conto anche delle interpretazioni giurisprudenziali concordi in ambito comunitario e nazionale in merito alla corretta applicazione delle disposizioni che l'Amministrazione avrebbe dovuto applicare in modo corretto, evitando quindi di provocare la qui esaminata contesa giudiziale, la decisione appare "fondata su ragioni manifeste" e comunque in linea con "orientamenti giurisprudenziali consolidati", il Collegio stima di condannare il Comune di Contigliano, quale parte soccombente, a pagare ulteriori spese processuali in favore della Tecnoservizi, ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., che liquida complessivamente in € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), in applicazione del principio che vuole la liquidazione secondo equità per tale titolo di responsabilità processuale affidata al criterio della "percentuale sulle spese di lite" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 maggio 2011 n. 3083);

Valutato diversamente (rispetto a quanto si è testé stabilito) in merito alla decisione sulla condanna della parte soccombente (individuata nel Comune di Contigliano) al pagamento della sanzione pecuniaria per come previsto dall'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici, in ordine alla quale il Collegio avverte la necessità di doversi pronunciare, non definitivamente e con ordinanza, al fine di sollevare la questione di illegittimità costituzionale della disposizione suindicata, in quanto:

- sulla rilevanza della questione va detto che sussistono nella specie tutti i presupposti indicati dalla norma codicistica, introdotta dall'art. 4 del decreto legge n. 70 del 2011, convertito nella legge n. 106 del 2011, perché di essa si faccia applicazione nel caso di specie, giacché:

- a) sotto il profilo temporale la norma in questione è entrata in vigore con la pubblicazione del ridetto decreto legge sulla Gazzetta ufficiale in data 13 maggio 2011 e quindi in epoca antecedente alla proposizione del ricorso qui in esame, tenuto conto altresì che la legge di conversione non ne ha mutato il contenuto e che comunque l'applicabilità della disposizione al caso di specie è determinata dalla natura schiettamente processuale della norma;
- b) il tenore del testo dell'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici non lascia adito a dubbi circa l'imposizione nei confronti del giudice amministrativo dell'obbligo di procedere alla condanna della parte soccombente al pagamento della sanzione pecuniaria (nell'entità indicata dalla stessa disposizione) qualora ne sussistano i presupposti, vale a dire se la soccombenza è provocata dalla circostanza che la decisione “è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati”, atteso che l'utilizzo dell'espressione “condanna” (a differenza dell'espressione “può condannare” utilizzata dal legislatore, ad esempio, nella formulazione dell'art. 26, comma 2, c.p.a.) si impone all'organo giudicante, tanto che, paradossalmente, disattendendo l'obbligo di legge, al ricorrere dei presupposti fissati dall'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici, il giudice amministrativo che conosce della controversia potrebbe incorrere in responsabilità amministrativa per il mancato introito dell'importo della sanzione;
- c) nel caso di specie, inoltre, per effetto della stessa evidenza solutoria più sopra rappresentata e che ha condotto alla condanna del Comune di Contigliano al pagamento di ulteriori spese processuali a favore della ricorrente Tecnoservizi, in applicazione del disposto di cui all'art. 26, comma 2, c.p.a., istituito che per espressa indicazione normativa (“il giudice può altresì condannare”) non impone all'organo giudicante la condanna al pagamento delle “ulteriori” spese, affidandogli al contrario il compito di valutare se sussistono i presupposti per considerare la parte soccombente responsabile di aver provocato una lite giudiziale che avrebbe potuto

evitare, tenendo conto della corretta interpretazione della norma applicata nel caso concreto, anche per come interpretata dal consolidato orientamento giurisprudenziale, il medesimo Collegio si trova, in questo secondo caso costretto, ai sensi dell'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici (che reca la precisa espressione "il giudice condanna"), a rispettare l'obbligo di legge e ad irrogare al Comune di Contigliano una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, al doppio del contributo unificato dovuto per la proposizione del ricorso introduttivo, vale a dire (nel minimo) € 4.000,00;

- sulla fondatezza della questione il Collegio sottolinea che:

