

Pubblicato il 11/10/2016

N. 00281/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00054/2015 REG.RIC.

logo

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 54 del 2015, proposto da:

Apcoa Parking Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Alberto Marchetti, Laura Toschi e Aldo Tigano con domicilio eletto presso la seconda in Parma, piazzale Arrigo Boito n. 5;

contro

Comune di Reggio Emilia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Santo Gnoni con domicilio eletto presso l'Avv. Matteo Sollini, in Parma, borgo Antini n. 3;

nei confronti di

Reggio Emilia Parcheggi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Carlo Comandé, Andrea Ciulla e Enzo Puccio con domicilio eletto presso l'Avv. Maurizio Palladini in Parma, borgo S. Biagio n.6;

per l'annullamento

dell'ordinanza n.PS20/U del 30 gennaio 2015 con la quale il Dirigente dell'area pianificazione strategica del Comune di Reggio Emilia ha disposto il rilascio immediato nella piena disponibilità del Comune, dell'area denominata "Parcheggio Zucchi", destinata a pubblico parcheggio a rotazione per veicoli;

della nota dirigenziale del 15 gennaio 2015 n.PS02_u/2015 con la quale era stato comunicato l'avvio del procedimento sfociato nella suddetta ordinanza di rilascio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Reggio Nell'Emilia e di Reggio Emilia Parcheggi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2016 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 18 aprile 2005 l'Amministrazione comunale di Reggio Emilia (di seguito Comune) rendeva noto mediante pubblico avviso l'inserimento nel Programma Triennale dei Lavori Pubblici 2005-2007 della realizzazione di parcheggi interrati o silos da affidarsi ricorrendo a procedure di Proget Financing ex art. 37 bis della L.n. 109/1994.

Ricevute ed esaminate le proposte pervenute al Comune, con delibera di Giunta n. 5790/70 del 22 marzo 2006, riteneva di pubblico interesse ex art. 37 ter della L. n. 109/1994 la proposta presentata il 30 giugno precedente dall'ATI CCC (capogruppo) e Italcantieri S.p.A. e CFC (mandanti).

Con nota del 14 giugno 2010 il Comune, su richiesta di CCC, autorizzava la modifica della composizione dell'originaria compagine prevedendo accanto alla nuova capogruppo Final S.p.A. l'odierna ricorrente APCOA Parking e il Consorzio Ciro Menotti.

In data 15 giugno 2010 la compagine, nella composizione da ultimo definita, presentava un nuovo Piano economico e finanziario asseverato elaborato dalla subentrata Final S.p.A. (esigenza determinata dalla necessità di ripristinare l'equilibrio economico finanziario dell'originario progetto nel frattempo venuto meno).

Con delibera di Giunta n. 11912 del 16 giugno 2010 veniva confermato il pubblico interesse all'esecuzione dell'intervento che, nell'ultima versione, prevedeva la realizzazione sul sito identificato quale "Area ex caserma Zucchi" di n. 698 posti auto "a raso" destinati alla rotazione, nonché, la realizzazione di un parcheggio a tre piani interrati in area ubicata in piazza della Vittoria e viale Allegrì di n. 420 posti auto/box da destinare in parte alla vendita in diritto di superficie e in parte provvisoriamente alla rotazione.

Con determinazione n. 17880 del 23 settembre 2010 veniva indetta la procedura per la selezione del concessionario cui affidare la realizzazione delle citate opere che andava deserta creando le condizioni per un affidamento provvisorio della concessione al soggetto promotore cui seguiva, con determinazione del 3 marzo 2011, l'affidamento della progettazione definitiva, della esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria e, infine, del servizio di gestione dei parcheggi a servizio del centro storico.

In data 22 aprile 2011 veniva costituita la società di progetto Reggio Emilia Parcheggi S.p.A. che subentrava nel rapporto concessorio in essere ex art. 156 del D. Lgs. n. 163/2006 e in data 4 maggio 2011 interveniva la “Convenzione per l’affidamento in concessione della realizzazione e gestione dei parcheggi ex Caserma Zucchi, Piazza della Vittoria, nel Comune di Reggio Emilia”.

Detta convenzione prevedeva quale controprestazione della progettazione, costruzione e gestione del parcheggio di piazza della Vittoria e della sistemazione e sistemazione del parcheggio ex Zucchi, il diritto alla gestione di detti parcheggi con percezione dei relativi proventi.

Il 22 maggio 2011, una volta avvenuta (in pari data) la consegna da parte del Comune del parcheggio Zucchi alla società di progetto Reggio Emilia Parcheggi, veniva sottoscritto fra quest’ultima e la ricorrente un “Contratto provvisorio di affidamento della gestione e manutenzione dell’area di sosta della ex Caserma Zucchi in Reggio Emilia” con efficacia di sei mesi, rinnovabili di sei mesi in sei mesi sino alla presentazione del progetto definitivo del parcheggio di piazza della Vittoria.

In data 4 ottobre 2011 la Reggio Emilia Parcheggi presentava il progetto definitivo relativo al parcheggio di piazza della Vittoria che veniva approvato dal Comune con delibera di Giunta del 18 gennaio 2012.

Il 6 dicembre 2012 il Comune e Reggio Emilia Parcheggi, rendendosi necessaria una modifica dei termini della concessione, sottoscrivevano un Atto di accordo ai sensi dell’art. 11 della L. n. 241/199 e due atti di modifica della Convenzione e di modifica della costituzione del diritto di superficie (diminuendo fra l’altro il numero dei posti previsti nel parcheggio interrato di piazza della Vittoria che veniva ridotto soli due piani per un totale di n. 247 posti auto).

In data 31 dicembre 2012 Reggio Emilia Parcheggi e la ricorrente stipulavano un “Contratto di management per la gestione e manutenzione dell’area di sosta della Ex Caserma Zucchi” (determinando la cessazione del precedente contratto sottoscritto in data 22 maggio 2011) fissando la decorrenza degli effetti al 1° gennaio 2013 (punto 12.1 del Contratto) per la durata di mesi 12 e automaticamente rinnovato di 12 mesi in 12 mesi “fatta salva disdetta da parte di una delle Parti comunicata all’altra Parte tramite raccomandata a.r. con un preavviso di almeno 60 (sessanta) giorni rispetto alla scadenza prevista” (punto 12.2 del contratto).

In data 30 ottobre 2013 Reggio Emilia Parcheggi, in vista della definizione di un futuro nuovo assetto contrattuale da definire con il soggetto incaricato della gestione (APCOA), disdettava il citato contratto di management del 31 dicembre 2012 provvedendo ad una modifica a mezzo di controproposte sottoscritte per accettazione in data 20 dicembre 2012 e 7 gennaio 2014.

La stessa ricorrente riconosce (pagg. 16 e 17 del ricorso) che le vicende intercorse con la società di progetto rilevavano unicamente nell’ambito del loro rapporto senza interferire “in alcun modo, con il rapporto-madre fra il Comune (concedente), da un lato, e dall’altro lato il Concessionario ed i soggetti da quest’ultimo derivati ... In altre parole, le trattative commerciali fra il concessionario ed Apcoa Parking Italia S.p.A. non toccavano la natura del Parcheggio Zucchi, quale bene oggetto della concessione, e soprattutto non interferivano con la sfera di autonomia negoziale sulla quale il Concessionario ed Apcoa Paking Italia S.p.A. avevano fatto leva e continuavano a fare leva per dirimere le loro questioni interne”.

In data 10 gennaio 2014 Reggio Emilia Parcheggi (che nel frattempo aveva modificato il proprio assetto societario) sottoscriveva nuovi patti parasociali mediante i quali veniva ribadita l’esclusiva gestione dei parcheggi in capo ad APCOA.

In data 24 ottobre 2014 Reggio Emilia Parcheggi inviava una nuova disdetta avviando una nuova fase di trattativa per la definizione delle condizioni economiche del rapporto che la ricorrente qualifica in ricorso come un uso distorto dello strumento della disdetta da intendersi come una “minaccia al solo scopo di ottenere migliori condizioni in una trattativa di carattere economico” (pag. 19 del ricorso).

Seguiva una corrispondenza fra Reggio Emilia Parcheggi e APCOA avente ad oggetto la definizione dei corrispettivi di gestione (la ricorrente si dilunga nell'illustrazione delle rispettive posizioni in seno alla avviata rinegoziazione precisando che la prima intendeva abbassare il corrispettivo annuo da € 120.000,00 a € 100.000,00 mentre APCOA riteneva congrui € 110.000,00).

