

N. 01300/2009 REG.SEN.

N. 01418/2009 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**

Sul ricorso numero di registro generale 1418 del 2009, proposto da: Alfano Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Grazia Ingrosso, Maria Beatrice Miceli, prof. Giovanni Pitruzzella ed Enrico Soprano, con domicilio eletto presso l'avv. Ignazio Scuderi in Catania, via V. Giuffrida, 37;

***contro***

Comune di Messina in Persona del Sindaco P.T., non costituito in giudizio;

***avverso***

il silenzio-inadempimento serbato dal comune di Messina sulle istanze di diffida del 2 gennaio 2008 e 4 marzo 2008 (raccomandate a.r.) volte ad ottenere la stipula del contratto di concessione relativo alla procedura di project financing per la progettazione, costruzione e gestione dell'ampliamento dei cimiteri comunali.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25/06/2009 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 6.5.2009 e depositato il successivo 1.6.2009, parte ricorrente espone che il Comune di Messina nell'anno 2002 indiceva una procedura per la: progettazione, costruzione e gestione dell'ampliamento dei cimiteri comunali.

La ricorrente presentava proposta per la realizzazione di tale intervento, in data 27.5.2002.

L'amministrazione comunale, ritenendo la proposta dell'ATI Alfano di pubblico interesse, individuava la stessa quale soggetto promotore dell'intervento.

Nell'anno 2005 l'amministrazione comunale, indiceva, ai sensi dell'art. 37- quater della L. 109/94 e s.m.i., la licitazione privata, da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di individuare i due soggetti presentatori delle migliori offerte da mandare a procedura negoziata con il soggetto promotore.

Alla suddetta procedura di gara partecipava esclusivamente il Consorzio Emiliano Romagnolo fra Cooperative di Produzione e Lavoro.

La società Alfano, in qualità di mandataria della costituenda ATI, impugnava innanzi a questo TAR il provvedimento di ammissione del Consorzio alla procedura di gara.

Il TAR Catania, sez. IV con la sentenza n. 2426/2005, accoglieva il ricorso proposto dalla Alfano annullando per l'effetto gli atti impugnati.

Avverso detta sentenza proponeva appello innanzi al CGA il Consorzio CER.

In data 29/1/2007 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con la sentenza n. 19/2007 respingeva l'appello proposto dal Consorzio e confermava la sentenza di primo grado.

L'amministrazione Comunale, nonostante la conclusione del giudizio, non procedeva alla stipula della concessione in favore dell'ATI ricorrente.

Pertanto, l'ATI Alfano, con note del 2 gennaio e del 4 marzo 2008, sollecitava il Comune di Messina a provvedere ai dovuti adempimenti.

Ma il Comune non dava alcun riscontro.

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente, ritenendo il silenzio serbato dall'amministrazione comunale illegittimo e gravemente pregiudizievole per l'ATI ricorrente, chiede che questo Tribunale dichiari l'obbligo del Comune di concludere il procedimento stipulando il contratto di concessione con l'ATI ricorrente.

Il Comune non si è costituito in giudizio e, nella camera di consiglio del giorno 25/06/2009 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Preliminarmente giova precisare che, dalla documentazione prodotta in giudizio (sentenza n. 2426/2005 del TAR Catania, sez. IV e decisione n. 19/2007 del 29/1/2007 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ) si evince che la ricorrente presentava proposta, in data 27.5.2002, ex art. 37 bis della legge 11 febbraio 1994 n. 109 s.m.i. per la progettazione, costruzione e gestione dell'ampliamento dei cimiteri comunali.

L'amministrazione comunale, ritenendo la proposta dell'ATI Alfano di pubblico interesse, individuava la stessa quale soggetto promotore dell'intervento e conseguentemente indiceva, ai sensi dell'art. 37- quater della L. 109/94 e s.m.i., la licitazione privata, da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di individuare i due soggetti presentatori delle migliori offerte da mandare a procedura negoziata con il soggetto promotore.

Alla suddetta procedura di gara partecipava esclusivamente il Consorzio Emiliano Romagnolo fra Cooperative di Produzione e Lavoro.

La società Alfano, in qualità di mandataria della costituenda ATI, impugnava innanzi a questo TAR il provvedimento di ammissione del Consorzio alla procedura di gara.

Oggetto del contendere era la prequalificazione del C.E.R. Consorzio emiliano romagnolo fra le cooperative di produzione e lavoro nella licitazione privata indetta dal Comune di Messina, in relazione a proposta del soggetto promotore (ATI Alfano).

Come testualmente risulta dalla decisione del CGA, la prequalificazione in questione si inseriva in procedura di project financing, che, secondo il disposto normativo, è articolata in tre fasi:

- a) nella prima, l'Amministrazione provvede ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse;
- b) in una seconda fase provvede, mediante licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37 quater comma 1 lett. a), l. n. 109/1994;
- e) la terza fase consiste, infine, nella procedura negoziata tra promotore e soggetto individuato nella fase della gara.

Su ricorso dell'ATI Alfano, questo TAR (con sentenza confermata in appello, e sulla quale dunque risulta in carenza di prova contraria- sceso il giudicato) ha annullato l'ammissione a gara dell'unico richiedente, il C.E.R., per avere questi inoltrato la domanda con modalità diversa da quella imposta in bando (fax anziché raccomandata).

Così delineate le premesse di fatto, si osserva:

la procedura è stata regolata, *ratione temporis*, dalle disposizioni di cui all'art. 9 della L.R. 23/12/2000, rubricato " Finanza di progetto", il quale ha stabilito (per quanto qui rileva) che:

"1. Per l'attuazione della finanza di progetto si applicano gli articoli 37 bis, 37 ter, 37 quater, 37 quinquies, 37 sexies, 37 septies, 37 octies, 37 nonies della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni, nonché gli articoli 84, 85, 86, 87, 98 e 99 del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554.

"2. In ordine alle iniziative finanziate dagli accordi di programma quadro, dal POR e dagli altri strumenti di programmazione

negoziata per le quali si ricorra allo strumento della finanza di progetto non si applicano i termini di cui al comma 1 dell'articolo 37 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

"3. Le amministrazioni aggiudicatrici procedono agli adempimenti di cui all'articolo 37 ter della legge 11 febbraio 1994, n. 109, entro sessanta giorni dalla presentazione della proposta di cui all'articolo 37 bis della medesima legge.

"4. Le amministrazioni aggiudicatrici procedono agli adempimenti di cui all'articolo 37 quater della legge 11 febbraio 1994, n. 109, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 3.

"5. È abrogato l'articolo 42 ter della legge regionale 29 aprile 1985, n. 21, e successive modifiche ed integrazioni. Omissis".

A sua volta, gli artt. 37 bis, 37 ter e 37 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 hanno disciplinato un complesso procedimento di carattere sostanzialmente unitario, articolato in più fasi distinte:

a) in una prima fase, l'Amministrazione, previa valutazione favorevole degli elementi analiticamente indicati dall'art. 37-ter, provvede ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse;

b) in una seconda fase provvede, mediante licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37-quater comma 1 lett. a), della legge 109/1994;

c) mentre la terza fase consiste, infine, nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento della fase precedente.

Per quanto qui rileva, l'art. 37 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, modificato dall'articolo 7 della legge 1° agosto 2002, n. 166, ha previsto (tra l'altro) che "La proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara ed è garantita dalla cauzione".

La sostanziale unitarietà di tale iter è stata rilevata dalla giurisprudenza, nel senso che le norme sul project financing disciplinano la realizzazione di opere pubbliche su iniziativa del promotore secondo un procedimento complesso articolato in varie fasi, che trovano momento culminante nell'aggiudicazione della concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte selezionati mediante apposita gara, ovvero, nel caso in cui alla gara abbia partecipato un solo soggetto, fra quest'ultimo ed il promotore (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 03 maggio 2007 , n. 3893 Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6847, 10 febbraio 2004, n. 495, 5 settembre 2002, n. 4468).