1) va premesso che la disposizione contenuta nell'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici differisce sensibilmente, nel tenore delle espressioni letterali utilizzate dal legislatore e per la diversa natura dei due istituti, da quella contenuta nell'art. 26, comma 2, c.p.a., in quanto:

A) l'istituto recato da quest'ultima norma, per come si è chiaramente precisato in un recente intervento giurisprudenziale, rispetto al quale il Collegio può condividerne gli approcci interpretativi, presenta contorni ben definiti atteso che "la previsione del pagamento della somma in esame: a) non riguarda le spese di lite (quantificate con la condanna alle spese secondo la logica propria delle disposizioni sancite dagli artt. 91 e 92 c.p.c.); b) non riguarda la responsabilità da lite temeraria (tipizzata dai commi 1 e 2 dell'art. 96 c.p.c.); c) non riguarda la pretesa sostanziale (sulla quale statuisce il contenuto dispositivo della sentenza). d) non è configurabile quale sanzione pubblica atteso che: I) il gettito non è devoluto all'erario (arg. ex artt. 123, co. 1, c.p.a.; 15, disp. att. c.p.a.; 246 bis, codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. ii), d.l. 13 maggio 2011, n. 70) (...)" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 3083 del 2011, cit.)

B) l'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici, per come ha condivisibilmente affermato il Consiglio di Stato nella sentenza testé ricordata, ha introdotto nel

nostro ordinamento giuridico – e, più precisamente, nella disciplina processuale relativa alle controversie in materie di affidamento di lavori, servizi e forniture lasciate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - un ulteriore istituto (impropriamente definito nella rubrica dell'articolo "Responsabilità per lite temeraria", posto che dinanzi al giudice amministrativo, per tale titolo di responsabilità, trovano applicazione le disposizioni recate dagli artt. 96 e 97 c.p.c., per espresso richiamo contenuto nell'art. 26, comma 1, c.p.a.) oltre a quello già introdotto nel Codice del processo amministrativo con l'art. 26, comma 2;

C) le due disposizioni sopra indicate (l'art. 26, comma 2, c.p.a. e l'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici) presentano evidenti aspetti di somiglianza ma si distanziano decisamente per la fondamentale circostanza, per quel che qui interessa allo stato, che l'istituto recato dal Codice del processo amministrativo rende facoltativo ("...il giudice (...) può altresì condannare ...") il compito del giudice amministrativo di disporre la condanna ad ulteriori spese in danno della parte soccombente ed in favore di quella vincitrice nella contesa giudiziale, mentre l'istituto recato dal Codice dei contratti pubblici (ed introdotto dall'art. 4 del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 e quindi applicabile anche al presente giudizio trattandosi di norma processuale e comunque entrata in vigore in epoca antecedente rispetto alla proposizione del qui esaminato ricorso, non essendo stata modificata la relativa disposizione dalla legge di conversione 12 luglio 2011 n. 136) si impone al giudice amministrativo ("...il giudice, fermo quanto previsto dall'articolo 26 del codice del processo amministrativo approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, condanna d'ufficio la parte soccombente...") obbligandolo ad irrogare la sanzione pecuniaria al solo ricorrere della violazione del comportamento legislativamente doveroso (l'aver provocato una lite processuale che si conclude con una decisione "...fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati..."), seppur affidando al suo

apprezzamento l'entità della stessa (indicata nel minimo e nel massimo dalla stessa norma);

