Pubblicato il 03/04/2018

N.03676 /2018 REG.PROV.COLL.
N. 09017/2016 REG.RIC.
N. 09018/2016 REG.RIC.
N. 12038/2016 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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 il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9017 del 2016, proposto da:
Consorzio Comor, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Piccinni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.G. Belli, 39;

contro

Comune di Guidonia Montecelio, in persona del Sindaco p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Collevecchio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

sul ricorso numero di registro generale 9018 del 2016, proposto da:
Consorzio Comor, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Piccinni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.G. Belli, 39;

contro

Comune di Guidonia Montecelio, in persona del Sindaco p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Collevecchio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

sul ricorso numero di registro generale 12038 del 2016, proposto da:
Consorzio Comor Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Piccinni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Gioacchino Belli, 39;

contro

Comune di Guidonia Montecelio, in persona del Sindaco p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Collevecchio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

nei confronti

Prospettiva Funeraria Srl, non costituita in giudizio;

1) quanto al ricorso n. 9017 del 2016,

per l'annullamento:
- della d.d. n. 66 del 16.6.2016 del Comune di Guidonia Montecelio avente ad oggetto: ampliamento e completamento del cimitero comunale e suo affidamento in concessione in parte qua, nonché per il risarcimento dei danni,

2) quanto al ricorso n. 9018 del 2016,

per l’accertamento
- dell’illegittimità del silenzio serbato dal Comune di Guidonia Montecelio sulle istanze del Consorzio Comor in data 23.6.2016 e 26.7.2016 volte a dare esecuzione alla determinazione dirigenziale n. 66/2016 e a procedere alla consegna al concessionario della gestione del cimitero,

nonché, quanto al primo atto di motivi aggiunti, per l’annullamento:

- della determinazione n. 74 del 14.11.2016 del Comune di Guidonia Montecelio;
- della nota comunale prot. n. 10302 del 15.11.2016;
- in quanto occorra, della nota prot. n. 97801 del 31.10.2016 del Commissario Straordinario del Comune di Guidonia Montecelio;
- in quanto occorra, dell'art. 27, ultimo comma, del capitolato speciale di appalto;

nonché per l'accertamento della decorrenza iniziale della gestione dei servizi cimiteriali esistenti dalla stipula del contratto di concessione e la conseguente condanna del Comune a dare esecuzione al contratto di concessione nonché per il risarcimento del danno,

nonché, quanto ai secondi motivi aggiunti, per l'annullamento

- dell'ordinanza dirigenziale del Comune di Guidonia Montecelio prot. n. 11868 del 7.2.2017, recante l'ordine al Consorzio Comor di demolire un manufatto asseritamente abusivo,

3) quanto al ricorso n. 12038 del 2016,

per l'annullamento:

- della determina dirigenziale n. 72 del 21.10.2016 del Comune di Guidonia Montecelio recante l'affidamento in via diretta alla società prospettiva Funeraria s.r.l. del servizio cimiteriale di tumulazione;
- della nota prot. n. 97801 del 31.10.2016 del Commissario Straordinario della Città di Guidonia Montecelio;

nonchè per l'accertamento del diritto del Consorzio a gestire i servizi cimiteriali in base al contratto di concessione con decorrenza dalla data di stipula del contratto, ovvero in via subordinata a procedere alla stipula del contratto previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, o in via ulteriormente subordinata, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione del Comune di Guidonia Montecelio nei giudizi in epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2017 il dott. Francesco Arzillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto la gestione del cimitero di Guidonia Montecelio nonché i lavori di ampliamento dello stesso.

Il Consorzio Comor agisce nella veste di aggiudicatario della procedura di gara indetta dal Comune di Guidonia Montecelio in data 21.12.2013, avente ad oggetto l'ampliamento e la gestione del cimitero esistente mediante affidamento in concessione ai sensi dell'art. 3, comma 11, e degli artt. 143 e ss. del D. Lgs. n. 163/2006.

In data 9.10.2004 veniva stipulato il contratto di concessione venticinquennale.

In data 23.6.2015 il Consorzio dava avvio ai lavori di ampliamento (che poi sono stati oggetto di ulteriori complesse vicende successive).

Con istanza in data 9.6.2016 il Consorzio diffidava il Comune a consegnare la gestione del cimitero esistente.

Con la determina n. 66 del 13.6.2016 il dirigente comunale stabiliva:

- "di dare mandato al Consorzio Comor di provvedere all'esecuzione del contratto mediante la gestione del cimitero […] nel rispetto di quanto previsto dal contratto ivi stipulato";
- "di dare atto, altresì, di ristabilire in tal modo l'equilibrio del piano economico finanziario, fermo restando la durata contrattuale definita";
- "di mettere a disposizione del Concessionario tutta la documentazione necessaria per la gestione dei servizi cimiteriali…".

In data 23.6.2016 il R.U.P. riteneva però non sussistenti i presupposti per l'avvio della gestione perché il l^ lotto non era stato completato, rilevando altresì alcune

irregolarità del Concessionario nell'esecuzione dei lavori.

A questo punto il Consorzio Comor proponeva contestualmente due ricorsi (depositati il 3 agosto 2016):

- con il ricorso n. 9017/2016 R.G. il Consorzio impugnava la menzionata determinazione n. 66/2016, nella parte in cui essa prevedeva di ristabilire l'equilibrio del piano economico e finanziario previsto nel contratto senza prolungare la durata contrattuale della concessione venticinquennale, nonché nella parte in cui essa ometteva di disporre la consegna del cimitero esistente da parte del Comune;

- con il contestuale ricorso n. 9018/2016, il Consorzio impugnava il silenzio del Comune di Guidonia Montecelio sulle successive istanze proposte in data 23.6.2016 e 26.7.2016, volte a dare esecuzione alla menzionata determinazione dirigenziale n. 66/2016 e a procedere alla consegna al concessionario della gestione del cimitero.

Successivamente il Comune di Guidonia Montecelio adottava una serie di atti, tra cui principalmente (per quanto qui interessa):

- la determinazione n. 72 del 21.10.2016, recante l'affidamento in via diretta alla società Prospettiva Funeraria s.r.l., ai sensi dell'art. 36 del D. Lgs. n. 50/2016, comma 2, lett. a), del servizio cimiteriale di tumulazione per n. 40 salme al prezzo complessivo di euro 18.000;

- la determinazione n.74 del 14.11.2016, recante l'annullamento in autotutela della precedente determinazione n.66/2016;

- l'ordinanza dirigenziale prot. n. 11868 del 7.2.2017, recante l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo nell'area di ampliamento del cimitero.

La ricorrente ha impugnato:

- la determinazione n. 72/2016 con un nuovo ricorso (n. 12038/2016 R.G.);

- la determinazione n. 74/2016 mediante un primo atto recante motivi aggiunti nel ricorso n. 9018/2016 R.G.;

- l'ordinanza dirigenziale prot. n. 11868 del 7.2.2017 mediante un secondo atto

recante motivi aggiunti nel ricorso n. 9018/2016 R.G..

