

Civile Sent. Sez. 1 Num. 11456 Anno 2017

Presidente: RAGONESI VITTORIO

Relatore: BISOGNI GIACINTO

Data pubblicazione: 10/05/2017

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

IPOGEO LATINA s.r.l., elettivamente domiciliata in Roma, via A Bertoloni 1/e presso lo studio dell'avv. Giampaolo Maria Cogo, che la rappresenta e difende unitamente all'avv. Francesco Amerigo Cirri Sepe Quarta, per mandato in calce al ricorso, che dichiara di voler ricevere le comunicazioni relative al processo presso il fax 06/8419996 e la p.e.c. giampaolomariacogo@ordineavvocatiroma.org;

- ricorrente -

nei confronti di

IFAL s.r.l. IFAL Service s.r.l., O.F. La Riviera s.r.l., Sant'Ambrogio s.r.l., Tovalieri s.r.l. e

74
2017

Boggi



Franzini s.a.s.;

Comune di Latina;

- intimati -

avverso la sentenza n. 1488/12 della Corte d'appello di Roma, emessa in data 21 settembre 2012 e depositata il 19 marzo 2012, R.G. n. 3820/2010;

sentito il Pubblico Ministero in persona del sostituto procuratore generale dott. che ha concluso per del ricorso;

Rilevato che:

1. IFAL s.r.l., IFAL Service s.r.l., O.F. La Riviera s.r.l., Sant'Ambrogio s.r.l., Tovalieri s.r.l. e Franzini s.a.s. hanno proposto ricorso ex art. 33 della legge n. 287/1990 alla Corte di appello di Roma per la dichiarazione di nullità degli artt. 4 (lettera d) e 6 (comma 1 lettera e) della convenzione stipulata dal Comune di Latina con la s.r.l. Ipogeo in quanto tali articoli prevedono l'attribuzione alla concessionaria Ipogeo s.r.l. del diritti di esclusiva nella posa di arredi funebri per l'area cimiteriale di Latina in violazione della normativa antitrust.
2. La Corte di appello con sentenza n. 1488/12 ha accolto il ricorso e dichiarato la nullità delle clausole della convenzione stipulata in data 11 marzo 2009 attributive del diritto di esclusiva.
3. Nel motivare la decisione la Corte di appello ha

Broggi



rilevato preliminarmente l'infondatezza delle eccezioni di inammissibilità per precedente decisione sullo stesso ricorso, di carenza di giurisdizione e di incompetenza territoriale. Ha quindi affermato, citando la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato sezione V n. 6620 del 2 dicembre 2002) e le segnalazioni della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 2007 (AS 392 del 23 maggio 2007) e del 2010 (AS 1215 del 2 novembre 2010) che la fornitura e posa in opera di arredi votivi e funerari costituiscono attività di natura commerciale e imprenditoriale non rientranti fra quelle riservate alla pubblica amministrazione e incompatibili con la gestione dei servizi cimiteriali istituzionali. Pertanto la Corte distrettuale ha affermato che l'attribuzione in via esclusiva dell'attività di posa in opera e fornitura di arredi funerari al soggetto affidatario del servizio cimiteriale costituisce violazione dei principi in materia di libera concorrenza. Ha quindi dichiarato la nullità della convenzione stipulata in data 11 marzo 2009 fra il Comune di Latina e Ipogeo s.r.l. nella parte in cui attribuisce a quest'ultima il diritto di esclusiva nella posa e fornitura di arredi funerari nell'area cimiteriale di Latina.

4. Ricorre per cassazione Ipogeo s.r.l. con quattro motivi di impugnazione: a) nullità della sentenza



per violazione dell'art. 33 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 e degli artt. 50, 158, 161 c.p.c. in relazione all'art. 360, comma 1 n. 4, c.p.c.; b) nullità del procedimento per violazione dell'art. 33 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 e degli artt. 163, 414, 669 bis e 669 septies c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c.; c) violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3 e 8 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, in relazione all'art. 360, comma 1 n. 3 c.p.c.; omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio in relazione all'art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c.; d) violazione dell'art. 19 comma 2 della legge n. 109/1994 e successive modifiche integrative, dell'art. 143 comma 3 del codice dei contratti, dell'art. 86 del Trattato CE, dell'art. 8 della legge n. 287/1990 e contrasto con la comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/CE 121/02, in violazione dell'art. 360 comma 1, n. 3 c.p.c.

5. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la nullità della decisione impugnata emessa da giudice collegiale anziché monocratico in assenza di una specifica deroga al principio della monocraticità in primo grado.

6. Con il secondo motivo la ricorrente ribadisce l'eccezione di inammissibilità del ricorso

Bozzi



introduttivo del giudizio in quanto avente contenuto cautelare già deciso con ordinanza del 18 novembre 2010.

7. Con il terzo motivo di ricorso si contesta la violazione delle norme sulla concorrenza in quanto l'affidamento dell'esclusiva era prevista nel bando, in regime di project financing, ed aveva lo scopo di riqualificare il cimitero urbano, di realizzare una gestione complessiva e integrata di tutti i servizi, di generare i flussi di cassa in favore dell'impresa affidataria di tutti i servizi cimiteriali con proprie risorse. La ricorrente non ritiene vincolanti le conclusioni dell'Autorità garante circa l'iscrivibilità dell'attività di arredo funerario nell'ambito della libera iniziativa economica attesa la complessità nella specie della concessione.

8. Con il quarto motivo la ricorrente rileva che la Corte di appello ha ingiustamente decontestualizzato la tutela della concorrenza dalla procedura di project financing adottata dalla Amministrazione in conformità alla normativa nazionale (art. 8 L. 287/1990) e comunitaria (art. 86 TFUE) sulla concorrenza e sugli appalti (ART. 143 t.u. appalti).

Ritenuto che

9. Il primo motivo di ricorso è infondato. Va in proposito ribadita la giurisprudenza secondo cui



"la forma di trattazione collegiale, prevista dall'art. 350 cod. proc. civ., deve essere utilizzata, oltre che per i processi in secondo grado, anche per quelli attribuiti, in unico grado di merito, alla competenza funzionale della corte d'appello, essendo operante nell'ordinamento processuale il principio (esplicitato negli artt. 400 e 404 cod. proc. civ.) per cui, davanti al giudice adito, si osservano le forme proprie dei procedimenti davanti ad esso, se non è altrimenti stabilito" (Cass. civ. sez. I n. 365 del 14 gennaio 2003; cfr. anche Cass. civ. nn. 6551/1998, 1731/2001, 10576/2008).

10. Il secondo motivo è infondato. La Corte di appello ha valorizzato il contenuto del ricorso rilevando la sua finalizzazione all'ottenimento di una pronuncia definitiva e di merito. Tale valutazione della Corte distrettuale appare corretta alla luce della costante giurisprudenza (da ultimo Cass. civ., sez. I n. 118 del 7 gennaio 2016) secondo cui il giudice del merito, nell'indagine diretta all'individuazione del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione, non è tenuto ad uniformarsi al tenore meramente letterale degli atti nei quali esse sono contenute, ma deve, per converso, avere riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere, come desumibile dalla

Bagn



natura delle vicende dedotte e rappresentate dalla parte istante, mentre incorre nel vizio di omesso esame ove limiti la sua pronuncia alla sola prospettazione letterale della pretesa, trascurando la ricerca dell'effettivo suo contenuto sostanziale.

11. Il terzo e quarto motivo possono essere esaminati congiuntamente essendo costituiti da censure che attengono, in entrambi, alla correttezza della valutazione circa l'illegittimità della contemporanea attribuzione allo stesso soggetto del servizio pubblico di gestione dei servizi cimiteriali e della esclusiva dell'attività di onoranze funebri e di fornitura marmorea e lapidea sia interna che esterna al cimitero. Correttamente la Corte di appello, anche alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 6620/2002) e delle indicazioni dell'Autorità Garante in materia di concorrenza e mercato, ha affermato che la attività di onoranze funebri e quella di fornitura e posa in opera di arredi votivi e funerari costituiscono attività commerciali e imprenditoriali che non rientrano nel novero delle attività riservate alla pubblica amministrazione. La Corte distrettuale ha motivatamente condiviso le valutazioni dell'Autorità garante circa l'incompatibilità della gestione dei servizi cimiteriali con le



