

È competente il G.O. in caso di impugnazione congiunta della revoca dell'aggiudicazione e della risoluzione dell'appalto.

di Alessandro Tacente

Data di pubblicazione: 15-2-2022

Le controversie sulla fase esecutiva dell'appalto sono devolute alla cognizione del giudice ordinario, riscontrandosi una simmetria tra la pubblica amministrazione ed il contraente, che si sostanzia in un rapporto di natura privatistica.

Pertanto la giurisdizione del G.O. si estenderà anche alla revoca dell'aggiudicazione poiché è espressione dello stesso potere iure privatorum che ha condotto alla risoluzione contrattuale.

La controversia attiene alla revoca dell'aggiudicazione della gara di appalto e successivamente alla risoluzione del contratto a fronte di inadempimenti di obbligazioni previste dal capitolato.

La questione è se sussiste un'eventuale frattura tra la giurisdizione sulle controversie concernenti la revoca dell'aggiudicazione del servizio e quella riguardante la risoluzione del contratto di appalto.

L'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del c.p.a. contempla la giurisdizione esclusiva del G.A. relativamente alla fase dall'inizio della procedura sino all'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, incluse le controversie attinenti l'esercizio di poteri di autotutela, di annullamento, ovvero di revoca dell'aggiudicazione pregressa. Conseguentemente, rientra nella giurisdizione del G.O. la controversia attinente la risoluzione del contratto per inadempimento, risolvendosi quest'ultima in un addebito all'aggiudicataria di non avere tenuto un comportamento che avrebbe dovuto assumere, in esecuzione del contratto stipulato (T.A.R. Sardegna, Sez. II, 05/06/2020, n. 3 16).

La giurisprudenza è unanime nell'affermare che sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo le controversie relative alla fase pubblicistica delle procedure di affidamento, mentre quelle aventi ad oggetto la fase di esecuzione del contratto spettano alla giurisdizione del giudice ordinario; tale fase esecutiva instaura un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla pariteticità delle parti, le quali sono titolari di diritti soggettivi ed obblighi (si veda, Cass., Sez. Un., n. 489/2019; Id., n. 20682/2018).

Il difetto di giurisdizione, eccetto dalla difesa dell'amministrazione comunale, ma comunque rilevabile d'ufficio ex art. 9, c. 1, c.p.a., ricorre in caso di erronea individuazione del giudice in quanto non rispettosa delle regole del riparto di cui all'art. 7 c.p.a.

A tal proposito, parte della dottrina evidenzia come le questioni di giurisdizione rappresentino il modo in cui vengono rilevate nel processo la sussistenza e la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive vantate (scoca).

È pacifico che il ricorso avverso l'annullamento della risoluzione del contratto d'appalto venga devoluto al G.O., in quanto l'atto impugnato costituisce esercizio del potere di scioglimento dal rapporto contrattuale, che consiste nella volontà dell'amministrazione di avvalersi di una clausola contrattuale risolutiva prevista nel capitolato d'appalto, e come tale soggiace alla disciplina privatistica (sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 01/04/2019, n. 2128).

È quindi estranea ai confini della giurisdizione amministrativa la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti dalla stazione appaltante nella fase di esecuzione del contratto, in quanto non afferenti all'esercizio di potestà autoritative e non ricompresi nel catalogo delle controversie tassativamente riservate alla giurisdizione esclusiva ex art. 133 d.lgs. n. 104/2010 (si veda, Cons. Stato, Sez. III, 7.4.2017, n. 1637; Cons. Stato, Sez. III, 4.12.2015, n. 5519; T.A.R. Toscana, Sez. I, 26/10/2020, n. 1322).

Nel caso in esame però la carenza di giurisdizione del G.A. coinvolge non solo il capo della domanda avente ad oggetto l'impugnazione della risoluzione contrattuale, ma anche la revoca dell'aggiudicazione in quanto entrambe le domande attengono all'ambito di un procedimento unitario e costituiscono esercizio del medesimo potere di natura privatistica, in ossequio ai principi di effettività e concentrazione delle tutele giurisdizionali.

Il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione deve essere pertanto qualificato come risoluzione contrattuale anticipata, motivata dall'inadempimento dell'appaltatore (T.A.R. Toscana, Sez. I, 27/06/2016, n. 1088).

Peraltro, la questione della giurisdizione ha carattere prioritario e preliminare rispetto ad ogni altra, giacché il difetto di giurisdizione del giudice adito, priva del potere di esaminare qualsiasi profilo della controversia, in rito e nel merito.

Invero, il potere del giudice adito di definire la controversia sottoposta al suo esame postula che su di essa egli sia munito della *potestas iudicandi*, la quale è un imprescindibile presupposto processuale della sua determinazione (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 06/06/2019, n. 3083).

