

N. 01128/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01157/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1157 del 2010, proposto da:

Saie S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Piero Lorusso, con domicilio eletto presso l'avv. Salvatore Vincenzo Greco in Palermo, corso Calatafimi N.319;

contro

Comune di Porto Empedocle in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Margherita Bruccoleri, con domicilio eletto presso l'avv. Daniela Salerno in Palermo, via Sferracavallo N. 89/A;

nei confronti di

Ati Edil Costruzioni di Licciardello Filippo e C.; Viopec S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Girolamo Rubino, Leonardo Cucchiara, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Palermo, via G. Oberdan, 5;

per l'annullamento

1) degli atti adottati dalla Commissione di gara aventi ad oggetto l'affidamento in concessione dei lavori di ampliamento del cimitero

comunale di Porto Empedocle;

2) dei Verbali della gara per l'affidamento in concessione dei lavori di ampliamento del cimitero comunale;

3) della Determinazione n. 80 del 30.04.2007 di aggiudicazione provvisoria;

4) della Determinazione n. 134 del 04.07.2007 di aggiudicazione definitiva;

5) di ogni altro atto della procedura concorsuale - ivi compreso il bando di gara e il disciplinare;

6) del Contratto di concessione n. rep. 41 del 03.12.2007;

7) del Contratto di revisione progettazione esecutiva, esecuzione e gestione dei lavori di ampliamento del cimitero comunale n. rep. 41 del 03.12.2007;

8) della Determina sindacale n. 66 del 14.04.2004;

9) del Verbale di consegna dei lavori;

10) Nulla osta del Genio Civile;

11) Progetto esecutivo;

12) Ordinanza sindacale n. 42/2009;

e per la declaratoria dell'illegittimità

dell'inerzia del Comune di Porto Empedocle in ordine all'atto di significazione e diffida ritualmente notificatogli;

e per il risarcimento del danno

in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico anche in via equitativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Porto Empedocle e di Viopec S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo della presente sentenza, n° 1301/2011, depositato il 6 luglio 2011;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011 il Primo

Referendario Francesca Aprile e uditi per le parti i difensori presenti, come da verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, l'odierna ricorrente, premesso di avere stipulato con il Comune di Porto Empedocle contratto rep. n° 33 del 04 giugno 2001 per la costruzione e gestione dell'impianto di lampade votive elettriche nel cimitero comunale, ha adito questo Tribunale per domandare l'annullamento della concessione per la realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale, aggiudicata con determina dirigenziale n° 134 del 4 luglio 2007, in seguito all'espletamento di procedura ad evidenza pubblica.

L'impugnativa è articolata sul motivo di violazione del contratto n° 33 del 2001, di violazione dell'art. 2 del capitolato di concessione, eccesso di potere e violazione del principio del buon andamento, sull'assunto che l'affidamento della realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale si porrebbe in contrasto con l'art. 2 del capitolato della concessione accessiva al contratto n° 33 del 04 giugno 2001, a tenore del quale "la concessione si intende ipso iure a favore della società concessionaria per gli eventuali futuri ampliamenti dei cimiteri e nei cimiteri comunali di nuova costruzione".

Per resistere al ricorso, si è costituita l'amministrazione comunale, che ha sollevato eccezioni preliminari e ne ha domandato, comunque, il rigetto per infondatezza.

Si è costituita, altresì, la concessionaria della realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale, che ha depositato comunicazione di fine lavori.

Alla camera di consiglio del 8 settembre 2010, la terza Sezione di questo Tribunale ha respinto la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti

impugnati.

In vista dell'udienza di discussione, le parti hanno depositato memorie, insistendo nelle rispettive richieste e conclusioni.

Alla pubblica udienza del 6 luglio 2011, sentiti i difensori delle parti presenti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto per essere deciso.

Preliminarmente, dev'essere vagliata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa dell'amministrazione intimata.

L'eccezione è infondata.

Va osservato che la domanda azionata in giudizio tende a far valere un'asserita pretesa all'affidamento dei contratti concernenti gli "ampliamenti dei cimiteri e nei cimiteri comunali di nuova costruzione".

Come tale, la pretesa è devoluta alla cognizione del giudice amministrativo in sede esclusiva, ai sensi dell'art. 244 del d.lgs. n° 163/2006, in base all'art. 5 c.p.c., per il quale la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente alla data della domanda, giurisdizione che, anche alla data della decisione, è attribuita al giudice amministrativo in sede esclusiva, ai sensi dell'art. 133, lett. e), del codice del processo amministrativo.

Per il principio gradualistico, per il quale il giudice procede alla trattazione delle questioni secondo l'ordine logico di esame, va scrutinata la sussistenza o meno della legittimazione della ricorrente a proporre l'odierna impugnativa, questione il cui vaglio deve precedere la trattazione delle ulteriori questioni sia di rito, sia afferenti al merito.

La legittimazione al ricorso è correlata alla titolarità della situazione giuridica soggettiva per la cui tutela è esercitata l'azione giurisdizionale.

Nelle controversie concernenti l'affidamento di contratti pubblici e di concessioni, la legittimazione al ricorso spetta ai soggetti legittimamente partecipanti alla procedura competitiva indetta per l'affidamento.

L'ordinamento giuridico interno, in coerenza con i principi affermati in

sede comunitaria, ammette tre fattispecie, in presenza della quali, in deroga rispetto al principio appena enunciato, si riconosce la legittimazione a ricorrere anche al non partecipante in gara.

In particolare, si ammette la legittimazione ad impugnare il bando di una procedura ad evidenza pubblica, a prescindere dalla partecipazione alla stessa, al ricorrente che intenda contestare in radice la scelta di indire la gara. La legittimazione, in una simile ipotesi, va riconosciuta al ricorrente che sia titolare di una situazione sufficientemente differenziata e qualificata, derivantegli dalla titolarità di rapporti giuridici incompatibili con l'oggetto della gara.

Altresì, è legittimato a ricorrere avverso l'affidamento diretto o senza gara l'operatore economico del settore che aspiri al conseguimento del contratto. In tal caso, le esigenze di tutela del confronto concorrenziale pretermesso giustificano la legittimazione ampia, fermo restando il vaglio giurisdizionale in ordine alla sussistenza, in concreto, di una situazione sufficientemente differenziata.

Si riconosce, infine, la legittimazione all'impugnazione del bando di gara che contenga clausole escludenti, in ragione dell'immediata lesività dell'illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione.

Nel caso in esame, la società odierna ricorrente non ha partecipato alla procedura ad evidenza pubblica indetta per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale di cui si controverte.

Non sussiste incompatibilità delle situazioni che traggono titolo dalla concessione per la costruzione e gestione dell'impianto di lampade votive elettriche nel cimitero comunale e il rapporto che trae titolo dalla concessione in contesa.

L'affidamento della gestione dell'impianto elettrico di lampade votive relativo al solo ampliamento realizzato dal concessionario non interferisce

con il rapporto concessorio afferente la gestione dell'impianto elettrico di lampade votive nel cimitero esistente.

Quanto all'aspirazione al conseguimento della concessione impugnata, tale aspirazione, in mancanza di partecipazione alla licitazione privata indetta per l'affidamento, non è sufficientemente differenziata e, come tale, giuridicamente rilevante, ai fini della legittimazione al ricorso.

Per tale ragione, la domanda di annullamento degli atti impugnati è inammissibile per difetto di legittimazione a ricorrere.

Analogamente è a dirsi per la domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sulla diffida notificata dalla società ricorrente, non sussistendo l'obbligo giuridico di provvedere in ordine alla stessa.

Peraltro, risulta dagli atti del giudizio che i lavori di ampliamento del cimitero comunale sono stati interamente eseguiti.

Pertanto, l'impugnativa è, altresì, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

La domanda risarcitoria non può trovare accoglimento, non essendo la stessa sufficientemente supportata, neanche sotto il profilo allegatorio, in ordine alla consistenza della possibilità di conseguimento dell'aggiudicazione.

In conclusione, il ricorso va dichiarato improcedibile, quanto alla domanda di annullamento e va respinto per la restante parte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando in ordine al ricorso, come in epigrafe proposto (R.G. n° 1157/2010), lo dichiara improcedibile quanto alla domanda di annullamento e lo respinge per la restante parte.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali,

liquidate nella misura di euro 1.000,00 (mille/00) per ciascuna delle parti costituite, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Cosimo Di Paola, Consigliere

Francesca Aprile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/2012

IL SEGRETARIO

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