

GIURISDIZIONE: Contratti attivi - Contratti attivi P.A. - Scelta del contraente da parte dell'Ente pubblico - Giurisdizione del Giudice amministrativo - Sussiste.

Tar Campania - Salerno, Sez. I, 22 marzo 2021, n. 727

“[...] il procedimento di scelta del contraente da parte di un ente pubblico, anche nei contratti attivi della pubblica amministrazione, ricade, comunque, nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo. Non può infatti obliterarsi che [...] l'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016 sottopone anche la conclusione dei contratti attivi dai quali derivi un'entrata per l'Amministrazione al rispetto di principi e regole procedurali che determinano la cognizione del giudice amministrativo. Come precisato dalla giurisprudenza “alla piena applicazione dei principi in questione, pertanto, non può che corrispondere la giurisdizione del giudice amministrativo. Non si vede, infatti, come potrebbe assicurarsi il rispetto dei parametri sopra indicati se non attraverso una procedura concorrenziale, disciplinata da regole autoritativamente imposte ed in rapporto alla quale, correlativamente, sussiste un interesse legittimo dei partecipanti al corretto esercizio del potere [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 24 gennaio 2021 e depositato il successivo 16 febbraio la società consortile Irpiniacom ha impugnato la delibera della Giunta Esecutiva della Comunità Montana dell'Ufita n. 140 del 26 novembre 2020, pubblicata il 1° dicembre 2020, mediante la quale si è preso atto della proposta contrattuale di locazione dell'immobile denominato “Fiere della Campania” e delle sue pertinenze formalizzata dal Consorzio Hirpinia AV ed è stato approvato il relativo schema di contratto, nonché l'ulteriore documentazione in epigrafe indicata, ivi incluso il contratto stipulato.

1.1. Espone la ricorrente che il richiamato Centro Fieristico, ubicato in località Casone del Comune di Ariano Irpino e realizzato con il contributo regionale, ha la finalità di promuovere le aziende ed i prodotti dell'Ufita attraverso manifestazioni fieristiche ed eventi promozionali, svoltisi ininterrottamente da marzo 2012 (inizio attività del complesso) a settembre 2020, in grado di far conoscere e apprezzare i prodotti del Comprensorio nel mercato regionale, nazionale e internazionale. In tale quadro, Irpiniacom in data 28 maggio 2020 ha inoltrato alla Comunità Montana un'espressa e formale manifestazione di interesse per la gestione del complesso fieristico, ribadita in data 4 settembre 2020, a mezzo della quale si dichiarava disponibile ad acquisire l'affidamento in gestione della infrastruttura, a condizioni da concordare con l'Ente, per potervi svolgere le azioni necessarie per il perseguimento degli scopi e delle finalità sociali della

Cooperativa coincidenti con quelle perseguite dalla Comunità Montana. A tale manifestazione di interesse la Comunità Montana ha replicato in data 8 settembre 2020, rappresentando che *“la proposta formulata troverà adeguata considerazione al momento in cui sarà cura dell’Esecutivo di questo Ente prevedere la definitiva destinazione del complesso fieristico in ragione del programma amministrativo di questa consiliatura”*. Successivamente, con l’impugnata delibera n. 140 del 26 novembre 2020, la Giunta Esecutiva della Comunità Montana ha approvato uno schema contrattuale per la locazione dell’immobile, individuando come contraente il Consorzio Hirpinia Av, che utilizzerà l’immobile per la durata di sei anni come base logistica per persone e mezzi da impiegare nel cantiere per la realizzazione di opere relative alla stazione Hirpinia, dietro pagamento di un canone annuo di euro 100.000,00. Il relativo contratto di locazione è stato poi stipulato il 4 dicembre 2020. Con comunicazione del 15 dicembre 2020 la ricorrente ha chiesto alla Comunità Montana l’annullamento in autotutela della delibera; la Comunità, con nota del 5 gennaio 2021, ha rigettato la richiesta e ha ribadito la validità e l’efficacia degli atti sino ad allora compiuti.

