

N. 02030/2009 REG.SEN.

N. 00334/2009 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 334 del 2009, proposto da:  
A.T.I. Zoppi Srl e Asti Servizi Pubblici Spa, rappresentato e difeso  
dagli avv. Claudio Guccione e Antonio Viglione, con domicilio  
eletto presso Maria Silvia Sommazzi in Genova, via XII Ottobre,  
10/12;

***contro***

Comune di Laigueglia, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco  
Massa, con domicilio eletto presso di lui in Genova, via Roma,  
11/1;

***per l'esecuzione della***

**SENTENZA TAR LIGURIA N. 1160/2008 SEZIONE II.**

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Laigueglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25/06/2009 il Presidente, Cons.. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame, qualificato espressamente come gravame per l'ottemperanza alla precedente sentenza di questa Sezione 29.5.2008 n. 1160, comprensiva della condanna alle spese, l'ATI ricorrente, che con detta pronunzia aveva ottenuto l'annullamento di una procedura di finanza di progetto, bandita dal Comune di Laigueglia, nella parte in cui aveva valutato di maggior interesse pubblico il progetto dell'ATI impresa geom. Giuseppe Oliveri-1Prima srl, pur carente di piano economico e finanziario per difetto dell'asseverazione bancaria, solo successivamente integrata.

Dalla sentenza del TAR, ad avviso dell'ATI ricorrente, discende che, esclusa l'unica altra concorrente, essa era da considerarsi il promotore dell'intervento di finanza di progetto.

Con due missive, rispettivamente del 12.9.2008 e del 2.2.2009 dei legali dell'ATI ricorrente, è stata richiesta al Comune intimato "anche in esecuzione della sentenza del TAR Liguria" di provvedere alla sua nomina a promotore del controverso intervento di finanza di progetto e, in presenza di una nuova deliberazione della Giunta comunale in luogo di quella annullata, si prospettava l'eventualità della sua impugnazione .

Ne è seguito il ricorso in esame, notificato alla sola amministrazione e regolarmente depositato.

Essendo esso denominato ricorso per ottemperanza la Segreteria di questo TAR ha provveduto l'invito a far pervenire entro 20 giorni le eventuali controdeduzioni, cui il Comune di Laigueglia ha ottemperato, depositandole in data 15 marzo 2009.

Il medesimo Comune si è quindi costituito in giudizio ed ha depositato memorie e documenti.

La Sezione deve innanzitutto pronunciarsi sull'ammissibilità del ricorso.

E' infatti pacifico in causa ed ammesso anche da parte ricorrente che la sentenza cui, in tesi, non sarebbe stata data attuazione non è passata in giudicato, dal momento che è stata appellata dalla controinteressata ATI Oliveri dinanzi al giudice d'appello, con domanda di sospensione cautelare, che peraltro è stata rigettata.

Non vi è quindi spazio, nel caso in esame, per un'azione di ottemperanza, ammissibile solo in presenza di un giudicato.

Configurare peraltro in questo modo il ricorso in esame dimostrerebbe la totale preterizione del suo contenuto sostanziale, considerandone soltanto qualche aspetto formale.

Si è infatti già detto che la stessa parte ricorrente ha dato conto, nelle lettere indirizzate all'amministrazione, della pendenza dell'appello nei confronti della sentenza di primo grado a lei favorevole, chiedendone peraltro, in termini non equivoci, l'esecuzione interinale.

Il gravame appare pertanto chiaramente diretto, al di là di qualche infelice espressione usata, all'esecuzione, nelle more della formazione del giudicato, della sentenza di primo grado.

Più delicata appare l'ulteriore questione se possa ammettersi un ricorso di tal fatta senza che sia garantita l'integrità del contraddittorio: invero la parte controinteressata in primo grado non è stata intimata.

Il Collegio ritiene che anche tale questione possa trovare positiva soluzione.

Esso invero è convinto, aderendo a un diffuso indirizzo giurisprudenziale (TAR Friuli Venezia Giulia 8 marzo 2002 n. 112; Consiglio di Stato IV Sez. 9 ottobre 2002 n. 5352; TAR Lazio, II Sez. ter 16 febbraio 2006 n. 1189; III Sez. bis 22 febbraio 2006 n. 1346; TAR Campania, Sez. staccata di Salerno, 5 aprile 2006 n. 375; TAR Friuli Venezia Giulia 29 maggio 2006 n. 364) che, pur nel silenzio dell'art. 10, 1° comma, della L. n. 205/2000 che, integrando l'art. 33, 5° comma, della L. 1034/1971, nel conferire al giudice, adito per l'esecuzione delle sentenze dei TT.AA.RR. non sospese dal giudice d'appello ma non ancora passate in giudicato, i poteri del giudice dell'ottemperanza, non si sia inteso in tal modo estendere, per ottenere tale esecuzione, anche le disposizioni in rito del ricorso per l'ottemperanza al giudicato.

Militano in tal senso una serie di ragioni, la principale delle quali è proprio l'incompletezza del contraddittorio, eventuale e stragiudiziale, non prevedente alcuna obbligatoria notificazione alle altre parti, che con il procedimento per l'ottemperanza si instaura, comprensibile ove si tratti di attuare i precetti ormai immutabili di

un giudicato, ma non accettabile ove si controverta sulle misure da adottare per eseguire una sentenza la cui esecutività, ancorché obbligatoria, e soltanto interinale, con ciò coinvolgendo questioni assai delicate, su cui è indispensabile assicurare la possibilità di intervento di tutte le parti coinvolte nel giudizio, conclusosi con la pronunzia da eseguire.

L'esecuzione di una sentenza va pertanto richiesta con ricorso ordinario, ritualmente notificato alle altre parti dell'originario giudizio.

Del resto un simile rito è testualmente prescritto per ottenere, in caso di dilazioni, ritardi o dinieghi della P.A., per l'attuazione di altri provvedimenti giurisdizionali che, come la sentenza di primo grado, sono dichiarati esecutivi per legge, e che, peraltro, hanno efficacia transitoria e condizionata, come, ad esempio, l'ordinanza cautelare, dove la domanda di esecuzione va rivolta, con istanza notificata alle altre parti al medesimo giudice che ha adottato il provvedimento (art. 3, 1° comma, L. 205/2000).

La principale analogia fra sentenza di primo grado non sospesa e ordinanza cautelare sta nel fatto che entrambi sono provvedimenti giurisdizionali esecutivi per legge (per la sentenza di primo grado v. art. 33 L. 1034/71 che obbliga l'amministrazione all'esecuzione) mentre, paradossalmente, così non può dirsi - o, meglio, non può sempre dirsi - per il giudicato.

Invero il ricorso per ottemperanza nasce già con la legge del 1889 e poi con l'art. 27, n. 4, della L. n. 1054/1924, come ricorso diretto "ad ottenere l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che

abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico" cioè come una forma di esecuzione coattiva (restando sempre in vigore, peraltro, in via alternativa, l'ordinaria azione esecutiva civilistica) delle sentenze del giudice ordinario passate in giudicato.

Anche gli artt. 90 e 91 del regolamento di procedura del 1907, che regolano il procedimento per l'azione di ottemperanza sono, di conseguenza, dettate per il giudicato del giudice civile.

Tali norme sono state estese in via giurisprudenziale anche al giudicato del giudice amministrativo, al termine di lunghi contrasti anche in dottrina, risolti definitivamente soltanto dagli artt. 37, 3° e 4° comma, della L. n. 1034/71.

Ciò non toglie che, restando in vigore il ricorso per ottemperanza anche per le sentenze passate in giudicato del giudice ordinario ed essendo esteso l'obbligo della previa diffida, di cui all'art. 90, 2° comma, del regolamento di procedura anche al ricorso per ottemperanza al giudicato del giudice amministrativo, si debba concludere per la non automatica esecutività di tali sentenze.

Si è già detto che essa non può affermarsi per le pronunzie del giudice ordinario. Per quanto concerne il giudice amministrativo la necessità di un previo atto di messa in mora appare incompatibile con un preteso carattere esecutivo ex lege della sentenza ottemperanda, che va pertanto recisamente negato.

Il ricorso per ottemperanza resta pertanto un unicum nel sistema della giustizia amministrativa, sia perché destinato all'esecuzione del giudicato sia ordinario che amministrativo, sia per il suo sommario e meramente eventuale contraddittorio, sia per la necessità di una previa diffida, onde le sue norme di procedura non possono essere

quindi estese all'esecuzione delle sentenze di primo grado non sospese del giudice amministrativo, esecutive per legge e la cui efficacia è peraltro condizionata, di natura quindi radicalmente diversa dal giudicato.

Ne consegue, tornando al caso in esame, che l'ATI ricorrente, essendo stata respinta la domanda di sospensione della sentenza ad essa favorevole dal giudice d'appello, avrebbe dovuto, per ottenerne l'esecuzione, notificare alle altre parti, ivi compresa quella controinteressata, un ricorso nelle forme di quello ordinario, chiedendo che tale sentenza fosse eseguita.