Con l'ordinanza n.547 del 2.2.2017, pronunciata nel giudizio sui primi motivi aggiunti proposti nel ricorso n. 9018/2016 R.G., questo Tribunale ha disposto la sospensione cautelare della determinazione n. 74 del 14.11.2016 e degli atti presupposti, limitatamente alle parti ostative al conferimento al ricorrente della gestione della parte di cimitero esistente. Il Comune consegnava quindi al Consorzio ricorrente la gestione del cimitero esistente in data 2.3.2017, proponendo contestualmente l'appello avverso l'ordinanza cautelare di questo TAR (poi respinto con l'ordinanza n. 1993/2017 del Consiglio di Stato sulla base di considerazioni attinenti al *periculum in mora*).

Con l'ordinanza n. 2195 del 5.5.2017, pronunciata nel giudizio sui secondi motivi aggiunti proposti nel ricorso n. 9018/2016 R.G., questo Tribunale ha infine disposto la sospensione dell'efficacia dell'ordinanza di demolizione prot. n. 11868 del 7.2.2017 limitatamente all'uso della struttura al solo servizio del cantiere (ove non ostino ulteriori profili attinenti alla sicurezza dei lavoratori), e comunque con esclusione di ogni accesso del pubblico, disponendo nel contempo una verificazione tecnica in vista della trattazione della causa nel merito.

2. Il Comune di Guidonia Montecelio si è costituito in tutti e tre i giudizi, proponendo eccezioni di rito e deduzioni di merito.

3. I ricorsi sono stati chiamati per la discussione all'udienza pubblica del 24 ottobre 2017 e quindi trattenuti in decisione.

4. Sussistono giusti motivi per disporre la riunione dei ricorsi in epigrafe ai sensi dell'art. 70 c.p.a., attesa l'evidente connessione soggettiva e oggettiva degli stessi, in relazione a una vicenda sostanzialmente unitaria.

5. Occorre muovere dall'esame del ricorso n. 9017 del 2016, che ha ad oggetto la d.d. n. 66 del 16.6.2016 con cui il dirigente comunale stabiliva "di dare mandato al Consorzio Comor di provvedere all'esecuzione del contratto mediante la gestione del cimitero .., nel rispetto di quanto previsto dal contratto ivi stipulato", nonché "di

ristabilire in tal modo l'equilibrio del piano economico finanziario, fermo restando la durata contrattuale definita", la quale viene censurata nella parte in cui essa omette di prolungare la durata contrattuale della concessione venticinquennale per un periodo equivalente a quello di mancata gestione, nonché di disporre la consegna del cimitero esistente da parte del Comune, sostenendosi (da parte del consorzio ricorrente) che il contratto e il bando di gara stabilivano l'avvio immediato della gestione del vecchio cimitero esistente a far data dalla sottoscrizione del contratto, a partire cioè dall'8.10.2014, con scadenza all'8.10.2039 e per l'intera durata ventincinquennale, differendo invece la sola gestione del nuovo cimitero (da realizzarsi entro 8 anni) al collaudo dei relativi lavori.

5.1 Al riguardo va considerato quanto fatto presente dalla difesa del ricorrente nelle memorie depositate in atti il 22 settembre 2017 e il 3 ottobre 2017, con cui si è prospettata la cessazione della materia del contendere con riferimento all’avvenuto annullamento in autotutela della determinazione n. 66/2016 ad opera della successiva determinazione n. 74/2016, che ha sostituito la precedente ed è stata parimenti impugnata con formulazione di una ulteriore domanda risarcitoria.

Detta dichiarazione è sufficiente, ad avviso del Collegio, per rilevare la sopravvenuta carenza di interesse alla trattazione del ricorso, che va quindi dichiarato improcedibile.

6. Il ricorso n. 9018/2016 R.G. è improcedibile quanto all’impugnazione del silenzio serbato dal Comune di Guidonia sulle istanze del 23.6.2016 e del 26.7.2016, volte a dare esecuzione alla menzionata determinazione dirigenziale n. 66/2016 e a procedere alla consegna al concessionario della gestione del cimitero, in quanto sostanzialmente il Comune, adottando la delibera n. 74/2016, ha manifestato formalmente la propria posizione sul punto, ancorché in termini negativi per la parte ricorrente.

La connessa domanda di accertamento del diritto alla consegna delle aree, presentata in via subordinata sulla base del diretto riferimento al contratto di

concessione e alla data della relativa stipula, è stata riproposta nel contesto dei primi motivi aggiunti, in connessione con l'impugnazione della determinazione n. 74/2016, che ha annullato in autotutela la determinazione n. 66/2016 e gli atti conseguenti relativi all'avvio della gestione del cimitero esistente da parte del concessionario, nonché dei seguenti altri atti:

- la nota comunale prot. n. 10302 del 15.11.2016, con cui il Comune ha riscontrato le osservazioni del consorzio presentate a seguito della comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela della dd. n. 66 /2016 e pervenute nella stessa data della determinazione n. 74/2016 "successivamente alla numerazione della determina stessa", confermando il contenuto di quest'ultima;
- in quanto occorra, della nota prot. n. 97801 del 31.10.2016 del Commissario Straordinario del Comune di Guidonia Montecelio, contenente linee di indirizzo volte a orientare l'azione degli organi amministrativi sulla questione;
- in quanto occorra, dell'art. 27, ultimo comma, del capitolato speciale di appalto.

In questo contesto il Consorzio, oltre a chiedere nuovamente l'accertamento della decorrenza iniziale della gestione dei servizi cimiteriali esistenti dalla stipula del contratto di concessione, chiede la condanna del Comune a dare esecuzione al contratto di concessione, oltre che al risarcimento del danno.

7. Occorre quindi esaminare l'impugnazione proposta con i primi motivi aggiunti.

In particolare, la parte ricorrente censura i provvedimenti impugnati con riferimento al loro presupposto, consistente nel rilevato contrasto tra la mancata ultimazione (con connesso collaudo) dei lavori del I lotto di ampliamento del cimitero e il disposto dell'art. 27, ultimo comma, del capitolato speciale di appalto, il quale prevede che "l'avvio della gestione, anche per […] riguarda la parte di cimitero esistente, avverrà entro 60 giorni dall'approvazione del collaudo dei lavori del primo lotto".

7.1 Va pregiudizialmente esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione prospettata dalla difesa del Comune, la quale ritiene che la causa rientri nella

giurisdizione del giudice ordinario in quanto essa concernerebbe la fase di esecuzione del contratto di una concessione di lavori pubblici (o al più di costruzione e gestione).

