



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1050 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Porto Turistico Marina di Leuca S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Gabriella De Giorgi Cezzi, con domicilio eletto presso Gabriella De Giorgi Cezzi in Lecce, via G. Paladini, 50;

contro

Comune di Castrignano del Capo, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro De Matteis, con domicilio eletto presso Alessandro De Matteis in Lecce, via Trinchese, 63;

nei confronti di

Cantieri Riuniti del Salento S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Maria Durante, con domicilio eletto presso Alberto Maria Durante in Lecce, via Garibaldi, 43;

per l'annullamento

della nota prot. n° 5853 del 27 Maggio 2013, con cui il Comune di Castrignano del Capo ha disposto l'esclusione della Società ricorrente dalla gara indetta per l'affidamento in concessione per la durata di dieci anni del mezzo portuale "TRAVEL LIFT ASCOM 100 Ton." o "Carro Ponte" sito nel Porto di Santa Maria di Leuca, per il servizio di alaggio, varo e movimentazione natanti e imbarcazioni, e della conduzione della relativa area in concessione al Comune;

dell'aggiudicazione definitiva alla S.r.l. Cantieri Riuniti del Salento;

del verbale di gara del 21 Maggio 2013, con cui il R.U.P. - Responsabile Area Tecnica del Comune di Castrignano del Capo - a seguito della riapertura delle operazioni di gara e dell'apertura della busta della Società ricorrente, ha deciso di riservarsi la decisione sull'aggiudicazione;

di ogni altro atto comunque connesso e in particolare (ove occorra): di tutti i verbali e gli atti di gara nella parte in cui hanno determinato l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione definitiva in favore della S.r.l. Cantieri Riuniti del Salento; della delibera della Giunta Municipale n° 8 del 3 Febbraio 2012 con la quale il Comune di Castrignano del Capo ha deciso di affidare in concessione il mezzo portuale "TRAVEL LIFT ASCOM 100 Ton."; della determinazione comunale n° 231 del 23 Marzo 2012 di indizione della gara per l'affidamento in concessione; del bando e del disciplinare di gara; della relazione tecnico finanziaria del 12 Gennaio 2012;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto (ove stipulato) ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. e la condanna del Comune di Castrignano del Capo alla riammissione in gara della Società ricorrente, al subentro nell'aggiudicazione e nel

contratto (ex art. 124 c.p.a.) ed al risarcimento dei danni subiti per effetto della seconda illegittima esclusione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castrignano del Capo e di Cantieri Riuniti del Salento S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 Dicembre 2013 il Cons. Dott. Enrico d'Arpe e uditi per le parti gli avv.ti Gabriella De Giorgi Cezzi, Alessandro De Matteis, Alberto Maria Durante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società mista ricorrente impugna: 1) la nota prot. n° 5853 del 27 Maggio 2013, con cui il Comune di Castrignano del Capo ha (nuovamente) disposto la sua esclusione dalla gara indetta per l'affidamento in concessione per la durata di dieci anni (ai sensi dell'art. 30 del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n°163 e ss.mm.) del mezzo portuale "TRAVEL LIFT ASCOM 100 Ton." o "Carro Ponte" (di proprietà comunale) sito nel Porto di Santa Maria di Leuca, per il servizio di alaggio, varo e movimentazione natanti e imbarcazioni, e della conduzione della relativa area in concessione al Comune, nonché la nuova aggiudicazione definitiva alla S.r.l. Cantieri Riuniti del Salento (che ha offerto l'aumento del 127,50% sul canone di concessione a base d'asta); 2) il verbale di gara del 21 Maggio 2013, con cui il R.U.P. (Responsabile Area Tecnica del Comune di Castrignano del Capo), a seguito della riapertura delle operazioni di gara e dell'apertura della busta della Società ricorrente, ha deciso di riservarsi la decisione sull'aggiudicazione; 3) ogni altro atto comunque connesso e in particolare (ove occorra): tutti i verbali e gli atti di gara nella parte in cui hanno determinato l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione definitiva in favore della S.r.l. Cantieri Riuniti del Salento; la delibera della Giunta Municipale n° 8 del 3 Febbraio 2012 con la quale il Comune di Castrignano del Capo ha deciso di affidare in concessione il mezzo portuale "TRAVEL LIFT ASCOM 100 Ton."; la determinazione comunale n° 231 del 23 Marzo 2012 di indizione della gara per l'affidamento in concessione; il bando e il disciplinare di gara; la relazione tecnico finanziaria del 12 Gennaio 2012. Chiede, inoltre, la declaratoria di inefficacia del contratto (ove stipulato) ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. e la condanna del Comune di Castrignano del Capo alla riammissione in gara della Società ricorrente, al subentro nell'aggiudicazione e nel contratto (ex art. 124 c.p.a.) ed al risarcimento dei danni subiti per effetto della seconda illegittima esclusione. Con motivi aggiunti notificati in data 16 Settembre 2013 impugna, altresì, la concessione demaniale marittima n° 1 del 2 Luglio 2013 rilasciata dal Comune di Castrignano del Capo alla S.r.l. Cantieri Riuniti del Salento (in qualità di aggiudicatario definitivo della gara de qua) per l'occupazione di un'area demaniale della superficie di mq. 525,00 (comprendente lo specchio acqueo del bacino di alaggio e varo già oggetto di concessione demaniale marittima in favore del Comune di Castrignano del Capo n° 37/2009) per la durata di anni dieci, con decorrenza dal 17 Giugno 2013 al 31 Dicembre 2016 e comunque fino a tutta la durata del contratto di appalto per la gestione del "TRAVEL LIFT", e ogni altro atto connesso.

