

N. 00476/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00120/2010 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 120 del 2010, proposto da:

ASA Srl, rappresentato e difeso dagli avv.ti Sebastiano Cheri e Antonio Nicolini, con domicilio eletto presso avv. Sebastiano Cheri in Cagliari, via Cugia N.43;

contro

COMUNE DI OROSEI in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Paolo Satta, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Libeccio 32;

nei confronti di

MEDIGAS COOP -in proprio e Mandataria Rti con Ecologica Srl-, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Massa e Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso il loro studio in Cagliari, piazza del Carmine N.22;

per l'annullamento

della deliberazione del C.C. n. 55 dell' 11.11.2009 di approvazione dell'atto di transazione stragiudiziale tra il Comune e la Medigas coop. (precedente

aggiudicataria dell'appalto di servizi integrato dei rifiuti solidi urbani e servizi connessi), con autorizzazione al Responsabile del Servizio tecnico alla formale sottoscrizione dell'atto di transazione;

e di ogni altro atto presupposto, concomitante, consequenziale e/o comunque connesso, e in particolare dell'atto di autorizzazione alla sottoscrizione della predetta transazione, rilasciata al responsabile del servizio tecnico;

nonché PER IL RISARCIMENTO,

ex articolo 35 comma 2 del decreto legislativo n. 80 /1998, dei danni subiti dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Orosei e di Medigas Coop (in proprio e quale Mandataria Rti con Ecologica Srl);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011 il Consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori avv. Cristina Giancola, su delega dell'avv. A. Nicolini, avv. Satta e avv. Massa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Orosei con determinazione n. 185 del 3 aprile 2008 bandiva una gara d'appalto (quinquennale) per l'affidamento del servizio di raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani e dei servizi connessi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (corrispettivo a base

d'asta euro 1.450.000 per un totale complessivo di € 7.250.000 al netto di Iva per il quinquennio di durata del contratto).

Tra i requisiti minimi richiesti per l'ammissione alla gara vi era (cfr. punto n. 11.1 del bando) l'iscrizione all'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti per le seguenti categorie e classi:

“-categoria 1 classe E (cioè, in base all’art. 9 del DM 28/04/1998 n. 406 , parametro rapportato alla “popolazione servita” “ inferiore a 20.000 abitanti e superiore o uguale a 5.000 abitanti”);

-categoria 2 classe F; (parametro “in funzione delle tonnellate annue di rifiuti trattati”, “quantità annua complessivamente trattata inferiore a 3.000 tonnellate”;

-categoria 4 classe F” (stesso parametro tonnellate annue).

Il bando precisava inoltre, in riferimento questo specifico punto concernente i "requisiti minimi di carattere tecnico" che in caso di ATI il requisito “potrà essere posseduto dalla capogruppo ovvero anche separatamente o pro quota da tutti i soggetti associati sino alla concorrenza dei limiti di classe richiesti."

L'aggiudicazione è stata compiuta in favore dell'ATI Medigas scarl/Ecologica con punti 85,27; ASA si collocava al secondo posto con punti 73; seguivano altre due società con minori punteggi.

Il contratto è stato stipulato e registrato il 30 ottobre 2008 (per anni cinque, per l'importo complessivo di € 7.209.400).

Successivamente-nel mese di luglio del 2009- dopo che quindi il contratto aveva avuto inizio ed era in corso di esecuzione, la ricorrente ASA segnalava al comune che in capo alla mandataria Medigas non risultava più l'iscrizione nella “categoria 1 C” dell'Albo nazionale dei gestori ambientali (cfr. 2 esposti della ricorrente del 30 e del 31 luglio 2009 diretti all'amministrazione

comunale), con richiesta di verifiche in ordine alla detta iscrizione, al fine di dichiarare decaduta la Medigas, per mancato possesso dei requisiti di qualificazione, non mantenuti in costanza di rapporto d'appalto.