In particolare:

a) l'art. 143, co.1, del D.lgs. n.163/2006 definisce le "concessioni di lavori pubblici" come contratti che "hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica eventualmente estesa, anche in via anticipata, ad opere o parti di opere in tutto o in parte già realizzate e direttamente connesse a quelle oggetto della concessione e da ricomprendere nella stessa" (nello stesso senso v. altresì l'art. 3, co. 11, del D.lgs. n.163/2006);

b) la norma prevede espressamente, tra gli elementi qualificanti la concessione di lavori, proprio la gestione anche di opere "già realizzate e direttamente connesse a quelle oggetto della concessione"; e quindi la controprestazione a favore del concessionario può consistere nel diritto a sfruttare economicamente non solo i lavori realizzati, ma anche quelli già esistenti e connessi all'intervento, senza che ciò valga a configurare una concessione di tipo diverso (di servizi pubblici o contratto misto) da quella di lavori pubblici;

c) l'art. 1 del Contratto - cui si ricollega l’art. 1 del capitolato - stabilisce di avere "per oggetto la revisione ed il completamento della progettazione esecutiva, nonché la realizzazione e la gestione in regime di concessione dell'ampliamento del cimitero comunale ai sensi dell'art. 3, co. 11 e dell'art. 143 e ss. del D.Lgs. n.163/2006";

d) sotto il profilo funzionale, il fulcro del rapporto è l'obbligo del concessionario di realizzare i lavori di ampliamento del cimitero in conformità al progetto esecutivo, che è stato revisionato e completato dallo stesso; mentre la gestione del cimitero - sia esistente che nuovo - è meramente strumentale alla remunerazione degli investimenti effettuati per il suo ampliamento, qualificandosi come corrispettivo

(art. 19 del contratto) ed essendo consentita solo dopo il collaudo del primo lotto (art. 27 del capitolato speciale);

e) si tratta quindi di una concessione di lavori;

f) anche qualora si volesse ricorrere alla categoria del “contratto misto”, la concessione del servizio non sarebbe affatto "prevalente" rispetto alla concessione dei lavori, in quanto, alla stregua del criterio economico fissato dall'art. 14 del D.Lgs. n.163/2006, i proventi derivanti dalla realizzazione dei lavori (pari a € 27.667.400) e lo stesso importo dei lavori (pari a € 19.990.000), assumono comunque valore superiore ai ricavi complessivamente derivanti dai servizi cimiteriali, pari a € 12.257.963 (e comunque superiore al 50% dell'importo globale della concessione 39.925.368: 2 = 19.962.684);

g) la domanda di proroga della concessione concerne la fase di "esecuzione del contratto", configurandosi inequivocabilmente come attuazione di un preteso diritto soggettivo alla gestione anticipata dei servizi cimiteriali, attribuito alla cognizione del giudice ordinario.

7.1.1 L’eccezione è infondata.

In linea di principio, la giurisprudenza afferma che per le concessioni di pubblico servizio la legge prescrive la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche con riferimento alla fase dell'esecuzione del contratto, con l'unica esclusione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm.) e con le ulteriori precisazioni concernenti l'ipotesi - che ricorre nella presente fattispecie - della concessione avente ad oggetto sia la realizzazione di opere sia la gestione delle medesime una volta ultimate.

In queste ipotesi, per stabilire se si sia in presenza di concessione di pubblici servizi (con giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) ovvero di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica (rispetto alla quale, con riguardo alla fase esecutiva del contratto, la giurisdizione è del giudice ordinario, venendo in considerazione posizioni paritetiche e non trattandosi di materia rimessa

alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) assume rilevanza la considerazione degli importi in gioco nell'insieme della pattuizione negoziale di cui trattasi (cfr. Cass., sez. un., sent. n. 13864 del 2015). Diventa con ciò determinante effettuare una comparazione tra le prestazioni che vengono poste a carico del concessionario: la giurisdizione spetterà quindi al giudice ordinario se risulti preminente - e tale da identificare il vero oggetto del contratto in relazione all'interesse concretamente perseguito dalle parti e da qualificare la concessione come di costruzione e gestione - la realizzazione delle opere rispetto alla gestione degli impianti: gestione che, per la misura del canone richiesto (e rapportato all'importo complessivo pattuito), assume in questo caso rilievo solo quale mezzo per conseguire, dal lato dell'impresa, la remunerazione necessaria, restando al contempo soddisfatto l'interesse dell'amministrazione al funzionamento del servizio (così Cass., sez. un., n. 13864 del 2015, cit.). La giurisdizione spetterà invece al giudice amministrativo se, al contrario, risulti preminente la gestione delle opere rispetto alla loro realizzazione, venendo in questo caso in rilievo l'essenza stessa della concessione di pubblico servizio e, con essa, la giurisdizione esclusiva indicata dall'art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 12/11/2015, n. 1564).

Nella specie il bando di gara (al punto II.2.1.) ripartisce l’importo complessivo di euro 39.925.369,00 (IVA inclusa), che costituisce il corrispettivo della concessione ai sensi dell’art. 19 del contratto, in euro 27.667.4000 di “vendite” di loculi, ossari e cappelle”, da intendersi propriamente come pertinenti ai relativi affidamenti in concessione concernenti sia il vecchio che il nuovo cimitero, con la percezione dei relativi proventi ai sensi dell’art. 19, lettera b), del contratto, ed euro 12.257.963 di ricavi di gestione dei servizi cimiteriali di cui al medesimo art. 19, lett. a) e c), concernenti i canoni dei servizi cimiteriali e quelli relativi ai contratti di illuminazione; mentre l’importo del quadro tecnico relativo ai lavori e somme a disposizione per la realizzazione dell’ampliamento cimiteriale è pari ad euro 19.990.000,00, pari all’importo dell’investimento.

In buona sostanza, in questo caso la remunerazione della costruzione è con ogni evidenza ricompresa nella più ampia remunerazione della gestione, consentendo di configurare, al di là dei profili formali, la prevalente figura della concessione di servizio pubblico con la connessa giurisdizione esclusiva di questo giudice.

7.2 Con il primo motivo di ricorso il ricorrente sostiene (in sintesi):

- che la menzionata clausola dell'art. 27 del capitolato, su cui si basa il diniego del Comune di riconoscere l'immediata decorrenza iniziale della gestione dei servizi del cimitero esistente, va interpretata avendo riguardo al contrasto della stessa con il bando e con il contratto;

- che nella specie occorre applicare il consolidato principio giurisprudenziale che prevede la prevalenza delle disposizioni del bando su quelle del capitolato ove contrastanti;

- che a tutto concedere l'art. 27 del capitolato configurerebbe una condizione sospensiva meramente potestativa, in quanto il collaudo del primo lotto dipende dalla mera ed esclusiva volontà del Comune.

7.2.1 Le censure sono fondate.

L'art. 27, ultimo comma, del capitolato speciale di appalto, prevede che *"l'avvio della gestione, anche per […] riguarda la parte di cimitero esistente, avverrà entro 60 giorni dall'approvazione del collaudo dei lavori del primo lotto*".

L'art. Il 1.3. del bando di gara prevede invece quanto segue:

"*La durata effettiva della Concessione sarà indicata dal concorrente, sulla base delle proprie valutazioni tecnico-economiche, costituendo elemento di valutazione dell'offerta; non potrà, comunque, essere superiore ad anni 25 con decorrenza dalla sottoscrizione del contratto di concessione.*

Per l'intera durata della concessione il concessionario sarà tenuto a garantire la manutenzione dell'intera struttura cimiteriale e lo svolgimento di tutti i servizi connessi alla gestione, quali l'apertura e la chiusura, il controllo, la pulizia […].

Il corrispettivo per il Concessionario sarà costituito unicamente dalla gestione

funzionale ed economica dell'intervento, con acquisizione dei relativi ricavi per la durata della concessione, il tutto come riportato nel piano economico finanziario di copertura degli investimenti e descrittivo dei criteri gestionali".

Ad avviso del Collegio il contrasto tra la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 27 del capitolato (che fa decorrere la gestione del cimitero anche per la parte esistente dall'ultimazione del primo lotto dei lavori della parte nuova) e la previsione del bando che fa riferimento alla decorrenza dalla data di stipulazione del contratto va risolto in favore di quest'ultima, in applicazione del corrente orientamento giurisprudenziale in materia: e ciò a prescindere dalle possibili considerazioni circa la *ratio* della previsione del capitolato isolatamente considerata.

Ciò anche conformemente all'accordo contrattuale, che è vincolante tra le parti costituendo a suo modo una forma di interpretazione condivisa delle risultanze della *lex specialis*, e che all'art. 2 stabilisce inequivocabilmente che "*La durata della Concessione è fissata in 25 anni a decorrere dalla firma del presente contratto e quindi con scadenza al 08 ottobre 2039*", mentre all'art. 1, punto 4 specifica che il Concessionario "*condurrà in proprio tutti i beni e le superfici relative all'ampliamento e completamento del cimitero nonché quelle relative al cimitero esistente, per tutta la durata della Concessione*". Previsioni, queste, che hanno carattere di specialità rispetto al più generale rinvio che l'art. 18 del contratto dispone in ordine al rispetto delle prescrizioni del capitolato.

La difesa comunale fornisce una diversa interpretazione muovendo dalla considerazione che la durata effettiva della concessione andava indicata dai concorrenti, mentre il termine di 25 anni andrebbe configurato quale termine massimo.

Rimane però fermo, ad avviso del Collegio, l'inequivoco riferimento testuale al momento iniziale della sottoscrizione del contratto, da cui decorre il rapporto concessorio che, ai sensi della medesima clausola di bando, comprende tutte le prestazioni gestionali. L'interpretazione della difesa comunale, secondo cui questa

clausola opererebbe solamente con riferimento all'avvio della gestione, non collima né con il testo della disposizione né con la natura del contratto, che costituisce parametro di riferimento interpretativo ai sensi dell'art. 1369 c.c., e che è stata ricostruita dal Collegio come concessione nella quale l'aspetto della gestione del servizio pubblico è prevalente.

Non a caso, del resto, se è vero che il piano economico e finanziario posto a base di gara (cfr. all. 10 dei documenti depositati dalla difesa del Comune) prevede il costo annuo di manutenzioni e sostituzioni a partire dal sesto anno (in esito alla realizzazione della nuova struttura), è pur vero che detta limitazione temporale non è prevista per le altre voci relativi ai servizi cimiteriali, amministrativi, etc., con la connessa previsione di un canone per il concedente a partire dal primo anno di concessione (canone da fissarsi nella misura minima di euro 100.000, come ribadito dall'art. 5 del capitolato, e poi concretamente stabilito in euro 2.000.000 ad opera dell'art. 24 del contratto); e al riguardo è opportuno rilevare che detto canone è fissato anche quale ristoro dei costi sostenuti dal concedente (progettazione, verifica progetto, incentivi, autorizzazioni), ma non esclusivamente per gli stessi (altrimenti sarebbe privo di logica economica, dato l'importo e la durata, pari a quella della concessione).

La difesa del comune rileva - con riferimento ai dati ricavabili dall'estratto del piano economico e finanziario allegato al contratto (doc. 9 dei documenti da essa depositati) i quali configurano i ricavi per corrispettivi da concessione loculi, ossari e suoli a partire dal terzo anno - che ciò si fonda sulla presunzione che a quel momento il primo lotto sia stato già collaudato. Ma questa interpretazione non collima col riferimento, contenuto al punto 1.2 del medesimo documento, al termine di quattro anni dalla sottoscrizione del contratto per l'ultimazione del primo lotto.

Inoltre va rilevato che questi ricavi non coincidono affatto con tutti quelli previsti per la gestione del cimitero esistente, ma attengono solo a una limitata tipologia di

corrispettivi (ad esclusione, ad esempio, di quelli relativi alle tumulazioni, inumazioni, estumulazioni, ricognizioni, fornitura lapidi, nonché ai punti luce). Sotto questo aspetto anche la tabella allegata a pag. 20 dei motivi aggiunti non si rivela contraddittoria con la documentazione allegata dal comune, in quanto anch'essa fa decorrere i ricavi per corrispettivi da concessione dal terzo anno, distinguendoli dai ricavi tariffari per servizi (ed è appena il caso di precisare che la questione delle concessioni attiene non solo a quelle nuove, ma anche a quelle in scadenza, relative alla parte esistente del cimitero).

In ultima analisi, questa lettura risponde anche a una corretta considerazione non solo formale, ma anche funzionale, secondo il quale la decorrenza dell'avvio della gestione dall'approvazione del collaudo dei lavori del primo lotto non può avere senso che per la sola parte nuova mentre la gestione della parte di cimitero esistente ha decorrenza immediata, in considerazione della rilevata complessiva strutturazione del rapporto contrattuale.

7.2.2 La rilevata fondatezza delle censure consente di accogliere l'impugnativa proposta con i primi motivi aggiunti, con il conseguente annullamento della determinazione n. 74 del 14.11.2016 del Comune di Guidonia Montecelio e della nota comunale prot. n. 10302 del 15.11.2016, nonché della nota prot. n. 97801 del 31.10.2016 del Commissario Straordinario del Comune di Guidonia Montecelio nella parte in cui pospone la consegna del cimitero esistente all'ultimazione dei lavori del primo lotto di ampliamento, e con l'accertamento del diritto del ricorrente alla decorrenza iniziale della gestione dei servizi cimiteriali esistenti a far data dalla stipula del contratto di concessione.

Restano assorbiti i profili di censura contenuti nel secondo motivo aggiunto, che si fonda sulla ritenuta inesistenza dei presupposti di cui all'art. 21 - *nonies* della L. n. 241/1990.

7.3 Occorre ora passare all'esame della domanda risarcitoria formulata con i primi motivi aggiunti.

Essa è formulata in primo luogo quale domanda risarcitoria in forma specifica per

il ritardo colpevole nella gestione del cimitero esistente al consorzio ricorrente: dal che discenderebbe in pratica l'adeguamento del contratto e la modifica del termine finale del rapporto.

La ricorrente invoca la giurisprudenza in tema di ritardo nell'emanazione degli atti amministrativi e la normativa generale sull'illecito aquiliano.

Nell'ultima memoria di parte ricorrente, depositata in atti il 22 settembre 2017, il profilo dell'*an debeatur* viene sviluppato nei seguenti termini.

Relativamente all'elemento oggettivo dell'illecito, in buona sostanza si richiama il fatto che la gestione del cimitero esistente è stata avviata in data 2.3.2017, ossia in ritardo rispetto alla decorrenza contrattuale a partire dal 9.10.2014.

In questo contesto, il danno che ne discende rileva al duplice titolo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in quanto la posizione giuridica del Consorzio Comor è rafforzata dall'esistenza di una concessione-contratto.

L'elemento dell'ingiustizia del danno discenderebbe dalla lesione della posizione giuridica qualificata di cui è titolare la ricorrente in qualità di concessionaria.

Il nesso di causalità tra i comportamenti dell'amministrazione e l'evento dannoso sarebbe *ictu oculi* palese.

In particolare, il danno da ritardo nell'avvio della gestione risulta dai mancati guadagni emergenti dal piano economico e finanziario allegato al contratto per i primi due anni di contratto; a tali danni andrebbero aggiunti quelli derivanti dallo "svuotamento" dell'oggetto del contratto a partire dalla data di stipula del contratto sino a quella della consegna, in virtù dei circa 50 affidamenti diretti degli stessi servizi cimiteriali a terze ditte, trattandosi di servizi che avrebbe dovuto svolgere il Consorzio Comor in via esclusiva.

Con riferimento all'elemento soggettivo, fermo restando che per il profilo contrattuale non sarebbe necessaria la relativa dimostrazione, va comunque rilevata la sussistenza della colpa nell'annullamento della precedente determinazione n. 66/2016 che disponeva l'avvio della gestione in assenza di validi presupposti e con

argomentazioni palesemente forzate e dilatorie senza tenere conto del contratto e del bando di gara: dal che emergerebbe un difettoso funzionamento dell'apparato pubblico riconducibile ad un comportamento gravemente doloso e negligente del Comune e a una intenzionale volontà di nuocere al concessionario, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 della Costituzione.

Il *quantum debeatur* viene identificato, in detta memoria, nella misura di €1.475.000,00.

7.3.1. La difesa comunale in primo luogo sostiene che la domanda é inammissibile per litispendenza (in quanto la domanda risarcitoria è stata avanzata dal Consorzio anche nei giudizi n. 9017/2016 R.G. e n.12038/2016 R.G.).

L'eccezione va disattesa. A prescindere dall'avvenuta riunione dei ricorsi e dalla questione della pertinenza del richiamo all'istituto della litispendenza, in questa sede è sufficiente considerare l'avvenuta declaratoria di improcedibilità del ricorso n. 9017/2016, mentre la questione non rileva rispetto al ricorso n. 12038/2016 depositato successivamente.

7.3.2. La difesa comunale sostiene altresì che la domanda risarcitoria fa riferimento all'art. 2043 c.c. quale *causa petendi*, mentre nel *petitum* si configura quale domanda risarcitoria in forma specifica.

La *causa petendi* sarebbe quindi priva di fondamento, trattandosi nella specie di un rapporto contrattuale.

Inoltre, in via subordinata essa deduce che nella specie, da un lato, non sussiste l'illegittimità della condotta; dall'altro, nella domanda risarcitoria non sono indicati gli elementi costitutivi del preteso illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., né i criteri sui quali fondare la pretesa responsabilità; e manca altresì la prova circa la sussistenza del danno ingiusto. Nel merito, poi, la domanda sarebbe infondata poiché si è dimostrato:

- che in base all'art. 27 del capitolato non sussiste alcun ritardo nella consegna della gestione del cimitero;

- che la colpa neppure sussiste, anche perché per quasi due anni la ricorrente non ha formulato contestazioni in ordine al mancato avvio della gestione.

Nell'ultima replica, la difesa del Comune contesta le deduzioni contenute nella memoria della ricorrente depositata il 22 settembre 2017, sostenendo che con esse il Consorzio introduce una nuova domanda risarcitoria per equivalente per il ritardo nella consegna della gestione, senza fare alcuna menzione della richiesta risarcitoria in forma specifica articolata nel ricorso per motivi aggiunti. In particolare, il consorzio chiede il risarcimento degli asseriti danni derivanti dalla tardiva consegna della gestione del cimitero e dagli affidamenti diretti dei servizi cimiteriali in favore di terze ditte, per un totale di € 1.475.000,00.

Detta richiesta sarebbe anzitutto inammissibile, essendo stata avanzata con memoria non notificata, con una inammissibile modifica della *causa petendi* (si lamenta un danno "misto", anche contrattuale) e del *petitum* (condanna al pagamento di € 1.475.000).

La ricorrente replica infine che il ricorso originario era volto al risarcimento di un danno da "ritardo" nell'esecuzione del contratto, che non è in forma specifica.

Il Collegio rileva che il *petitum* della domanda contenuta nel ricorso per motivi aggiunti è inequivocabilmente diretto, tanto nell'epigrafe quanto nelle conclusioni, alla proroga della scadenza finale del contratto per la durata pari al tempo della mancata gestione, con il ripristino della originaria durata venticinquennale del rapporto.

Con la memoria non notificata, il *petitum* muta configurandosi nella forma per equivalente, con la relativa quantificazione operata dalla perizia di parte in ordine a tutta una serie di circostanze relative anche alla modificazione del cimitero, all'anomalo andamento del cantiere e ai costi di riprogettazione e alla rideterminazione del prezzo di appalto, ai costi connessi con l'acquisizione di superficie delle aree e ai danni di immagine derivanti dalla risonanza della vicenda sui media: circostanze, queste, che impingono in ultima analisi sulla stessa *causa*

petendi della domanda, la quale risulta connotata da sostanziale e inequivocabile novità, non potendosi dire - a differenza che nei casi esaminati ordinariamente dalla giurisprudenza - che essa costituisca un *minus* rispetto a quella reintegratoria.

La domanda va quindi considerata quale domanda di reintegrazione in forma specifica.

7.3.3 Nel merito, poi, la difesa comunale contesta l'illegittimità del comportamento comunale e insiste sull'incolpevolezza, evidenziando:

a) che il nuovo dirigente ha diligentemente approfondito la questione sulla sussistenza o meno dei presupposti per l'avvio della gestione, a seguito dell'adozione della determina n.66/2016 da parte del precedente dirigente;

b) che l'attività del Comune è stata quindi orientata secondo i canoni di imparzialità e buon andamento;

c) che appare davvero pretestuoso addebitare il ritardo al Comune, tenuto conto che il Consorzio ha preteso la consegna del cimitero a distanza di circa due anni dalla stipula del contratto (e solo poco dopo aver causato la sospensione dei lavori);

d) che l'affidamento a terzi soggetti di alcuni servizi non prova alcun colpevole ritardo, essendo questi necessari ad assicurare il regolare funzionamento del cimitero nelle more dell'ultimazione del primo lotto dei lavori.

7.3.4 Ad avviso del Collegio, la domanda va accolta a titolo di reintegrazione in forma specifica, ai fini di un prolungamento della durata del rapporto in essere per un tempo pari a quello del ritardo nella consegna del cimitero al concessionario ricorrente.

Al riguardo è assorbente considerare:

a) che la vicenda, considerata alla stregua di un'interpretazione sostanziale dei fatti posti a base della domanda, attiene ai profili esecutivi del contratto;

b) che l'inadempimento dell'Amministrazione risulta dalla ricostruzione sopra effettuata, la quale evidenzia che la ricorrente aveva titolo all'immediata consegna dei lavori;

c) che la proposizione dell'azione di risarcimento in forma specifica prevista

dall’art. 2058 c.c. richiede, infatti, pur sempre, la sussistenza dei presupposti costitutivi della fattispecie risarcitoria costituiti dall'illiceità della condotta e dall'elemento soggettivo (TAR Toscana, sez. II, 22 aprile 2013, n. 665; cfr. altresì Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2763, sulla natura risarcitoria del rimedio);

d) che alla stregua della giurisprudenza l'azione risarcitoria in forma specifica ex art. 2058 c.c. può essere esercitata anche nell'ambito della responsabilità contrattuale (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 14 settembre 2010, n. 5772);

d) che in materia di responsabilità contrattuale si applica per costante giurisprudenza l'art. 1218 c.c. che pone a carico del debitore, per il solo fatto dell'inadempimento, una presunzione di colpa superabile mediante la prova dello specifico impedimento che abbia reso impossibile la prestazione o, almeno, la dimostrazione che, qualunque sia stata la causa dell'impossibilità, la medesima non possa essere imputabile al debitore;

d) che alla stregua della costante giurisprudenza l’art. 1218 c.c. (*“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*) va interpretato nel senso:

- che l'impossibilità della prestazione deve consistere, ai fini dell'esonero da responsabilità del debitore, non in una mera difficoltà, ma in un impedimento obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso, e deve far riferimento alla prestazione contrattuale in sé e per sé considerata (Cass., sez. lav., 20 maggio 2004, n. 9645; Cassazione civile, sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7800; cfr. altresì Cassazione civile, sez. III, 10 giugno 2016, n. 11914);

- che, in particolare, l'impossibilità della prestazione derivante da una causa non imputabile al debitore - la quale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., esclude la responsabilità del debitore stesso per inadempimento - non si identifica con una

semplice maggiore difficoltà di adempiere ma con una assoluta impossibilità, oggettiva e soggettiva, il cui accertamento è riservato al giudice del merito (Cass. civ. sez. III, 7 febbraio 1979, n. 845); principi, questi, che valgono anche nel campo delle convenzioni pubblicistiche (T.A.R. Lombardia - Milano, sez. II, 14 novembre 2017, n. 2172);

e) che, nella specie, detta assoluta impossibilità non sussisteva in quanto la complessità del quadro fattuale e giuridico di riferimento al più configurava una semplice difficoltà valutabile ad altri fini ma non sul piano del regime della responsabilità contrattuale;

f) che sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda, data l'illiceità del comportamento *contra jus* dell'Amministrazione, che ha leso il diritto del ricorrente all'immediato avvio della gestione del cimitero esistente, e data la sussistenza della responsabilità contrattuale alla stregua delle suesposte considerazioni.

Ne consegue che va disposto il risarcimento del danno in forma specifica, mediante proroga della durata del rapporto concessorio che va ricondotto alla durata venticinquennale a decorrere dalla data di consegna del cimitero esistente.

8. Con i secondi motivi aggiunti nel ricorso n. 2016/9018, il Consorzio ricorrente impugna l'ordinanza dirigenziale del Comune di Guidonia Montecelio prot. n. 11868 del 7.2.2017, recante l'ordine di demolire un manufatto asseritamente abusivo.

Detta ordinanza si fonda:

- sul rilievo della presenza, su un'area interessata dai lavori di ampliamento del cimitero, che nel progetto esecutivo dei lavori approvato con determina n. 147 del 31-12-2015 è destinata a parcheggio pubblico, di un immobile delle dimensioni di circa metri 4,00 x 6,40 con altezza di 2,50;

- sulla non riconducibilità del manufatto in questione a un'opera precaria di cantiere, sia per i metodi costruttivi rilevati dalla documentazione fotografica costruttiva rinvenuta nel fascicolo d'ufficio, sia per la destinazione di utilizzo come

“fabbricato …da adibire a uffici a servizio dei
cittadini".

Il ricorrente con i due motivi di impugnazione (da considerarsi congiuntamente) sostiene - in sintesi - quanto segue:

a) che il prefabbricato in questione avente carattere precario, non infisso al suolo, svolge la funzione meramente temporanea di baracca di cantiere nel contesto dei lavori di ampliamento del cimitero;

b) che detta precarietà è attestata anche dalla fattura di acquisto nella quale testualmente si legge: "container usato" ;

c) che la relazione del direttore dei lavori è stata scorrettamente interpretata, come si evince da una nota inviata a mezzo PEC, in data 20/02/2017 a tutti gli originari e numerosi destinatari dell'ordinanza di demolizione, con la quale il direttore dei lavori ha dichiarato:

- che “il manufatto contestato con l'ordinanza non è altro che un container metallico standard allestito ad uso di ufficio di cantiere posto all'interno dell'area di cantiere”;
- che “il manufatto ha carattere precario e temporaneo in quanto poggia su blocchetti di cemento ed ha i ganci di movimentazione”;
- che “trattasi di un apprestamento obbligatorio per l'attività lavorativa del sottoscritto, del personale tecnico dell'impresa già previsto fra gli oneri della sicurezza”;
- che “nello stesso si sono svolte diverse riunioni con l'amministrazione comunale”;
- che la dichiarazione riportata nell’ordinanza attiene invece all’attuale mancanza di un edificio adibito a uffici e servizi e alla previsione della (futura) realizzazione di un piccolo fabbricato, in prossimità dell'ingresso, da adibire a uffici a servizio dei cittadini in attesa dell’ultimazione dell’edificio previsto e della guardiola del custode tra otto anni;

d) che nella specie non è stato quindi commesso alcun abuso edilizio rilevante ai sensi dell’art. 27, comma 3, del D.P.R. n. 380/2001 o degli artt. 15 e 21 della L.R.

n. 15/2008;

e) che la normativa in tema di sicurezza del lavoro (cfr. in particolare l'art. 96 del D. Lgs. n. 81/2006) prevede il rispetto delle prescrizioni di cui all'allegato XIII e quindi i servizi logistici di cantiere (servizio igienico, ufficio provvisorio come punto di prima accoglienza dei parenti del defunto e il disbrigo delle pratiche necessarie per la sepoltura).

8.1 La difesa comunale sostiene invece che nella specie si tratti di un intervento di nuova costruzione ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. e.5) del D. Lgs. n. 380/2001, che fa riferimento alla "*installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulottes, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzate come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, ad eccezione di quelli che siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee*".

In particolare, il manufatto in questione, per caratteristiche, tipologie costruttive ed utilizzo non precario nel tempo, è soggetto a permesso di costruire quale intervento di "nuova costruzione", avendo il concessionario trasformato il *container* in una vera e propria struttura in muratura avente caratteristiche di stabilità strutturale e durevolezza funzionale: esso risulta ancorato al suolo in modo definitivo e privo di qualsivoglia amovibilità, non essendovi alcun gancio posizionato sulla sommità del tetto. Contrariamente a quanto assunto dal ricorrente, non si tratterebbe di una mera "baracca di cantiere", né di una struttura trasportabile "tramite una gru", ma di manufatto adibito a stabile destinazione ad uso ufficio e servizi al pubblico.

Inoltre, la nota del Direttore dei lavori del 20.2.2017 appare del tutto irrilevante oltre che erronea nei contenuti, posto che il predetto fabbricato, inizialmente solo "previsto", è stato poi anche realizzato. La destinazione al pubblico sarebbe altresì confermata dai sopralluoghi eseguiti nei giorni 8, 10 e 13 marzo 2017 dall'istruttore tecnico del Servizio cimiteriale. Il che renderebbe anche inconferente il riferimento all'All. XIII del D.Igs. n.81/2008, posto che le prescrizioni ivi contenute si riferiscono a baracche di cantiere, che vengono di norma utilizzate per il deposito

degli attrezzi e spogliatoi esclusivamente al servizio degli operai e degli operatori del cantiere.

8.2 Sulla questione il Collegio ha disposto una verificazione tecnica.

La relazione di verificazione, nel descrivere l'immobile e i luoghi, ha anche premesso che l'opera risulta modificata rispetto alle dimensioni e caratteristiche strutturali accertate dal comune di Guidonia e specificate nell'Ord. n. 45 del 07/02/2017, nonché nel rapporto Prot. 24127 del 13/03/2017 del RUP ing. Donatella Petricca. Essa risultava inizialmente costituita dal container di m. 2,40 x 6,40 H = m. 2,95 e da un corpo in muratura di m. 2,20 x 6,40 H = m.2,70 accostato senza soluzione di continuità ma successivamente demolito.

Il verificatore ha quindi risposto ai quesiti nei termini che seguono:

Esatta situazione dei luoghi con riferimento alla natura, alle dimensioni e alle altre caratteristiche strutturali e funzionali del manufatto indicato nell'ordine di demolizione del comune di Guidonia Montecelio, ivi incluse le questioni relative alla concreta destinazione d'uso.

Risposta:

"Come già ampiamente descritto, l'immobile in questione è attualmente costituito dal solo

container scatolare in acciaio sagomato, rivestito con materiale isolante, posizionato in copertura in modo leggermente inclinato a mo' di falda. La sua altezza alla quota di gronda, infatti, misura m. 2,50 mentre al colmo m. 2,85; le dimensioni in pianta sono risultate di m. 6,13 x 2,48.

Risulta collocato sulla superficie del piazzale esistente, senza ausilio di fondazioni.

Tale piazzale, secondo le previsioni della Variante al Piano Regolatore Cimiteriale, approvato con atto consiliare n. 31 del 24/07/2008, nonché del progetto esecutivo approvato con Det. n. 147 del 31/12/2015, era destinato a parcheggio pubblico (Allegato n.12).

Secondo l'elaborato planimetrico del piano di sicurezza (Allegato n.9), riguardante

il progetto del 2° Ampliamento, il piazzale sul quale è ubicata l'opera, è compreso nell'area di cantiere e ricade nel raggio di azione della gru. L'area medesima risulta anche dall'elaborato grafico (Allegato n.10) che il rappresentante del Consorzio Comor, in sede del primo sopralluogo, ha consegnato al sottoscritto.

In relazione alla concreta destinazione d'uso del corpo edilizio in argomento, si specifica che risulta adibito ad uso ufficio ed è suddiviso in tre piccoli ambienti, di cui uno è servizio igienico. Risulta rifinito civilmente, arredato come in alto descritto e dotato di impianti.

In merito alla natura del manufatto, richiesta nel quesito, se questa è riferita alla sua precarietà o stabilità, è dirimente, oltre alla facilità di una eventuale rimozione, il limite di tempo entro il quale può farsi rientrare il regime di edilizia libera come disposto dall'art. 3, comma 1, lettera e.5), del DPR 380/01 e s.m.i, fermo restando, comunque, la necessità della preventiva comunicazione al comune".

Difformità del manufatto con i relativi titoli edilizi e con gli altri provvedimenti amministrativi rilevanti nella specie.

Risposta:

"Il manufatto è stato posizionato in assenza di titoli edilizi e di altri provvedimenti amministrativi rilevanti nella specie. Pertanto, il fatto che non si configurino difformità, è direttamente ed unicamente collegato alla mancanza di titoli edilizi che costituiscono i presupposti per gli accertamenti richiesti.

Tuttavia, a riguardo si precisa che nella planimetria della disposizione del cantiere del piano di sicurezza (Allegato n.9) previsto dal D.Lgs. 81/2008, risulta indicato un corpo edilizio ad uso ufficio non ubicato nell'area in questione ma localizzato in altra zona del cantiere".

Esatta situazione dei luoghi sotto il profilo urbanistico e vincolistico.

Risposta:

"Secondo la certificazione di destinazione urbanistica n. 79452, rilasciata dal comune di Guidonia

Montecelio in data 7/09/2017 (Allegato n. 8), inerente il terreno di cui alla

particella 22 del foglio n. 12 ove ricade il piazzale sul quale è stato posizionato il manufatto, risulta dal Piano Regolatore Generale, destinazione a “viabilità e parcheggi”.

In relazione al regime vincolistico, come specificato nella certificazione del comune, l’area sulla quale è stata realizzata l’opera in questione, ivi compresa, è collocata all’interno del vincolo cimiteriale.

Pur se parte della superficie del terreno di cui alla particella catastale sopra indicata, è interessata dalla fascia di rispetto del metanodotto SNAM come si rileva dalla certificazione, il corpo edilizio, invece, si trova al di fuori di quest’ultima. Ciò, in quanto ubicato ad una distanza superiore al limite di rispetto di 22 metri (11+11 rispetto all’asse) come si rileva dagli atti di causa e come si evince nell’elaborato Tav. 04 denominato Planimetria e Profili PRC della Variante al Piano Regolatore Cimiteriale di cui all’approvazione consiliare n.31/2008 (Allegato n.11).

Si evidenzia, in conclusione, che tutto il territorio del comune di Guidonia Montecelio ricade in zona sottoposta al vincolo simico, con pericolosità media 2B, come indicato nella D.G.R. del Lazio n. 387 del 22 maggio 2009 adottata a seguito dell'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3274/2003”.

8.3 Il Collegio rileva:

a) che il manufatto con ogni evidenza, pur essendo privo di fondazioni, non era da considerarsi strutturalmente precario, alla stregua di una semplice baracca di cantiere, in considerazione delle modalità di realizzazione originarie, alle quali occorre aver riguardo alla stregua del principio *tempus regit actum*, attesa la presenza di un corpo in muratura (demolito successivamente);

b) che neppure il manufatto è precario funzionalmente, dato che lo stesso ricorrente riconosce che esso è destinato anche ad uso ufficio nei confronti dell’utenza cimiteriale: uso che è in sé stesso stabile, anche se destinato a cessare dopo diversi anni, quando saranno ultimati i lavori e realizzate le strutture definitive;

c) che i profili antisismici sono particolarmente rilevanti in questa materia, avuto

riguardo ai profili strutturali e funzionali sopra delineati.

