

APPALTI: Appalto - Decadenza dall'aggiudicazione dopo efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto - Giurisdizione del giudice ordinario.

Tar Toscana - Firenze, Sez. I, 22 ottobre 2020, n. 1255

- in *Urb. e appalti*, 1, 2021, pag. 127, con nota di Margherita Roffi, *Profili di giurisdizione nella fattispecie di decadenza dall'aggiudicazione per inadempimento in sede di esecuzione anticipata*.

“[...] la controversia vertente su un provvedimento di "decadenza dall'aggiudicazione" adottato dalla p.a. dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, è soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che quel provvedimento, non essendo riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo, può qualificarsi, alternativamente, come atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in difetto di quest'ultima, come recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, rimanendo comunque espressione di un potere di natura privatistica [...]”.

FATTO e DIRITTO

La Società Sapidata S.p.a., premesso di aver partecipato alla procedura aperta per l'affidamento del Servizio di gestione delle fasi di “*data entry*”, stampa, notificazione e rendicontazione dei verbali di accertamento per illeciti amministrativi di competenza del Comando Polizia Municipale di Grosseto, risultandone aggiudicataria, impugna il provvedimento con cui il predetto ente ha annullato in autotutela l'atto conclusivo della gara.

Afferma la ricorrente che poco prima della aggiudicazione definitiva il Comune di Grosseto avrebbe disposto un “preaffidamento” del servizio al fine di mettere a punto i necessari protocolli operativi per la gestione dei flussi informatici relativi ai verbali di accertamento CdS tra il *software* gestionale del Comando la piattaforma digitale da essa utilizzata, in modo da pervenire all'affidamento definitivo della commessa in condizioni già operative.

Durante questa fase podromica sarebbero sorti dei problemi di natura tecnica che non avrebbero consentito alla aggiudicataria di svolgere alcune attività previste dal contratto (attività di *data entry*, servizio di supporto di notifiche a mezzo pec).

A seguito di ciò il Comando avrebbe contestato l'inadempimento contrattuale e Sapidata dal canto suo avrebbe imputato alla mancata collaborazione del Comune l'accaduto.

A fonte di questa situazione di stallo il Comune di Grosseto si sarebbe determinato ad annullare in via di autotutela l'atto di aggiudicazione per motivi di pubblico interesse atteso che le inadempienze riscontrate avrebbero ingenerato seri dubbi circa la capacità della aggiudicataria di assolvere puntualmente alle prestazioni inerenti il contratto aggiudicato.

Tale atto forma oggetto della impugnativa proposta innanzi a questo Tribunale Amministrativo.

Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione.

In casi analoghi a quello di specie la Suprema Corte ha chiarito che in tema di affidamento di un pubblico servizio, nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisdizione amministrativa esclusiva indicata dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, del d.lgs. n. 104 del 2010 concerne solo le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, seguono l'ordinario criterio di riparto, imperniato sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, da individuare con riferimento alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del "*petitum*" sostanziale. Ne consegue che la controversia vertente su un provvedimento di "decadenza dall'aggiudicazione" adottato dalla p.a. dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, è soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che quel provvedimento, non essendo riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo, può qualificarsi, alternativamente, come atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in difetto di quest'ultima, come recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, rimanendo comunque espressione di un potere di natura privatistica (Cassazione civile sez. un. - 05/10/2018, n. 24411).

Ad analoghe conclusioni è pervenuto anche il giudice amministrativo di appello il quale ha stabilito che le controversie afferenti l'adempimento di contrattuale che insorgano nella fase di esecuzione anticipata del contratto appartengono all'a.g.a. (Consiglio di Stato sez. V, 02/08/2019, n. 5498).

E' peraltro del tutto indifferente ai fini del radicarsi della giurisdizione il fatto che il comune di Grosseto abbia qualificato l'atto impugnato come annullamento in via di autotutela giustificato da motivi di pubblico interesse; invero, dovendo determinarsi il plesso munito di *potestas judicandi* secondo il criterio del *petitum* sostanziale la qualificazione della fattispecie deve avvenire secondo criteri obiettivi che nel caso di specie portano a ritenere che l'atto in contestazione sia espressione non di potere pubblico ma di potere privatistico di recesso dalle trattative in ragione della ritenuta inidoneità della controparte ad adempiere le obbligazioni derivanti dal contratto.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti Sapidata ha impugnato l'atto di aggiudicazione della commessa alla seconda Classificata Maggioli S.p.a. ritenendo che la sua offerta tecnica incorrerebbe negli stessi problemi che hanno causato l'annullamento della aggiudicazione disposta in suo favore.

Si tratta, tuttavia, di impugnazione inammissibile in quanto in realtà non diretta a delineare difformità della offerta della concorrente rispetto al capitolato o al disciplinare di gara ma ad ipotizzare una ipotetica incapacità di Maggioli di adempiere le proprie obbligazioni che allo stato non può in alcun modo affermarsi non essendo ancora sorto il rapporto contrattuale.

Il ricorso per motivi aggiunti deve essere quindi respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, per compensare le spese di lite.

Con il ricorso 535/2019, riunito al presente per motivi di connessione, la S.p.a. Maggioli ha impugnato la prima aggiudicazione intervenuta in favore di Sapidata e poi annullata in via di autotutela.

L'interesse all'esame del predetto ricorso permane ma la delibazione dello stesso è evidentemente subordinata all'esito della controversia fra il Comune di Grosseto e Sapidata che dovrà essere conosciuta dal g.o.

Nelle more, atteso il rapporto di pregiudizialità fra le due vicende il ricorso 535/2019 deve essere sospeso ai sensi dell'art. 79 comma 1 c.p.a.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1606/2019 e sui relativi motivi aggiunti, dichiara il primo inammissibile per difetto di giurisdizione (con la salvezza dei suoi effetti sostanziali e processuali qualora la domanda venga riproposta innanzi al g.o. nei termini di legge) e respinge il secondo. Spese compensate.

Sospende il ricorso 535/2019 ai sensi dell'art. 79 comma 1 c.p.a. .

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Raffaello Gisondi, Consigliere, Estensore

Giovanni Ricchiuto, Consigliere