Ma la giurisprudenza ha pure precisato che il 2° comma dell'art. 37 quater in caso di mancata presentazione di offerte prevede l'affidamento del servizio al promotore (la proposta è vincolante); infatti nella procedura negoziata partecipano insieme al promotore solo i due soggetti risultati vincitori della precedente fase della licitazione privata; il che significa che la procedura negoziata è una subfase eventuale che viene svolta solo nell'ipotesi in cui siano state presentate altre offerte (in termini, Consiglio di stato, sez. V, 05 ottobre 2005 , n. 5316).

Infatti, è stato precisato che, nell'ipotesi di accoglimento di ricorso giurisdizionale da parte del promotore, l'esclusione della ditta consente l'aggiudicazione alla ricorrente alle condizioni individuate a seguito della licitazione privata (T.A.R. Umbria Perugia, 21 agosto 2002, n. 645).

Va quindi concluso nel senso che effettivamente, come prospetta parte ricorrente, astrattamente l'annullamento dell'ammissione a gara dell'unica offerente comporterebbe l'applicazione del 2° comma dell'art. 37 quater.

Ciò premesso, il Collegio deve a questo punto correttamente qualificare la domanda del ricorrente, atteso che "la qualificazione della domanda giudiziale spetta al giudice il quale deve valutare complessivamente gli elementi che dalla stessa si evincono" (Consiglio Stato, sez. V, 8 settembre 1992, n. 776) e che "nell'indagine diretta all'individuazione e qualificazione della domanda giudiziale, il giudice di merito non è condizionato dalla formula adottata dalla parte, dovendo egli tener presente essenzialmente il contenuto sostanziale della pretesa, desumibile, oltre che dal tenore delle deduzioni svolte nell'atto introduttivo e nei successivi scritti difensivi, anche dallo scopo cui la parte mira con la sua richiesta (Cass. Civ., 28.08.2004 nr. 17250; 13 dicembre 2005, n. 27428; 20 ottobre 2005, n. 20322; 28 luglio 2005, n. 15802; 12 luglio 2005, n. 14573) ".

Alla luce di tale poter-dovere di qualificazione della domanda, ritiene il Collegio che il ricorso proposto sia finalizzato non già e non tanto all'accertamento della illegittimità del silenzio rifiuto dell'Amministrazione, quanto alla esecuzione del giudicato



amministrativo formatosi sulla sentenza n. 2426/2005 del TAR Catania, sez. IV (confermata dalla decisione n. 19/2007 del 29/1/2007 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana).

Infatti, il titolo alla stipula del contratto, chiesta dalla ricorrente nelle conclusioni dell'atto introduttivo, deriverebbe dall'annullamento degli atti della gara per effetto della sentenza di questo Tribunale n. 2426/2005 ed, a fronte di essa, l'obbligo di stipulare il contratto non rappresenta altro che un effetto diretto di conformazione.

Ciò alla luce della costante giurisprudenza secondo la quale, a fronte di una sentenza che ha annullato un procedimento di gara, basata sull'erronea applicazione dei criteri di selezione delle offerte, si pone per l'amministrazione l'obbligo del rinnovo della gara con inizio dal primo atto ritenuto illegittimo (per tutte Consiglio Stato , sez. IV, 26 settembre 2001 , n. 5066).

Ora, nello specifico caso in questione, dall'espulsione dell'unica concorrente deriva la declaratoria di gara deserta e quindi, ex lege, l'obbligo per l'Amm.ne di aggiudicare la gara al proponente.