Va quindi ritenuta l'infondatezza delle censure proposte avverso l'ordine di demolizione impugnato, trattandosi di un'opera priva del necessario titolo abilitativo (permesso di costruire o titolo equivalente).

I secondi motivi aggiunti vanno quindi respinti.

9. Il ricorso n. 12038/2016 è volto ad ottenere l'annullamento:

- della determina dirigenziale n. 72 del 21.10.2016 del Comune di Guidonia Montecelio recante l'affidamento in via diretta alla società prospettiva Funeraria s.r.l. del servizio cimiteriale di tumulazione di n. 40 salme per un importo pari a € 18.000;

- della nota prot. n. 97801 del 31.10.2016 del Commissario Straordinario della Città di Guidonia Montecelio, nonché l'accertamento del diritto del Consorzio a gestire i servizi cimiteriali in base al contratto di concessione con decorrenza dalla data di stipula del contratto, ovvero in via subordinata a procedere alla stipula del contratto previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, o in via ulteriormente subordinata, al risarcimento del danno per equivalente.

Il ricorrente contesta in primo luogo l'avvenuto affidamento del servizio di tumulazione a un soggetto diverso dal concessionario, ossia alla odierna controinteressata.

Esso deduce due motivi di ricorso, diretti a far valere:

- la violazione del contratto di concessione, che riservava al consorzio ricorrente il servizio in questione;

- l'assenza di una motivazione tale da giustificare il ricorso all'affidamento diretto, considerato anche il fatto che la gestione del servizio spettava alla Comor e non al Comune (il cui personale è insufficiente);

- la pretermissione di un sia pur informale confronto competitivo tra gli operatori economici interessati all'affidamento;

- il rilievo, contenuto nella nota commissariale prot. n. 97801/2016, della decorrenza della gestione dei servizi cimiteriali ad opera di Comor non dalla data di

stipula del contratto di concessione bensì dopo il collaudo del primo lotto dei lavori di ampliamento, in violazione delle previsioni del bando e del contratto di concessione.

9.1 Al riguardo, il Collegio - premesso che il provvedimento impugnato ha esaurito i propri effetti - ritiene che alla stregua dell'avvenuto accoglimento dell'impugnazione proposta con i primi motivi aggiunti nel ricorso n. 9018/2016 e della conseguente domanda risarcitoria in forma specifica, sia venuto meno l'interesse del ricorrente a coltivare il ricorso n. 12038/2016, avuto riguardo anche al fatto che la domanda risarcitoria per equivalente (pari a diciottomila euro) è stata qui proposta in via solamente subordinata rispetto al risarcimento del danno in forma specifica, che è stato concesso da questo Tribunale in via generale con il ricorso al meccanismo della proroga della scadenza contrattuale, il quale ha carattere concretamente satisfattivo per quanto attiene al risarcimento delle somme derivanti dai servizi di tumulazione.

Analogamente è a dirsi della nota commissariale del 30.10.2016, il cui annullamento *in parte qua* discende dall'accoglimento dei medesimi richiamati motivi aggiunti.

Il ricorso va quindi dichiarato improcedibile.

10. La complessità della vicenda giustifica la compensazione delle spese di lite, ad eccezione di quelle relative al compenso del verificatore, che vanno poste a carico del Consorzio ricorrente soccombente *in parte qua*.

Circa la liquidazione del compenso al verificatore, va premesso:

- che attualmente la liquidazione del compenso in favore degli ausiliari del G.A. avviene mediante l'utilizzo del sistema dei parametri introdotto dal d.m. n. 140 del 2012 e non più in base al sistema tariffario di cui al d.P.R. n. 352 del 1988 e al d.m. 30 maggio 2002, a seguito dell'adozione del d.l. n. 1 del 2012 che ha abrogato il sistema delle tariffe professionali e tutte le disposizioni che ad esse rinviavano, fornendo la base normativa per l'emanazione di detto d.m. n. 140 del 2012;

- che tuttavia, secondo condivisa giurisprudenza, il sistema dei parametri non è vincolante per il giudice ed assume solo un valore orientativo, essendo imperniato su criteri soggettivi, oggettivi e funzionali" (Cons. Stato, Sez. V, 21.4.15, n. 2015; v. anche TAR Lazio, Sez. III ter, 2.9.16, n. 9496);

- che alla stregua della medesima giurisprudenza "quella lasciata al Giudice è una valutazione sostanzialmente equitativa e rimessa al suo prudente apprezzamento, soprattutto in considerazione del fatto che i parametri indicati dalla fonte normativa impiegata (l'"impegno del professionista" e l'"importanza della prestazione", di cui all'art. 38 del d.m. n. 140 del 2012), lungi dall'offrire riferimenti numerici certi, richiedono per loro natura un giudizio ampiamente discrezionale".

Ciò posto, nella specie, avuto riguardo alla natura e alla complessità della prestazione oltre che al valore della controversia, il compenso va determinato nella misura pari a € 1.400,00 (millequattrocento/00).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater), definitivamente pronunciando:

a) dispone la riunione dei ricorsi in epigrafe;

b) dichiara improcedibile il ricorso n. 9017/2016 R.G.;

c) con riferimento al ricorso n. 9018/2016 R.G.:

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;

- accoglie l'impugnazione proposta con il primo atto recante motivi aggiunti e per l'effetto: annulla la determinazione n. 74 del 14.11.2016 del Comune di Guidonia Montecelio e la nota comunale prot. n. 10302 del 15.11.2016, nonché la nota prot. n. 97801 del 31.10.2016 del Commissario Straordinario del Comune di Guidonia Montecelio nella parte in cui pospone la consegna del cimitero esistente all'ultimazione dei lavori del primo lotto di ampliamento; accerta il diritto del ricorrente alla decorrenza iniziale della gestione dei servizi cimiteriali esistenti a far data dalla stipula del contratto di concessione; accoglie la domanda di risarcimento

del danno in forma specifica e dispone la proroga della durata del rapporto concessorio fino ad anni 25 a decorrere dalla data del 2 marzo 2017; dichiara inammissibile la domanda di risarcimento del danno per equivalente;

d) dichiara improcedibile il ricorso n. 10238/2016 R.G..

Condanna il ricorrente CONSORZIO COMOR al pagamento, in favore del verificatore designato, Geom. Clementino Montrella, del compenso liquidato nella somma complessiva di € 1.400,00 (millequattrocento/00).

Compensa le rimanenti spese di giudizio.

Manda alla segreteria per la comunicazione della presente sentenza alle parti nonché al Geom. Clementino Montrella presso la Direzione Generale Infrastrutture e Politiche Abitative della Regione Lazio (Via Capitan Bavastro, 108 - ROMA).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Francesco Arzillo, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Francesco Arzillo	**Leonardo Pasanisi**

IL SEGRETARIO