Con atto del 14 dicembre 2014 Reggio Emilia Parcheggi comunicava al Comune l'intervenuta scadenza naturale del contratto di gestione della sosta a rotazione nell'area ex Zucchi sottoscritto con la ricorrente APCOA e in data 2 gennaio 2015 rappresentava, altresì, l'impossibilità di subentrare alla ricorrente nella gestione del parcheggio Zucchi poiché, contrariamente a quanto convenuto, il 31 dicembre precedente quest'ultima si era rifiutata di consegnare l'impianto e che, pertanto, il parcheggio era al momento gestito di fatto da APCOA che con tale condotta inibiva l'esercizio dei "diritti derivanti dall'atto concessorio relativi alla gestione e utilizzazione del parcheggio in parola".

L'8 gennaio 2015 APCOA diffidava Reggio Emilia Parcheggi a definire "amichevolmente" la controversia precisando che nelle more avrebbe detenuto il parcheggio Zucchi esercitandone la gestione "a tutela della continuità regolarità ed efficienza del servizio pubblico" (pag. 23 del ricorso).

Con ulteriore nota del 9 gennaio 2015 Reggio Emilia Parcheggi, richiamata la già descritta situazione di fatto, invitava il Comune all'adozione "a tutela del bene demaniale" delle misure ritenute necessarie per assicurare il proprio subentro nella gestione, fra le quali il rilascio dell'area di sosta.

Con atto del 15 gennaio 2015 il Comune avviava ex art. 7 e 8 della L. n. 241/1990 il procedimento teso alla eventuale adozione degli opportuni provvedimenti di autotutela esecutiva ex artt. 823 e 824 c.c. e art. 378 della L. n. 2248/1865 All. F per assicurare all'Amministrazione il riacquisto del pieno possesso e piena detenzione dell'area del parcheggio Zucchi facendo cessare "la denunciata situazione di occupazione sine titolo" dell'area.

Acquisite le deduzioni difensive di APCOA il Comune, con provvedimento del 30 gennaio 2015 ordinava alla medesima "di rilasciare immediatamente, all'atto della notifica del presente provvedimento ... nella piena e libera disponibilità del Comune di Reggio Emilia il bene demaniale ... destinato a pubblico parcheggio a rotazione per veicoli".

La ricorrente impugnava il provvedimento da ultimo citato denunciando, sostanzialmente, lo sviamento di potere nel quale sarebbe incorso il Comune esercitando i propri poteri di autotutela per fini differenti da quelli in vista dei quali sono ad esso conferiti e, in particolare, per incidere autoritativamente nel rapporto di natura privatistica esistente fra il soggetto concessionario (nella specie la società di progetto Reggio Emilia Parcheggi) e il gestore da questa contrattualmente individuato.

Il Comune e Reggio Emilia Parcheggi si costituivano in giudizio confutando le avverse doglianze, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con istanza del 31 gennaio 2015, APCOA chiedeva l'adozione di misure cautelari monocratiche ex art. 61 c.p.a. che veniva accolta con decreto presidenziale n. 28 del 2 febbraio 2015.

Nella camera di consiglio del 12 marzo 2015, con ordinanza n. 50/2015, veniva respinta l'istanza cautelare atteso che l'area in questione si trovava "al momento nella disponibilità della ricorrente in virtù di un rapporto contrattuale intercorso con la Società concessionaria, Reggio Emilia Parcheggi S.p.A." e che "ad un primo sommario esame, il titolo legittimante la disponibilità dell'area" pareva "essere venuto meno a seguito dell'intervenuta disdetta del contratto di management stipulato fra la ricorrente e la Società Reggio Emilia parcheggi S.p.A.".

All'esito della pubblica udienza del 28 settembre 2016, la causa veniva decisa.

La ricorrente, già gestore di un pubblico parcheggio nel centro di Reggio Emilia in forza di un contratto sottoscritto con il soggetto concessionario dell'area, censura il provvedimento con il quale il Comune ordinava il rilascio dell'immobile a seguito della sopravvenuta cessazione degli effetti del contratto di management in forza del quale la medesima gestiva l'impianto che determinava una gestione di fatto dell'area in assenza di alcun valido titolo.

La ricorrente a sostegno della propria impugnazione, e precisamente delle ragioni per le quali doveva ritenersi inibita all'Amministrazione comunale l'adozione della misura impugnata, allega i già richiamati accordi intercorsi con la società di progetto Reggio Emilia Parcheggi affermando che il Comune avrebbe adottato l'atto impugnato "inventandosi letteralmente l'iniziativa" al fine di aderire alla "richiesta di aiuto fattagli pervenire dalla Reggio Emilia Parcheggi S.p.A." (pag. 24 del ricorso) che avrebbe utilizzato lo strumento della disdetta contrattuale per ottenere una nuova e più favorevole definizione dei corrispettivi a proprio carico.

In ricorso si allega che il rapporto esistente fra APCOA e Reggio Emilia Parcheggi sarebbe estraneo alla sfera d'azione del Comune cui sarebbe indifferente l'esistenza "all'interno della comune dialettica contrattuale di un conflitto, potenziale o attuale, fra la Società di progetto ed il (proprio Socio) gestore" (pag. 30 del ricorso).

La controversia insorta sarebbe rientrerebbe pertanto nella giurisdizione del giudice civile su eventuale iniziativa della società di progetto o del soggetto gestore.

L'intervento del Comune sarebbe quindi avvenuto "violando palesemente i limiti esterni dei suoi poteri" (pag. 31 del ricorso) arrivando a "munire la disdetta negoziale formulata dalla Reggio Emilia Parcheggi S.p.A. della forza giuridica propria degli atti imperativi sul diritto pubblico produttivi di effetti giuridici sulla base della volontà unilaterale proveniente dal dichiarante" (pag. 32 del ricorso).

Il Comune avrebbe, secondo la ricorrente, "usato il potere di ordinanza in presenza di presupposti e per finalità totalmente diversi da quelli che condizionano gli ordini ex art. 378 L. 2248 all. F del 1865" (pag. 32 del ricorso) sottraendo di fatto il concessionario "dal sindacato dei propri atti negoziali da parte del Giudice naturale del rapporto contrattuale" (pag. 34 del ricorso) incorrendo in un evidente sviamento di potere.

Il ricorso è infondato.

Preliminarmente deve evidenziarsi l'irrelevanza ai fini della presente decisione degli accordi intercorsi fra le parti private facenti parte della compagine sociale del soggetto individuato dal Comune quale concessionario che, nel caso di specie, deve individuarsi nella società di progetto Reggio Emilia Parcheggi costituita a valle della procedura di affidamento che, ai sensi dell'art. 37 quinquies della L. n. 109/1994, "diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione".

Subentro che, come precisato dal comma 3 dell'art. 156 del D. Lgs. n. 163/2006 (che sul punto riprende i contenuti del comma 1 ter dell'art. 37 quinquies, introdotto dalla L.n. 166/2002), "non costituisce cessione del contratto" poiché "la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente".

Il principio trova conferma in giurisprudenza laddove si afferma che "l'art. 156 d.lgs. 163/2006 - nello stabilire che il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione o la gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile - specifica che la società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Ne consegue

che, costituita la società di progetto Superstrada Pedemontana Veneta s.r.l., quest'ultima è subentrata nel rapporto concessorio all'aggiudicatario" (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 8 marzo 2011, n. 2083).

Ne deriva che la ricorrente, estranea al presupposto rapporto di concessione e coinvolta nella gestione dell'impianto in forza di un rapporto contrattuale ormai privo di effetti, non vanta alcun titolo opponibile all'Amministrazione che legittimi il possesso di un bene demaniale.

Nessun rilievo assumono, come anticipato, gli accordi intervenuti fra la ricorrente e la società di progetto-soggetto concessionario che come dalla prima riconosciuto determinano il sorgere di posizioni eventualmente tutelabili (come dalla stessa ricorrente riconosciuto) innanzi a diverso giudice che, peraltro, non risulta essere stato adito.

La vicenda provvedimento in questa sede censurata, contrariamente a quanto deduce la ricorrente, lungi dall'integrare una sorta di abusiva intrusione dell'Amministrazione in una questione privata, origina dal verificarsi di una sopravvenuta situazione di fatto in forza della quale un soggetto privato dispone di un'area pubblica in assenza di valido titolo: situazione che legittima pienamente l'esercizio dei poteri di autotutela ex artt. 823 e 824 c.c da parte dell'Amministrazione concedente.

La pretesa strumentalità di detto intervento alla definizione di rapporti privatistici che determinerebbe il dedotto sviamento di potere (situazione di fatto che se esistente non potrebbe che essere attratta nella cognizione di altro giudice) è basata su apodittiche affermazioni prive di sostegno sul piano probatorio.

Ne deriva che il ricorso deve essere respinto con condanna della ricorrente al pagamento delle spese di giudizio nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 3.000,00 oltre IVA e CPA in favore di ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Anna Maria Verlengia, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Marco Poppi

Sergio Conti

IL SEGRETARIO