

Consiglio di Stato sez. V
Sentenza n. 4793
26 settembre 2013



REPUBBLICA ITALIANA

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 988 del 2001, proposto da:

Ca. An. e Pe. Co., rappresentati e difesi dall'avv. Luciano Garofalo,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio Romano, in
Roma, via di Villa Grazioli, n. 20;

contro

Comune di Polignano a Mare, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Emilio Vito Poli, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Gianpaolo Ruggiero in Roma, viale
Parioli n. 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia - Bari, Sezione II, n. 03516/2000,
resa tra le parti, di declaratoria di inammissibilità e di
infondatezza, previa riunione, dei ricorsi proposti rispettivamente
per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio rifiuto serbato
dal Comune di Polignano a Mare sugli atti di diffida a provvedere
alla riassunzione dei ricorrenti ex art. 4 del d.P.R. n. 268/1987,
nonché per l'annullamento del bando di concorso per il conferimento
di un posto di vigile urbano e di tutti quelli che si sarebbero resi
vacanti e disponibili alla data di pubblicazione della graduatoria e
nei tre anni successivi, nonché della deliberazione della G.M. n. 552
del 16.10.1990, di indizione del concorso;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Polignano a

Mare;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti i propri decreti 26 aprile 2012 n. 1061 e 19 settembre 2012 n. 2364;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2013 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per la parte resistente l'avvocato Ruggiero, per delega dell'avv. Poli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Gli attuali appellanti, vigili urbani assunti a suo tempo con rapporto di impiego a tempo determinato dal Comune di Polignano a Mare, hanno impugnato presso il T.A.R. Puglia, Bari, con ricorso n. 3083/1990, il silenzio serbato sugli atti di diffida a provvedere alla assunzione, ai sensi dell'art. 4 del d.P.R. n. 268/1987, e, con successivo ricorso n. 1635/1991, il bando pubblicato l'8.4.1991 e la delibera di indizione del concorso per il conferimento di un posto di vigile urbano e di tutti quelli che si sarebbero resi disponibili alla data di pubblicazione della graduatoria e nei tre anni successivi.

Con la sentenza in epigrafe indicata i ricorsi sono stati riuniti e dichiarati inammissibili, per mancata impugnazione della deliberazione n. 174 del 18.10.1993 del Comune suddetto, di annullamento di detto concorso e di emanazione di altro bando di gara, i cui esiti sono rimasti inoppugnati, nonché ne è stata affermata la infondatezza, nel sostanziale assunto che la attività di vigile urbano assunto a tempo determinato per un periodo di alcuni mesi all'anno non può qualificarsi lavoro stagionale ai fini del diritto a precedenza per la copertura di posti ex art. 4 del d.P.R. n. 268/1987.

Con il ricorso in appello in esame i suddetti interessati chiedono l'annullamento di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

1.- Stante la permanenza di posti vacanti di vigile urbano gli appellanti erano titolari di diritto soggettivo, o comunque interesse legittimo, all'assunzione in base alla normativa in materia; quindi illegittimamente il Comune ha provveduto ad ulteriori assunzioni stagionali e a pubblicare bandi pubblici per la copertura definitiva dei posti vacanti in organico nonostante il diritto di precedenza degli instanti lavoratori stagionali.

Il T.A.R., nonostante richieste istruttorie degli attuali appellanti, ha erroneamente dichiarato sia la inammissibilità che infondatezza dei ricorsi con argomentazioni che comportano illogica ed illegittima disparità di trattamento, rilevante sotto il profilo della legittimità costituzionale per violazione degli artt. 2, 3 e 35 della Costituzione. Con memoria depositata il 13.3.2001 si è costituito in giudizio il Comune di Polignano a Mare, che ha dedotto che, poiché con deliberazione n. 269/1998 è stata effettuata la nomina di dieci vigili urbani a tempo indeterminato (a seguito concorso indetto con deliberazioni n. 142/1995 e n. 367/1996) e coperti tutti i posti vacanti di vigile urbano, nessun vantaggio i ricorrenti potrebbero trarre dall'eventuale accoglimento del gravame; ha inoltre evidenziato che la deliberazione n. 174/1993, di annullamento della precedente n. 552/1990, con cui era stato emanato altro bando di concorso, è stata annullata dal C.O.R.E.C.O. nella parte di indizione del nuovo concorso. Ha quindi dedotto la infondatezza del ricorso, nonché ha eccepito la inammissibilità della sollevata questione di costituzionalità (per mancata indicazione delle norme assuntamente incostituzionali) e ne ha affermato la infondatezza.