Come si è già rilevato il ricorso è stato notificato alla sola amministrazione resistente, con un contraddittorio, quindi, incompleto.

Non ritiene peraltro il Collegio che si debba concludere, nel caso in esame, per la sua inammissibilità.

Va rilevato, infatti, che esiste altro indirizzo giurisprudenziale (TAR Sardegna 24 marzo 2003 n. 356; TAR Basilicata 5 aprile 2004 n. 283; TAR Lazio I Sez. 29 settembre 2006 n. 9592; TAR Lazio Sez II ter 24 luglio 2008 n. 7382) che invece estende tout court all'azione di esecuzione della sentenza di primo grado non sospesa le norme procedurali del ricorso per ottemperanza, che non richiedono un necessario contraddittorio, e anche taluna delle sentenze conformi all'indirizzo del Collegio, pur essendo di contrario avviso, richiede, del tutto contraddittoriamente per le ragioni che si sono espone, oltre alla notifica alle parti di tale gravame, anche la previa diffida all'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato IV Sez. 9 ottobre 2002 n. 5352 cit.).

Con ciò i tentennamenti di parte ricorrente, che prima indirizza all'amministrazione due note, che possono qualificarsi come diffida, e che così sono denominate dall'ATI istante, poi notifica il ricorso alla sola amministrazione, qualificandolo per giunta come ricorso per ottemperanza, possono ritenersi frutto di un errore scusabile, da attribuirsi alle ricordate incertezze giurisprudenziali circa la procedura da seguire, onde il ricorso dev'essere ritenuto ammissibile.

Nel merito esso è altresì fondato, nei termini che saranno di seguito esposti.

Le due tesi che qui si confrontano sono quella di parte ricorrente, che molto semplicemente afferma che, indetta una procedura di finanza di progetto per la realizzazione di parcheggi, a cui hanno partecipato due sole imprese, l'esclusione dalla procedura stessa della controinteressata ATI Oliveri comporta che debba essere riconosciuto, in via di esecuzione, di interesse pubblico il progetto dell'ATI ricorrente, in quanto così valutato, anche se con punteggio inferiore a quello della controinteressata, peraltro escluso dal TAR con la sentenza eseguenda, dall'amministrazione stessa nel corso della procedura di valutazione comparativa delle proposte di attuazione del progettato intervento di finanza di progetto e quella, che ad essa contraddice, dell'amministrazione.

Quest'ultima infatti afferma nei suoi atti difensivi, in primo luogo, che dagli atti della Commissione tecnica di valutazione – peraltro di valore meramente consultivo - e dalla deliberazione della Giunta municipale n. 208 dd. 28.12.2006, poi annullata, emerge che l'unico



progetto valutato come corrispondente all'interesse pubblico era quello dell'ATI Oliveri.

In sede di esecuzione, pertanto, l'unico obbligo che incombe all'amministrazione è quello di riavviare il procedimento di valutazione della proposta della ricorrente, nell'ambito del quale questa dovrà chiarire come intende superare le criticità che esso comporta, evidenziate già in sede tecnica.

Con successiva deliberazione della Giunta comunale n. 94 dd. 11.5.2009, in dichiarata esecuzione della sentenza n. 1160 del 29.5.2008 di questo TAR, viene pertanto riavviata la procedura di valutazione dell'interesse pubblico del progetto dell'ATI Zoppi ricorrente, richiedendo:

l'acquisizione di documentazione da parte della ricorrente, atta a chiarire come essa intenda superare le criticità rilevate dalla Commissione tecnica, con riferimento alla parte del progetto concernente il progettato parcheggio in via Andrea Doria;

la redazione di un nuovo piano economico – finanziario, al posto di quello presentato in sede di selezione, ormai datato.

Incombe ora al Collegio verificare quale delle due tesi sia fondata.

Esaminando i lavori del Commissione tecnica, ed in particolare i verbali n. 3 e 5 di valutazione delle proposte, ritiene il Collegio che quella manifestata dall'organo consultivo sia una semplice preferenza per il progetto dell'ATI Oliveri, cui viene assegnato di conseguenza un maggior punteggio, senza però che manchino dei punti di vantaggio dell'ATI Zoppi (minor numero di posti riservati richiesti; più elevato contributo economico da versarsi all'amministrazione) e dei punti di svantaggio, anzi delle vere e

proprie criticità (problematiche in ordine all'accessibilità e fruizione del parcheggio in via Andrea Doria) dell'ATI Oliveri, tant'è vero che la valutazione comparativa dei progetti (inficiata irrimediabilmente dal fatto che sono considerati equivalenti i due piani economico finanziari, nonostante quello dell'ATI Oliveri sia pervenuto non solo dopo il termine prescritto dal bando ma a lavori del Commissione già da tempo iniziati, sì da poter essere esaminato solo con il verbale n. 5 dd.4.12.2006) si conclude a favore di detta ultima ATI, ma con una serie di prescrizioni.

La ricostruzione delle conclusioni del Commissione è confermata dall'annullata deliberazione della Giunta comunale n. 208 dd. 28.12.2006, che dispone in ordine alla valutazione di fattibilità delle proposte presentate dai promotori e alla dichiarazione di pubblico interesse.

Essa, innanzitutto, richiamati i verbali della Commissione tecnica di valutazione, così conclude:

“L'Amministrazione comunale, in considerazione di alcuni elementi significativi evidenziati dalla Commissione Tecnica di valutazione, anche se entrambe le proposte presentate evidenziano un significativo grado di interesse, ritiene che la proposta dell'ATI Impresa di costruzioni geom. Giuseppe Oliveri/1Prima srl risulti quale proposta meglio rispondente al pubblico interesse per il Comune di Laigueglia”.

Tale conclusione palesemente smentisce la tesi difensiva del Comune, dal momento che la sottolineatura che “entrambe le proposte evidenziano un significativo grado di interesse” non può che riferirsi all'interesse pubblico e quindi al fatto che entrambi i

progetti valutati siano di pubblico interesse e che la preferenza per la proposta dell'ATI Oliveri è giustificata da un grado maggiore ("meglio rispondente") di pubblico interesse, senza escludere, ma anzi confermando, che tale caratteristica, sia pur in grado quantitativamente minore, evidenziato dal punteggio, è posseduta anche dal secondo progetto in gara. Del resto l'art. 37 ter della L. n. 109/94, che va applicato alla procedura di selezione in esame, in quanto iniziata con un avviso pubblico ai sensi dell'art. 37 bis della stessa legge, prevede espressamente che "le amministrazioni aggiudicatrici...esaminano le proposte stesse anche comparativamente...provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse" con ciò considerando una normale evenienza che in una procedura selettiva di finanza di progetto vengano individuati più progetti di pubblico interesse.

Ne consegue che, possedendo questa caratteristica anche la proposta dell'ATI Zoppi, l'annullamento della deliberazione giuntale n. 208 dd. 28.12.2006 ad opera della sentenza di questa Sezione 29.5.2008 n. 1160 comporta che essa, come unica proposta di pubblico interesse, debba essere considerata vincitrice della selezione avviata con l'avviso pubblico dd. 28.4.2006, che, fra l'altro, qualifica come promotori tutti i soggetti partecipanti, e il suo progetto preliminare debba essere avviato all'apposita conferenza di servizi, interessando l'intervento più amministrazioni.

Spetta ora al Collegio valutare gli effetti della sopravveniente deliberazione della Giunta comunale di Laigueglia n. 94 dd. 11.5.2009.

Essa, ponendosi come esecuzione della sentenza di questa Sezione n. 1160 dd. 20.5.2008 afferma che spetta ora al Comune valutare se sussista o meno l'interesse pubblico della proposta ATI Zoppi srl/Asti Servizi Pubblici spa, non potendosi esso ritenere automatico, dal momento che la Commissione Tecnica avrebbe individuato non meglio individuate "criticità" relativamente alla parte dell'intervento che interessa il parcheggio in via Andrea Doria, ritenuto "più impattante sotto il profilo urbanistico e ambientale, pur riconoscendo la valenza architettonica, che appare però poco adeguata al contesto".(si tratta del verbale n. 3 dd. 28.8.2006).

Di conseguenza sarebbe necessario acquisire documentazione che chiarisca come il promotore intenda risolvere tali problemi, aprendo al riguardo un apposito procedimento.

A tale preliminare adempimento è condizionato il proseguimento della valutazione della proposta.

Con l'occasione esso dovrà aggiornare anche il piano economico finanziario, ormai datato.

Il Collegio rileva come sia stata data, con il provvedimento in esame, una non corretta valutazione del progetto in discussione.

Come si è già avuto modo di osservare con il procedimento di selezione si sono comparativamente esaminati i due progetti, sottolineandone i rispettivi punti di forza e di debolezza, ma soltanto al fine di attribuire un maggiore o minor punteggio ad ogni singolo aspetto dell'uno o dell'altro, tenendo conclusivamente fermo, per decisione dell'amministrazione, che entrambi sono da considerarsi di interesse pubblico.

Non si spiegherebbe altrimenti perché non siano state richieste spiegazioni o documentazioni all'ATI Oliveri .

Ad esempio, sempre nel verbale della Commissione Tecnica n. 3 dd. 28.8.2006 si osserva che, per il medesimo intervento in via Andrea Doria, "la proposta dell'impresa di costruzioni geom Giuseppe Oliveri/1PRIMA srl. dal punto di vista dell'accessibilità e fruizione è meno funzionale, in particolare la criticità viene rilevata dall'utilizzo di un'unica rampa che distribuisca l'intera struttura".

Eppure questa "criticità" (ed è questo l'unico passo dei verbali in cui venga usato tale termine, e nei confronti del progetto dell'ATI Oliveri e non per quello dell'ATI Zoppi, come fa invece la deliberazione che si esamina) non ha condotto alla richiesta di nuova documentazione o all'apertura di un nuovo procedimento per verificare come il soggetto prescelto intenda superarla.

Altro esempio si ritrova nel verbale n. 5 dd. 4.12.2006 dove si nota che "minor vantaggio acquisisce l'ATI Impresa di costruzioni geom Giuseppe Oliveri/1PRIMA srl sulla progettazione dell'intervento in via Andrea Doria in quanto, seppur meno invasiva ed in minor impatto ambientale, presenta alcune problematiche in ragione dell'accessibilità e fruizione.

Nemmeno in questo caso, peraltro, è stato richiesto dal Comune all'ATI, prima di dichiararla vincitrice della selezione, di indicare in qualche modo come risolvere la riscontrata "problematicità" né è stato aperto alcun procedimento al riguardo.

Ne è riprova il fatto che prima la Commissione Tecnica (verbale n. 5) e poi la Giunta municipale nel provvedimento annullato dal TAR hanno disposto "raccomandazioni" (con un termine più adatto,

prescrizioni) all'ATI vincitrice, che concernono, per l'intervento in piazza San Matteo il rispetto della distanza minima dai binari della ferrovia, l'acquisto della proprietà del sedime ferroviario indicato dal verbale 3, l'assicurazione dell'accessibilità ai disabili al Centro Civico, anche con eventuale rampa, adempimenti evidentemente non previsti in progetto. Nemmeno in questo caso si è aperto un procedimento o richiesta documentazione integrativa.

Da queste considerazioni il Collegio non può che concludere che la deliberazione della Giunta municipale n. 94/2009, che si presenta come esecutiva della sentenza della Sezione, è in realtà palesemente diretta ad eludere l'esecuzione della sentenza predetta, differendo nel tempo e condizionando a futuri procedimenti e provvedimenti la nomina a promotore dell'ATI Zoppi srl/ Asti Servizi Pubblici spa, conseguente al riconoscimento dell'interesse pubblico del suo progetto preliminare di finanza di progetto, ai fini del suo successivo inoltro alla Conferenza dei Servizi.

Poiché in sede di esecuzione delle proprie sentenze non sospese questa Sezione esercita i poteri del giudice di ottemperanza, fra essi rientra quello di dichiarare la nullità degli atti palesemente elusivi dell'esecuzione stessa (v. da ultimo CDS V Sez. 17.3.2009 n. 1590), qual è la deliberazione della Giunta comunale di Laigueglia n. 94 dd. 11.5.2009.

Il ricorso va pertanto accolto nei termini di cui in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale della Liguria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo accoglie e, di conseguenza:

ordina al Sindaco del Comune di Laigueglia di riconvocare entro 10 (dieci) giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, con proprio provvedimento, la Giunta comunale affinché dichiari, nei successivi 10 (dieci) giorni l'ATI Zoppi srl/ Asti Servizi Pubblici spa quale soggetto promotore dell'intervento di finanza di progetto relativo ai parcheggi in via Andrea Doria e in piazza San Matteo e di inoltrare il suo progetto preliminare per l'ulteriore seguito del procedimento e ciò con validità fino alla formazione del giudicato sulla presente vicenda, in mancanza di che, senza ulteriore preavviso, provvederà, quale Commissario ad acta il Prefetto della Provincia di Savona o suo delegato nei successivi 10 (dieci) giorni.

dichiara la nullità, fino alla formazione del giudicato, della deliberazione della Giunta comunale di Laigueglia n. 94 dd. 11.5.2009.

Condanna il Comune intimato alla rifusione delle spese e competenze giudiziali, che liquida in € 4000 (quattromila) nei confronti della ricorrente. Qualora si rendesse necessario l'intervento del Commissario, andranno a lui corrisposti ulteriori € 3000 (tremila) a carico del Comune intimato.

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

Così deciso in Genova, in camera di consiglio, il 25 giugno 2009, con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Luca Morbelli, Primo Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/08/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO