

N. 05421/2013REG.PROV.COLL.
N. 09243/2012 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9243 del 2012, proposto da:
Costruzioni Dondi s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Gusso,
Sebastiano Tonon, Maurizio Mansutti e Francesco Lilli, con domicilio
eletto presso quest'ultimo, in Roma, via di Val Fiorita 90;

contro

Comune di Sezze, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Costantini,
con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, corso D'Italia 19;

nei confronti di

Autorità dell'Ambito Territoriale Ottimale n. 4 Lazio Meridionale
Latina;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA:
SEZIONE I n. 00880/2012, resa tra le parti, concernente

risoluzione/decadenza della convenzione per la gestione del servizio idrico integrato del territorio comunale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sezze contenente appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Sebastiano Tonon e Alberto Costantini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Costruzioni Dondi s.p.a. è concessionaria del servizio idrico integrato per il Comune di Sezze dal 1 marzo 1994, in forza di delibera consiliare n. 123 del 10 agosto 1993, della conseguente convenzione del 18 dicembre 1993 e relativo atto aggiuntivo del 25 marzo 1996.

Negli ultimi anni il rapporto tra le due parti si è caratterizzato per una nutrita conflittualità, sfociata in numerosi contenziosi presso l'autorità giudiziaria ordinaria ed in sede arbitrale, fino al presente giudizio, instaurato dalla predetta concessionaria davanti al TAR Lazio - sez. staccata di Latina, nel quale ha impugnato l'atto di decadenza e risoluzione della convenzione (delibera del consiglio comunale n. 42 del 26 settembre 2011), adottato dal Comune di Sezze a fronte della contestazione di plurimi inadempimenti contrattuali. A sostegno dell'illegittimità della delibera, la ricorrente eccepiva a sua volta che

l'amministrazione concedente si era resa colpevole di numerosi inadempimenti. Formulava inoltre domanda risarcitoria consequenziale.

2. Il Comune di Sezze proponeva dal canto suo ricorso incidentale contenente domanda riconvenzionale di condanna della Costruzioni Dondi al pagamento delle penali maturate in suo danno, quantificate in oltre 2 milioni di euro, e delle spese per lavori di manutenzione della rete effettuate in sostituzione dell'inadempiente concessionaria, pari ad € 4.920,00.

3. Il TAR di Latina riteneva innanzitutto la propria giurisdizione sulla domanda di annullamento della decadenza proposta dalla ricorrente in via principale, salvo declinarla per la connessa pretesa, da quest'ultima azionata, per il pagamento dei lavori di manutenzione della rete idrica delle forniture di acqua insolute, e la respingeva, reputando provati gli inadempimenti contestati e, per contro, insussistenti i contrapposti inadempimenti asseriti dalla concessionaria ricorrente. Accoglieva invece la domanda riconvenzionale del Comune di Sezze per quanto concerne le spese di manutenzione, dichiarando invece il difetto di giurisdizione per quanto concerne le penali contrattuali.

4. La sentenza è appellata in via principale della Costruzioni Dondi, la quale eccepisce pregiudizialmente la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo anche sulla propria domanda di impugnazione avverso il provvedimento di decadenza. Nel merito, ripropone tutti i motivi già svolti in primo grado per l'annullamento di quest'ultimo, ivi compresa la domanda risarcitoria, instando in via istruttoria affinché venga disposta CTU al fine di verificare gli inadempimenti contrattuali reciprocamente asseriti. Censura inoltre la declinatoria di giurisdizione sulla questione

relativa al mancato pagamento da parte dell'amministrazione concedente dei lavori di manutenzione della rete idrica e delle forniture d'acqua, evidenziando che la stessa non era stata fatta oggetto di specifica domanda di condanna, ma di richiesta di accertamento in via incidentale, in funzione paralizzante degli inadempimenti posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento impugnato, sul quale il TAR avrebbe dovuto quindi pronunciarsi. Censura infine la condanna pronunciata in proprio danno alla refusione in favore dell'amministrazione delle spese di manutenzione da quest'ultima sostenute.

5. Il Comune di Sezze ha proposto appello incidentale. Deduce in via principale l'inammissibilità dell'altrui appello per difetto di interesse, in ragione del fatto che controparte ha contestato la sussistenza della giurisdizione amministrativa da lei stessa adita in primo grado. Chiede in ogni caso che sia dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario su tutte le domande proposte nel presente giudizio. Nel merito, oltre al rigetto dell'appello principale, ripropone, in via di subordine, la domanda di condanna al pagamento delle penali contrattuali maturate in proprio favore, che quantifica in € 2.004.920.

DIRITTO

1. Così riassunte le domande ed eccezioni rispettivamente devolute dalle parti litiganti nel presente giudizio d'appello, occorre innanzitutto precisare la tassonomia da seguire nell'esame delle questioni ad esse sottese.

Il chiarimento è dovuto alla luce del fatto che nel proprio appello incidentale il Comune di Sezze propone la seguente graduazione: chiede

in via principale che l'appello principale di controparte sia dichiarato inammissibile per difetto di interesse; quindi, nel merito, il rigetto del medesimo; ed infine che *"in via incidentale"* sia declinata la giurisdizione sull'intera causa a favore del giudice ordinario.

Ora, in disparte il fatto che quest'ultima statuizione non può evidentemente essere resa in via incidentale, trattandosi di pronuncia che definisce la controversia, sia pure in rito, occorre nondimeno sottolineare come non sia possibile rispettare la graduazione proposta dall'amministrazione appellante incidentale. Su quest'ultima prevale infatti l'insegnamento dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 4 giugno 2011, n. 10, secondo cui assume carattere necessariamente prioritario l'esame della questione di giurisdizione. E ciò in virtù del condivisibile argomento secondo cui il potere del giudice adito di emettere qualsiasi statuizione, tanto in rito quanto nel merito della domanda, postula che su quest'ultima lo stesso sia effettivamente munito della *potestas iudicandi*, ossia di quell'imprescindibile presupposto processuale al solo ricorrere del quale è consentito pronunciarsi sulla medesima.

A quest'ultimo riguardo, nella citata pronuncia l'organo di nomofilachia della giurisdizione amministrativa ha anche posto in rilievo la necessità che sulla domanda non si pronunci in alcun modo il giudice sfornito di giurisdizione, ma che la stessa possa invece essere riproposta, completamente impregiudicata, davanti a quello munito di giurisdizione a mezzo della c.d. *translatio iudicii*, introdotta per la prima volta dall'art. 59 della legge n. 69/2009 (in seguito alle note decisioni della Corte costituzionale n. 77 del 12 marzo 2007 e delle Sezioni unite civili 22

febbraio 2007, n. 4109), ed ora riprodotto dall'art. 11 del cod. proc. amm.

2. Va peraltro dato atto che la questione di giurisdizione è devoluta alla cognizione di questo giudice anche dalla Costruzioni Dondi.

Nondimeno, all'esame della stessa è ostativo l'indirizzo di questo Consiglio di Stato a mente del quale la suddetta questione non può essere sollevata in appello dalla parte che in primo grado la aveva implicitamente risolta a favore del giudice adito, avendovi incardinato la domanda giudiziale (Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2111; Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4987).

La regola ora richiamata è stata tratta dal divieto di abuso del diritto, cui è stato attribuito il rango di principio generale dell'ordinamento giuridico, e dunque valevole anche per il diritto di azione, tanto da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 15 novembre 2007, n. 23726), quanto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011, n. 3).

2.1 Il Collegio reputa che questo orientamento meriti piena conferma, anche alla luce dell'obbligo di cooperazione gravante ai sensi dell'art. 2, comma 2, cod. proc. amm. sul giudice e sulle parti *“per la realizzazione della ragionevole durata del processo”*. Infatti, l'obbligo ora detto impone giocoforza di considerare irretrattabile la scelta dell'organizzazione giudiziaria adita, pena altrimenti l'inaccettabile conseguenza che, proprio grazie alla possibilità di riproporre la domanda davanti al giudice dotato di giurisdizione, la decisione nel merito subisca una dilazione in conseguenza del radicale mutamento di strategia processuale della parte.

Con la *translatio iudicii* si consente infatti di ovviare all'errore commesso, mantenendo fermi gli effetti processuali e sostanziali della domanda (art. 11, comma 2, cod. proc. amm.). Ma questa salvezza in tanto si giustifica in quanto sovvenga la parte che sia stata incorsa nell'errore a causa dell'obiettiva incertezza delle norme sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, e non certo per favorire atteggiamenti opportunistici, finalizzati a rimediare alla soccombenza riportata in prime cure.

Del resto, l'ordinamento processuale attribuisce alle parti uno specifico strumento per dissipare i dubbi sulla sussistenza della *potestas iudicandi* del giudice adito, rappresentato – come noto – dal regolamento preventivo di giurisdizione. Questo, infatti, può essere proposto, prima della decisione nel merito (artt. 41 cod. proc. civ. e 10 cod. proc. amm.), anche dall'attore/ricorrente, a fronte dell'altrui contestazione, proprio in ragione dell'interesse *“ad una definizione della questione dalle sezioni unite della Corte ad evitare che la risoluzione di essa in sede di merito possa essere modificata a seguito di impugnazione, ritardando la risoluzione della controversia anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole”* (Cass., Sez. Un., ord. 20 aprile 2006, n. 9169; in termini Cass., Sez. Un., ord. 20 settembre 2006, n. 20504; ord. 7 novembre 2008, n. 26792).

2.2 Ancora sul punto, trasladando il discorso dal piano dei comportamenti imposto agli attori del processo a quello più strettamente ricostruttivo degli istituti processuali, è indubbio che il difetto di giurisdizione ha assunto ormai, a mente dell'art. 9 cod. proc. amm. (recettivo dei principi affermati dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 9 ottobre 2008, n. 24883), la portata di una vera e propria eccezione in senso

tecnico e non più, quindi, di una mera segnalazione al giudice al fine del rilievo dei presupposti per l'attivazione di un potere ufficioso. La conseguenza di un simile inquadramento è che a tale eccezione la parte deve ritenersi abbia definitivamente rinunciato una volta proposta la domanda introduttiva presso questa o quella organizzazione giudiziaria. E questo inquadramento si rivela coerente con l'esigenza di non piegare l'unità funzionale della giurisdizione, proclamata dalle Sezioni Unite nella pronuncia ora citata, a condotte processuali non coerenti con il fine per cui il diritto di azione è riconosciuto.

2.3 Venendo dunque ad esaminare il motivo in questione, limitatamente alla prospettazione dell'amministrazione appellante incidentale, quest'ultima nega che nella presente vicenda venga in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici, assumendo, per contro, che l'atto impugnato si sostanzia in una risoluzione contrattuale per grave inadempimento della concessionaria, come emerge anche dal fatto che il sotteso accertamento della sua legittimità si sostanzia in una valutazione contrapposta degli inadempimenti rispettivamente dedotti dalle parti in causa, secondo uno schema tipico dei contratti di diritto comune. Prospetta quindi un parallelismo con l'indirizzo giurisprudenziale formatosi a proposito delle controversie concernenti l'esecuzione di contratti di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, ormai attestatosi ad affermare la sussistenza della giurisdizione ordinaria (cita le sentenze di questa Sezione 21 febbraio 2012, n. 932 e 21 aprile 2010, n. 2254), in considerazione del fatto che, nella suddetta fase esecutiva, l'amministrazione non è più titolare di poteri autoritativi, ma di diritti e facoltà come qualsiasi altro contraente privato. Sulla base di questa

premessa, richiama poi la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, che ha tracciato il confine tra giurisdizione amministrativa ed ordinaria nella materia dei servizi pubblici. Invoca in particolare il principio espresso dalla Corte con riguardo all'ipotesi di giurisdizione esclusiva prevista per detta materia (all'epoca dall'art. 33 d.lgs. n. 80/1998), in base al quale anche per la giurisdizione amministrativa estesa alla cognizione di diritti soggettivi non si può prescindere dal fondamento della scelta costituzionale alla base del mantenimento del sistema di giustizia amministrativa, consistente nel rispondere al bisogno di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione solo allorché questa *“agisce come autorità”* (§ 3.2 della parte in diritto della citata sentenza).