attività predette in quanto la gestione dei servizi determina un obiettivo vantaggio concorrenziale nei confronti degli altri soggetti autorizzati a svolgere l'attività di onoranze funebri. La Corte di appello ha inoltre riscontrato la mancanza di una previsione legislativa che possa legittimare l'attribuzione di quest'ultima attività in esclusiva sia al Comune che all'affidatario dei servizi di gestione cimiteriale. Ha, infine, escluso, con riferimento allo specifico caso in esame, che possa ritenersi giustificata tale attribuzione in esclusiva. Infatti l'esenzione prevista dal secondo comma dell'art. 8 della legge n. 287/1990 dall'applicazione della normativa antitrust, per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, opera limitatamente "a tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati". Pertanto, qualora le attività svolte da soggetti privati, pur se autoritative, devino dallo scopo istituzionale per cui quelle pubbliche funzioni sono state conferite, viene meno il nesso funzionale con il carattere non economico dell'attività posta in essere, la quale rientra a pieno titolo nell'ambito dell'attività di impresa, con conseguente applicazione della disciplina a tutela della concorrenza di cui alla legge n. 287 del 1990 (Cass. civ. sez. I n. 355

Brop



del 10 gennaio 2008, e n. 3638 del 13 febbraio 2009).

12. Per ciò che concerne la deduzione di un profilo di rilevanza pubblicistica, che giustificherebbe l'attribuzione dell'esclusiva e sarebbe legato alla particolare complessità della convenzione, finalizzata alla riqualificazione e gestione unitaria e omogenea del cimitero monumentale di Latina, attraverso l'utilizzazione della finanza di progetto e, quindi, mediante la realizzazione della concessione a costo zero per l'amministrazione e con riserva di sfruttamento economico dell'opera in favore del concessionario si osserva quanto segue. In primo luogo, tali deduzioni risultano impropriamente prospettate come censure ex art. 360 n. 3 c.p.c. (terzo e quarto motivo) senza la specificazione delle ragioni per cui si ritengono violate e falsamente applicate le disposizioni indicate nelle rubriche dei due motivi di ricorso. In secondo luogo non può non rilevarsi che la "concessione di lavori pubblici" può comprendere la gestione funzionale ed economica dell'opera, realizzata in regime di finanza di progetto, e costituire la controprestazione a favore del concessionario ma non può consistere nella concessione di una posizione di esclusiva, che lungi dal riferirsi alla attribuzione della gestione dell'opera realizzata, realizzi invece l'esclusione della



concorrenza rispetto a una attività propriamente economica e destinata a operare in regime concorrenziale. Un'attività di cui l'amministrazione non può disporre e che attiene alla realizzazione di interessi e alla conclusione di transazioni di carattere privato sia pure collegate e rese possibili dalla realizzazione e dalla fruibilità dell'opera pubblica (cfr., in tema di definizione della controprestazione, Cass. civ. sez. I n. 28804 del 27 dicembre 2011 e S.U. n. 19931 del 9 novembre 2012).

13. Per altro verso le deduzioni della ricorrente laddove prospettate come omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio ex art. 360 n. 5 c.p.c. (terzo motivo) avrebbero dovuto essere supportate dall'indicazione delle modalità e dei tempi in cui furono portate all'attenzione della Corte di appello le circostanze relative alla natura della convenzione (cfr. Cass. civ. sez VI-3 n. 1926 del 3 febbraio 2015 e n. 16103 del 2 agosto 2016; Cass. civ. S.U. n. 16528 del 18 giugno 2008). Circostanze che comunque sono state dedotte genericamente anche in questo giudizio e senza una adeguata dimostrazione della loro rilevanza che, in linea di principio, deve escludersi per quanto detto sinora.

14. Il ricorso va pertanto respinto senza alcuna



statuizione sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.