



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1730 del 2012, proposto dalla Azienda di Servizi alla Persona Casa di Riposo Vittorio Emanuele II, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Vernola, con domicilio eletto in Bari, via Dante, 97;

contro

Comune di Trani, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo F. Ingravalle, con domicilio eletto in Bari, piazza Garibaldi, 63;
Regione Puglia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- del bando di procedura aperta n. 06/2012 del Comune di Trani relativo all'Appalto integrato per la progettazione esecutiva ed esecuzione lavori di adeguamento di parte della Casa di Riposo "Vittorio Emanuele II" da adibire a "Centro Socio-Educativo Diurno per Minori" pubblicato all'Albo Pretorio e solo sul sito informatico del Comune di Trani in data 27 settembre 2012, nonché del disciplinare e del capitolato di gara, e della determinazione a contrattare della 4^a Rip. del Comune di Trani n. 55 del 9 febbraio 2012, con cui è stato indetto il suddetto appalto dal contenuto non conosciuto e mai comunicata alla ricorrente;

- e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ancorché non conosciuto, ed in particolare di tutti gli atti della procedura di gara, compresi i verbali della Commissione, gli eventuali provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, ed il contratto di appalto ove stipulato nelle more;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trani;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2013 per le parti i difensori avv.ti Massimo Vernola e Massimo F. Ingravalle;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con bando n. 6/2012 il Comune di Trani indiceva una procedura aperta di appalto integrato per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento di parte della Casa di Riposo Vittorio Emanuele II.

L'odierna ricorrente Azienda di Servizi alla Persona Casa di Riposo "Vittorio Emanuele II" (ASP) impugnava il bando, il disciplinare, il capitolato di gara e la determinazione a contrarre con cui era stato indetto l'appalto, sul presupposto di essere proprietario e possessore dell'immobile per cui è causa e di svolgere la propria attività di Ente assistenziale in favore degli anziani nella suddetta struttura dove è allocata la casa di riposo oggetto dell'intervento di ristrutturazione.

Deduceva censure così sinteticamente riassumibili:

1) eccesso di potere; difetto assoluto dei presupposti; difetto di motivazione; ingiustizia manifesta; violazione del principio del giusto procedimento; sviamento di potere; violazione di legge (art. 10 dlgs n. 163/2006 e art. 106 d.p.r. n. 207/2010): il Comune di Trani avrebbe indetto la procedura di gara in esame sull'erroneo presupposto di avere la proprietà e la disponibilità dell'immobile *de quo*; viceversa, l'immobile sarebbe di proprietà dell'Ente Casa di Riposo Vittorio Emanuele II in forza della deliberazione podestarile n. 179/1923; detto Ente (l'attuale ASP) da oltre un secolo eserciterebbe in detto immobile l'attività di assistenza in favore degli anziani bisognosi ed indigenti residenti nel Comune di Trani; inoltre, l'Istituto avrebbe posseduto il bene a tempo indeterminato al punto che opererebbe in suo favore il meccanismo dell' "immemorabile"; risulterebbe, altresì, violata la normativa in materia di appalti pubblici (in particolare gli artt. 10 dlgs n. 163/2006 e 106 d.p.r. n. 207/2010) in forza della quale sull'Amministrazione precedente grava l'onere di accertarsi della disponibilità del bene prima di avviare un appalto;

2) eccesso di potere; carenza di istruttoria; difetto dei presupposti; violazione di legge (art. 66 dlgs n. 163/2006); violazione del giusto procedimento: il bando non risulterebbe pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, bensì unicamente sull'albo pretorio e sul sito Internet del Comune e quindi in violazione dell'art. 66 dlgs n. 163/2006.

Si costituiva l'Amministrazione comunale, resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso sia infondato.

Preliminarmente, va disattesa l'eccezione, formulata dalla difesa comunale, di tardività del ricorso (notificato in data 26.11.2012).

Invero, pur essendo stato il gravato bando divulgato sull'albo pretorio a partire dal 27.9.2012 sino all'11.10.2012, la pubblicazione su detto albo non rende operativa la speciale ed eccezionale (non suscettibile di estensione analitica) previsione normativa di cui all'art. 120, comma 5 cod. proc. amm. ("Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, ..., per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. ...) la quale fa espresso riferimento alle ipotesi di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale attraverso il richiamo dell'art. 66, comma 8 dlgs n. 163/2006.

Nel caso di specie non vi è stata, infatti, alcuna pubblicità della procedura di gara in Gazzetta Ufficiale, venendo in rilievo un appalto sottosoglia (di importo inferiore ad €. 500.000,00) *ex art.* 122, comma 5 dlgs n. 163/2006 (per il quale è sufficiente la pubblicazione del bando nell'albo pretorio).

Poiché il Comune di Trani ha pubblicato il bando solo sull'albo pretorio del Comune e non sulla Gazzetta Ufficiale, il ricorso deve ritenersi tempestivo per effetto del mancato decorso del termine decadenziale.

Pertanto, affinché possa iniziare a decorrere il termine per impugnare, il provvedimento deve essere notificato o comunicato direttamente al soggetto interessato, cosa che non risulta essere avvenuta nel caso di specie.

Né la parte processuale (Amministrazione comunale) che ha formulato l'eccezione (e su cui gravava, conseguentemente, il relativo onere probatorio) ha fornito prova della tardività del ricorso rispetto al momento della "conoscenza" dell'atto impugnato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 giugno 2013, n. 3101: "In base agli ordinari criteri di riparto dell'onere della prova, *ex art. 2697 cod. civ.*, la dimostrazione della tardività del ricorso e, quindi, della pregressa piena conoscenza degli elementi essenziali dell'atto in capo al destinatario, deve essere fornita da chi eccepisce la tardività dell'impugnazione ...").

Inoltre, deve escludersi che si sia verificato un sopravvenuto difetto di interesse ovvero una cessazione della materia del contendere, nonostante il finanziamento regionale sia stato revocato con determinazione dirigenziale regionale n. 40 del 7.2.2013.

Seppure la difesa del Comune afferma di non poter più realizzare i lavori e dare corso alle operazioni di gara (cfr. memoria depositata in data 6 maggio 2013) a causa della revoca del finanziamento regionale, non risulta, infatti, che gli atti di gara siano stati ritirati dall'Amministrazione comunale.

Nel merito, va evidenziato come dalla documentazione in atti (cfr. planimetrie di cui all'allegato *sub* 10 della produzione di parte resistente del 7.1.2013) emerga la non inerenza delle opere di cui al censurato bando di gara ai vani della struttura adibiti a casa di riposo ed a sede dell'ASP, riguardando altri locali non utilizzati.

In ogni caso, dalla documentazione in atti risulta che l'immobile per cui è causa è di proprietà del Comune (il quale legittimamente poteva decidere di effettuare lavori di ristrutturazione).

Infatti, la deliberazione podestarile n. 179/1928 (invocata da parte ricorrente) contiene una mera manifestazione di volontà di cedere in futuro l'ex convento dei Cappuccini in favore del "Ricovero di Mendicità Vittorio Emanuele II" (poi ASP) mai concretizzatasi in un successivo atto notarile di cessione (*i.e.* "rogito che dovrà perfezionare la cessione" di cui si fa espressa menzione a pag. 2 della suddetta deliberazione).

Ne deriva che la proprietà dell'immobile è rimasta del Comune di Trani (sul punto questo Collegio ritiene di effettuare un accertamento incidentale ai sensi dell'art. 8, comma 1 cod. proc. amm.).

Inoltre, nel caso di specie, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, non può dirsi operante l'istituto dell' "immemorabile" che non costituisce un modo di acquisto della proprietà, bensì una mera presunzione *iuris tantum* di legittimità del possesso attuale fondata sulla *vetustas*, presunzione che ammette prova contraria (da ritenersi fornita da parte resistente in forza di quanto esposto in precedenza).

Evidenza a tal proposito Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 1983, n. 4051:

«L'istituto dell'immemorabile, non più applicabile ai rapporti privatistici in quanto abrogato dal codice civile del 1865 e non richiamato in vigore dall'attuale codice civile, è tuttavia operante, invece, nei rapporti di diritto pubblico ed in particolare in quelli che hanno ad oggetto beni demaniali; esso, a differenza dell'usucapione, non è un modo di acquisto del diritto, ma costituisce una presunzione di legittimità del possesso attuale, fondata sulla *vetustas*, e cioè sul decorso di un tempo talmente lungo che si sia perduta memoria dell'inizio di una determinata situazione di fatto, senza che ci sia memoria del contrario, di modo che la presunzione di corrispondenza dello stato di diritto allo stato di fatto implica che rispetto a quest'ultimo si presuma esistente il titolo legittimo e che, conseguentemente, possa ritenersi la legittimità dell'esercizio di diritti il cui acquisto non sarebbe attualmente possibile da parte di coloro che li esercitano. Perché possa ritenersi realizzata la prova di siffatta situazione, essa deve provenire da soggetti appartenenti ad almeno due generazioni, vale a dire non solo dagli ultracinquantenni della generazione attuale ma anche, secondo il loro ricordo, dai rispettivi genitori.».

Infine, con riferimento al motivo di ricorso *sub* 2), deve essere sottolineato che, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, il bando in esame riguarda un contratto sottosoglia.

Ne consegue che ai sensi dell'art. 122, comma 5 dlgs n. 163/2006 era sufficiente la pubblicazione nell'albo

pretorio.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso.

In considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia, nonché della qualità delle parti, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giacinta Serlenga, Primo Referendario

Francesco Cocomile, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/08/2013

IL SEGRETARIO

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