

GIURISDIZIONE: Contratti della P.A. - Aggiudicazione servizio di gestione di un complesso immobiliare - Revoca - Svitati inadempimenti della costituenda risultata vittoriosa – Immobile consegnato all’aggiudicatario anticipatamente nelle more della stipula del contratto - Giurisdizione del Giudice ordinario.

Tar Campania - Napoli, Sez. VIII, 14 giugno 2021, n. 4021

“[...]Nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le “procedure di affidamento” strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l’aggiudicazione a favore dell’offerta selezionata, cui segue – con la “stipula del contratto” e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. [...omissis..] Se i due confini “esterni” (l’aggiudicazione e, rispettivamente, la stipula del contratto) non sono in discussione (tanto che il relativo criterio di riparto è del tutto consolidato nella elaborazione giurisprudenziale), a qualche dubbio (ed anche a qualche recente incertezza pretoria) hanno dato luogo gli atti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue la prima e precede il secondo. [...omissis..] Occorre, tuttavia, considerare la possibilità che, in tale fase procedimentale, intervenga la c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, per solito giustificata da ragioni di urgenza: in tal caso, l’instaurazione di un rapporto contrattuale (che trae, comunque, titolo nell’esito della fase selettiva) prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva, che deve considerarsi rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento [...]”.

1 - Il presente ricorso ha ad oggetto la legittimità del provvedimento in epigrafe indicato, a mezzo del quale il Comune di Ceppaloni ha disposto la “revoca dell’aggiudicazione della gestione del complesso denominato Green Park struttura ecoambientale per il turismo, il tempo libero e l’educazione ambientale”.

La revoca è motivata con riferimento alla mancata stipula del contratto come conseguenza della non ancora intervenuta costituzione dell’a.t.i. tra Sky Sporting S.S.D. a r.l. (mandante) e Ape Immobiliare di Calandro Aldo (mandataria), nonché all’omesso versamento dei canoni mensili e delle somme dovute per le utenze.

1.1 - Parte ricorrente censura il provvedimento di revoca nei termini di seguito sintetizzati:

- violazione di legge (violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies* e *nonies* l. 241/90 in relazione all'art. 3 legge 241/90) - violazione dei principi in materia del *contrarius actus* - eccesso di potere (arbitrarietà- carenza assoluta di motivazione e di istruttoria- erronea presupposizione di fatto e diritto - ingiustizia manifesta- sviamento- perplessità- difetto del presupposto- abnormità) - violazione del principio del legittimo affidamento - non discriminazione e massima partecipazione - violazione dei principi di buon andamento imparzialità e trasparenza. Sproporzionalità: l'atto impugnato (da qualificarsi correttamente in termini di annullamento) è stato emesso ben oltre il termine di diciotto mesi stabilito dall'art. 21 *nonies* l. 24/90;

- violazione di legge (violazione e falsa applicazione dell'art. 32 comma 8 del d.lgs 50/2016) - eccesso di potere (arbitrarietà- carenza assoluta di motivazione e di istruttoria- erronea presupposizione di fatto e diritto - ingiustizia manifesta - sviamento- perplessità- difetto del presupposto - abnormità) - violazione del principio del legittimo affidamento – non discriminazione e massima partecipazione - violazione dei principi di buon andamento imparzialità e trasparenza. Sproporzionalità: il Comune di Ceppaloni non ha mai predisposto il contratto né invitato la ricorrente (che ben avrebbe potuto contestualmente costituire l'a.t.i.) alla sottoscrizione;

- violazione di legge - eccesso di potere (arbitrarietà- carenza assoluta di motivazione e di istruttoria- erronea presupposizione di fatto e diritto - ingiustizia manifesta - sviamento- perplessità- difetto del presupposto -abnormità) - violazione del principio del legittimo affidamento – non discriminazione e massima partecipazione - violazione dei principi di buon andamento imparzialità e trasparenza. Sproporzionalità – contraddittorietà della motivazione: il Comune di Ceppaloni ha riscontrato solo parzialmente le note inviate dalla ricorrente in risposta alla comunicazione di avvio del procedimento, nulla deducendo in ordine agli inadempimenti contestati con pec del 19/08/2020 da parte del legale del Calandro;

- carente ponderazione degli interessi in conflitto: il Comune ha omesso di comparare l'interesse pubblico e quello privato, tenendo nella dovuta considerazione il fatto che giammai ha invitato le ditte per la sottoscrizione del contratto e che – per contro – il servizio è stato gestito per oltre due anni in assenza di contestazione.

2 - Ha resistito al gravame il Comune di Ceppaloni, eccependo in via preliminare la carenza di giurisdizione dell'adita A.G.: il provvedimento origina, infatti, da inadempimenti successivi all'aggiudicazione, radicando posizioni di diritto soggettivo scrutinabili unicamente dal G.O.

3 - Alla camera di consiglio del 9/6/21, sulle conclusioni delle parti in collegamento da remoto, il Collegio, previo avviso della possibile definizione del ricorso con sentenza breve, ha riservato la decisione.

4 - È fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa del Comune di Ceppaloni.

4.1 - In punto di diritto, giova richiamare il recente precedente di Sezione costituito dalla sentenza 4528/2020 (ad altri e non pertinenti fini – secondo quanto appresso si chiarirà – invocata dalla stessa parte ricorrente):

“6 - Necessita in limine litis verificare la sussistenza della giurisdizione dell'adito Tribunale, muovendo dal costante insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui “la giurisdizione si determina non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, della causa petendi, ossia della oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione” (ord. 20 novembre 2013 n. 26032; ord. 27 febbraio 2012, n. 2926, richiamate da Cons. Stato, A.P. n. 13/2014).

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a., sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.

6.1 – La tematica del riparto di giurisdizione in materia di “procedure di affidamento” è stata recentemente approfondita dal Consiglio di Stato, pervenuto alle seguenti condivisibili conclusioni: “Nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le “procedure di affidamento” strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la “stipula del contratto” e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. [...omissis...] Se i due confini “esterni” (l'aggiudicazione e, rispettivamente, la stipula del contratto) non sono in discussione (tanto che il relativo criterio di riparto è del tutto consolidato nella elaborazione giurisprudenziale), a qualche dubbio (ed anche a qualche recente incertezza pretoria) hanno dato luogo gli atti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue la prima e precede il secondo. [...omissis...] Occorre, tuttavia, considerare la possibilità che, in tale fase procedimentale, intervenga la c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, per solito giustificata da ragioni di urgenza: in tal caso, l'instaurazione di un rapporto contrattuale (che trae, comunque, titolo

nell'esito della fase selettiva) prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva, che deve considerarsi rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento. Del resto, per questo profilo, è da tempo è acquisita l'idea che la responsabilità contrattuale discenda dalla violazione della lex contractus, cioè dal complesso delle obbligazioni giuridicamente impegnative, non essendo necessaria la formale stipula di un contratto.

Devono, allora, distinguersi – in relazione alle vicende che trovino collocazione, come nel caso di specie, tra l'aggiudicazione (definitiva ed efficace) e la stipula del contratto – tre diverse eventualità:

a) ove l'Amministrazione (come le è concesso: cfr., di nuovo, art. 30, comma 8) adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione (trattandosi di "coda autoritativa" della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione o di riesame) spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo (vantando il privato mere situazioni soggettive di interesse legittimo);

b) ove l'Amministrazione "receda" dal rapporto negoziale anticipatamente costituito, in presenza di fatti di inadempimento ad attitudine risolutiva od anche in forza della facoltà di unilaterale sottrazione al vincolo, ex artt. 109 d. lgs. n. 50/2016 e 21 sexies l. n. 241/1990, la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (essendo, come vale ripetere, indifferente il dato formale della avvenuta stipula del contratto);

c) ove, infine, l'Amministrazione si determini – non già per l'inadempimento alle "prestazioni" oggetto di impegno negoziale (artt. 1173 e 1218 c.c.), ma per l'inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della lex specialis di procedura o di vincolante precetto normativo, alla verifica di correttezza della aggiudicazione – la giurisdizione (trattandosi propriamente di misura decadenziale, che incide, con attitudine rimotiva, sulla efficacia dell'aggiudicazione, legittimando il "rifiuto di stipulare" il contratto) spetterà ancora al giudice amministrativo" (per tutte, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2/8/2019 n. 5498, ripreso da TAR Sicilia, sez. II, sent. 8/11/2019 n. 2574)".

4.2 - Alla luce delle suesposte coordinate ermeneutiche, la vicenda in esame si sottrae alla giurisdizione di questo Giudice, dal momento che quello impugnato è ad ogni evidenza un provvedimento con il quale il Comune ha inciso su un rapporto contrattuale già in essere (per effetto della consegna della struttura e della gestione del complesso nelle more della stipula del contratto

avvenuta in data 18/4/18 – all. 10 al ricorso), determinandone la cessazione in ragione di supposti inadempimenti del gestore.

Diversamente da quanto opinato dalla parte ricorrente, il provvedimento impugnato non è pertanto qualificabile come annullamento dell'aggiudicazione (in ipotesi) illegittima, difettandone il presupposto: da nessuna delle circostanze poste a sostegno dell'atto, infatti, è dato inferire che il Comune abbia inteso intervenire in autotutela su un'aggiudicazione ritenuta viziata, risultando dalla piana lettura della determina che l'ente abbia, invece, inteso sciogliersi dal vincolo contrattuale in ragione di svariati inadempimenti della costituenda a.t.i.

4.2.1 - La fattispecie è evidentemente non sovrapponibile a quella scrutinata nel precedente di Sezione innanzi citato relativo ad un atto di "revoca" che il Tribunale ha (invece) riqualificato come annullamento d'ufficio della illegittima aggiudicazione definitiva, siccome motivato con l'omessa indicazione dell'area di cantiere, a detta del Comune integrante una causa escludente erroneamente non rilevata in sede di svolgimento della gara.

4.3 - Per contro, in fattispecie analoga a quella in esame (quale può essere ritenuta la "controversia che si colloca tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto e che è incentrata su questioni attinenti agli adempimenti reciproci propedeutici alla conclusione del contratto di locazione (consegna dell'immobile, in uno stato idoneo all'uso da parte del locatore, pagamento di tutti gli oneri da parte del conduttore) è stato affermato dalla Sezione: *"Osserva il Collegio che il provvedimento impugnato, ancorché definito di revoca ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, non è espressione di un potere autoritativo di rivalutazione discrezionale dell'interesse pubblico alla conclusione del contratto ma va qualificato come pronuncia di decadenza per la (pretesa) addebitabilità alla ricorrente della mancata stipula del contratto (o, più precisamente come dichiarazione di recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, espressione, questa, di un potere di natura privatistica). La posizione della ricorrente è, quindi, di diritto soggettivo e non di interesse legittimo (inciso dall'esercizio di un potere pubblicistico di autotutela per nuova valutazione dell'interesse pubblico – revoca – o per vizi di legittimità della procedura di gara – annullamento) con conseguente devoluzione della controversia (anche con riguardo alle altre domande di accertamento e condanna articolate in ricorso) alla giurisdizione del giudice ordinario"* – sent. 20/1/21 n. 439.

5 - Alla stregua delle considerazioni svolte, va dichiarato il difetto di giurisdizione dell'adito Tribunale amministrativo regionale. Ai sensi dell'art. 11 c.p.a., va individuata nel giudice ordinario l'autorità munita di giurisdizione, dinanzi alla quale il processo dovrà essere riassunto, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta.

6 - L'esito in rito della controversia giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione, fatti salvi gli effetti di cui all'art. 11 c.p.a.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2021 - tenutasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n. 137/2020, convertito dalla L. n. 176/2020, e al D.P.C.S. del 28 dicembre 2020 – con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Viviana Lenzi, Primo Referendario, Estensore