2) opina il Collegio che la disposizione in questione manifesti un evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione, penalizzando gravemente i soggetti che intendono accedere alla via giudiziale, al fine di tutelare la propria posizione soggettiva incisa dall'intervento di una Pubblica amministrazione (o di altro soggetto ad essa equiparato o equiparabile) nel settore dell'affidamento di commesse pubbliche rispetto agli altri soggetti che propongono azioni giudiziali dinanzi al giudice amministrativo in materie diverse dal settore di cui all'art. 119, comma 1 lett. a), c.p.a.. Indubbiamente l'accesso alla giustizia, non esclusa quella amministrativa è legislativamente sottoposto al versamento di una somma quale "contributo unificato", per come previsto dal D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (ora inciso dall'intervento modificativo del decreto legge 6 luglio 2011 n. 98, convertito nella legge 15 luglio 2011 n. 111), purtroppo, a cagione della disposizione qui sospettata di illegittimità costituzionale, l'aver proposto una azione giudiziale con esito infausto per il proponente costituisce presupposto per la condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria da versare all'erario solo nel settore delle controversie in materia di appalti pubblici, concretizzandosi in tal modo una evidente disparità di trattamento nell'accesso alla giustizia amministrativa nel predetto settore, che finisce con il privilegiare soltanto i soggetti economicamente "forti" a discapito degli altri concorrenti che non sono in grado, sempre sotto il profilo economico, di rischiare – in caso di insuccesso nella contesa giudiziale – di vedersi inflitta una condanna al pagamento di una importante sanzione pecuniaria, oltre a dover corrispondere l'importo dovuto per il contributo unificato nonché le ordinarie conseguenze provocate dalla soccombenza giudiziale ai sensi dell'art. 26, commi 1 e 2, c.p.a.;

3) i suindicati profili di illegittimità costituzionale della disposizione in esame possono trasporsi con riferimento ai principi contenuti negli artt. 24, 111 e 113 Cost., in particolare:

a) con riguardo all'art. 24 Cost. non solo viene in emersione la violazione della previsione contenuta nel primo comma, che risulta essere disattesa dalla disposizione contenuta nell'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici, dal momento che il pericolo di vedersi irrogare una sanzione pecuniaria ben può dissuadere potenziali ricorrenti dal contestare le illegittimità perpetrate da una stazione appaltante nel corso di una operazione selettiva per l'affidamento di una commessa pubblica, ma anche con riferimento alla previsione contenuta nel secondo comma, rispetto alla quale lo spirito dissuasivo della disposizione codicistica qui censurata confligge decisamente con il carattere inviolabile del diritto di difesa garantito dall'art. 24, secondo comma, Cost.;

b) rispetto alla previsione contenuta nell'art. 111 Cost., la disposizione codicistica qui censurata si pone come elemento di rottura del consacrato principio della parità delle parti, determinando una ingiustificata selezione in ragione delle capacità economiche dei concorrenti tra coloro che possono percorrere serenamente la via giudiziale rispetto agli altri concorrenti, meno abbienti, che potrebbero rinunciare alla tutela giudiziale a fronte del rischio di vedersi irrogare una sanzione pecuniaria solo perché la interpretazione delle disposizioni la cui corretta applicazione viene invocata dal ricorrente non corrisponde agli approdi della c.d. giurisprudenza consolidata;

c) con riguardo alla previsione contenuta nell'art. 113, secondo comma, Cost. la potenziale inibizione alla tutela giudiziale in materia di appalti pubblici, provocata dal rischio di subire una condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria, conduce a limitare la tutela dinanzi al giudice amministrativo in caso di

controversie nei confronti di una Pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici;

4) si aggiunga peraltro che la c.d. giurisprudenza consolidata non può iscriversi tra le fonti del diritto e quindi appare inverosimile che, stante il principio di legalità che informa la disciplina generale della irrogazione delle sanzioni pecuniarie, la non conformità del contenuto del ricorso agli orientamenti giurisprudenziali che possono dirsi consolidati e la conseguente ragione della soccombenza della parte ricorrente ricollegabile all'aver disatteso l'orientamento che risulta essere preferito nelle decisioni delle Corti amministrative, possa costituire il presupposto di legge per infliggere una sanzione pecuniaria, con evidente violazione del principio recato dall'art. 23 Cost.;

5) va in proposito tenuto anche conto della circostanza che l'espressione "giurisprudenza consolidata" non coincide con una nozione di fonte giuridica certa e dai contorni definiti, manifestandosi di ardua individuazione la fissazione di una soglia di consolidamento dell'interpretazione giurisprudenziale, naturalmente condizionata dall'evoluzione del comune sentire rispetto agli interessi pubblici tutelati dalla norma oggetto di interpretazione e, in ogni caso, costantemente permeabile ai flussi dottrinali idonei a provocare repentini mutamenti di valutazione circa la portata e l'attuazione della singola disposizione normativa oggetto di interpretazione;