Con decreto 26 aprile 2012 n. 1061, ai sensi dell'art. 1, comma 1, dell'all. 3 al d.lgs. n. 104/2010, il ricorso in appello è stato dichiarato perento.

Con decreto 19 settembre 2012 n. 2364, visto l'atto, sottoscritto dalla parte personalmente, nonché dal difensore e notificato alle altre parti, con il quale è stata dichiarata la sussistenza di interesse alla trattazione della causa, è stato revocato detto decreto di perenzione, ai sensi del comma 2 del cit. art. 1 dell'all. 3 al d.lgs. n. 104/2010.

Con memoria depositata il 7.5.2013 gli appellanti hanno dedotto che, come da documentazione prodotta, risulta disponibile un numero di posti ben maggiore di quelli occupati, nonché hanno eccepito la violazione dell'art. 117, comma 1, (per contrasto della normativa comunitaria con quella nazionale comportante discriminazione tra lavoratori stagionali privati e pubblici) e degli artt. 3, 35 e 97 della Costituzione.

Con memoria di replica depositata il 23.5.2013 il Comune resistente ha eccepito la inammissibilità della produzione documentale operata in data 7.5.2013 dagli appellanti, per violazione delle disposizioni di cui all'art. 104 del c.p.a., nonché ha ribadito la infondatezza dell'appello, di cui ha chiesto la reiezione, con conferma della sentenza di primo grado.

Alla pubblica udienza del 18.6.2013 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza dell'avvocato della parte resistente, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dai sigg.ri An. Ca. e Cosimo Pe., di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale, previa riunione, è stata dichiarata la inammissibilità e la infondatezza dei ricorsi proposti, rispettivamente, per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio rifiuto serbato dal Comune di Polignano a Mare sulle diffide a provvedere alla riassunzione presentate dai ricorrenti ex art. 4 del d.P.R. n. 268/1987, nonché per l'annullamento del bando di concorso per il conferimento di un posto di vigile urbano, di tutti i posti che si sarebbero resi vacanti e disponibili alla data di pubblicazione della graduatoria (e nei tre anni successivi) e della deliberazione della G.M. n. 552 del 16.10.1990, di indizione del concorso stesso.

2.- Con l'appello è stato dedotto che, stante la permanenza di posti vacanti di vigile urbano (perché sui 25 posti disponibili, più cinque istruttori di vigilanza, risultavano in servizio 17 vigili, di cui cinque già passati a seguito di concorso interno nel profilo di istruttore di vigilanza), gli appellanti, già assunti a tempo determinato con rapporto di lavoro assuntamente a carattere stagionale, erano titolari di diritto soggettivo, o comunque interesse legittimo, all'assunzione ex art. 4, lett. B, del d.P.R. n. 268/1987, art. 8 bis del d.l. n. 17/1983 e art. 23 della l. n. 56/1987, poi aggiornati dall'art. 36, comma 7, del d. lgs. n. 29/1993 e implicitamente recepiti dall'art. 44 del regolamento dei concorsi del Comune "de quo".

Nonostante il diritto di precedenza dei lavoratori stagionali nelle successive assunzioni, sia di carattere stagionale che a tempo determinato, il Comune ha provveduto ad ulteriori assunzioni stagionali e a bandi pubblici per la copertura definitiva dei posti vacanti in organico, ignorando i diritti degli instanti, in contrasto con la ratio della normativa sopra indicata, con cui è stata limitata la discrezionalità degli Enti locali nell'assunzione di personale su posti già ricoperti a tempo determinato al fine di premiare le professionalità acquisite e garantire i principi per i quali sussiste un diritto soggettivo perfetto all'assunzione per i precari, quando si verificano le condizioni per assunzioni a tempo indeterminato.

Il T.A.R., ignorando richieste istruttorie degli attuali appellanti, ha dichiarato la inammissibilità e la infondatezza dei ricorsi.

La declaratoria di inammissibilità sarebbe viziata innanzi tutto dalla circostanza che è motivata solo con riferimento all'annullamento, disposto con delibera della G.M. n.

174/1993, del bando di concorso e della delibera della G.M. n. 552/1990, impugnati con il ricorso n. 1635/1991, senza considerare che la delibera di annullamento non poteva avere alcun effetto sul ricorso n. 3083/1990 (con il quale era stato impugnato il silenzio serbato sugli atti di diffida a provvedere alla assunzione), pure dichiarato, erroneamente, inammissibile per difetto di interesse.

In secondo luogo la censurata declaratoria sarebbe errata, perché dalla lettura di detta deliberazione n. 174/1993, risulterebbe che il Comune non ha voluto annullare la precedente procedura concorsuale, ma solo riattualizzare le condizioni di partecipazione e riaprire i termini, essendo state dichiarate valide le domande già prodotte in relazione al precedente bando, salvo la facoltà di integrarle con nuove dichiarazioni o nuova documentazione.

2.1.- Ritiene il Collegio in primo luogo opportuno precisare che i ricorrenti, con il ricorso di primo grado n.3083/1990, avevano impugnato il silenzio rifiuto serbato dal Comune di Polignano a Mare sugli atti di diffida a provvedere sulla riassunzione ex art. 4 del d.P.R. n. 268/1987, per violazione della lett. B, n. 3, di detto articolo, in relazione all'at. 8 bis della l. n. 17/1983, (per non essere stato riservato con precedenza l'inquadramento in ruolo agli instanti lavoratori stagionali senza ulteriori formalità) nonché per eccesso di potere e violazione degli artt. 2 e 3 della l. n. 241/1990.

Perché sia consentito il ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione è tuttavia essenziale che esso riguardi l'esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato si configuri come interesse legittimo, con la conseguenza che il ricorso è inammissibile allorché la posizione giuridica azionata dal ricorrente consista in un diritto soggettivo.

Il silenzio-rifiuto può infatti formarsi esclusivamente in ordine all'inerzia dell'Amministrazione su una domanda intesa ad ottenere l'adozione di un provvedimento ad emanazione vincolata ma di contenuto discrezionale e, quindi, necessariamente incidente su posizioni di interesse legittimo, e non già nell'ipotesi in cui viene chiesto il soddisfacimento di posizioni aventi natura sostanziale di diritti. Nel caso di specie l'art. 4, lett. B, n. 3 del d.P.R. n. 268/1987, richiamato dagli appellanti, stabilisce che "I servizi prestati nelle stagioni precedenti costituiscono precedenza per la riassunzione ai sensi dell'articolo 8bis del D.L. 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 marzo 1983, n. 79", che stabiliva che "I lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa a carattere stagionale con contratto a tempo determinato, stipulato ai sensi dell'art. 1, secondo comma, lettera a), della legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni ed integrazioni, hanno diritto di precedenza nell'assunzione con la medesima qualifica presso la stessa azienda, a condizione che manifestino la volontà di esercitare tale diritto entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro".

La norma citata fa quindi riferimento al diritto all'assunzione.

Ancorché non sia necessaria la formazione del "silenzio-rifiuto", ai fini dell'ammissibilità del gravame innanzi al giudice amministrativo (quando oggetto del giudizio sia l'accertamento di diritti derivanti ai pubblici dipendenti da una norma di legge, di regolamento o, comunque, da un atto autoritativo della P.A.) la domanda del ricorrente, anche se formalmente proposta secondo la procedura per la formazione del "silenzio-rifiuto", può, comunque, essere sostanzialmente interpretata come richiesta di accertamento in ordine all'esistenza di un diritto, eppertanto esaminata nel merito in sede giurisdizionale.