Il Responsabile dell'ufficio tecnico del comune di Orosei, immediatamente (l'esposto era stato ricevuto lo stesso 3 agosto 2009), con propria determinazione n. 545 di pari data del 3 agosto 2009, disponeva la "risoluzione" del contratto, dichiarando decaduta dall'appalto l'aggiudicataria ATI Medigas-Ecologica, a causa del venir meno della requisito dell'iscrizione della capogruppo Medigas alla categoria 1 dell'albo nazionale dei gestori ambientali.

La classe C della categoria 1 si riferisce alla popolazione servita, con il diverso parametro: "inferiore a 100.000 abitanti e superiore o uguale a 50.000 abitanti" (rispetto alla classe E menzionata nei requisiti di bando).

Il provvedimento di "risoluzione" è stato adottato immediatamente dal Responsabile (sulla base di un'interrogazione telematica all'elenco iscritti dell'albo nazionale gestori ambientali che avrebbe confermato la mancanza della requisito alla categoria 1), senza peraltro informare previamente la Medigas, la quale non ebbe neppure la possibilità di poter fornire le proprie ragioni/controdeduzioni.

In particolare è, poi, emerso che il provvedimento di risoluzione fu pronunciato sul <falso presupposto> che Medigas avrebbe perduto -dopo la stipulazione del contratto (e per pochi giorni) e quindi nel corso dell'esecuzione del rapporto- uno dei requisiti per lo svolgimento del servizio (iscrizione all'albo nella categoria 1/C).

In realtà l'odierna controinteressata si era tempestivamente attivata, con domanda presentata il 28 aprile 2009 (dato che risulta dal certificato prodotto

in giudizio e redatto dalla sez. reg. Albo del 27.8.09 –doc. 16 fascicolo Mediga) per poter “conservare” il requisito di iscrizione all'albo (Categoria 1-C) di cui era in possesso (fin dal 28.7.2004).

La procedura attivata il 28.4.2009 era dunque volta al “rinnovo” della preesistente iscrizione (valida dal 28.7.2004, in scadenza ordinaria quinquennale al 28.7.09); la Sezione regionale Sardegna, istituita presso la locale Camera di Commercio, il 9 luglio 2009 accoglieva la domanda presentata dalla Medigas; la decisione favorevole è stata poi comunicata all'interessata con nota del 14.7.09, per la “Categoria 1 Classe C”; le successive garanzie fideiussorie sono state presentate tempestivamente con “conferma” dell'iscrizione; dal certificato emergono i seguenti dati: “inizio validità 4.8.2009; fine validità 4.8.2014; peraltro va considerato che la decorrenza iniziale del rinnovo fa riferimento al perfezionamento del procedimento con le garanzie fideiussorie, ma la domanda di iscrizione alla categoria 1-C risulta effettivamente accolta dalla sez. reg. Albo fin dal 9.7-14.7 (rispettivamente data della decisione e della comunicazione dell'accoglimento iscrizione).

La ricorrente Asa ha voluto, con gli esposti, “forzare” la situazione (del pendente rinnovo) per poter profittare di una gara che non aveva vinto.

La Medigas ha immediatamente contestato il provvedimento di risoluzione assunto, presentando all'amministrazione comunale tutta la documentazione comprovante il possesso (ed il permanere) del predetto requisito sostanziale durante tutta la durata del rapporto contrattuale, dimostrando così che la risoluzione del contratto era stata illegittimamente dichiarata.

In particolare con nota del 6 agosto 2009 (doc. n. 11 del fascicolo Medigas), ricevuta dal Comune il 7.8, la società Medigas, dopo aver fornito tutti gli

elementi probatori dimostrativi, invitava l'amministrazione comunale a procedere "in via di autotutela" alla rimozione del provvedimento di risoluzione.

Al fine di evitare la nascita di un contenzioso la società, privata ingiustamente del servizio affidatole, proponeva al Comune la soluzione della vertenza con una soluzione bonaria (transazione).

Il Comune, preso atto delle ragioni esposte da Medigas e anche al fine di evitare ulteriori richieste risarcitorie (per il mancato espletamento del servizio, nelle more -dall'agosto al novembre 2009-, affidato alla mandante in forza di ordinanza con tingibile ed urgente), aderiva alla soluzione transattiva della controversia.

Nella specie:

a) il Consiglio comunale adottava la delibera qui impugnata n. 55 dell'11 novembre 2009, prendendo atto dell'illegittimità del precedente provvedimento dirigenziale di decadenza/risoluzione del contratto, registrato il 30 ottobre 2008, di affidamento dell'appalto quinquennale del servizio integrato di rifiuti solidi urbani, con recupero del rapporto contrattuale previgente (affidato con gara); -provvedimento qui impugnato-

b) successivamente il responsabile servizio tecnico, in data 1 dicembre 2009, annullava in via di autotutela (con provvedimento qui non impugnato) il proprio precedente provvedimento di decadenza/risoluzione del 3 agosto 2009 n. 545, alla luce della transazione deliberata e dallo stesso Dirigente sottoscritta il 23 novembre 2009.

L'atto di transazione ha consentito, sostanzialmente, la "reviviscenza" del contratto pregresso affidato con regolare gara (procedura aperta) vinta dalla ATI Medigas-Ecologica.

Nel frattempo il servizio di raccolta rifiuti (dalla pronunziata risoluzione dell'agosto 2009 alla rinascita del rapporto contrattuale illegittimamente interrotto nel novembre 2009) è stato garantito e svolto dalla società Ecologica, in forza di separato ed autonomo provvedimento autoritativo –cfr. ordinanza sindacale contingibile ed urgente n. 49 del 4 agosto 2009 fino al 30 ottobre 2009-.

Con ricorso consegnato per la notifica il 1.2.2010 e depositato il successivo 12.2., la ASA srl ha impugnato la deliberazione del C.C. n. 55 dell' 11.11.2009 di approvazione dell'atto di transazione stragiudiziale tra il Comune e la Medigas coop. –aggiudicataria dell'appalto di servizi integrato dei rifiuti solidi urbani e servizi connessi-, con autorizzazione al Responsabile del Servizio tecnico alla sottoscrizione della transazione.

Queste le 3 censure di diritto sollevate:

- 1) violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di contratti pubblici di cui all'articolo 2 del codice dei contratti 163/2006 - affidamento del servizio effettuato senza il previo espletamento di gara;
- 2) violazione e falsa applicazione dell'articolo 239 del codice appalti 163/2006 in materia di soluzioni di conflitti mediante transazione - eccesso di potere per difetto di presupposto e travisamento della realtà giuridica;
- 3) incompetenza assoluta del consiglio comunale nell'incidere su atti di natura privatistica (violazione dell'art. 42 lett. E del TU 267/2000).

La società ricorrente ha chiesto (oltre all'annullamento della transazione) anche il risarcimento dei danni.

In particolare richiede di poter essere immessa nel servizio dal 1.11.2009 .

In subordine chiede il risarcimento per equivalente:

- sia per le spese di partecipazione alla gara (quantificate in 20.000 euro);
- sia per il lucro cessante (10% per il servizio non eseguito);
- oltre interessi legali, svalutazione monetaria e maggior danno derivante dal mancato impegno delle somme in conto corrente (4%).

**

Si è costituito in giudizio il COMUNE di OROSEI che ha:

- eccepito il difetto di giurisdizione, trattandosi di controversia inerente l'esecuzione di un rapporto scaturito da una gara di appalto (risoluzione contratto; rinegoziazione delle condizioni contrattuali con atto di transazione; revoca della risoluzione contrattuale), ove le posizioni sarebbero connotate da atti paritetici e non autoritativi; fuoriuscendo dalla fase pubblicitica dell'affidamento dell'appalto la controversia apparterrebbe al giudice ordinario e non al G.A.;
- sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

Si è costituita anche MEDIGAS che ha:

- eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non essendo stata anche impugnata la successiva determinazione del Responsabile del servizio n. 858 dell'1.12.2009 di annullamento/revoca della precedente determinazione n. 545 del 3.8.2009 che aveva illegittimamente disposto la risoluzione del contratto.
- eccepito il difetto di giurisdizione (negli stessi termini della difesa comunale);
- sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso –affermando, per quanto concerne il sollevato vizio di incompetenza del Consiglio comunale, l'applicabilità dell'art. 42 lett. 1) del T.U. ee.ll. 18/08/2000 n. 267 e, comunque, l'applicabilità anche dell'art. 21 ocites della L. 241/1990 s.m. (inquadrandolo il vizio -eventuale- di incompetenza fra i vizi del procedimento

e/o di forma sanabili qualora il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato).

All'udienza del 9 febbraio 2011 la causa è stata spedita in decisione

DIRITTO

GIURISDIZIONE

Trattandosi di controversia caratterizzata anche da profili propriamente di “autotutela”, a seguito dell'avvenuto riconoscimento dell'illegittimità della pronunciata risoluzione, il Collegio ritiene la causa ben radicata innanzi al giudice amministrativo, con rigetto delle eccezioni da controparti sollevate.

Nel caso di specie non è cioè oggetto del giudizio la disposta risoluzione contrattuale per il venir meno -in corso di rapporto- di un requisito tecnico necessario (in sede di affidamento) –rispetto al quale la controversia apparterebbe al giudice ordinario (cfr. Consiglio Stato , sez. IV, 10 novembre 2006 n. 6638; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 24 gennaio 2004 , n. 683), ma il provvedimento impugnato è la delibera di transazione assunta dal Consiglio comunale che –unitamente all'atto dirigenziale- rimuove il provvedimento di risoluzione/decadenza già assunto e ripristina il rapporto, valutando profili di interesse pubblico alla “ricomposizione” del rapporto contrattuale pregresso, interrotto (in realtà) senza giustificazione legittimante.

“Petitum” e “causa petendi” si pongono cioè su di un piano di richiesta di annullamento di un provvedimento (transazione) impeditivo dello svolgimento di un'attività propriamente “procedimentale” (nuova gara o scorrimento graduatoria), connotata da posizioni di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

L'assunzione del provvedimento (transazione) non è connotato, cioè, da (meri) profili automatici vincolati, ma ha implicato anche la valutazione di

elementi ulteriori (le ragioni giustificatrici –che saranno esaminate nel successivo punto-), da parte dell'organo assembleare, titolare dei poteri extra-gestori (cioè non meramente esecutivi nella gestione del rapporto), con analisi e bilanciamento dei diversi elementi decisori.

E come il Consiglio di stato, sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6471, ha affermato (riformando la sentenza del T.a.r. Lazio, sezione III, n. 31/2006 che aveva invece dichiarato il difetto di giurisdizione):

“La circostanza che gli atti di approvazione e controllo si pongano, sul piano negoziale, come *condiciones juris* di efficacia del contratto, con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle controversie risarcitorie, connesse con il mancato avveramento di dette condizioni, non esclude la loro rilevanza o sindacabilità <anche come atti amministrativi>, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo (principio affermato in ordine ad giudizio concernente un atto con il quale, a seguito di rilievo da parte della Corte dei conti, veniva disposto l'annullamento di un decreto recante la transazione intervenuta tra il ricorrente ed il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, a chiusura di una controversia giudiziale sorta nella fase di esecuzione di un appalto di lavori pubblici). Negli stessi termini Consiglio Stato , sez. VI, 22 marzo 2007 n. 1364, che ha riformato la sentenza Tar Lazio, Sez. III, 4 gennaio 2006 n. 40.

Nel caso in esame, con l'atto di transazione, è intervenuto un sostanziale provvedimento di “riaffidamento” del servizio, inquadrabile nella giurisdizione esclusiva del G.A., in base all'art. 133 del CPA (materie di “giurisdizione esclusiva”):

-in riferimento sia alla lett. “EL”) (“controversie relative a procedure di affidamento di pubblici servizi);

-in riferimento sia alla lett. "C" ("controversie in materia di pubblici servizi relative a provvedimenti adottati dalla PA in un in un procedimento amministrativo, ovvero relative all'affidamento di un pubblico servizio, nonchè afferenti ai servizi di pubblica utilità");

-infine anche in riferimento alla lett. "A2", dello stesso art. 133, in quanto fattispecie riferibile (la transazione) ad un accordo "sostitutivo" di provvedimento amministrativo per quanto concerne l'affidamento/riaffidamento del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti.

Per tutti questi motivi il Collegio ritiene di dover trattenere la causa, ricadente nella propria giurisdizione esclusiva, promossa contro l'atto di transazione che ha disposto il riaffidamento del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti all'aggiudicataria Medigas.

MERITO

Si può prescindere dall'esame del profilo della mancata impugnazione della successiva determinazione del Responsabile del servizio n. 858 dell'1.12.2009 (di annullamento/revoca della precedente determinazione n. 545 del 3.8.2009 che aveva disposto la risoluzione del contratto), eccezione sollevata dalla difesa della controinteressata, essendo il ricorso, promosso avverso la delibera di transazione, comunque infondato nel merito.

L'intera controversia nasce a causa di una erronea valutazione del procedimento di "rinnovo" dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali, da parte della controinteressata Medigas, in corso di esecuzione del servizio di raccolta rifiuti.

Il bando prevedeva l'iscrizione a tre categorie (1-2-4), rispettivamente per le classi "E"- "F"- "F".

Inoltre il bando richiedeva l'impegno all'iscrizione per categoria e classe adeguata per la futura gestione dell'ecocentro.

Nel bando, peraltro, non veniva richiesta la categoria 1 Classe "C" (più importante della "F", per classe di abitanti serviti, come già evidenziato nella parte in fatto).

Come risulta dalla certificazione del 6.8.09 rilasciata dalla Sezione regionale Sardegna dell'Albo nazionale Gestori Ambientali risulta che " Medigas , già iscritta alla Cat. 1 con provvedimento prot. n. 889 del 23.9.2004, validità dal 28.7.2004 al 28.7.2009, in data 28.4.2009, ha presentato domanda di rinnovo dell'iscrizione. In data 9.7.2009 la Sezione regionale ha deliberato l'accoglimento di detta domanda e ha formalizzato l'iscrizione alla Cat. <1/C> il 4.8.2009" (cfr. doc. n. 14 fascicolo Medigas).

In sostanza la decisione del 4.8.2009 si riferisce unicamente all'accettazione delle garanzie finanziarie (fidejussione) relativamente ad una domanda di iscrizione (presentata tempestivamente il 28 aprile 09) che risultava essere stata già accolta dalla sezione il 9.7.2009 (cfr. certificazione del 5.8.09 sez. reg. Sardegna Albo, dep. al doc. n. 15 fascicolo Medigas).

In ogni caso Medigas, nella propria nota del 6-7.8.09 (doc. dep. sub n. 11), inviata al Comune a seguito della disposta ed improvvisa risoluzione, evidenziava che trattandosi di ATI, il requisito (Categoria 1 classe C) era comunque posseduto dalla mandante Ecologica; e in base all'espressa norma del bando ciò era sufficiente per la conservazione del servizio (anche nell'ipotesi di dover considerare il "vuoto" di pochi giorni -dal 29 luglio al 3 agosto 2009- per il perfezionamento della garanzia finanziaria dell'iscrizione già deliberata dalla sezione regionale Albo).