Infine, paventa una asimmetria tra concessioni amministrative e contratti di diritto comune laddove si riconoscesse, nel caso di specie, la giurisdizione amministrativa, dato che nel primo caso si consentirebbe alla parte inadempiente una tutela in forma specifica, attraverso la caducazione dell'atto risolutorio del rapporto, laddove nel secondo caso la tutela è limitata al risarcimento per equivalente.

2.4 Così riassunta la prospettazione dell'appellante, occorre innanzitutto evidenziare che la premessa dalla quale questa muove non trova riscontro nella giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione.

Infatti, la Corte regolatrice della giurisdizione, da un lato, ha ripetutamente affermato che sulle concessioni amministrative il giudice ordinario è dotato di giurisdizione esclusivamente nelle controversie concernenti il corrispettivo dovuto al concessionario, nelle quali non venga in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici dell'autorità

concedente, e, dall'altro lato, che rientrano invece nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ai sensi dell'art. 5 l. n. 1034/1971, ora sostituito dall'art. 133, comma 1, lett. c, cod. proc. amm.) tutte le controversie che in qualche modo attengano al rapporto concessorio, incidendo sulla durata o sull'esistenza stessa, nonché sulla sua rinnovazione. In particolare, per venire ai casi di decadenza, che più rilevano ai fini della presente controversia, le Sezioni Unite hanno attribuito le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base alla considerazione che, in tali casi, ciò che viene posto in discussione è *“il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale e ciò anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento della autorità pubblica e indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche dedotte alla fonte”* (Cass., Sez. Un., 20 novembre 2007, n. 24012, relativa ad un caso di decadenza da una concessione di bene pubblico). Nella pronuncia ora citata, la Suprema Corte ha quindi ribadito il proprio indirizzo, a mente del quale rientrano nella giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi *“tutte le controversie in cui si discute sulla asserita violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio”*, confinando per contro quella del giudice ordinario sulle sole questioni concernenti la determinazione delle *“indennità, canoni ed altri corrispettivi”* spettanti al concessionario, sempre che, in conformità al criterio di riparto generale fondato sulla consistenza delle posizioni giuridiche soggettive, la determinazione di tali remunerazioni non sia condizionata da atti autoritativi dell'amministrazione concedente.

In termini si registra l'ordinanza n. 8094 del 2 aprile 2007, relativa ad un caso analogo, in cui, disposta la decadenza nei confronti di un

concessionario di servizio pubblico a causa del suo fallimento, il Comune aveva azionato in giudizio la pretesa a subentrare nella gestione del servizio medesimo. Degno di menzione è il passaggio motivazionale nel quale le Sezioni unite affermano che la giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di servizi concerne *“tutte le controversie”* attinenti a tali rapporti, *“ancorché non originate da provvedimenti della pubblica amministrazione”*, ma nelle quali l'amministrazione concedente, intenzionata ad internalizzare il servizio, *“fa comunque valere le proprie prerogative di persona giuridica pubblica, anche laddove faccia ricorso a strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, trattandosi di facoltà “il cui esercizio, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo”.*”

In sostanza, il criterio discretivo che deve essere applicato al fine di stabilire il riparto di giurisdizione è quello, pienamente conforme ai principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 204/2004, della spendita di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione, a prescindere dalla forma di cui questi sono concretamente rivestiti.