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 09/02/2022

N. 00312/2022 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia****(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1898 del 2021 proposto dalla Fintel Engineering S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriele Bicego e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Comabbio in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco De Marini e Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio del primo, in Milano, via E. Visconti Venosta, n. 7;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento prot. n. 3890 del 22 settembre 2021 con il quale il Comune di Comabbio ha disposto la revoca dell'aggiudicazione a Fintel Engineering s.r.l. del "servizio di gestione automatizzata dei procedimenti sanzionatori del Codice della Strada, stampa, postalizzazione, rendicontazione delle notifiche e dei pagamenti dei verbali di accertamento delle violazioni, per i veicoli immatricolati in Italia e all'estero, ivi compresa la ricerca dei destinatari sia in Italia che all'estero", nonché della successiva "determinazione di risoluzione dell'affidamento del servizio" adottata con provvedimento prot. n. 91 del 27.09.2021;

- di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso ai provvedimenti impugnati;

nonché per la condanna della resistente Amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli illegittimi provvedimenti sopra indicati ai sensi dell'art. 30 e 124 c.p.a.;

per quanto riguarda il ricorso incidentale proposto dal Comune di Comabbio il 22/12/2021:

per l'accertamento degli inadempimenti perpetrati da Fintel Engineering S.r.l. agli obblighi derivanti dall'affidamento del “servizio di gestione in outsourcing dei procedimenti amministrativi successivi alla formazione dei files di stampa dei verbali per violazione del codice della strada e di tutti gli atti propedeutici al completamento dell'iter di ciascun verbale, fino alla formazione dei files delle minute dei ruoli esecutivi di riscossione delle sanzioni al codice della strada, per violazioni compiute da soggetti aventi residenza in Italia e all'estero» (CIG 87082470C3).

e per la conseguente condanna della Fintel Engineering S.r.l. al risarcimento dei danni cagionati al Comune di Comabbio e conseguenti alla condotta inadempiente tenuta dalla ricorrente principale

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2022 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Comabbio ha indetto una procedura negoziata ex art. 36, comma 2 lettera b) del D.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del “servizio di gestione automatizzata dei procedimenti sanzionatori del Codice della Strada, stampa, postalizzazione, rendicontazione delle notifiche e dei pagamenti dei verbali di accertamento delle violazioni, per i veicoli immatricolati in Italia e all'estero, ivi compresa la ricerca dei destinatari sia in Italia che all'estero” per un periodo di cinque anni, a partire dal 15 febbraio 2021.
2. Con nota prot. n. 2268 del 31.5.2021, il Comune ha comunicato alla Fintel Engineering s.r.l. il provvedimento di aggiudicazione e ha informato la società che “effettuate le verifiche di legge...la presente lettera tiene luogo di contratto formato a mezzo di corrispondenza”.
3. Con il provvedimento prot. 3890 del 22.9.2021, il Comune di Comabbio ha contestato alla Fintel Engineering s.r.l. il mancato rispetto di quanto stabilito agli articoli 4 e 20 del capitolato speciale d'appalto, per ritardi nell'attivazione del servizio e nello svolgimento delle attività e per avere subappaltato lo svolgimento delle procedure per la spedizione dei verbali a una ditta terza, senza autorizzazione comunale; ha affermato che da tali fatti “emerge una oggettiva inadeguatezza della azione svolta dalla Fintel Engineering .s.r.l., di assolvere, ab origine, alle

obbligazioni previste in favore del Comune per lo svolgimento del servizio tale da compromettere la buona riuscita del medesimo”; ha quindi dichiarato di revocare l’aggiudicazione.

4. A questo atto è seguita la determinazione n. 91 del 27.9.2021 con la quale il responsabile dell’Ufficio Polizia Locale del Comune, dopo avere rilevato che il servizio svolto dalla società dal 31.5.2021 - data di affidamento - al 22.9.2021 - data in cui è stata comunicata la risoluzione dell’affidamento - non è stato conforme a quanto previsto dal capitolato di gara, nonché dopo avere richiamato il provvedimento di revoca, ha determinato di procedere alla risoluzione dell’affidamento del servizio di gestione alla Fintel Engineering s.r.l.

5. Con il ricorso in epigrafe la Fintel Engineering s.r.l. ha domandato l’annullamento di questi due provvedimenti, lamentandone l’illegittimità per violazione di legge e del capitolato speciale d’appalto ed eccesso di potere.

6. La ricorrente ha inoltre domandato la condanna della amministrazione al risarcimento dei danni subiti.

7. Si è costituito in giudizio il Comune di Comabbio deducendo, oltre all’infondatezza nel merito delle censure articolate in ricorso, l’inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

8. In via subordinata, nell’ipotesi in cui si fosse ritenuta sussistente la giurisdizione del g.a., l’amministrazione comunale ha proposto ricorso incidentale domandando l’accertamento degli inadempimenti della Fintel Engineering s.r.l. agli obblighi derivanti dall’affidamento del servizio e la condanna della società al risarcimento dei danni cagionati.