2. Avverso la delibera n. 140 del 26 novembre 2020 ed i connessi atti precedenti e/o consequenziali (ivi compreso il contratto di locazione) insorge la ricorrente, articolando due motivi di gravame, appresso sintetizzati:

Violazione degli artt. 3 e 97 Cost.- Difetto di motivazione - Eccesso e/o sviamento di potere – Trattamento discriminatorio - Violazione e falsa applicazione delle direttive impartite dal Consiglio Generale della Comunità Montana e contenute nelle deliberazioni del consiglio n.8 del 23/04/2019 e n.20 del 09/10/2017 - Violazione e falsa applicazione dell’art. 10, comma 3, lettera i) della L.R. n. 12/2008 – Violazione e falsa applicazione dell’art. 4 del d. lgs. n. 165 del 2001, rubricato : “Indirizzo politico-amministrativo. Funzioni e responsabilità”, dell’art. 40 dello Statuto della C.M.U., e dell’art. 42 del TUEL n. 267/2000 – Incompetenza dell’organo - Violazione dei principi di correttezza dell’azione amministrativa - Contraddittorietà - Difetto di ragionevolezza ed illogicità del provvedimento - Disparità di trattamento e disuguaglianza manifesta - Vizio e sviamento della funzione amministrativa: in palese contrasto rispetto alle direttive imposte dal Consiglio Generale con delibera n. 8 del 23 aprile 2019 (ed ancor prima con delibera n. 20 del 9 ottobre 2017) con le quali veniva approvato l’avviso pubblico per l’affidamento del Centro Fieristico “Fiere della Campania”, con l’impugnata delibera n. 140 del 2020 la Giunta Esecutiva della Comunità ha concesso il complesso fieristico in locazione al di fuori di qualsivoglia procedura di gara e ad un soggetto che non esercita né intende esercitare attività di organizzazione e gestione di eventi fieristici. La delibera n. 140 del 2020 è inoltre affetta da incompetenza poiché, ai sensi dell’art. 10, comma 3, lettera i) della L.R. n. 12/2008, ricadono nella competenza del Consiglio

Generale della Comunità tutti gli atti che non rientrano della ordinaria amministrazione, fra cui è da includere la sottrazione del complesso edilizio al suo fine istituzionale mediante la locazione a privati dell'immobile e delle sue aree pertinenziali. Il contratto di locazione, oltre ad essere colpito da illegittimità derivata, sarebbe a sua volta affetto da incompetenza poiché firmato dal Presidente della Comunità Montana e non da un dirigente dell'Ente;

Violazione e/o falsa applicazione dell'art.1 della Legge n.97 del 31/01/1994 e degli artt.2 e 3 dello Statuto della Comunità Montana dell'Ufita - Violazione degli artt. 3 e 97 Cost..- Difetto di motivazione - Eccesso e/o sviamento di potere - Violazione dei principi di correttezza ed imparzialità dell'azione amministrativa-Contraddittorietà - Difetto di ragionevolezza ed illogicità del provvedimento: a mezzo della delibera impugnata la Giunta Esecutiva ha travisato i fini istituzionali della Comunità Montana quale soggetto promotore dello sviluppo socioeconomico del proprio territorio, per rincorrere soluzioni lucrative improvvisate, inappropriate, incongrue, per di più in contrasto con tutti gli atti adottati dall'Ente, senza averne le competenze.

3. Si sono costituite la Comunità Montana e la controinteressata Consorzio Hirpinia AV, eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto giurisdizione nonché per carenza di interesse, e insistendo in ogni caso per il rigetto nel merito.

4. Alla camera di consiglio del 9 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione ai fini della definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, come da richiesta formulata dalla ricorrente (con note di udienza dell'8 marzo 2021) e dalla controinteressata (nella memoria del 5 marzo 2021), altresì tenuto conto che, in ogni caso, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020 n. 176, la sentenza ex art. 60 c.p.a. può essere pronunciata omissa ogni avviso. Ritiene infatti il Collegio che il giudizio possa essere definito con sentenza resa in esito all'udienza cautelare essendo trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione, non essendovi necessità di integrare il contraddittorio, risultando completa l'istruttoria e non avendo alcuna delle parti dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o di giurisdizione.

5. Vanno preliminarmente scrutinate le eccezioni formulate in rito dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata.

5.1. Occorre principiare dall'eccezione di difetto di giurisdizione, basata essenzialmente sulla circostanza che la delibera impugnata, lungi dal rappresentare sotto il profilo sostanziale un provvedimento autoritativo di tipo amministrativo di spendita di potere pubblicistico, si configurerebbe quale atto con il quale l'ente dispone *iure privatorum* dell'immobile di cui è

proprietaria, ricadente nel proprio patrimonio disponibile; verrebbe dunque in rilievo un contratto di locazione, affidato - in sede contenziosa - alla giurisdizione del giudice ordinario.

5.1.1. L'eccezione non è condivisibile.

5.1.2. In disparte la giurisdizione sulla concessione dei beni pubblici di cui all'art. 133, comma 1, lett. b), del c.p.a., il procedimento di scelta del contraente da parte di un ente pubblico, anche nei contratti attivi della pubblica amministrazione, ricade, comunque, nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo. Non può infatti obliterarsi che (come verrà più diffusamente chiarito ai §§ 6.2. e ss.) l'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016 sottopone anche la conclusione dei contratti attivi dai quali derivi un'entrata per l'Amministrazione al rispetto di principi e regole procedurali che determinano la cognizione del giudice amministrativo. Come precisato dalla giurisprudenza *“alla piena applicazione dei principi in questione, pertanto, non può che corrispondere la giurisdizione del giudice amministrativo. Non si vede, infatti, come potrebbe assicurarsi il rispetto dei parametri sopra indicati se non attraverso una procedura concorrenziale, disciplinata da regole autoritativamente imposte ed in rapporto alla quale, correlativamente, sussiste un interesse legittimo dei partecipanti al corretto esercizio del potere (cfr. TAR Lazio, Sez. III, n. 7130 del 26 giugno 2018)”* (T.A.R. Sardegna, sez. I, 4 marzo 2019, n. 188). Non depone in senso contrario la giurisprudenza richiamata dalla controinteressata, che, nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario sul contratto di locazione, si riferisce a controversie riguardanti la fase esecutiva (quali la risoluzione del rapporto nel caso deciso da T.A.R. Umbria, sez. I, 19 febbraio 2020, n. 105) e non già la genesi del rapporto.

5.1.3. L'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, pertanto, deve essere respinta (a differenza della eccezione riguardante specificamente il contratto stipulato, sulla quale cfr. *infra* al § 7.3).

5.2. Le controparti eccepiscono poi l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e di legittimazione della ricorrente che, a fronte di una specifica proposta contrattuale di locazione del complesso fieristico avanzata dal Consorzio Hirpinia AV, si sarebbe limitata a far pervenire una generica manifestazione di interesse alla gestione dell'immobile (non corredata di alcuna indicazione delle condizioni contrattuali e non seriamente valutabile anche per l'omessa considerazione del fenomeno pandemico in corso) e pertanto nessuna utilità potrebbe ricavare dall'annullamento del provvedimento gravato.

5.2.1. L'eccezione non può essere accolta.

5.2.2. La ricorrente, lungi dall'agitare un interesse di mero fatto, lamenta lo scorretto esercizio di un potere pubblico nell'ambito di un'attività che non è rimessa alla autonomia negoziale della P.A. ma

che ha rilevanza pubblicistica in quanto conformata dai principi dell'art. 97 Cost. e da quelli europei desumibili dal Trattato e dalle stesse norme di contabilità di Stato, assumendo la lesione del proprio interesse legittimo pretensivo a poter concorrere all'utilizzo particolare di un bene la cui connotazione pubblicistica (in disparte l'ascrivibilità al patrimonio disponibile o indisponibile) non è revocata in dubbio. In tale quadro, l'interesse fatto valere in giudizio dalla ricorrente è quello strumentale alla caducazione dell'atto di affidamento diretto del bene e all'attivazione di una procedura di valutazione che assicuri il rispetto di regole minimali di evidenza pubblica; in tale fase, pertanto, non assume rilevanza un confronto fra le condizioni economiche offerte dalla ricorrente e dalla controinteressata, costituendo, quest'ultimo, elemento che assume semmai rilevanza solo in sede di successivo confronto concorrenziale.