Nel caso che occupa l'azione introdotta dai ricorrenti con il giudizio di primo grado appare al Collegio interpretabile più come volta all'accertamento di un diritto alla assunzione che ad ottenere una qualsiasi pronuncia dell'Amministrazione sulla diffida a provvedere da essi presentata.

Ma (a prescindere dalla circostanza che quando per il riconoscimento della pretesa sia necessario procedere ad interpretazione, accertamenti di presupposti od istruttoria, il provvedimento negativo assume una valenza autoritativa ed incisiva del diritto vantato, che può essere contestata solo mediante la sua tempestiva impugnazione con la conseguenza che, in queste ipotesi, l'azione di accertamento, in quanto proposta a fronte di un interesse legittimo, risulta inammissibile), nel caso che occupa, la pretesa sostanziale avanzata non era comunque suscettibile di positiva valutazione, come sarà evidenziato nel prosieguo, sicché le diffide di cui trattasi non potevano comunque essere oggetto di accoglimento.

2.2.- In ogni caso, anche se l'azione esperita fosse stata proprio quella rivolta avverso il silenzio della Amministrazione, essa non sarebbe stata ammissibile.

Rileva infatti il Collegio che, a seguito della entrata in vigore dell'art. 21 bis della l. n. 1034 del 1971, introdotto dall'art. 2 della l. n. 205 del 2000, il giudizio contro il silenzio rifiuto della P.A. integra un'azione di mero accertamento, volta a far dichiarare dal Giudice amministrativo l'esistenza per l'amministrazione di un obbligo di provvedere, che essa ha violato e che è tenuta, sia pure tardivamente, ad adempiere. Tuttavia il dovere dell'Amministrazione di dare riscontro ad istanze proposte all'organo competente dai propri amministrati e volte ad ottenere provvedimenti ai quali gli istanti abbiano interesse non sussiste quando non possa più ravvisarsi detto obbligo di provvedere (Consiglio di Stato, sez. III, 30 novembre 2012, n. 6149). Vengono quindi meno i presupposti necessari perché l'omissione della P.A. sull'istanza del privato assuma rilievo di silenzio - rifiuto giuridicamente tutelato allorché sia stata fatta acquiescenza al provvedimento contrastante con la pretesa fatta valere rimasto in oppugnato, il che esclude la possibilità di accoglimento della pretesa stessa.

Nel caso che occupa la intervenuta indizione della procedura concorsuale era in evidente antinomia con la pretesa alla pronuncia del Comune circa la precedenza alla riassunzione vantata, con conseguente inammissibilità delle diffide di cui trattasi. Invero le deliberazioni n. 142 del 28.9.1995 e n. 367 del 23.7.1996, con le quali, dopo la presentazione delle diffide stesse, è stato indetto un concorso a 10 posti di vigili urbani, che palesemente non disponevano la riassunzione dei vigili urbani che avevano prestato lavoro nelle stagioni precedenti, non risultano impuginate dagli attuali appellanti

Il procedimento per la formazione del silenzio rifiuto non poteva quindi essere comunque più utilmente esperito all'epoca della decisione del giudizio di primo grado, perché i provvedimenti lesivi della pretesa non erano stati tempestivamente impugnati, avendo prestato gli interessati acquiescenza agli stessi.

2.3.- Le censure rivolte alla declaratoria di inammissibilità effettuata dal T.A.R., sia pure con parziale diversa motivazione rispetto alle argomentazioni contenute nella sentenza di primo grado, non possono quindi essere oggetto di positiva valutazione.