2.5 Sulla medesima linea si pone la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

Questa Sezione ha di recente ritenuto la propria giurisdizione in una controversia nella quale l'amministrazione concedente aveva avanzato la pretesa alla restituzione degli impianti strumentali all'esercizio del servizio pubblico (sentenza 2 ottobre 2012, n. 5173). Disattendendo l'obiezione della parte privata, si è affermato in detta decisione che *“la giurisdizione esclusiva sulle concessioni di pubblici servizi abbraccia non solo l'affidamento di questi ultimi, ma anche la fase di esecuzione dei relativi rapporti,*

escluse solo le controversie di carattere patrimoniale (indennità, canoni e corrispettivi)”.

Sovviene ancora una più recente pronuncia della Sezione che ha affermato appartenere alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia instaurata dal privato concessionario il quale, adducendo un inadempimento contrattuale dell'amministrazione concedente, faccia valere la propria pretesa *“ad ottenere la continuazione del rapporto di concessione, previa interpretazione degli atti che costituiscono la fonte dello stesso rapporto”* (sentenza 6 febbraio 2013, n. 698).

2.6 Per contro, i precedenti richiamati dal Comune di Sezze non sono pertinenti, giacché attengono a contratti di appalti pubblici, per le quali non vi è alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva, eccezion fatta per la *“dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione”* (art. 133, comma 1, lett. d), 1), cod. proc. amm.).

E' poi doveroso segnalare che questa Sezione (sentenza 9 ottobre 2013 n. 4960) si è recentemente pronunciata a favore della legittimità di una clausola compromissoria contenuta in un contratto di concessione di servizi pubblici, proprio in relazione ad un'azione di impugnazione di un atto di decadenza pronunciato dall'amministrazione concedente, sul rilievo che tale domanda attiene all'esecuzione del contratto. Nondimeno, si tratta di una pronuncia che non esplica, nella presente fattispecie, alcuna autorità di precedente.

In primo luogo la clausola arbitrale in contestazione in quel giudizio conteneva una espressa rinuncia alla giurisdizione statale, diversamente da quelle in virtù della quale è stato emesso l'atto qui impugnato.

In secondo luogo per la decisiva considerazione che, in questo giudizio, nessuna delle due parti, ed in particolare il Comune di Sezze convenuto davanti al TAR Latina, ha opposto l'esistenza della clausola arbitrale, eccependo l'improponibilità della domanda (sul punto, cfr. Cass., Sez. II, 30 maggio 2007, n. 12736, che ha ritenuto che il convenuto abbia manifestato la volontà di rinunciare all'eccezione di arbitrato nel caso in cui, pur avendola dedotta *in liminelitis*, abbia successivamente proposto domanda riconvenzionale).

2.7 Alla luce di tutto quanto sinora detto, si evince che non è invocabile alcun parallelismo con i contratti di appalto, né tanto meno giova ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte ricordata pronuncia n. 204/2004, visto che la giurisdizione esclusiva sulle concessioni amministrative è rispettosa dell'esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario.

Dalle pronunce sopra citate delle Sezioni Unite si coglie infatti l'essenza dell'istituto concessorio, il quale costituisce in ogni caso uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione. In particolare, nei servizi pubblici esso costituisce una delle forme di organizzazione cui l'amministrazione può ricorrere per lo svolgimento di attività di interesse generale, in

alternativa alla gestione diretta, interponendo il concessionario privato tra sé e la collettività.

In passato questo profilo era particolarmente valorizzato ponendo in rilievo l'effetto traslativo di pubblici poteri che si determinava (in particolare cfr. Cass., Sez. Un., 8 agosto 1990, n. 8058; 3 dicembre 1991, n. 12966; ord. 9 maggio 2002, n. 6687).

Attualmente, invece, per la decisiva spinta del diritto comunitario, i profili di stampo pubblicistico risultano fortemente attenuati, tantoché l'art. 3, comma 12, cod. contratti pubblici assimila le concessioni di servizi agli appalti di servizi, salvo che per la remunerazione del prezzo (in quanto non proveniente dall'amministrazione ma attraverso la gestione economica del servizio medesimo e dunque dall'utenza privata).

