



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2482 del 2003, proposto da:
Lumina Srl, in persona del legale rapp.te pro-tempore, rappresentato e difeso dagli
avv. Antonino Mirone e Francesco Fichera, con domicilio eletto presso il primo in
Catania, via Vecchia Ognina, 142/B;

contro

Comune di Pozzallo (Rg), in persona del Sindaco legale rappresentante *pro-tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Terranova, con domicilio eletto presso
Michele Spataro in Catania, viale Africa, 46;

nei confronti di

Soc. Marinara, in persona del legale rapp.te pro-tempore, rappresentato e difeso
dall'avv. Concetto Falla, con domicilio eletto presso Adolfo La Delfa in Catania,
via G. Carnazza, 27;

Soc.Operaia e Soc. Carrettieri & Contadini, in persona dei legali rapp.ti pro-
tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Enzo Galazzo, con domicilio eletto presso
Pietro Paterniti La Via in Catania, viale XX Settembre, 19;

per l'annullamento

della nota prot. n. 8267 del 04/04/2003, nonché per la declaratoria di inadempimento dell'amministrazione intimata con riguardo alla concessione in regime di privativa del servizio di illuminazione votiva.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pozzallo (Rg), della Soc. Marinara, della Soc. Operaia e della Soc. Carrettieri & Contadini;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2012 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 01/07/2003, e depositato presso gli uffici di segreteria del giudice adito il 03/07/2003, la società Lumina s.r.l. contestava l'operato del Comune di Pozzallo al fine di veder riconosciuto il proprio diritto a gestire in regime di privativa il servizio relativo alla illuminazione votiva presso il locale cimitero, in esito a procedura di affidamento gestita dall'ente locale evocato in giudizio e conclusasi con la adozione di apposita convenzione per lo svolgimento del relativo servizio stipulata fra il legale rappresentante della ditta Lumina s.r.l. e da soggetto operante per conto ed in rappresentanza del Comune di Pozzallo in data 30/01/2003.

Accadeva tuttavia che, posteriormente all'adozione della precitata convenzione, tre diverse società operanti all'interno della medesimo cimitero per i servizi relativi alla gestione - in forma associata - della attività di manutenzione e cura dei plurimi

sepolcri ubicati all'interno di uno stesso edificio, fossero dal Comune di Pozzallo - con la nota del Dirigente dell'U.T.E. prot. n. 8267 del 04/04/2003, fatta specificatamente oggetto d'impugnativa con il ricorso in epigrafe - ritenute estranee alla privativa stabilita dall'ente locale in favore della ditta Lumina s.r.l. Più in particolare ciascuno di tali tre diversi soggetti, individuati nelle distinte società Operaia, Marinara M. S. e Carrettieri e Contadini, ribadiva la propria estraneità al concesso diritto di gestione in regime di privativa a seguito di atti autorizzativi specificamente adottati dal Comune di Pozzallo (in ispecie: la concessione edilizia del 20/09/1999) in data anteriore al sopravvenire dell'atto con il quale esso era stato conferito.

La ditta Lumina s.r.l., dal canto proprio, avversava una simile tesi, all'interno dell'atto introduttivo del giudizio evidenziando all'opposto la radicale eterogeneità fra il provvedimento di concessione edilizia adottato in data 20/09/1999 e quello di affidamento in concessione in regime di privativa - a seguito di convenzione del 30/01/2003 - del servizio d'illuminazione votiva presso il locale cimitero; ed argumentava vieppiù - peraltro accentuando la critica alla condotta dell'amministrazione intimata, piuttosto che mediante una più specifica proposizione di ulteriori motivi di ricorso - con ricorso per motivi aggiunti notificato il 22/10/2003, e depositato presso gli uffici di segreteria del giudice adito in data 28/10/2003.

A tutela delle ragioni dell'ente locale convenuto in giudizio sopravveniva, con atto depositato presso la segreteria del giudice adito il 30/10/2003, la costituzione dello stesso, con proposizione, all'interno del medesimo atto, di plurime confutazioni alle tesi attoree con particolare riguardo alla giurisdizione del giudice adito, alla natura di servizio pubblico del servizio di illuminazione votiva, alla (il)legittimità della previsione di un diritto di privativa all'interno della convenzione del 30/01/2003, alla ricevibilità ed ammissibilità del proposto ricorso, nonché alla

configurabilità di una acquiescenza ad una originaria limitazione quantitativa del diritto di privativa concesso. In pari data si costituivano altresì in giudizio i tre soggetti controinteressati prima menzionati, proponendo eccezioni relative alla propria corretta evocazione in giudizio, alla giurisdizione del giudice adito, alla natura di servizio pubblico del servizio di illuminazione votiva – anche in relazione alla competenza esercitata da organi comunali in quell’ambito -, alla configurabilità di una acquiescenza ad una originaria limitazione quantitativa del diritto di privativa concesso.