A sostegno delle domande proposte sono stati formulati i seguenti motivi di gravame.

1) Violazione artt. 41 e 97 della Costituzione e artt. 1 e 3 Legge n° 241/1990 – Violazione dei principi della par condicio, trasparenza, imparzialità, correttezza, proporzionalità, buon andamento, favor participationis – Violazione e falsa applicazione artt. 2, 30 e 46 Decreto Lgs. n° 163/2006 – Violazione del bando di gara – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, falsa presupposizione in fatto e in diritto, perplessità, illogicità e contraddittorietà manifeste, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, cattivo abuso di potere, motivazione erronea e perplessa – Violazione e falsa applicazione artt. 2383 e 2385 codice civile.

2) Violazione artt. 41 e 97 della Costituzione e artt. 1 e 3 Legge n° 241/1990 – Violazione e falsa applicazione artt. 16 e 18 Legge n° 84/1994 – Violazione e falsa applicazione artt. 36, 37, 45 bis e 46 del Codice della Navigazione – Violazione art. 30 D.P.R. 15 Febbraio 1952 n° 328 (Regolamento Codice Navigazione) – Violazione e falsa applicazione artt. 5, 6 e 13 Legge Regionale Puglia n° 17/2006 – Violazione dei principi della par condicio, trasparenza, imparzialità, correttezza, proporzionalità, buon andamento, favor participationis – Violazione e falsa applicazione artt. 2, 30 e 46 Decreto Lgs. n° 163/2006 – Violazione del bando di gara – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, falsa presupposizione in fatto e in diritto, perplessità, illogicità e contraddittorietà manifeste, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, cattivo abuso di potere – Nullità per difetto assoluto di attribuzione.

3) Violazione artt. 41 e 97 della Costituzione e artt. 1 e 3 Legge n° 241/1990 – Violazione e falsa applicazione artt. 16 e 18 Legge n° 84/1994 – Violazione e falsa applicazione artt. 36, 45 bis e 46 del Codice della Navigazione – Violazione art. 30 D.P.R. 15 Febbraio 1952 n° 328 (Regolamento Codice Navigazione) – Violazione dei principi della par condicio, trasparenza, imparzialità, correttezza, proporzionalità, buon andamento, favor participationis – Violazione e falsa applicazione artt. 2, 30 e 46 Decreto Lgs. n° 163/2006 – Violazione del bando di gara – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, falsa presupposizione in fatto e in diritto, perplessità, illogicità e contraddittorietà manifeste, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, cattivo abuso di potere – Motivazione erronea e perplessa – Nullità – Difetto assoluto di attribuzione – Incompetenza – Violazione e falsa applicazione degli artt. 5, 6 e 13 Legge Regionale Puglia n° 17/2006 – Motivazione falsa e sviata.

4) Illegittimità derivata dai vizi affliggenti i presupposti atti e provvedimenti amministrativi impugnati in giudizio per come dedotti nel ricorso introduttivo (motivi aggiunti del 16 Settembre 2013).

5) In subordine, illegittimità in via autonoma (motivi aggiunti del 16 Settembre 2013).