9. La ricorrente, a sua volta, ha eccepito la nullità della costituzione in giudizio del Comune per mancanza di valida procura - poiché non sarebbe stata espletata una procedura comparativa tra un numero selezionato di avvocati iscritti nella sezione attinente dell’Albo, così come invece richiesto dall’art. 5 del “Regolamento comunale per la tenuta dell’albo comunale degli avvocati cui conferire incarichi di patrocinio e di consulenza legale” (approvato con delibera del Consiglio Comunale n. 31 del 21.12.2018); peraltro l’incarico sarebbe stato conferito a due legali, in violazione di quanto stabilito dalla delibera giunta di autorizzazione al giudizio, che aveva dato mandato all’Ufficio di polizia locale di nominarne uno solo - e la inammissibilità e irricevibilità del ricorso incidentale per tardività.

10. All’udienza del 4 febbraio 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

11. Deve essere trattata preliminarmente la questione inerente il difetto di giurisdizione, sollevata dalla difesa dell’amministrazione comunale e comunque rilevabile d’ufficio ai sensi dell’art. 9, c. 1, cod.proc.amm.

11.1 Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione.

11.2 La giurisprudenza è costante nell’affermare che sono devolute alla cognizione del

giudice amministrativo le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle aventi a oggetto la fase di esecuzione del contratto spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto riguardanti un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla posizione di parità delle parti, titolari di situazioni giuridiche qualificabili come diritti e obblighi (cfr. Cass., Sez. Un., n. 489/2019; n. 20682/2018; n. 2482).

Tra queste controversie vengono annoverate quelle aventi ad oggetto la risoluzione anticipata del contratto autoritativamente disposta dall'amministrazione committente a causa dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dello appaltatore: anch'esse, infatti, attengono alla fase esecutiva, implicando la valutazione di un atto avente come effetto tipico lo scioglimento del contratto, e quindi incidente sul diritto soggettivo dell'appaltatore alla prosecuzione del rapporto; l'accertamento di tale diritto spetta al giudice ordinario, mediante la verifica della legittimità dell'atto e dell'eventuale violazione delle clausole contrattuali da parte dell'amministrazione, ciò indipendentemente dalla veste formalmente amministrativa della determinazione adottata dalla committente, la quale non ha natura provvedimento, nonostante il carattere unilaterale della risoluzione, che non cessa per ciò solo di operare nello ambito delle posizioni paritetiche delle parti (cfr. Cass., Sez. Un., 3/05/2017, n. 10705; 12/05/2006, n. 10994; 18/10/2005, n. 20116).

Per la giurisprudenza maggioritaria *“le controversie vertenti sull’attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, seguono l’ordinario criterio riparto, imperniato sulla distinzione tra diritto soggettivo e 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 dell’aggiudicazione” adottato dalla P.A. dopo l’efficacia dell’aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, è soggetto alla giurisdizione del G.O., 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; 09.04.2018, n. 8721; cfr. altresì T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 08.05.2020, n. 4853; T.A.R. Toscana, Firenze, 26.10.2020, n. 1322; 29/03/2018, n. 474).

11.3 La presente controversia attiene alla fase esecutiva del servizio, con riferimento alla quale viene contestato l’inadempimento delle obbligazioni previste dal capitolato da parte della Fintel Engineering s.r.l.

Essa esula quindi dall’ambito della giurisdizione amministrativa e ciò a prescindere dalla avvenuta stipula, o meno, del contratto (con la nota prot. n. 2268 del 31.5.2021, il Comune, nel comunicare alla ricorrente il provvedimento di aggiudicazione, aveva informato la società che “effettuate le verifiche di legge la presente lettera tiene luogo di contratto formato a mezzo di corrispondenza”; nel provvedimento prot. 3890 del 22.9.2021 si parla, invece, “di gestione transitoria nelle more della stipula del contratto”) e dalla qualificazione giuridica del provvedimento prot. 3890 del 22.9.2021 data dall’amministrazione resistente.

Non può invero condividersi la distinzione operata dalla ricorrente la quale concorda sulla carenza di giurisdizione con riferimento al solo capo di domanda avente ad oggetto la determinazione del responsabile del servizio n. 91 del 27.09.2021: il provvedimento prot. 3890/2021 e la determinazione n. 91/2021 si inseriscono nell'ambito di un procedimento unitario e costituiscono esercizio del medesimo un potere di natura privatistica.

12. Per le ragioni esposte il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, spettando la cognizione sulla domanda proposta alla giurisdizione del giudice ordinario, davanti al quale la causa potrà essere riproposta nei termini e con gli effetti previsti dall'art. 11, comma 2, c.p.a.

13. Non viene conseguentemente esaminato il ricorso incidentale, espressamente proposto in via subordinata, nell'ipotesi in cui venisse fosse stata ritenuta sussistente la giurisdizione.

14. Per la peculiarità della controversia le spese di causa possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito in favore del giudice ordinario, dinanzi al quale la causa potrà essere riassunta nei termini di cui all'art. 11 c.p.a.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere