

Pubblicato il 03/01/2020

N. 00006/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00521/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 521 del 2019, proposto da Sistec S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Corrado Mastropiero e Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Noicattaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Emanuele Petronella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ma.Co. Group S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di idonee misure cautelari:

- della determinazione dirigenziale del Comune di Noicattaro n. 230 del 9.4.2019 e di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale, ivi comprese, ove occorra, le note del Comune di Noicattaro prot. n. 5822 e n.

5823 del 18.03.2019;

- nonché per l'accertamento e la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato tra il Comune di Noicattaro e l'aggiudicataria della gara;

e per la condanna del Comune di Noicattaro al risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Noicattaro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2019 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale medesimo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 7.05.2019 e depositato in Segreteria in data 10.05.2019 la società Sistec S.r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere la pronuncia meglio indicata in oggetto.

La vicenda in esame trae origine dall'aggiudicazione definitiva - intervenuta in favore della ricorrente in data 16.11.2018 - della procedura aperta indetta dal Comune di Noicattaro per la realizzazione del "*Sistema di videosorveglianza urbana*", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo complessivo di euro 216.6000,00, comprensivo di euro 5.000,00, per oneri della sicurezza, oltre IVA.

In ragione dei "*non pochi eventi di natura vandalica, che hanno caratterizzato il territorio del Comune di Noicattaro*", con nota prot. 1082 del 17.01.2019, il RUP disponeva che la Direzione lavori procedesse alla consegna del cantiere

“sotto riserva nelle more della stipulazione del contratto, al fine di rendere sicure nell'immediato talune aree e di garantire l'ordine pubblico”.

In pari data il Direttore dei lavori convocava dunque la ricorrente presso il Comune di Noicattaro per il giorno 23.01.2019 per *“ la consegna dei lavori sotto riserva di legge, ai sensi dell'art.5 comma 2 del D.M. 49/2018”*, ed in detta data, conseguentemente il Direttore dei lavori provvedeva *alla “ consegna parziale”* e *“sotto riserva di legge”* del cantiere, *“nelle more della acquisizione di tutte le autorizzazioni da parte degli uffici competenti alla installazione delle apparecchiature ubicate presso strutture private”.*

A seguito di detta consegna, parte ricorrente riscontrava tuttavia l'esistenza in loco di svariati *“imprevisti [...] che precludono l'avanzamento dei lavori”* e di tanto, procedeva quindi alla segnalazione al Direttore dei lavori, con email del 12.02.2019 e del 15.02.2019, nonché con p.e.c. del 22.02.2019, dichiarando di essere in attesa delle necessarie direttive.

Con nota D.L. del 26.02.2019, il Direttore dei lavori ne informava il RUP, con conseguente richiesta *“dell'utilizzo delle somme per i lavori in economia ed imprevidi già presenti nel quadro economico rispettivamente ai punti B7) e B2), al fine di poter far fronte alle problematiche sopra riscontrate”.*

In data 27.02.2019, il Comune di Noicattaro trasmetteva dunque alla ricorrente una *“richiesta documentazione e spese contrattuali”*, non tenendo conto - secondo quanto dedotto da parte ricorrente - della detta richiesta urgente del Direttore dei lavori.

In riscontro a quanto sopra, la Sistec S.r.l. rispondeva evidenziando di aver predisposto tutta la documentazione necessaria e di essere in attesa della comunicazione circa la data per la stipula, comunicazione, quest'ultima, rimasta, in tesi, ugualmente priva di riscontro da parte della Amministrazione convenuta; di talché, a distanza di quasi quattro mesi dal provvedimento di aggiudicazione, la Stazione Appaltante non procedeva alla stipula del contratto.

Del pari priva di riscontro rimaneva la richiesta della ricorrente delle direttive necessarie alla soluzione degli “*imprevisti*” occorsi a seguito della consegna parziale e sotto riserva di legge dei lavori appaltati, inducendo la Sistec S.r.l. a sollecitare nuovamente la Stazione appaltante ad assumere determinazioni in merito.

Con nota prot. n. 5822 del 18.03.2019 a firma del RUP e del Dirigente comunale di settore, la Stazione Appaltante riscontrava la richiesta della ricorrente, diffidandola “*all'immediata ripresa dei lavori*” e contestualmente comunicandole che “*la mancata ripresa dei lavori e il mancato ritiro degli imprevisti formulati con nota pec del 22.02.2019 alla Direzione Lavori, entro il termine di giorni sette dal ricevimento della presente, comporterà la revoca dell'aggiudicazione definitiva*”.

Con nota trasmessa a mezzo p.e.c., la ricorrente riscontrava tale diffida contestando, in tesi, la assoluta infondatezza e pretestuosità delle argomentazioni svolte dal Comune ed altresì comunicando - per l'ipotesi di reiterato inadempimento di controparte nella risoluzione delle problematiche riscontrate, attesa l'intervenuta scadenza sia del termine di validità dell'offerta, sia del termine per la stipula del contratto - che la stessa non avrebbe confermato l'offerta di gara.

Ciò avrebbe conseguentemente determinato altresì il successivo recesso dalla sottoscrizione del contratto d'appalto ai sensi del c. 8 dell'art. 32 del D.lgs. n. 50 del 2016 e “*richiesta di pagamento delle spese sostenute per eseguire i lavori di cui al verbale di consegna parziale sotto riserva di legge, in data 23.01.2019*”, facendo salvo il diritto alla rivalsa per il maggior danno.

Seguiva la determinazione dirigenziale n. 230 del 9.04.2019, a firma del Responsabile del Servizio Settore 3 - Gestione e pianificazione del territorio del Comune di Noicattaro, che revocava l'aggiudicazione dell'appalto alla Sistec S.r.l. “*per gravi inadempimenti*” e contestualmente aggiudicava l'appalto in favore dell'impresa seconda classificata in gara.

Avverso tale provvedimento, insieme agli atti ad esso prodromici e a tutti gli

atti presupposti, connessi e/o consequenziali insorgeva la ricorrente, deducendo i seguenti motivi di censura:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies l. n. 241/1990 e dei principi in materia di autotutela. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza e perplessità della motivazione, erronea presupposizione, con contraddittorietà, illogicità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

Sosteneva in particolare la ricorrente, in primo luogo, la illegittimità delle condizioni di esercizio della potestà di autotutela in questione, per come asseritamente poste in essere dalla controparte, in quanto, in virtù del consolidamento, in capo all'impresa aggiudicataria, di una posizione particolarmente qualificata, si imponeva all'Amministrazione, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti.

Ciò comportava, in capo all'Amministrazione l'onere, nella motivazione del provvedimento, di dare adeguata, analitica e rigorosa dimostrazione della sussistenza di particolari presupposti, quali la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico particolarmente consistenti.

Seguiva, in tesi ricorrente, l'opposizione alla revoca dell'aggiudicazione a causa del suo presunto inadempimento, sottolineando l'assenza di responsabilità rispetto alla mancata prosecuzione dei lavori in ragione degli "imprevisti" menzionati e sulla base della diligenza con cui aveva provveduto alla comunicazione degli stessi alla Stazione Appaltante.

Sottolineava, a riguardo, che profili di criticità imprevisti ed imprevedibili, in fase di inizio effettivo dei lavori, non potevano essere esclusi dalla circostanza per cui l'impresa esecutrice avesse sottoscritto l'attestazione di sopralluogo e il verbale di consegna parziale con cui, in tesi, l'impresa esprimeva al più un giudizio complessivo di eseguibilità dei lavori posti a base di gara e di accettazione del cantiere.

L'impresa ricorrente sosteneva altresì, che, in ossequio ai principi generali del nostro ordinamento giuridico, l'inadempimento, per poter essere sanzionabile, oltre a dover essere imputabile al soggetto inadempiente deve essere connotato dal carattere della gravità.

Proprio questo carattere, in tesi, non sarebbe stato riscontrabile nel caso di specie, allorché *“la ricorrente ha eseguito tutte le opere che oggettivamente erano eseguibili e per le restanti opere, ha ripetutamente chiesto direttive ed indicazioni specifiche alla stazione appaltate, senza però ricevere riscontro”*.

In ultimo, la ricorrente, eccepiva l'illegittimità della condotta della Stazione Appaltante nella descritta vicenda, con particolare riferimento ai reiterati ritardi nei riscontri alle missive di parte precedentemente menzionate.

Con atto depositato in data 21.05.2019 si costituiva in giudizio il Comune di Noicattaro, eccependo l'inammissibilità del ricorso e argomentando sull'infondatezza del gravame.