Dopo avere diffusamente illustrato il fondamento giuridico delle domande azionate con il ricorso introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti proposti in corso di causa, la Società ricorrente concludeva come sopra riportato.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Castrignano del Capo e la controinteressata S.r.l. Cantieri Riuniti del Salento, depositando articolate memorie difensive con le quali hanno puntualmente replicato alle argomentazioni della controparte, concludendo per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

La ricorrente ha presentato, in via incidentale, istanza di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, che è stata accolta da questa Sezione con ordinanza n° 370 del 25 Luglio 2013 (riformata in appello dalla V Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanze nn° 4071 e 4072 del 2013).

Alla pubblica udienza del 19 Dicembre 2013, su richiesta di parte, la causa è stata posta in decisione.

L'impugnazione interposta dalla Società ricorrente (con il ricorso introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti proposti in corso di causa) è fondata e va accolta.

E' necessario premettere – in punto di fatto – che questo T.A.R. con sentenza n° 801 dell'8 Aprile 2013 (passata in giudicato) ha accolto il ricorso n° 946/2012 con cui la ricorrente ha impugnato la precedente esclusione dalla gara in questione disposta dal Comune di Castrignano del Capo (e la precedente aggiudicazione in favore della controinteressata) dichiarando “l'inefficacia del contratto, ove eventualmente stipulato, con l'aggiudicataria Cantieri Riuniti del Salento S.r.l.... con condanna al risarcimento del danno in forma specifica, posto che dall'accoglimento del ricorso deriva l'obbligo per la stazione appaltante di riammettere in gara la ricorrente e di aggiudicarle la concessione, una volta effettuati i controlli previsti dalla vigente disciplina”, sicchè il Comune di Castrignano del Capo (in adempimento della menzionata sentenza) ha convocato la seduta pubblica del 21 Maggio 2013 per l'apertura della busta della Società riammessa alla gara accertando la completezza della documentazione amministrativa e la presenza di un'offerta economica (relativa al canone di locazione per il servizio di varo e

alaggio imbarcazioni) pari al 333% di aumento sul canone di concessione a base d'asta di € 6.000,00 (migliore offerta presentata).

In tale sede il R.U.P. "vista la complessità delle questioni sollevate dalla Cantieri Riuniti del Salento S.r.l. (con nota datata 9 Aprile 2013) si è riservato di provvedere con separato atto che verrà comunicato alle parti"; dopo di che, con nota prot. n° 5853 del 27 Maggio 2013, ha comunicato la non ammissione alla gara della S.p.A. Porto Turistico Marina di Leuca, "in primis poiché il dott. De Veglia non era legittimato nella data di partecipazione a detta gara, per rappresentare la Porto Turistico S.p.A., in quanto già destituito delle sue funzioni di Presidente del C.d.A. (giusta ordinanza del Tribunale di Lecce Sez. Commerciale del 20 Aprile 2013), ed in definitiva poiché la partecipazione della Società è impedita dall'art. 18 comma 7 della L. n° 84/1994", e l'aggiudicazione in via definitiva della gara per la concessione del mezzo portuale "TRAVEL LIFT ASCOM 100 Ton." alla S.r.l. Cantieri Riuniti del Salento.

Tanto premesso, il Collegio ritiene sufficiente osservare (sinteticamente) – in diritto – che sono condivisibili (ed assorbenti) le principali censure formulate dalla Società ricorrente, in quanto (come, peraltro, già segnalato nella fase cautelare del giudizio), da un lato, per l'istituto della "prorogatio imperii" previsto dall'art. 2385 del codice civile, gli amministratori di una società di capitali (ivi compreso, per identità di "ratio", il Presidente del C.d.A. - componente dell'organo di gestione) conservano la rappresentanza legale della società fino alla nomina e all'accettazione formalizzata dell'incarico da parte dei nuovi amministratori, da intendersi come comprensiva dell'iscrizione nel registro delle imprese, sicchè, fino al momento in cui tale fattispecie non si sia perfezionata, possono porre in essere tutti gli atti di gestione ordinaria dell'impresa, ivi inclusi quelli funzionali alla partecipazione ad una gara pubblica (Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, II Sezione, 20 Settembre 2001 n° 1298; Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, 29 Marzo 2000 n° 130; T.A.R. Puglia Bari, I Sezione, 25 Ottobre 2012 n° 1809); e, dall'altro, non è applicabile nel caso di specie l'art. 18 settimo comma della Legge 28 Gennaio 1994 n° 84 (interpretato alla stregua dei consueti ortodossi canoni ermeneutici).