Non vi è tuttavia dubbio sul fatto che il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico comunque predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione. A differenza dell'appalto, l'amministrazione concedente conserva un indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione, poiché esso, anche quando affidato a privati, non perde la caratteristica fondamentale della sua finalizzazione a bisogni collettivi.

E' proprio alla luce di questo ineliminabile connotato che si giustifica dal punto di vista logico, oltre che costituzionale, l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, mentre, per contro, quest'ultima viene esclusa quando la controversia tra autorità concedente e privato concessionario

verta su questioni puramente civilistiche, attinenti gli aspetti patrimoniali scaturenti dal rapporto.

Ed è per queste ragioni che deve essere affermata la giurisdizione amministrativa anche nella presente controversia, visto che l'atto di decadenza/risoluzione dal quale essa scaturisce attiene a supposti inadempimenti nello svolgimento del servizio idrico integrato i cui effetti non sono circoscritti al suddetto rapporto, ma si riflettono anche sulla collettività.

2.7.1 A conferma di ciò è il caso di evidenziare alcuni passaggi della delibera consiliare impugnata, e cioè quelli nei quali, operato un rinvio ai prodromici atti di contestazione e diffida ed istruttori, si afferma l'esistenza di reiterati inadempimenti, connotati dai requisiti *“della gravità ed essenzialità rispetto alla salvaguardia e alla tutela degli interessi pubblici cui il Comune è preposto – primi fra tutti quelli della tutela della salute e della sicurezza pubblica”* (punto “i” del preambolo); ed ancora il punto m) del dispositivo, dove si ribadisce che i malfunzionamenti degli impianti riscontrati costituiscono *“grave rischio per la salute pubblica e l'incolumità pubblica”*.

2.8 Infine, non è corretta la prospettazione di un'asimmetria di tutela tra concessioni amministrative e contratti di diritto comune.

Anche in quest'ultimo caso, infatti, la parte che fondatamente resista all'altrui domanda di risoluzione per inadempimento, o contesti l'avveramento dei presupposti della risoluzione di diritto, ottiene il risultato di fermare l'efficacia del contratto.

2.9 Conseguentemente il motivo dell'appello incidentale in esame deve essere respinto, dovendosi affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla presente controversia.

3. A questo punto deve essere esaminata l'altra eccezione di inammissibilità formulata dal Comune di Sezze, con la quale l'amministrazione sostiene che la Costruzioni Dondi non avrebbe interesse all'appello, avendo eccepito la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo da lei stessa adito in primo grado.

L'eccezione è palesemente destituita di fondamento atteso che, come visto sopra, tale (censurabile) comportamento rende inammissibile l'eccezione stessa, ma non l'intero mezzo di gravame.

L'inammissibilità dell'eccezione discende infatti dalla violazione di regole comportamentali (divieto di abuso del diritto e obbligo di collaborazione alla ragionevole durata del processo), oltre che dall'effetto di rinuncia preventiva all'eccezione medesima scaturente dalla proposizione della domanda giudiziale, ma non si estende evidentemente alle altre parti dell'appello.

Esclusa con queste ultime qualsiasi nesso di presupposizione, la graduazione di domande ed eccezioni che consegue – come visto sopra - al loro carattere obiettivamente pregiudiziale (o, in altri casi, alla subordinazione volontariamente fatta dalla parte), pone le stesse in rapporto di alternatività, tale per cui il rigetto o la declaratoria di inammissibilità delle une non pregiudica l'esame delle altre. Per contro, ricordato anche il principio di effettività della tutela giurisdizione (art. 1 cod. proc. amm.), quest'ultima preclusione discende unicamente

dall'accoglimento di una delle stesse, allorché essa abbia carattere integralmente soddisfacente della pretesa azionata.

4. A questo punto può essere esaminato il merito della controversia, investito dai contrapposti appelli delle parti.

Assume carattere prioritario la censura di incompetenza del consiglio comunale ad emettere il provvedimento impugnato.

4.1 Il motivo è fondato.

Come recentemente affermato da questa Sezione (sentenza 20 agosto 2013, n. 4192), la competenza dell'organo consiliare *“deve intendersi circoscritta agli atti fondamentali dell'Ente, di natura programmatica o aventi un elevato contenuto di indirizzo politico, mentre spettano alle Giunte Comunali tutti gli atti rientranti nelle funzioni degli organi di governo (...), nell'ambito, tuttavia, di un riparto di competenze tra organi politici e burocratici”*.

La pronuncia è stata resa in relazione ad una determinazione dirigenziale di rigetto di un'istanza volta ad ottenere il rinnovo di una concessione ed è quindi assolutamente in termini al caso oggetto del presente giudizio.

Nel respingere la tesi volta a sostenere la competenza del consiglio comunale in virtù del disposto dell'art. 42, comma 1, lett. e), t.u.e.l., che secondo il Comune di Sezze sostanzierebbe una materia devoluta in via esclusiva a tale organo, la Sezione ha negato che un simile provvedimento esuli dall'ambito strettamente gestionale, laddove l'organo consiliare interviene nella materia dei servizi pubblici esclusivamente in ordine *“alla decisione di principio circa il modulo organizzativo da adottare (ad es., concessione e non s.p.a.) e non si estende*

certamente a tutti gli atti esecutivi di tale scelta, proprio per l'espressa limitazione delle competenze dell'organo elettivo agli atti fondamentali”.

All'indirizzo ora espresso deve essere data continuità, lo stesso riposando sul carattere tassativo dell'elencazione degli atti di competenza del consiglio comunale, a sua volta discendente dall'esigenza – parimenti sottolineata nel precedente in esame – di non appesantirne l'attività e di preservarne il ruolo ordinamentale di organo di indirizzo politico-amministrativo.

La competenza sull'affare deve dunque essere ascritta alla dirigenza, in virtù dell'art. 107 t.u.e.l. e non già alla giunta comunale, come prospetta invece l'appellante principale, giacché a tale organo è devoluta, giusta il disposto dell'art. 48 del medesimo testo unico, una funzione di attuazione politica delle scelte fondamentali operate dal consiglio.

4.2 Non muta la conclusione cui si è ora giunti il principio del *contrarius actus*, che in ipotesi potrebbe prospettarsi per il fatto che la convenzione da cui trae origine il rapporto controverso è stata approvata in allora dal consiglio comunale, peraltro in un'epoca in cui la rimodulazione delle competenze degli organi di governo degli enti locali e della separazione tra funzioni di indirizzo politico e di gestione amministrativa doveva ancora inverarsi nell'ordinamento. Infatti, come ancora una volta puntualmente evidenziato nella pronuncia sopra citata, tale principio è operante esclusivamente con riguardo agli atti di autotutela amministrativa.

5. L'accoglimento della censura di incompetenza relativa è sufficiente a sorreggere analoga statuizione per quanto riguarda l'appello principale, con assorbimento dei restanti motivi, vista anche la rinuncia alla

conseguenziale domanda risarcitoria, dichiarata dalla Costruzioni Dondi nei propri scritti conclusionali, in seguito all'ottenimento della sospensione dell'esecutività della sentenza appellata. Ne consegue, in riforma della medesima sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento della delibera di decadenza con esso impugnata. Inoltre, ne deriva che il contrapposto appello incidentale, contenente domande consequenziali alla validità della delibera impugnata, deve essere respinto.

Per la complessità delle questioni trattate le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie l'appello principale;
- respinge l'appello incidentale;

per l'effetto, in riforma della sentenza appellata:

- accoglie il ricorso principale di primo grado, annullando gli atti con esso impugnati.

Spese del doppio grado di giudizio integralmente compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/11/2013

IL SEGRETARIO

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