

N. 01642/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01790/2010 REG.RIC.
N. 01263/1999 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi riuniti:

A) numero di registro generale 1263 del 1999, proposto da SAIE Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Piero Lorusso, con domicilio eletto presso Cesare Santuccio in Catania, via Cervignano, 11;

contro

Comune di Randazzo (Ct), non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

Gismondi Cataldo, rappresentato e difeso dall'avv. Nunzio Currao, con domicilio eletto presso lo stesso difensore, in Catania, via Canfora, 145;

B) numero di registro generale 1790 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da SAIE Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Piero Lorusso, con domicilio eletto presso Cesare Santuccio in Catania, via Cervignano, 11;

contro

Comune di Randazzo, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Calcagno, con domicilio eletto presso lo stesso difensore, in Catania, via Orto S.Clemente 45;

per l'annullamento

A) quanto al ricorso n. 1263 del 1999:

- della deliberazione C.C. n. 25 dell'8.4.1997 di approvazione del disciplinare per la concessione in esclusiva del servizio di illuminazione votiva nel cimitero comunale e della susseguente trattativa privata ed aggiudicazione alla ditta Gismondi; nonché
- degli atti connessi come meglio descritti in ricorso e del contratto stipulato il 22.5.1998;
- della nota del 9.5.1997 inviata alla ricorrente;

B) quanto al ricorso n. 1790 del 2010:

- del bando di gara per la concessione, per pubblico incanto, del servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale e del relativo disciplinare;
- del comportamento omissivo del Comune in ordine alla valutazione della promozione privata ex art. 42 ter L.reg. sic. n. 21/1985;
- di qualunque altro atto connesso, collegato, precedente e successivo;
- per la declaratoria del diritto della ricorrente a vedere assentita la predetta promozione privata, con ogni conseguente statuizione;
- per la condanna del Comune al risarcimento dei danni da liquidarsi in corso di causa.

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Randazzo e di Gismondi Cataldo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2012 il dott. Calogero Ferlisi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Col ricorso 1263/1999 la SAIE SRL impugna la trattativa privata indetta dal Comune di Randazzo per la concessione in esclusiva del "servizio di illuminazione votiva" nel cimitero comunale, deducendo, nella sostanza, che il Comune aveva il previo dovere di concludere il procedimento di "promozione privata" (c.d. *project financing*) attivato dalla ricorrente con istanza del 30.4.1997, ai sensi dell'art. 42 ter L.reg.sic. n. 21/1985 (ciò nell'assunto di fondo che il progetto *de quo* non riguarderebbe un servizio pubblico, ma la costruzione di opera pubblica e relativa).

Di conseguenza, nel caso di specie, per un verso sarebbe applicabile la procedura di *promozione privata* ex art. 42 ter cit.e per altro verso sussisterebbe l'obbligo del Comune di concludere il relativo procedimento come ritualmente attivato dalla ricorrente.

2. Con successivo ricorso n. 1792/2010 la stessa SAIE, premesso di avere rinnovato - ex art. 28 L.reg.sic. n. 7/2003 - la dichiarazione di interesse alla promozione privata del 1997 di cui sopra, impugna il bando di gara indetto dal Comune nel 2010 per la "*concessione del servizio di illuminazione votiva nel Cimitero Comunale*" e chiede anche il risarcimento dei danni.

3. Con ricorso per motivi aggiunti, proposto nel ric. 1263/1999, la SAIE ha reiterato la domanda risarcitoria specificando i danni asseritamente subiti.

4. Il controinteressato Gismondi si è costituito nel primo n. 1263/99 deducendo preliminarmente la irricevibilità del gravame per tardiva impugnazione della nota 9.5.1997 prot. n. 5918.

5. Il Comune di Randazzo si è costituito nel secondo ricorso deducendo nel complesso (con unica memoria riferita ad entrambi i ricorsi oggi in esame) che:

- il primo ricorso darebbe inammissibile per omessa impugnazione degli atti

di aggiudicazione della gara in favore della ditta Gismondi;

- la ricorrente, non avendo interesse all'aggiudicazione non impugnata, non ha nemmeno alcun diritto risarcitorio;

- il ricorso 1263/1999 sarebbe tardivo dato che il Comune ha dato riscontro all'istanza della ricorrente con nota 9.5.1997 prot. 5958, a suo tempo inviata a mezzo racc. e a.r.;

- oggetto dell'affidamento sarebbe la concessione di un pubblico servizio con conseguente inapplicabilità del procedimento di "*progetto di finanza*" previsto dall'art. 42 ter L.reg.sic. n. 21/1985;

- i ricorsi sarebbero temerari e quindi da sanzionare in sede di condanna alle spese ex art. 96 cpc e art. 26 cod proc. amm..

6. Con ordinanza collegiale n. 879/1999 è stata respinta l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato col primo dei ricorsi in epigrafe.

7. Con ordinanza collegiale n. 986/2010 è stata respinta l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato col secondo ricorso n. 1792/2010.

8. Sia il ricorrente che il Comune hanno prodotto varie memorie insistendo nelle già dispiagate difese, incentrate in particolare sull'oggetto della gara (se "opera pubblica" ovvero appalto o concessione di un "pubblico servizio").