E' agevole rilevare, infatti, da un parte, che proprio dall'ordinanza del Tribunale di Lecce - Sezione Commerciale del 20 Aprile 2013 (richiamata dall'impugnato provvedimento comunale del 27 Maggio 2013) si ricava che il dott. De Veglia Flavio Renato, quale Presidente del cessato C.d.A. non sostituito dal nuovo Consiglio di Amministrazione nella seduta del 5 Maggio 2012, al momento della presentazione dell'offerta di che trattasi (21 Maggio 2012) era l'unico legale rappresentante della S.p.A. Porto Turistico Marina di Leuca in virtù dell'operatività del principio della "prorogatio imperii" di cui all'art. 2385 codice civile (proprio la difesa delle parti resistenti sottolinea il fatto che, nel caso di specie, il nuovo Consiglio di Amministrazione non ha proceduto nel Maggio 2012 alla nomina del nuovo Presidente e che, nelle more della nomina del nuovo Presidente del C.d.A., non è stata concretamente - o comunque operativamente - esercitata la facoltà prevista dall'art. 27 comma 2° dello Statuto societario secondo cui "la rappresentanza può spettare altresì ai consiglieri muniti di delega del Consiglio"); e, dall'altra, che l'inapplicabilità alla fattispecie concreta de qua dell'art. 18 settimo comma della Legge 28 Gennaio 1994 n° 84 (statuente che "In ciascun porto l'impresa concessionaria di un'area demaniale ... non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui alle concessioni già esistenti nella stessa area demaniale") risulta evidente, ove si consideri: che la gara in questione non ha per oggetto la concessione di un'area demaniale (bensì la concessione di un mezzo portuale di proprietà comunale e l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, ex art. 30 Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163, da svolgere tramite la mera "conduzione" della relativa area demaniale concessa dalla Regione Puglia al Comune di Castrignano del Capo), né riguarda le attività portuali previste dall'art. 16 della medesima Legge n° 84/1994 ("Sono operazioni portuali il carico, lo scarico, il

trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale svolti nell'ambito portuale. Sono servizi portuali quelli riferiti a prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali"); che la concessione demaniale di cui è titolare la Società ricorrente (rilasciata nel 2008 dalla Regione Puglia, ex D.P.R. 2 Dicembre 1997 n° 509, per realizzare, mantenere e gestire un approdo turistico per la nautica da diporto nel Porto di Santa Maria di Leuca, non interessato dal traffico delle merci) non ha lo stesso oggetto della gara de qua e che il Comune di Castrignano del Capo non è, nella specie, l'autorità titolare del potere concessorio delle aree demaniali del Porto di Santa Maria di Leuca.

Ne consegue la fondatezza della (assorbente) censura di illegittimità derivata sollevata dalla Società ricorrente con i motivi aggiunti interposti in data 16 Settembre 2013, avverso la (conseguenziale) concessione (o sub-concessione) demaniale marittima n° 1 del 2 Luglio 2013 rilasciata (per la durata di dieci anni) dal Comune di Castrignano del Capo alla controinteressata S.r.l. Cantieri Riuniti del Salento (in qualità di aggiudicatario definitivo della gara de qua) per l'occupazione di un'area demaniale della superficie di mq. 525,00, nonché la declaratoria di inefficacia, con decorrenza ex tunc, – ai sensi dell'art. 122 c.p.a. – del contratto stipulato dal Comune resistente con la Società controinteressata, poichè la Società ricorrente ha diritto all'aggiudicazione della concessione di che trattasi ed al subentro nel contratto, avendo proposto la domanda di tutela in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p.a..

Invece, va respinta la domanda (peraltro, azionata in via subordinata) tendente ad ottenere il risarcimento per equivalente dei danni (asseritamente) subiti dalla Società ricorrente a seguito dell'adozione dei provvedimenti impugnati, sia per la concessa tutela in forma specifica, sia per la mancata prova dell'esistenza e dell'entità del pregiudizio patrimoniale allegato.

Per le ragioni innanzi illustrate il ricorso deve essere accolto parzialmente, nei sensi sopra precisati.

Le spese processuali, ex art. 91 c.p.c., seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie, nei sensi e nei limiti precisati in motivazione.

Condanna le parti resistenti (ciascuna per ½) al pagamento, in favore della Società ricorrente, delle spese processuali, liquidate (in applicazione dei criteri fissati dal D.M. 20 Luglio 2012 n° 140) in complessivi € 2.000,00 (Duemila/00), oltre I.V.A. e C.A.P. nelle misure di legge.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 19 Dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Enrico d'Arpe, Consigliere, Estensore

Gabriella Caprini, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il 30/12/2013

IL SEGRETARIO

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