L'Amministrazione resistente sottolineava in punto di fatto, il carattere pienamente *“dettagliato e dai toni inequivoci dell'allegata dichiarazione di avvenuto sopralluogo”*, mettendo in evidenza anche, in tesi, che gli *“imprevisti”* menzionati da parte ricorrente, in realtà tali non erano, in quanto fatti già menzionati a pag. 5 del Progetto Esecutivo.

In particolare, la ricostruzione in fatto della convenuta rispetto allo stato di realizzazione delle opere impiantistiche previste era in netta contrapposizione con quanto sostenuto dalla ricorrente; come risultava dal verbale di stato di consistenza, redatto dalla Direzione Lavori, in data antecedente alla notifica del ricorso (prot. n. 9196 del 3 maggio 2019), parte ricorrente non avrebbe, in tesi, realizzato e completato alcuna delle opere impiantistiche, neppure quelle per quali non sussisteva alcun *“imprevisto”*.

All'udienza in camera di consiglio del 29.5.2019, l'istanza cautelare veniva cancellata dal ruolo.

Alla successiva udienza pubblica del 20.11.2019, la causa era

definitivamente trattenuta in decisione.

Ciò premesso in punto di fatto, in relazione al caso di specie deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, in favore del Giudice Ordinario.

In tal senso, con la fondamentale Sentenza n. 24411/2018, le Sezioni unite - nel riaffermare la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia avente ad oggetto il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione di un pubblico appalto (per inadempimento contestato in sede di anticipata esecuzione del contratto) - hanno operato una generale ricognizione dei criteri di riparto di giurisdizione nella materia degli appalti pubblici, giungendo alla conclusione che la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo arriva fino all'atto di aggiudicazione definitiva, non potendo estendersi al segmento procedimentale successivo (che precede la stipula del contratto) se non nel caso in cui sussistano posizioni di interesse legittimo eventualmente lese, ossia in base al criterio generale di riparto della giurisdizione secondo la consistenza della posizione giuridico soggettiva fatta valere per come azionata dal punto di vista della *causa petendi*.

Più nel dettaglio *“in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, nella vigenza del codice del processo amministrativo, ed in relazione a vicende riconducibili alla disciplina dell'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, il riparto di giurisdizione deve ritenersi articolato nel modo seguente:*

a) sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del cod. proc. amm., sulle controversie relative alla sola fase procedimentale, cioè dall'inizio della procedura sino all'aggiudicazione definitiva estendendosi detta giurisdizione a qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento tenuto entro quel lasso temporale, nonché in ogni caso ad eventuali provvedimenti dell'amministrazione di annullamento d'ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 o comunque previsti da norme di

legge, in quanto direttamente incidenti sulla stessa genesi dell'aggiudicazione all'atto della sua effettuazione e, dunque, riconducibili alla relativa procedura;

b) quanto, invece, alla situazione successiva all'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, e prima del sopravvenire dell'efficacia della conclusione del contratto (ivi compresa la sua anticipata esecuzione), vige il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, di modo che si configurava la giurisdizione del giudice amministrativo solo in presenza di una controversia inerente all'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere astratto previsto dalla legge, mentre, al di fuori di tal caso (e, dunque, in assenza di riconducibilità dell'agire dell'Amministrazione ad un potere di quel genere), la situazione è di diritto comune e, dunque, si configura la giurisdizione del giudice ordinario;”.

Nel caso di specie, il Collegio non ritiene in alcun modo di doversi discostare da tale nitida e lineare pronuncia della Sezione Unite, evidenziando in particolare come in forza della natura oggettivamente privatistica delle vicende negoziali fatte oggetto di contestazione nel presente giudizio, la giurisdizione sulle medesime debba essere riferita esclusivamente al Giudice Ordinario.

A tanto si giunge mettendo in particolare evidenza come il tema del contendere sia stato e sia tuttora del tutto inerente a situazioni di inadempimento negoziale tutti da accertare in punto di fatto e nella più evidente assenza dell'esercizio di un potere pubblicistico di stampo autoritativo.

Poiché, di conseguenza, l'accertamento di tali forme di inadempimento - anche sul piano più strettamente istruttorio - rientra pienamente nello spazio delle posizioni giuridiche di diritto soggettivo (piuttosto che di interesse legittimo), la conclusione per la sussistenza della giurisdizione dell'A.G.O. appare necessitata.

Da ultimo, tenuto conto della minima attività processuale svolta e dell'esito in rito della presente vicenda, sussistono i presupposti di legge per disporre

l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, in favore del Giudice Ordinario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

DesirÃ¨ Zonno, Consigliere

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO