

N. 02203/2009 REG.SEN.

N. 03220/2008 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 3220 del 2008, proposto da:
Co.Ed.I.L. Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Mingiardi,
con domicilio eletto presso lo stesso avv. Giuseppe Mingiardi in
Catania, via G. D'Annunzio, 39/A;

contro

Autorita' Portuale di Catania, rappresentata e difesa dall'avv. Rosario
Torrise Rigano, con domicilio eletto presso l'avv. Rosario Torrise
Rigano in Catania, via C. Finocchiaro Aprile N. 140;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'avviso di gara indetta dall'Autorità Portuale di Catania –
pubblicato in G.U.R.I. parte V n. 238 del 12/11/08- da esperirsi
mediante procedura aperta ai sensi degli artt. 28 e 91 D.Lgs. n.
163/2006 e

s.m.i., per l'affidamento del servizio di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, del coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione, relativi ai lavori di ristrutturazione, manutenzione ordinaria e straordinaria, costruzione, ampliamento e gestione integrata degli impianti idrici, comprendente anche la distribuzione e la fornitura di acqua in ambito portuale, con importo a base d'asta di E 145.750,19, da esperirsi in data 12/12/2008; nonché degli atti presupposti, connessi e conseguenti, tra i quali il provvedimento con il quale è stata indetta la gara de qua;

nonché avverso il silenzio inadempimento

formatosi sulla proposta di project financing avente ad oggetto: «realizzazione, mediante il ricorso al Project Financing, del progetto inserito nel Piano Triennale delle OO.PP. 2006/2008 con codice identificativo n. 220001A021599190600017 ed avente come oggetto: "Ristrutturazione, manutenzione ordinaria e straordinaria, costruzione, ampliamento e gestione integrata degli impianti idrici, comprendente anche la distribuzione e la fornitura di acqua in ambito portuale " secondo le procedure previste dall'art. 37 bis e seguenti della L. 109/94 e succ. mod. ed integrazioni, nel testo vigente in Sicilia».

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' Portuale di Catania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10/11/2009 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 la ricorrente avversa l'Avviso di Gara, pubblicato in G.U. il 12/11/2008, da esperirsi mediante procedura aperta ai sensi degli artt. 28 e 91 D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., per l'affidamento del servizio di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, del coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione, relativi ai lavori di ristrutturazione, manutenzione ordinaria e straordinaria, costruzione, ampliamento e gestione integrata degli impianti idrici, comprendente anche la distribuzione e la fornitura di acqua in ambito portuale, lamentandone l'illegittimità per non avere l'Amm.ne dato corso ad una propria proposta di Finanza di Progetto, presentata in data 29/12/2006; il comportamento inerte dell'Autorità Portuale su detta proposta concretizzerebbe il vizio di "silenzio – inadempimento" che inficerebbe l'attività procedimentale impugnata .

L'Amm.ne si è costituita in giudizio eccependo l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso.

Sotto un primo profilo, ricordato che il previgente testo dell'art. 154 del D.L.vo. n. 163/2006 assegnava alle P.A. lo "spatium deliberandi" di 4 mesi, decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta proponente, per definire esplicitamente ogni divisamento su tale proposta, e che la proposta della CO.ED.IL. è

stata presentata il 29/12/2006, il termine sarebbe spirato entro il mese di Aprile 2007 conformandosi, in caso di inattività, il cd. "vizio di silenzio – inadempimento".

A mente della disciplina posta dall'art. 3, co. 6 bis, della L. n. 80/2005 (che ha modificato l'art. 2, comma 5°, della L. n. 241/1990) nei confronti del silenzio-inadempimento l'impugnazione può essere proposta (senza necessità di previa diffida) nel termine di un anno decorrente dalla scadenza dei suddetti termini: pertanto, i termini per l'impugnazione di tale silenzio sarebbero scaduti nel mese di Aprile 2008.