6) quanto sopra conduce a ritenere che la disposizione di cui all'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici influisce, disattendendolo, in ordine al principio di imparzialità e correttezza che deve informare sempre l'azione della Pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost.;

7) tutto quanto si è fin qui rilevato ed ogni censura della disposizione in esame per contrasto con i principi costituzionali espressi negli articoli della Carta costituzionale analiticamente richiamati non si manifesta esclusivamente qualora la

parte soccombente sia quella ricorrente, ma anche quando tale esito processuale si riferisce all'Amministrazione. In questo caso, come è avvenuto con riguardo alla questione che ha condotto alla controversia qui in esame, la norma in questa sede censurata per illegittimità costituzionale colpisce l'Amministrazione procedente che non abbia tenuto in attenta considerazione – ma ciò solo nel mondo degli appalti pubblici - l'orientamento giurisprudenziale c.d. consolidato delle Corti amministrative prima di adottare il provvedimento che è poi viene fatto oggetto di gravame favorevolmente definito per la parte ricorrente. La disposizione di cui all'art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici, che non è l'unica norma dell'ordinamento nazionale attraverso la quale è punibile il comportamento illegittimo posto in essere da un soggetto aggiudicatore con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria posto che una siffatta disposizione è contenuta nell'art. 123 c.p.a., a differenza di quest'ultima non reca nessuna cautela processuale in favore del potenziale soggetto trasgressore. Infatti, mentre l'art. 123 c.p.a., nel recare la disciplina per la irrogazione delle sanzioni alternative da infliggere quando la dichiarazione di inefficacia del contratto non può essere disposta dal giudice amministrativo, stabilisce espressamente che quest'ultimo “applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione”, la disposizione del Codice dei contratti pubblici qui censurata non reca alcuna previsione che consenta alla parte soccombente (anche nel caso in cui si tratti dell'Amministrazione resistente) di poter controdedurre e tutelare la propria posizione rispetto alla contestazione da parte del giudice amministrativo dell'affiorare dei presupposti processuali che possono condurre alla condanna al

pagamento della sanzione pecuniaria nella misura regolamentata dallo stesso art. 246-bis più volte citato;

P.Q.M.

pronunciando in via definitiva sul ricorso in epigrafe;

- 1) lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato;
- 2) dichiara inefficace il contratto stipulato tra il Comune di Contigliano e la A.S.M. Rieti S.p.a. relativamente all'affidamento intervenuto in data 1° luglio 2011 del servizio meglio indicato in motivazione e, per l'effetto, dispone la prosecuzione del servizio stesso a cura della Tecnoservizi S.r.l.;
- 3) condanna il Comune di Contigliano, in persona del Sindaco pro tempore al risarcimento del danno per equivalente, nella misura indicata in motivazione, in favore della Tecnoservizi S.r.l.;
- 4) condanna il Comune di Contigliano, in persona del Sindaco pro tempore a rifondere le spese di giudizio in favore della Tecnoservizi S.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida nella misura complessiva di € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), oltre accessori come per legge ed al rimborso del contributo unificato versato;
- 5) condanna il Comune di Contigliano, in persona del Sindaco pro tempore a rifondere le ulteriori spese di giudizio, ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a. in favore della Tecnoservizi S.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida nella misura complessiva di € 1.500,00 (euro millecinquecento/00).

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

Visti gli artt. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948 n. 1 e 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'intero art. 246-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, in riferimento agli artt. 3, 23, 24, 97, 103, 11 e 113 della Costituzione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e sospende il giudizio

in corso con esclusivo riferimento all'applicazione della disposizione contenuta nel citato art. 246-bis.

Ordina che a cura della Segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti e sia comunicata al Presidente del Consiglio dei ministri.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETARIA

Il 03/11/2011

IL SEGRETARIO

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