Alla pubblica udienza del 4.07.2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, ai fini del presente giudizio, ritiene di dover incentrare inizialmente il proprio esame sulla questione, controversa fra le parti in lite, circa la natura di servizio pubblico del servizio di illuminazione votiva, stante le plurime ricadute che la sua esatta individuazione può produrre, sia in punto di individuazione della disciplina applicabile nei rapporti fra soggetto ricorrente, controinteressati ed amministrazione intimata, sia in relazione alla sussistenza o meno della giurisdizione in capo al giudice adito.

Nella giurisprudenza amministrativa sembra ormai essere prevalente l’indirizzo che riconosce natura di servizio pubblico al servizio d’illuminazione votiva, differenziandolo nettamente dall’ipotesi di concessione e gestione di opera pubblica (ex plurimis Consiglio di Stato, sez. V, sent. 29 marzo 2010, n. 1790, lì affermandosi espressamente che il servizio di illuminazione votiva costituisce “concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica”; ed ancora, in senso analogo, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 11 agosto 2010, n. 5620 e Consiglio di Stato, sez. V, sent. 14 aprile 2008, n. 1600). Ritenendo di dovere aderire ad una tale ricostruzione, il Collegio afferma dunque la natura di servizio pubblico dell’attività affidata alla ditta LUMINA s.r.l. in base a convenzione del 30/01/2003, stipulata

in esito allo svolgimento di una procedura di selezione fra gli aspiranti affidatari del servizio nell'ambito di una operazione di projecting financing ante litteram avviata dal Comune di Pozzallo in base all'art. 42 ter della legge regionale n. 21/1985.

Ciò premesso, deve in punto di giurisdizione ritenersi che le eccezioni prospettate dai soggetti controinteressati e dall'amministrazione intimata con riguardo all'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, nel testo vigente dopo le modificazioni ad esso apportate dalla legge n. 205/2000, debbano essere oggi valutate con riguardo al testo del vigente comma primo, lettera c), dell'art. 133 del CPA, alla cui stregua sussiste giurisdizione esclusiva dello stesso con riguardo a controversie relative alla "concessione di pubblici servizi". Ed allora, poiché la clausola di esclusiva conseguente all'affidamento del servizio di illuminazione votiva in regime di privativa, intorno al cui valore giuridico ruota l'intera controversia, altro non rappresenta che la perimetrazione della già avvenuta "concessione" di un pubblico servizio, anche l'atto pel cui tramite se ne è segnalata l'estensione – ovvero il provvedimento del Dirigente dell'U.T.E. del comune di Pozzallo prot. n. 8267 del 04/04/2003 -, a prescindere da quale possa essere la consistenza della posizione giuridica soggettiva di quanti da esso interessati, rientrerà a pieno titolo entro la giurisdizione (esclusiva, per l'appunto) del G.A., e quindi di questo Tribunale.

Ritenuta quindi la propria giurisdizione, il Collegio passa ora all'esame delle eccezioni in rito proposte dall'amministrazione intimata e dai controinteressati, a cominciare da quella di irricevibilità del ricorso.

L'amministrazione intimata, a riprova della dedotta tardività del proposto ricorso, produce in allegato alle proprie difese copia di due distinti atti, e segnatamente del provvedimento del Dirigente dell'U.T.E. del Comune di Pozzallo prot. n. 8267 del 04/04/2003, e di domanda di accesso agli atti del soggetto ricorrente del 10/04/2003. Dall'esame di tali due documenti appare evidente come la conoscenza della nota prot. n. 8267 non possa in alcun modo essere successiva al

10/04/2003, giacchè il contenuto della formulata richiesta di ostensione viene interamente mutuato dal secondo paragrafo del primo fra i due atti menzionati. Ritiene pertanto il Collegio che una tale circostanza ben possa svolgere il ruolo di “indizio su cui fondare la prova presuntiva della piena conoscenza” (in termini, Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 1 febbraio 2010, n. 413), determinando consequenzialmente la irricevibilità per tardività del ricorso che ha dato vita al presente giudizio.