Con la transazione il Comune, dopo aver approfondito la questione ed

esaminato meglio la documentazione immediatamente prodotta da Medigas a chiarimento della propria posizione (di iscritta alla categoria 1 – classe C), ha sostanzialmente disposto il “recupero” del rapporto contrattuale previgente con sua “reviviscenza”. Il rapporto contrattuale (che avrebbe dovuto durare 5 anni ed era in corso di esecuzione al primo anno) era stato frettolosamente interrotto dal Comune a causa di omesso contraddittorio e senza la dovuta analisi degli elementi fattuali rilevanti : l’ATI direttamente interessata non era stata neppure previamente coinvolta, con adesione unilaterale degli esposti prodotti dalla ricorrente Asa che sollecitavano il pronunziamento di privazione (in termini di risoluzione/decadenza) del servizio.

La ricorrente giustifica il proprio interesse all’impugnazione della transazione sostenendo che il Comune, resosi conto dell’errore nella disposta risoluzione contrattuale (il successivo atto di autotutela dirigenziale, depositato dalla difesa del Comune l’11.6.2010, non viene contestato -nemmeno con proposizione di motivi aggiunti- dalla ricorrente Asa) avrebbe dovuto:

- o optare per l’indizione di una nuova procedura di gara;
- o scorrere la graduatoria stilata nel mese di giugno 2008 (ove la ricorrente Asa figurava posizionata al secondo posto).

Secondo la tesi della ricorrente il Comune non avrebbe, invece, potuto disporre -come ha fatto con l’atto di transazione-, il “recupero” del precedente rapporto.

Il ricorso è infondato per i seguenti motivi (correlati alle tre censure sollevate).

- 1) La transazione non ha attuato un “affidamento di servizio senza gara”, ma ha sostanzialmente “riaggiudicato” all’ATI vincitrice il servizio quinquennale, sostanzialmente ai medesimi patti condizioni: “senza pregiudizio alcuno né

oneri per il Comune di Orosei” -cfr. art. 2 transazione- e con espressa rinuncia a qualunque richiesta di danni per il periodo di interruzione del rapporto contrattuale -cfr. art. 9 transazione-; la transazione in particolare risultava estremamente utile per il comune e trovava la propria espressa giustificazione sia nella necessità di ricomposizione e ricostruzione delle posizioni di diritto (così come sorte dal procedimento di evidenza pubblica), sia nell’opportunità di evitare evidenti rischi di pretese risarcitorie da parte della ATI aggiudicataria ed esecutrice del servizio, che era stata illegittimamente pretermessa dal servizio di raccolta e smaltimento affidato (le ragioni sono state esplicitamente esposte art. 1 dell’atto di transazione, unitamente all’opportunità di evitare pregiudizi ai lavoratori dell’ATI Medigas-Ecologica). Inoltre l’attivazione di una nuova procedura di gara avrebbe avuto oneri sia procedurali che economici.

Solo talune integrazioni interpretative sono state inserite nel contratto di transazione:

-come per l’individuazione/specificazione delle “aree interessate alla raccolta” -cfr. art. 3 transazione-;

-o per alcune tipologie di rifiuti che “il Comune provvederà a pagare detraendoli in egual misura dal canone mensile dell’appalto con le modalità che saranno indicate dall’Agenzia delle entrate”;

-come per l’individuazione delle zone e turnazione raccolta -artt. 6 e 7 transazione-;

-per quanto attiene le modifiche/integrazioni/rettifiche degli artt. 6 e 7 del Capitolato speciale di appalto (attuati con gli artt. 4 e 5 della transazione), parte ricorrente non ha assolto all’onere del deposito -in quanto è stato depositato solo il bando ed il disciplinare di gara, ma non anche il capitolato-;

sul punto l'onere probatorio dimostrativo non è stato adempiuto.

2) Lo strumento giuridico della transazione è stato attuato non al fine di aggirare l'obbligo di assegnazione con gara, ma proprio in ossequio al rispetto della gara correttamente espletata, con assegnazione del servizio quinquennale, il cui contratto era stato illegittimamente risolto sulla base di un erroneo presupposto di sopravvenuta carenza di iscrizione all'albo da parte della società mandataria Medigas.

Sia lo strumento dell'autotutela (compiuta dallo stesso soggetto -il responsabile del servizio tecnico- che aveva pronunciato la risoluzione) dell'1 dicembre 2009, sia lo strumento della definizione transattiva della controversia (disposta con delibera del consiglio comunale l'11 novembre 2009 e sottoscritta dallo stesso responsabile del servizio tecnico il 23 novembre 2009) consentivano propriamente, anche in applicazione del principio di economia dei procedimenti, il "recupero" di un rapporto contrattuale legittimamente costituito (previo espletamento di gara pubblica) e oggetto di illegittima risoluzione.

Entrambi gli strumenti giuridici vanno inquadrati, quindi, nell'ambito dello svolgimento di un procedimento, caratterizzato anche da valutazioni pubblicistiche, diretto a consentire la "riattivazione" di un rapporto contrattuale (legittimamente costituito e erroneamente risolto), fino alla scadenza ordinaria. E ciò anche all'evidente fine di evitare onerose richieste risarcitorie per l'impedito espletamento della prestazione oggetto del contratto.

3) In ordine all'ultima problematica sollevata di "incompetenza" dell'organo collegiale assembleare (consiglio comunale), questo giudice ritiene che:

- l'art. 42 lett. "E" del TU ee.ll. 267/2000 stabilisce che il consiglio ha

competenza per gli atti fondamentali concernenti l' "organizzazione dei pubblici servizi";

- l'art. 42 lett. "L" del TU 267/2000 contempla una sfera di competenza del Consiglio anche per "...appalti e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della giunta, del segretario o di altri funzionari" (vedasi in materia Consiglio Stato , sez. V, 31 dicembre 2003 , n. 9301);

-l'art. 42 (lett. E ed L) attribuisce, quindi, espressamente al Consiglio Comunale una (limitata) competenza in materia di appalti in una forma che denota che l'organo elettivo è chiamato ad esprimere gli indirizzi politici ed amministrativi di rilievo generale, che si traducono in atti fondamentali di natura programmatica o aventi elevato contenuto di indirizzo politico;va quindi affermata la competenza consiliare in materia di "servizi pubblici", in ordine all' <organizzazione dei servizi> stessi e agli atti espressione della funzione di governo (con esclusione cioè di quelli meramente gestionali); oltretutto, in caso di dubbio circa la ripartizione delle competenze, prevale la competenza dell'organo sovraordinato fornito di competenza generale nella materia e quindi del Consiglio (cfr., in questi termini, T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 01 luglio 2010 , n. 1419);

- l'applicabilità dell'art. 21 octies L. 241/1990 è controversa in giurisprudenza ai casi di incompetenza degli organi (in quanto solo per alcuni il vizio può essere ricompreso nei vizi del procedimento: cfr. in senso favorevole: T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 07 ottobre 2008 n. 2791; T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 29 novembre 2005 n. 2478; ma in senso contrario: T.A.R. Liguria Genova,

sez. II, 15 dicembre 2010 n. 10857; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 17 giugno 2010 n. 1915; T.A.R. Veneto Venezia, sez. II, 09 febbraio 2010 n. 340; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 12 aprile 2006 n. 3538); ma, in ogni caso, nella fattispecie in esame, va evidenziato che il Responsabile dell'ufficio (cioè il soggetto che aveva in precedenza disposto la risoluzione del contratto) ha provveduto (con atto qui neppure impugnato) a rimuovere in autotutela il precedente atto di risoluzione (cfr. determinazione resp. Serv. Tecnico n. 858 dell' 1.12.2009 depositato in giudizio al n. 13 fascicolo Medigas); analogamente la sottoscrizione della transazione è avvenuta da parte dello stesso Responsabile. Sotto tale profilo quindi il soggetto che aveva "gestito" la procedura contrattuale ha partecipato attivamente alle decisioni (di duplice livello) che hanno consentito il ripristino del rapporto.

In definitiva il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente Asa al pagamento alle controparti di complessivi euro 10.000 –diecimila- (5.000 in favore del Comune e 5.000 in favore della controinteressata Medigas coop.) per spese ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2011

IL SEGRETARIO

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