6. Può quindi passarsi all'esame del merito del gravame.

6.1. Il Collegio ritiene che nella fattispecie controversa venga effettivamente in rilievo la stipula di un contratto di locazione e non già una concessione di beni pubblici, sulla base delle seguenti considerazioni.

6.1.1. Come noto, ai fini dell'inclusione di un bene nel patrimonio indisponibile deve sussistere il doppio requisito - soggettivo e oggettivo - della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico e dell'effettiva e attuale destinazione del bene al pubblico servizio: *“ai fini dell'inclusione di un bene nel patrimonio indisponibile comunale è necessaria la sussistenza di due condizioni congiunte, l'una soggettiva e l'altra oggettiva: la manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico, desumibile da un espresso atto amministrativo, di destinare quel determinato bene a un pubblico servizio, e l'effettiva e attuale destinazione del bene a pubblico servizio”* (Consiglio di Stato, sez. V, 2 febbraio 2020, n. 5779).

6.1.2. Nel caso di specie, in punto di fatto occorre rilevare che, con deliberazione di G.E. n. 322 del 28 novembre 2000, la Comunità Montana dell'Ufita ha manifestato interesse all'acquisto di un complesso industriale di proprietà dell'Ente Irrigazione, ubicato in località Casone di Ariano Irpino, al fine di destinare tale immobile ad attività di valorizzazione e commercializzazione di prodotti agricoli della zona. Tale finalità è stata ribadita nell'atto di compravendita dell'immobile (Rep. n. 79608 del 9 maggio 2005) e nella delibera n. 13 del 5 febbraio 2005, con la quale è stata autorizzata la stipula del relativo rogito notarile. Con provvedimento n. 64 del 15 giugno 2007 il Comune di Ariano Irpino ha poi rilasciato alla Comunità il permesso di costruire per la rifunzionalizzazione dell'edificio per la valorizzazione dei prodotti tipici dell'Ufita; con delibera n. 5 del 10 gennaio 2014, la Giunta esecutiva ha approvato il progetto definitivo dei lavori di miglioramento e completamento Centro fieristico per la valorizzazione dei prodotti dell'Ufita, ammesso al

finanziamento a valere sul POR Campania FESR 2007/13 con delibera di Giunta Regionale n. 111 del 24 aprile 2014. Di seguito, con deliberazione di Consiglio Generale n. 20 del 9 ottobre 2017 veniva espressa *“positiva direttiva alla sperimentazione di una gara pubblica per la concessione del Centro Fieristico previa istruttoria tecnica di un bando di gara nel quale prevedere le riserve seguenti... -di riservare alla giunta esecutiva la competenza a dare in affitto occasionale il Centro”*. Con successiva delibera di Consiglio Generale n. 8 del 23 aprile 2019, *“considerato che è intenzione dell’Ente affidare ad un concessionario tutta la gestione organizzativa del Centro Fieristico a mezzo di una gara ad evidenza pubblica”* è stato approvato l’avviso pubblico per l’affidamento del centro fieristico.

6.1.3. La presenza di una pluralità di atti mediante i quali la Comunità Montana ha, nel tempo, manifestato la volontà di destinare il complesso immobiliare alla valorizzazione dei prodotti dell’Ufita, ed ha effettivamente utilizzato il complesso per tale finalità (come comprovato dalla documentazione in atti relativa allo svolgimento di plurime manifestazioni fieristiche) non soddisfa, tuttavia, la doppia condizione di cui al § 6.1.2, necessaria per l’ascrivibilità del bene nel novero dei diritti indisponibili, non ravvisandosi una destinazione a “servizio pubblico”.