Ritiene dunque il Collegio che l'amministrazione intimata, così facendo, abbia ottemperato all'onere probatorio a proprio carico col rigore richiesto dalla prevalente giurisprudenza amministrativa (ex plurimis e più di recente, T.A.R. Lazio, sez. III-bis, sent. 9 febbraio 2012, n. 1298, e T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, sent. 5 giugno 2012, n. 996), giustificando pertanto una dichiarazione di irricevibilità per tardività del proposto ricorso a norma della lettera c), primo comma, dell'art. 35 CPA., essendo lo stesso stato proposto - considerando quale terminus a quo la data del 10/04/2003 - oltre il termine massimo di giorni 60 previsto dall'allora in vigore art. 21 della legge n. 1034/1971.

E tuttavia si rende necessaria un'ulteriore puntualizzazione.

Con l'atto introduttivo del giudizio il soggetto ricorrente chiede al giudice adito, oltre che una sentenza costitutiva di annullamento, una pronuncia che accerti “il diritto di esercitare in via esclusiva il pubblico servizio di illuminazione votiva” in capo alla società LUMINA s.r.l. Si potrebbe allora pensare che il termine decadenziale la cui violazione determina la presente pronuncia di irricevibilità sia male invocato nell'ambito di un giudizio che, per espressa deduzione di parte attrice, riguarda un “inadempimento del Comune”, e dunque le vicende di un rapporto paritetico fra il soggetto ricorrente ed il Comune di Pozzallo, ed in relazione al quale, per il suo rientrare all'interno della giurisdizione esclusiva del

G.A., a rilevare sarebbero soltanto i più lunghi termini prescrizionali, piuttosto che i più ristretti termini decadenziali.

Tuttavia il Collegio ha già manifestato il proprio convincimento circa la natura accessiva del provvedimento impugnato con il ricorso in epigrafe, rispetto ad un atto – la convenzione del 30/04/2003 – espressione di poteri di poteri senza alcun dubbio autoritativi, quali quelli relativi alla corretta individuazione dell'ambito del servizio pubblico che ha costituito oggetto del conferimento e della disciplina cristallizzata nella citata convenzione; operando quindi, nell'ambito della controversia in esame, i più rigorosi termini previsti dall(o allora in vigore)'art. 21 della legge n. 1034/1971, a tutela della stabilità delle situazioni di diritto pubblico (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 18 giugno 2002, n. 3338), con consequenziale conferma della irricevibilità per tardività del ricorso proposto da parte attrice.

La dichiarazione d'irricevibilità per tardività del ricorso principale nuoce altresì all(a possibilità di)'accoglimento della domanda di risarcimento del danno (ulteriormente) proposta all'interno del ricorso per motivi aggiunti depositato presso gli uffici di segreteria del giudice adito in data 25 ottobre 2003. A tal riguardo il Collegio, uniformandosi all'indirizzo espresso dalla prevalente giurisprudenza amministrativa [la quale, dove afferma che "Ai fini dell'ammissibilità della domanda risarcitoria conseguente all'annullamento di un provvedimento non è sufficiente, almeno nel settore di cui si sta trattando, il solo annullamento dell'atto amministrativo, ma occorre la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa, come richiesto dallo schema di responsabilità configurato dal citato art. 2043 c.c. "(Cons. Stato Sez. IV 29 settembre 2005 n.5204), implicitamente configura l'accertamento della illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato come un elemento *indefettibile* della responsabilità patrimoniale della P.A.], pur ritenendo ormai venuta meno la cd. pregiudiziale

amministrativa, ritiene egualmente rilevante – secondo il diritto sostanziale, piuttosto che secondo quello processuale – l'accertamento della esistenza di un provvedimento illegittimo imputabile alla P.A. quale “fatto” antiggiuridico da cui farne derivare la responsabilità patrimoniale ex art. 2043 C.C. Nel caso di specie, dunque, la impossibilità per il giudice adito di accertare la legittimità/illegittimità del provvedimento contestato determina la pedissequa impossibilità di pronunciare su di una ipotesi di responsabilità patrimoniale, rispetto alla quale la eventuale illegittimità del provvedimento costituisce un elemento costitutivo della relativa fattispecie.

In considerazione del lungo tempo intercorso tra l'inizio del presente giudizio e la sua definizione, per altro solo in rito, il Collegio ritiene sussistano giustificate ragioni per disporre la integrale compensazione delle spese processuali fra le parti in lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale – sezione staccata di Catania (Sezione Seconda) dichiara irricevibile per tardività il ricorso in epigrafe e rigetta altresì nel merito la domanda di risarcimento del danno proposta all'interno del ricorso per motivi aggiunti, secondo quanto meglio precisato in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Giovanni Milana, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/08/2012

IL SEGRETARIO

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