3.- Quanto al ricorso di primo grado n. 1635/1991, va rilevato che, con la deliberazione n. 174 del 18.10.1993, la Giunta comunale di Polignano a Mare ha annullato in autotutela la precedente deliberazione della Giunta medesima n. 552 del 16.10.1990, con cui era stato indetto il concorso per la copertura di un posto di vigile urbano resosi vacante.

Non può condividersi la tesi dell'appellante che il Comune, al di là delle formule di rito, non abbia voluto annullare la precedente procedura concorsuale, ma (con la previsione di ritenere valide le domande di partecipazione già prodotte e con facoltà di integrarle con nuove dichiarazioni o documentazioni) semplicemente riattualizzare le condizioni di partecipazione e riaprire i termini.

Invero, come risulta dai punti 3 e 4 del dispositivo di detta delibera, era stato approvato un nuovo bando di concorso per la copertura di un posto di vigile urbano e stabilito di ritenere valide ai fini della partecipazione alla nuova procedura le istanze già prodotte; tuttavia, come dedotto dal Comune resistente con memoria depositata il

13.3.2001 (e non contestato dalle controparti), detti punti erano stati annullati dall'organo di controllo.

Pertanto era comunque valida ed efficace la deliberazione stessa nella parte in cui annullava la deliberazione oggetto di impugnativa giurisdizionale, essendo stata eliminata la parte che, secondo gli appellanti, comportava la interpretazione dell'atto quale sostanziale riapertura dei termini del precedente bando e non come annullamento dello stesso.

Tanto implica che non può che essere confermata la pronuncia di inammissibilità della impugnazione di detta deliberazione n. 552 del 1990 di indizione del concorso per il conferimento di un posto di vigile urbano effettuata con la sentenza impugnata.

3.1.- Anche le censure in esame sono quindi insuscettibili di accoglimento.

4.- Secondo gli appellanti anche la infondatezza dei ricorsi, comunque affermata con la sentenza impugnata, sarebbe viziata dalla mancata considerazione delle risultanze processuali che comportavano la qualificazione dei rapporti di cui trattasi come prevalentemente stagionali, tenuto conto che erano correlati a finalità istituzionali ma tipiche del contesto socio economico in cui erano inseriti, essendo il Comune località turistica con afflusso turistico nella stagione estiva comportante una diversa gestione del traffico e delle altre attività connesse al turismo, rispetto ai restanti periodi dell'anno.

Del resto il discrimine tra rapporto di lavoro stagionale e rapporto a termine sarebbe inesistente sul piano normativo, in quanto proprio la stagionalità consente l'apposizione del termine al rapporto di lavoro subordinato.

Diversamente argomentando si creerebbe illogica ed illegittima disparità di trattamento rilevante sotto il profilo della legittimità costituzionale per violazione degli artt. 2, 3 e 35 della Costituzione.

4.1.- Osserva la Sezione che per lavoro stagionale deve intendersi quello che è caratterizzato, oltre che da una durata limitata, dall'apposizione del termine al contratto di lavoro giustificata dalla circostanza che l'utilizzo del singolo lavoratore avviene nell'ambito di periodi determinati e con ricorrenza ciclica, in quanto relativo ad un'attività produttiva strettamente e comunque prevalentemente collegata con una stagione solare.

Pertanto i dipendenti assunti come vigili urbani, anche se hanno prestato la loro attività lavorativa durante le stagioni estive, non sono qualificabili come lavoratori stagionali perché essi, pur se impiegati a tempo determinato (Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2003, n. 348 e 30 ottobre 1993, n. 1125), sono chiamati in detto periodo a svolgere tutte le attività istituzionali proprie delle funzioni istituzionali di essi vigili, comunque in rilevante parte esulanti ed ulteriori rispetto a quelle strettamente connesse alla stagionalità.