6.1.4. In proposito si osserva che, come chiarito dalle Sezioni Unite della Cassazione (sia pure ai fini della delimitazione della giurisdizione esclusiva ex art. 33 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80) con sentenza 30 marzo 2000, n. 71, *“il servizio si qualifica come "pubblico" perché l’attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell’amministrazione pubblica (che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l’attività di privati). Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell’attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali”*. Nel caso esaminato dalle Sezioni Unite si è, così, affermato che *“l’attività di produzione e distribuzione di farmaci da parte delle case farmaceutiche non si indirizza istituzionalmente al pubblico, servendo a rifornire strutture (ospedaliere e farmaceutiche) che soddisfano successivamente le esigenze della collettività”*. Le medesime considerazioni, *mutatis mutandis*, si attagliano al caso di specie, considerato che il complesso immobiliare era destinato all’attività di promozione delle aziende e dei prodotti dell’Ufita attraverso la programmazione di manifestazioni fieristiche. Analogamente al caso deciso dalla Suprema Corte dunque, l’attività di cui si tratta non è rivolta direttamente e istituzionalmente al pubblico, ma alle imprese operanti nella zona; ne discende che il bene non può ritenersi destinato ad un pubblico servizio, pur se l’attività a mezzo di

esso svolta corrisponda ad un interesse pubblico (segnatamente, la valorizzazione dei prodotti dell'Ufita e lo sviluppo imprenditoriale dell'area).

6.1.5. Di conseguenza, lo strumento giuridico attraverso il quale concedere a terzi il diritto di (mera) utilizzazione del bene è rappresentato dallo schema negoziale privatistico della locazione, come chiarito dalla giurisprudenza, che evidenzia come: *“questa corretta impostazione, incentrata sulla diversa natura oggettiva dei beni, pur soggettivamente riferibili al titolare pubblico, determina anche conseguenze in ordine alla individuazione degli strumenti giuridici utilizzabili per attribuire a soggetti terzi il diritto di utilizzazione. 18. Tali mezzi non sono affatto fungibili per tutti i beni soggettivamente appartenenti all'amministrazione, ma devono risultare congruenti alle regole proprie di ciascuna categoria di beni. In tale prospettiva, il modulo pubblicistico della concessione appare l'unico pienamente compatibile con il regime dei beni pubblici in senso stretto (patrimonio indisponibile e demanio). Non sembra avere spazio, invece, lo schema normativo della locazione di diritto comune, se non nei limitati margini in cui la relativa disciplina sia puntualmente recepita nelle convenzioni accessive al provvedimento, oppure esprima alcuni principi di carattere generalissimo, idonei a colmare eventuali lacune di disciplina del rapporto”* (Consiglio di Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6265) e che *“in difetto di tali condizioni e della conseguente ascrivibilità del bene al patrimonio indisponibile, la cessione in godimento del bene medesimo in favore di privati non può essere ricondotta ad un rapporto di concessione amministrativa (demaniale), ma, inerendo ad un bene facente parte del patrimonio disponibile, al di là del nomen iuris che le parti contraenti abbiano inteso dare al rapporto, essa viene ad inquadrarsi nello schema privatistico della locazione”* (Consiglio di Stato, sez. V, 8 luglio 2019, n. 4784).

6.2. L'aver inquadrato il rapporto giuridico instaurato fra la Comunità Montana e la controparte nello schema negoziale della locazione non conduce, tuttavia, al rigetto del ricorso, risultando viceversa fondate le censure con le quali la ricorrente si duole della violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità.

6.2.1. Ai sensi degli artt. 4 e 17, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016 (ma anche sulla base del previgente art. 19 del D.lgs. n. 163/2016), sono esclusi dalla procedura di evidenza pubblica i contratti attivi (dai quali derivi un'entrata alla P.A.) ed i contratti passivi aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili.