9. Alla pubblica udienza del 6 giugno 20120 i ricorsi sono stati assunti in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente i ricorsi debbono essere riuniti per essere decisi con unica sentenza, stante la loro evidente connessione soggettiva ed oggettiva.

2. La SAIE S.r.l., col ricorso n. 1263 del 1999 impugna sia la delib. n. 25 del 8.4.1997 (asseritamente conosciuta a seguito di accesso in data 9.3.1999), nella parte in cui il c.c. ha approvato il disciplinare redatto dall'U.T.C. per la concessione in esclusiva del servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale e ha dato mandato alla G.M. di esperire trattativa privata fra le

ditte locali iscritte alla C.C.I.A.A.), sia la nota 21.8.97 con cui sono state invitate a produrre offerte le ditte indicate, nonché i verbali di aggiudicazione della trattativa alla ditta Gismondi ed infine la "nota prot. n. 5918 del 9.5.1997, con la quale il Comune di Randazzo ha comunicato alla SAIE di avere già deliberato il servizio lampade votive e la gestione secondo l'approvato capitolato ed ha dichiarato di non potere accedere alla promozione ex art. 42 ter L. 21/1985 rigettando l'offerta della SAIE".

Lamenta, sostanzialmente, l'inerzia dell'Amministrazione nel definire l'istanza di promozione privata del 30.4.1997, di cui in narrativa, e contesta tutti gli atti successivamente adottati.

Muove dall'assunto di fondo secondo il quale oggetto dell'affidamento de quo non sarebbe un "servizio pubblico" (come ritenuto dal Comune), ma un'opera pubblica con relativa gestione, di guisa che sarebbe pienamente applicabile la procedura di promozione privata ex art. 42 ter cit.. Da qui l'obbligo del Comune di concludere il procedimento attivato dalla ricorrente con l'istanza del 30.4.1997 e la illegittimità degli atti impugnati.

3. Tale impostazione non appare condivisibile per varie ragioni.

3/A) Va osservato, in primo luogo, che il procedimento attivato dalla ricorrente con l'istanza del 30.4.1997 è stato formalmente definito dal Comune di Randazzo già con nota 9.5.1997, con cui:

- si è comunicato alla ricorrente medesima che era già in corso una "trattativa privata" per l'affidamento del "servizio pubblico" di illuminazione votiva nel cimitero comunale
- si è dichiarato nel contempo che *"fermi restando i dubbi sulla possibilità di considerare il servizio in esame come opera pubblica, questa amministrazione non può accedere alla promozione né accettare la vostra offerta"*.

Tale nota è da ritenersi tempestivamente impugnata col primo dei ricorsi in esame, dato che nessuna delle controparti ha dato la prova relativa alla data di effettiva ricezione della stessa da parte della ricorrente; ed il comune,

Comune in particolare, ha ritenuto di produrre in atti la sola fotocopia della nota e della busta del plico raccomandato senza il relativo avviso di ricevimento.

3/B) Nel merito, tale nota appare corretta nel qualificare l'oggetto della procedura come concessione (o comunque appalto) di "*servizio*", il che, di per sé, precludeva ogni possibile istruttoria relativa alla procedura di promozione privata attivata dalla ricorrente il 30.4.1997 ex art. 21 L.r. 4/1996 ed art. 42 ter L.r. 21/1985. Invero, quest'ultimo articolo (rubricato: "*Promozione privata di concessione di opere pubbliche*") recita testualmente, al comma 1, che "*La concessione di costruzione e gestione di un'opera pubblica può essere promossa da un soggetto privato, avente i requisiti per accedere alla concessione medesima, il quale si impegna a realizzare l'opera interamente a proprie spese*". Ed il preciso riferimento della disposizione di legge alla concessione di costruzione e gestione di "opere pubbliche" ne evidenzia chiaramente l'estraneità rispetto alla fattispecie oggi in esame.

Non va trascurato, del resto, il fatto che il Comune di Randazzo aveva approvato il disciplinare della contestata trattativa privata già con delibera della G.M. dell'8.4.1997, ossia ben prima della promozione privata attivata dalla ricorrente il 30.4.1997; sicché non sono stati gli atti come sopra impugnati ad interferire con l'istanza della ricorrente, ma è stata quest'ultima ad interferire con i programmi già predisposti dal Comune fin dai primi giorni del mese di aprile del 1997.

3/C) Peraltro, la Società ricorrente, al fine di sorreggere il proprio postulato di fondo, muove da presupposti del tutto astratti, senza mai evidenziare, in concreto, la ragione per cui la qualificazione data dal Comune all'oggetto della impugnata trattativa privata sarebbe inesatta. Anzi, è da notare come proprio nel progetto di finanza presentato dalla ricorrente risulti (cfr. documenti dalla stessa depositati il 22.4.2011) un "*capitolato di concessione*" (predisposto – si ripete – dalla SAIE) nel quale l'oggetto della

“promozione” de qua è chiaramente indicato come “*concessione*” ... *con diritto di privativa*” dello “*impianto*” e dello “*esercizio del pubblico servizio di illuminazione votiva ... mediante energia elettrica*”.