La tesi degli appellanti (che, pur essendo correlati a generali finalità istituzionali del Comune, i rapporti di lavoro in questione sarebbero ontologicamente stagionali, perché svolti in una località turistica e comunque caratterizzati da specifiche prestazioni lavorative singolarmente svolte) è indivisibile, atteso che non risulta e non è stato dimostrato che le prestazioni da essi concretamente svolte attenessero in via esclusiva, o quanto meno in maniera assolutamente prevalente, ad attività connesse alle esigenze turistiche stagionali, mentre, al contrario, costituisce dato di comune esperienza la circostanza che tra le competenze dei vigili urbani sono comunque incluse prestazioni lavorative connesse ad esigenze di carattere generale di polizia urbana e di carattere amministrativo nei settori di competenza (edilizia, ecc.). La attività di vigile urbano a tempo determinato non risulta peraltro inserita nell'elenco, allegato al d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525, che determina le attività a carattere stagionale di cui all'art. 1, comma secondo, lettera a), della legge 18 aprile 1962, n. 230, sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato.

Né il richiamato art. 4 del d.P.R. n. 268/1987, quale norma di favore nei confronti dei lavoratori stagionali, è, secondo il Collegio, estensibile in via analogica nei riguardi di lavoratori assunti a termine, quali vigili urbani, atteso che la natura di norma eccezionale di detta particolare disposizione lo impedisce.

La non assimilabilità del lavoro svolto dai vigili urbani a tempo determinato nel Comune "de quo", per non essere stato dimostrato che le loro prestazioni erano state rivolte esclusivamente ed in maniera assolutamente prevalente ad esigenze stagionali, invece che al complessivo svolgimento istituzionale del vigile urbano per determinati periodi, dimostra sia la infondatezza della censura di illogicità e di disparità di trattamento, sia la manifesta infondatezza della eccezione di incostituzionalità, in subordine formulata, della normativa in materia (che, seppure non indicata è agevolmente individuabile), per violazione degli artt. 3, 35 e 97 della Costituzione. Neppure può essere favorevolmente apprezzata la censura di violazione dei principi di cui alla direttiva 1999/70/CE e del diritto dell'Unione da parte della disciplina interna che discrimini i lavoratori dipendenti da datori di lavoro privati da quelli dipendenti da amministrazioni pubbliche (o all'interno delle stesse amministrazioni pubbliche), con riguardo al diverso trattamento con riferimento al principio della preferenza sulle future assunzioni in presenza di prestazioni lavorative svolte sui medesimi presupposti (assunzione mediante procedure ad evidenza pubblica) e con le medesime modalità (stagionalità), stante la non assimilabilità del lavoro svolto dagli appellanti al lavoro stagionale.

5.- La reiezione dell'appello per le motivazioni dianzi esplicitate comporta la fondatezza della eccezione del Comune resistente di inammissibilità della produzione documentale operata in data 7.5.2013 dagli appellanti, per violazione delle disposizioni di cui all'art. 104 del c.p.a..

Secondo la giurisprudenza formatasi in materia sono infatti inammissibili in sede di appello le prove nuove, non prodotte nel giudizio di primo grado, vigendo anche nel processo amministrativo il principio del divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova in appello, sancito, oltre che dall'artt. 345 del c.p.c., dall'art. 104, comma 2, del c.p.a., che riguarda anche le prove cd. precostituite, quali i documenti, la cui produzione è subordinata, alla pari delle prove costituende, alla verifica della sussistenza di una causa non imputabile, che abbia impedito alla parte di esibirli in primo grado, ovvero alla valutazione della loro indispensabilità, la quale peraltro non va intesa come mera rilevanza dei fatti dedotti, ma postula la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte avesse l'onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale (Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 2013, n. 3319).

Tutta detta documentazione, di data successiva alla emanazione della impugnata sentenza, non è infatti indispensabile ai fini della risoluzione della controversia e ne va pertanto disposto lo stralcio dagli atti di causa.

6.- L'appello, previo stralcio dagli atti del giudizio della documentazione nuova prodotta nel corso del secondo grado di giudizio, deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione, con, in parte, diversa motivazione.

7.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, previo stralcio dagli atti del giudizio della documentazione indicata in motivazione, respinge l'appello in esame con, in parte, diversa motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente FF

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 26 SET. 2013