6.2.2. Ciò tuttavia non significa che la pubblica amministrazione possa liberamente, al pari del contraente privato, individuare la propria controparte negoziale, mediante le modalità ritenute più opportune.

6.2.3. Già nell'interpretazione giurisprudenziale era stata affermata l'inerenza dei principi e delle regole di evidenza pubblica anche ai contratti attivi stipulati dalle pubbliche amministrazioni in quanto derivante direttamente dal Trattato sul funzionamento dell'U.E. le cui disposizioni "*trovano attuazione non solo nelle ipotesi in cui una puntuale prescrizione del diritto comunitario derivato ne renda obbligatorio l'utilizzo ma, più in generale, in tutti i casi in cui un soggetto pubblico decida di individuare un contraente per l'attribuzione di un'utilitas di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato*" (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280).

6.2.4. Tali conclusioni trovano ora pieno riconoscimento nell'art. 4 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a mente del quale "*L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*".

6.2.5. Per l'affidamento dei contratti attivi, espressamente inclusi nel citato art. 4 in virtù dell'art. 5 del decreto correttivo al codice dei contratti pubblici (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, art. 5, comma 1), non è previsto il ricorso alla procedura di evidenza pubblica, ed è dunque sufficiente - ma al contempo necessario - lo svolgimento di una procedura di valutazione idonea a rispettare i richiamati principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (Consiglio di Stato, comm. spec., parere del 10 maggio 2018, n. 1241). Anche per tale tipologia di contratti, dunque, si richiede il rispetto di regole minimali di evidenza pubblica, di matrice eurounitaria, a tutela della concorrenza e del mercato in corrispondenza della cessione di beni che appartengono alla collettività.

6.3. Nella controversia in esame la Comunità Montana ha disatteso tali regole minimali di pubblicità e trasparenza, procedendo in via diretta all'individuazione del contraente per la stipula del contratto di locazione, nonostante la presenza di formali manifestazioni di interesse da parte di altri operatori.

6.3.1. Non rilevano in senso contrario le argomentazioni spese dalla Comunità Montana nella memoria del 5 marzo 2021. In particolare, la circostanza che la procedura di evidenza pubblica indetta per l'affidamento esterno della gestione, giusta delibera n. 8/2019, sia andata deserta (circostanza peraltro contestata da parte ricorrente, secondo la quale la gara non sarebbe stata indetta, e contraddetta anche dal tenore della nota indirizzata dalla Comunità Montana al procuratore della ricorrente in data 5 gennaio 2021, ove si legge: "*per motivi aderenti alla propria azione amministrativa e, comunque, ignoti all'attuale Giunta, l'Esecutivo del tempo non intese dare*

seguito alle disposizioni contenute nella deliberazione consiliare n. 8/2019”) non assume in ogni caso rilievo dirimente. Se deve convenirsi che *“la trattativa privata per l’assegnazione di un bene per il quale il mercato, regolarmente consultato con una procedura ad evidenza pubblica, non ha mostrato un concreto interesse, non contrasta con i principi di economicità e di efficacia dell’azione amministrativa, in quanto l’affidamento senza gara, a condizioni pari alla base d’asta individuata nel bando, consente all’Amministrazione di ritrarre dal bene la giusta remuneratività. La trattativa privata non si pone in contrasto neppure con i principi di imparzialità e di parità di trattamento, in quanto il confronto concorrenziale risultava già assicurato dall’indizione della gara andata deserta”* (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 24 dicembre 2020, n. 2595), occorre tuttavia rilevare come, nel caso di specie, il confronto concorrenziale non ha avuto modo di esplicarsi atteso che, come ammesso dalla stessa Comunità Montana, la gara aveva un oggetto (affidamento diretto della gestione) nettamente diverso dalla modalità di utilizzazione del bene poi prescelta (locazione). Né considerazioni in ordine ai contenuti economici della manifestazione di interesse formulata dalla ricorrente o all’importo indicato nello schema di avviso pubblico come prezzo a base di gara, potevano condurre ad obliterare le richiamate esigenze di trasparenza, mentre avrebbero consentito, semmai, in sede di valutazione comparativa, di privilegiare la proposta contrattuale formulata dalla controinteressata. Il principio di economicità, invocato dalla Comunità a sostegno della legittimità del proprio operato, se giustifica il ricorso al modulo della locazione onde assicurare lo sfruttamento delle potenzialità economiche del bene, non consente tuttavia di pretermettere il (concorrente e non alternativo) principio di pubblicità e trasparenza dell’azione amministrativa.

6.4. Stante il carattere dirimente della censura, può farsi luogo all’assorbimento delle restanti doglianze articolate da parte ricorrente.

7. Non si ritiene per contro di poter dare ingresso alla collegata domanda di *“revoca/annullamento”* del contratto di locazione.

7.1. Sul punto, il Collegio non può che dichiarare - in accoglimento della specifica eccezione formulata dalle controparti - il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

7.2. Si richiama, al riguardo, l’autorevole insegnamento dell’Adunanza Plenaria (sent. n. 10/2011) la quale ha statuito che *“al di fuori dei casi in cui l’ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla "sorte del contratto" che si pone a valle di un procedimento amministrativo viziato (v. art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a., in tema di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, e forniture), secondo l’ordinario criterio di riparto di giurisdizione spetta al giudice amministrativo conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, e al giudice ordinario dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo*

presupposto dal contratto”, precisando peraltro, per quanto di interesse, che “tale riparto di giurisdizione non fa però venire meno l’interesse a impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti amministrativi prodromici di un negozio societario, atteso che il loro annullamento produce un effetto viziante del negozio societario a valle, con la conseguente possibilità di: - azionare rimedi risarcitori; - impugnare il negozio societario davanti al giudice ordinario; - chiedere all’Amministrazione l’ottemperanza al giudicato amministrativo, e, in caso di perdurante inottemperanza, adire il giudice amministrativo che in sede di ottemperanza può intervenire sulla sorte del contratto (Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008 n. 9)”.

Si veda, in proposito, anche quanto affermato da questo Tribunale, secondo cui <<gli atti della fase pubblicistica rappresentano un "presupposto" legale del contratto, incidente come tale *ab externo* sulla struttura negoziale in termini che (non potendo configurarsi in termini di invalidità della fattispecie) incidono, sotto il profilo effettuale, in termini di inefficacia>> (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16/09/2014, n. 1604) nonché dalla Adunanza Plenaria, secondo cui <<la separazione imposta dall’art. 103, co. 1, cost. tra il piano negoziale e quello procedimentale, se preclude ogni pronuncia da parte del giudice amministrativo sul regolamento dei rapporti con l’aggiudicatario connessi all’annullamento dell’atto illegittimo (Cass. SS.UU. 28 dicembre 2007, n. 27169), non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell’effetto conformativo sia da parte dell’amministrazione, nell’esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell’ottemperanza, nell’eventuale fase dell’esecuzione>> (Adunanza Plenaria, 30 luglio 2008, n. 9).

8. In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, fatta eccezione per il contratto, in ordine al quale va declinata la giurisdizione del giudice amministrativo, appartenendo la cognizione al giudice ordinario, dinanzi al quale ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 11, comma 2, c.p.a. il giudizio potrà essere riassunto entro il termine perentorio di tre mesi, facendo salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda già presentata.

9. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie la domanda caducatoria proposta dalla ricorrente con riferimento alla delibera della Giunta Esecutiva della Comunità Montana dell’Ufita n. 140 del 26/11/2020 e, per l’effetto, annulla il suddetto provvedimento impugnato;

- dichiara inammissibile, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, la domanda di “revoca/annullamento” del contratto di locazione, nei sensi di cui in motivazione;
- condanna la Comunità Montana resistente e la controinteressata (*pro quota* al 50% per ciascuna di esse) alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di lite, liquidate in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre C.P.A. ed I.V.A. come per legge e restituzione del contributo unificato ove dovuto e versato.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Anna Saporito, Referendario, Estensore