Sotto un secondo profilo, l'Amm.ne eccepisce che l'Avviso di Gara pubblicato dalla P.A. sulla G.U. del 12/11/2008 è successivo all'entrata in vigore delle disposizioni dettate dal D. L.vo 11/9/2008 n. 152 (G.U. 02/10/2008) che hanno radicalmente modificato la precedente normativa caladata dal citato art 153 del D.L.vo n. 163/06 che è stato, conseguentemente, abrogato esplicitamente; quindi, nessun nesso o collegamento vi sarebbe tra l'Avviso di Gara pubblicato dall'Autorità Portuale di Catania e la disciplina previgente all'intervenuta modifica legislativa.

Con Ordinanza n. 38 del 14/01/09 è stata rigettata la domanda cautelare.

La pronuncia è stata riformata dal C.G.A.R.S.

Le parti hanno ulteriormente prodotto memorie e documenti ed insistito, anche in sede di discussione, sulle rispettive deduzioni ed eccezioni.

Infine, all'Udienza del 10.11.2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il collegio prende in esame la preliminare eccezione di tardività formulata nelle difese dell'Amm.ne resistente e ravvisa la correttezza della ricostruzione operata dall'Amm.ne.

Occorre ricordare che in Sicilia la procedura è stata regolata, anteriormente alla data di entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, 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.

Pertanto, le norme sul project financing disciplinano la realizzazione di opere pubbliche su iniziativa del promotore secondo un procedimento complesso articolato in varie fasi, ognuna delle quali è legata ad una precisa tempistica.

Vengono qui in rilievo le disposizioni di cui agli artt. 153 e 154 del cd. codice degli appalti, nel testo vigente anteriormente alle modifiche introdotte (successivamente alla presentazione della proposta da parte del ricorrente) dall'articolo 1 del D.Lgs. 31 luglio 2007 n. 113 ed alla successiva sostituzione dell'art.153 dall'articolo 1, comma 1, lettera ee), del D.Lgs. 11 settembre 2008 , n. 152. Nel

testo precedentemente in vigore, l'art. 153 del D.Lvo 12/04/2006 n. 163 ha previsto, per quanto qui rileva, che entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento ed alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione. L'art. 154 (successivamente abrogato dall'articolo 1, comma 1, lettera ff), del D.Lgs. 11 settembre 2008 , n. 152) ha poi previsto che le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate (sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione), verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione.

Come si vede, sono stati previsti termini ben precisi : quindici giorni dalla ricezione della proposta, per la nomina e comunicazione al

promotore del responsabile del procedimento ed alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione; 4 mesi (salvo accordo scritto per un più lungo termine) per la valutazione di fattibilità ed esame delle proposte.

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, pur formalmente richiamato nell'oggetto del ricorso, quanto all'annullamento del bando di gara, la cui illegittimità sarebbe dovuta ad un unico motivo: il silenzio-inadempimento serbato sulla proposta del ricorrente, che avrebbe dovuto essere esitata preliminarmente all'avvio di qualunque altra procedura.

In ogni caso, anche a ritenere il ricorso rivolto all'annullamento del citato bando e , congiuntamente, all'annullamento del silenzio inadempimento, la conclusione, come si vedrà infra, non cambia.

Ai sensi dell'art. 2, quinto comma, della legge 241/1990 (nel testo risultante dall'art. 3, comma 6-bis, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con L. 14 maggio 2005, n. 80), decorsi i termini fissati per la conclusione dei procedimenti, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione può essere proposto anche senza necessità di diffida, "fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 e 3 ... E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti".

La giurisprudenza formatasi successivamente all'entrata in vigore della richiamata disposizione ha avuto modo di chiarire che il suddetto termine di un anno non costituisce un vero e proprio termine di decadenza, regolato dagli articoli 2964 e ss. cod. civ., ma una mera presunzione legale assoluta, avente ad oggetto la persistenza dell'interesse ad agire in giudizio per il rilascio del provvedimento richiesto, nonostante il decorso di un notevole lasso di tempo dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per la conclusione del procedimento. Infatti, mentre nei casi di decadenza l'inerzia del titolare della situazione giuridica soggettiva è sanzionata dal legislatore con la perdita della situazione giuridica soggettiva stessa, nella fattispecie in esame l'inerzia dell'interessato non preclude, per espressa previsione di legge, la possibilità di proporre nuovamente l'istanza laddove ne ricorrano i presupposti

(T.A.R. Palermo, Sez. III, n. 1209 del 8.7.2009 e giurisprudenza ivi richiamata : T.A.R. Campania, Napoli, IV, 06 giugno 2006, n. 6747). Ebbene, il D.L.vo n. 163/06, con specifico riferimento alla procedura in questione, non contiene norme speciali circa la tutela giurisdizionale avverso l'inerzia dell'Amm.ne sulla proposta del privato promotore.

In proposito, il Collegio ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, allorché il legislatore non si esprima in materia di tutela giurisdizionale avverso il silenzio, trovano applicazione le disposizioni d'ordine generale vigenti in materia, ossia l'art. 2 della L. n. 241 del 1990 e successive modificazioni, incluso il termine decadenziale dell'azione di un anno, nella permanenza del silenzio, dalla scadenza per provvedere (cfr. T.A.R. Lazio, Roma II, 02/4/2008, n. 2821).

Il termine dalla scadenza per provvedere, nel caso specifico del project financing, è quello specificatamente stabilito dalla disciplina di settore, e sopra richiamato (15 giorni – 4 mesi); che, come detto, risultava abbondantemente decorso da ben oltre un anno, alla data di proposizione del ricorso.

Pertanto, il ricorso è, con riferimento alla impugnazione del silenzio serbato dall'Amm.ne, inammissibile per tardività, essendo ampiamente spirato il termine decadenziale decorrente dalla scadenza del termine assegnato legislativamente all'Amm.ne per provvedere sulla proposta del ricorrente.

A non diversa conclusione si perverrebbe ove si intendesse, secondo la non condivisibile tesi del ricorrente, sganciare la procedura in questione dalla generale disciplina sul silenzio, perché,

anche a qualificare il comportamento inerte come mero inadempimento, allora troverebbe applicazione l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, pur in vigore della nuova disciplina introdotta dalla L. 7 agosto 1990 n. 241, il soggetto che intenda reagire contro l'inerzia della p.a. ha l'onere di seguire le formalità previste dall'art. 25, t.u. imp. civ. St. (d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3), per cui il ricorso giurisdizionale contro l'inerzia dell'amministrazione potrà essere proposto solo se l'interessato (dopo la presentazione dell'eventuale istanza) avrà adempiuto l'onere di notificare, con le forme previste per gli atti giudiziari, un'apposita diffida a provvedere entro un congruo termine, comunque non inferiore a trenta giorni, non essendo ammissibile l'immediata impugnazione del silenzio conseguente alla mancata risposta all'istanza formulata dal privato se non si sia fatto ritualmente constatare l'inadempimento mediante una formale diffida (Consiglio Stato, sez. V, 11 novembre 2004, n. 7331; Consiglio Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5182 e 26 luglio 2004, n. 5316).

Dunque, in ogni caso il silenzio serbato dall'Amm.ne sulla proposta del ricorrente risulta inoppugnabile.

Ciò posto, ne consegue l'infondatezza del ricorso.

In analoga fattispecie, il Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza del 10 maggio 2007, n. 2246 ha avuto occasione di chiarire la infondatezza dell'impugnazione di una procedura di gara da parte del promotore finanziario che non abbia tempestivamente reagito nei confronti degli sviluppi allo stesso sfavorevoli, non sollecitando la conclusione dell'iter del project financing.

Al riguardo, si è ritenuto che l'obbligo di una adeguata motivazione, o meglio giustificazione circa la scelta di una determinata procedura, deve essere relativizzato nel contesto dell'azione amministrativa nella quale la società interessata, in quanto promotrice di una precedente proposta, ha visto sfumare il vantaggio iniziale a seguito di un comportamento dell'Amm.ne rispetto al quale sia rimasta indifferente, ovvero "inerte", ove la procedura di project financing non abbia avuto alcun seguito.

Anche nel caso in esame, risulta infondato il ricorso volto a contestare la scelta dell'Amm.ne di bandire la gara d'appalto, affidato all'unico motivo di illegittimità del silenzio sulla proposta di project financing, una volta sancita la inoppugnabilità del silenzio stesso.

Il ricorso va, pertanto, respinto.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati, avuto riguardo all'esito della fase cautelare.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10/11/2009 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 22/12/2009

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

IL SEGRETARIO