E ciò rileva, ad avviso del Collegio, non solo per il *nomen iuris* “concessione” ivi utilizzato, ma anche per la concreta descrizione degli obblighi dell’eventuale concessionario, ossia:

- la (mera) “*manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto*” (art. 3, co1, del capitolato cit.)
- la “*realizzazione dell'impianto*”, da parte della proponente, ma solo “*nelle aree che ne risultino eventualmente sprovviste*” (art. 3, cit. co. 2 ed art. 4);
- l’instaurazione di un rapporto diretto della SAIE con gli utenti sotto il profilo dei prezzi da praticare e delle condizioni di abbonamento (cfr. art. 7 capitol. cit.).

In relazione a tali dati, di natura assolutamente obiettiva, le pur abili deduzioni della ricorrente appaiono prive di giustificazione, astratte ed assertorie: nessun dato significativo viene addotto per potere effettivamente definire il progetto in argomento come relativo ad “*opera pubblica*” e sua “*gestione*”.

3/E) E' pur vero che dal disciplinare approvato per suo conto dalla G.M. l'8.4.1997 (si ripete: prima che la SAIE presentasse - in data 30.4.1997 - la sua *promozione privata*) risulta che l'attivazione del servizio de quo richiedeva anche la costruzione degli impianti, ma la Giunta Municipale, con la citata delibera, aveva già qualificato, autoritativamente ed espressamente, l'oggetto dell'affidamento come “*concessione di pubblico servizio disciplinato dalla lett. f) dell'art. 32 legge 142/90*”; ed in assenza di una specifica quantificazione dei costi di realizzazione dell'impianto, da parte della odierna ricorrente (che ne avrebbe avuto l'onere), nulla può dimostrare l'affermata prevalenza dell’ “*attività costruttiva*” rispetto all'attività del concessionario nella “*gestione*” dei rapporti (e per tutta la durata della

concessione), sia con gli utenti (con l'incameramento dei canoni previsti), sia col Comune (con il versamento alla tesoreria comunale della pattuita quota degli introiti della ditta concessionaria).

Ed è sufficiente osservare come solo la quantificazione di tali aspetti avrebbe, in ipotesi, potuto far pensare ad un "*appalto misto*" (di lavori e di servizio); restando, comunque, da dimostrare altresì - e preliminarmente - l'estensibilità della previsione della "*promozione privata*" ex art. 42 ter (che ne prevede la praticabilità solo per gli appalti di "*opera pubblica*" e relativa "*gestione*") anche a tale categoria di appalti (e pure nel caso - come è nella specie - del palese collegamento con un pubblico servizio affidato in "*concessione*").

3/F) Per il resto va solo osservato che:

- le pur ampie deduzioni della ricorrente appaiono condivisibili sul piano puramente astratto, ma trascurano di considerare la discrezionalità che in materia connota l'agire della P.A.; e din questo senso può valere il richiamo della decisione del T.A.R. Sicilia Palermo, 5 aprile 2007, n. 1100, secondo cui: in forza dell'art. 42 ter, L. rg. Sicilia 29 aprile 1985 n. 21, l'amministrazione ha il potere di valutare, anche sotto il profilo dell'opportunità, se dare o meno corso al procedimento iniziato dal privato con la presentazione di un progetto di promozione privata di concessione di opere pubbliche, sicché nessuna pretesa all'esame della propria iniziativa può essere riconosciuta al promotore di una concessione di costruzione e gestione di opera pubblica;

- lo stesso principio è affermato in Cons. di Stato, Ad. Plen. 15 aprile 2010, n. 1, secondo cui: in tema di appalto di lavori pubblici, sulla procedura di *project financing* occorre distinguere la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione, posto che mentre quest'ultima costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza

pubblica, al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore.

4. Dal rigetto delle tesi di fondo su cui si basa il primo ricorso n. 1263/1999 discende per conseguenza l'infondatezza del secondo ricorso in epigrafe, proposto avverso la gara indetta dal Comune di Randazzo nel 2010 per l'affidamento del predetto servizio, nonché dei motivi aggiunti proposto ai fini del chiesto risarcimento.

5. Le spese seguono la soccombenza come segue: Euro 2.500,00 in favore del Comune resistente, costituito nel secondo ricorso 1263/2010; Euro 1.500,00 in favore del controinteressato Gismondi, costituitosi nel primo ricorso n. 1263/1999..

6. Non si fa luogo a condanna per lite temeraria ex art. 26 cod. proc. amm. (nel testo risultante dalle modifiche introdotte col D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195, in quanto, a prescindere da ogni altra valutazione, i ricorsi in epigrafe sono stati proposti prima dell'entrata in vigore delle citate disposizioni (9 dicembre 2011).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li riunisce e li rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite che liquida in E. 2.500,00 in favore del Comune ed in Euro 1.500 in favore della ditta controinteressata.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2012

con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente, Estensore

Gabriella Guzzardi, Consigliere

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/06/2012

IL SEGRETARIO

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