Soccorre il principio secondo il quale l'annullamento giurisdizionale (dell'aggiudicazione a favore di altro soggetto ovvero, come nel caso in esame, l'ammissione di unica impresa) è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione. Pertanto, nel quadro della verifica della corretta conformazione della sentenza di annullamento da eseguire, il giudice dell'ottemperanza, per effetto dei suoi ampi poteri derivanti dall'esercizio della giurisdizione di merito, ha il potere di reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato

e, quindi, eventualmente nella sua posizione di aggiudicatario della gara (Consiglio Stato a. plen., 30 luglio 2008 , n. 9).

Si è in proposito chiarito che la sentenza di annullamento determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che rimangono salvi ai sensi dell'art. 26, della Legge n. 1034/1971; ove poi l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza, ovvero nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo - nell'esercizio della sua giurisdizione di merito - ben può sindacare in modo pieno e completo (e satisfattivo per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo (T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 28 novembre 2008 , n. 2067).

Pertanto, è in sede di tutela ripristinatoria, scaturente dagli effetti conformativi della sentenza di annullamento della gara (effetti se del caso eseguibili solo in sede di ottemperanza ), che la ditta ricorrente potrà chiedere la soddisfazione dei suoi interessi pretensivi mediante stipula del contratto ovvero, ma sempre in sede di ottemperanza , una tutela risarcitoria sussidiaria per equivalente.

Ciò posto, pur non essendo, in astratto, precluso il mutamento di rito e, quindi, la decisione del g.a., su un ricorso introdotto con il rito del silenzio, ma rivelatosi sostanzialmente di esecuzione del giudicato (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 29 marzo 2006 , n. 485), la

cui competenza, ai sensi dell'art. 37 ultimo comma l. 6 dicembre 1971 n. 1034 , spetterebbe a questo Tribunale amministrativo regionale, essendo stata la decisione confermata in appello, occorre, tuttavia, rilevare che, nel caso in esame, non risulta rispettato il preventivo onere di diffida a provvedere rivolto all'amministrazione inadempiente, avendo la ricorrente inoltrato due raccomandate, prodotte in giudizio.

Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito che "l'atto di diffida e messa in mora previsto dall'art. 90, r.d. 17 agosto 1907 n. 642, recante il regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, non è una mera intimazione ad adempiere e non può essere surrogato da un atto di precetto o da una raccomandata, essendo invece un atto preparatorio dell'intera procedura di ottemperanza con la specifica funzione di informare l'amministrazione del proposito del diffidante di proporre ricorso per ottemperanza e consentire quindi l'esecuzione spontanea, evitando l'intervento del giudice e tutelando così sia l'interesse di chi ha avuto una sentenza favorevole ad evitare l'instaurazione di un nuovo giudizio, sia quello dell'amministrazione ad evitare un'ulteriore soccombenza, sia quello generale alla deflazione del contenzioso (in termini, T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 03 febbraio 2009 , n. 93)".

Ne consegue, per un verso l'impossibilità di convertire il presente gravame in ricorso per ottemperanza, e per altro verso l'inammissibilità del gravame medesimo siccome rivolto all'annullamento del silenzio dell'Amministrazione, e ciò a prescindere dal non meno pregnante problema dell'accertamento in

concreto del decorso, o meno, del termine annuale (dalla scadenza del termine di definizione del procedimento di che trattasi) prescritto dall'art. 2, comma 5°, della L. 7 agosto 1990 n. 241 (sostituito dall'art. 3, comma 6-bis, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in L. 14 maggio 2005 n. 80), come recepito in Sicilia con l'art. 2 comma 3 della L.r. n. 10/1991 (salva comunque la possibilità per l'interessato di presentare nuovamente l'istanza laddove ne ricorrano i presupposti).

Nulla per le spese, in carenza di costituzione dell'Amm.ne.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia - sezione staccata di Catania (Sez.III), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara inammissibile.

Nulla per le spese .

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 25/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Giovanni Milana, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/07/2009

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

IL SEGRETARIO