

N. 01053/2015 REG.PROV.COLL.

N. 02136/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2136 del 2013, proposto da:
G.L. SOCIETÀ COOPERATIVA, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Francesco Casertano e Stefano Casertano, con i quali è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Pietro Colletta n. 12;

contro

COMUNE DI SAN TAMMARO, rappresentato e difeso dall'Avv. Luigi Adinolfi, e domiciliato per legge presso la Segreteria di questo Tribunale in mancanza di domicilio eletto in Napoli;

nei confronti di

IMPRESA EDILE STRADALE ALAIA GUIDO, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della nota del responsabile del servizio tecnico del Comune di San Tammaro prot. n. 4104 del 3 maggio 2013, recante la comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva dei lavori di manutenzione

straordinaria alla viabilità comunale, intervenuta in favore della società ricorrente con determinazione n. 93 del 17 aprile 2013;

b) della determinazione del responsabile del servizio tecnico del Comune di San Tammaro n. 109 del 3 maggio 2013, recante la revoca dell'aggiudicazione definitiva dei lavori di cui sopra, con conseguenti escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'AVCP;

c) della determinazione del responsabile del servizio tecnico del Comune di San Tammaro n. 110 del 3 maggio 2013, recante l'aggiudicazione definitiva dei lavori all'Impresa Edile Stradale Alaia Guido, ditta seconda classificata in graduatoria;

d) della nota del responsabile del servizio tecnico del Comune di San Tammaro prot. n. 3956 del 29 aprile 2013, recante l'invito alla società ricorrente a dare inizio ai lavori sotto riserva entro e non oltre il giorno 2 maggio 2013;

e) di ogni altro atto preordinato, conseguente o connesso, ed in particolare, se ritenuta lesiva della posizione della ricorrente, della lettera di invito prot. n. 2215 del 6 marzo 2013 in parte qua;

e per l'accertamento

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more della definizione del giudizio, nonché per la reintegrazione in forma specifica da disporsi mediante aggiudicazione in favore della società ricorrente e subentro nel contratto;

e per la condanna

in via subordinata, del Comune di San Tammaro al risarcimento per equivalente dei danni subiti, nella misura comunque non inferiore all'utile di impresa dichiarato in sede di gara, maggiorato dei pregiudizi patrimoniali per danno curricolare, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a. sull'ordinaria redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2015 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- la società ricorrente è risultata, a seguito di procedura di cottimo fiduciario indetta dal Comune di San Tammaro, aggiudicataria definitiva dei lavori di manutenzione straordinaria alla viabilità comunale ed è stata invitata, con nota comunale prot. n. 3956 del 29 aprile 2013, a dare inizio ai lavori sotto riserva (nelle more della stipula del contratto) entro e non oltre il 2 maggio successivo, essendo stata ravvisata la sussistenza di motivi di urgenza “in considerazione dello stato di degrado in cui si versano alcuni tratti viari, con particolare riguardo alla Via Cimarosa e Via Benedetto Croce”;

- la medesima, nel riscontare tale nota con missiva del 2 maggio 2013, si rifiutava di dar corso all'esecuzione anticipata dei lavori adducendo il precario stato di manutenzione delle strade, non rilevabile in sede di partecipazione alla gara;

- il Comune di San Tammaro, con determinazione del responsabile del servizio tecnico n. 109 del 3 maggio 2013, revocava l'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore della ricorrente, disponendo contestualmente l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'AVCP, ed argomentando come segue: “la mancata consegna di fatto dell'appaltatore si configura quale palese inadempimento agli obblighi derivanti dall'aggiudicazione, atteso l'impegno di codesta ditta ad accettare la consegna dei lavori sotto riserva di legge, nelle more della stipulazione del contratto, presentato in sede di gara; l'obbligo di ricevere la

consegna sotto riserva deriva tassativamente dagli impegni di gara e il relativo adempimento non richiede, di norma, operazioni di tale complessità da non poter essere adeguatamente espletate; le osservazioni addotte con nota prot. 4066 del 02/05/2013 rinnegano di fatto, radicalmente, la validità dell'offerta, in cui invece codesta Ditta aveva attestato "di aver preso visione di tutte le circostanze generali e particolari che possano aver influito sulla determinazione del prezzo"; codesta Ditta ha sollevato pretestuose eccezioni in ordine alla realizzabilità dell'intervento, pretendendo, in sostanza, modifiche radicali; il comportamento di codesta Ditta risulta tutt'altro che volto alla collaborazione nei confronti dell'Ente ma teso, prima ancora di iniziare l'esecuzione materiale dei lavori, a sindacare le scelte mediante la sovrapposizione di proprie valutazioni a quelle dell'Amministrazione;"

- parte ricorrente impugna il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva e gli altri atti della procedura in epigrafe indicati, deducendo vizi attinenti alla violazione del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) e del regolamento attuativo (d.P.R. n. 207/2010), alla violazione della legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990), alla violazione del giusto procedimento, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili;

- alla domanda di annullamento sono accluse le istanze di accertamento e di condanna al risarcimento dei danni meglio in epigrafe specificate;

Considerato, in via preliminare, che:

- deve essere disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla difesa comunale, fondata sull'assunto che il rifiuto di accettare la consegna anticipata dei lavori determinerebbe un inadempimento di un accordo tra contraente e stazione appaltante, con conseguente attribuzione della controversia alla cognizione del giudice ordinario;

- infatti, appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie attinenti, come nel caso di specie, alla fase immediatamente

anteriore alla conclusione del contratto di appalto, mentre rientrano nella cognizione del giudice ordinario le liti afferenti alla fase successiva a tale conclusione, tenuto conto che è il traguardo della stipula contrattuale a segnare il confine fra i due plessi giurisdizionali; ciò in quanto è la stipula del contratto a porsi come linea di discriminazione fra la fase anteriore, regolata da principi di diritto pubblico e caratterizzata dal perseguimento dell'interesse generale sotteso alla disciplina dei contratti pubblici, nella quale sono rinvenibili solo posizioni di interesse legittimo, o di diritto soggettivo strettamente connesse ad interessi legittimi, e quella successiva, connotata dalla pariteticità dei ruoli rispettivamente rivestiti dal privato contraente e dalla stazione appaltante, nella quale sono configurabili solo pretese fondate su diritti soggettivi perfetti (giurisprudenza consolidata: cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 settembre 2008 n. 4309; TAR Campania Napoli, Sez. I, 29 aprile 2010 n. 2212);

Rilevato, nel merito, che:

- le censure articolate in gravame sono così riassumibili:

- a) “la stazione appaltante ha accelerato le tempistiche di realizzazione dell'intervento nella mancata ricorrenza dei presupposti di legge”, come fissati dall'art. 11, comma 9, del codice dei contratti e dall'art. 153 del regolamento attuativo: invero, non ricorrono gli estremi dell'urgenza dell'affidamento sotto riserva, secondo i canoni della necessità di intervenire senza indugio al fine di evitare pregiudizi per l'interesse pubblico, del carattere obiettivo dell'urgenza, che non deve essere originata da comportamenti omissivi o negligenti dell'amministrazione nel procedere alla stipula del contratto, nonché dell'imprevedibilità dell'evento;
- b) tra la comunicazione di avvio del procedimento ed il provvedimento di revoca intercorre un lasso di tempo esiguo, pari a circa sei ore, con conseguente

menomazione delle garanzie procedurali della ricorrente in dispregio dell'art. 7 della legge n. 241/1990;

c) la stazione appaltante ha inteso obbligare la ricorrente all'esecuzione urgente dei lavori senza fornire adeguata motivazione;

d) l'amministrazione ha erroneamente interpretato il diniego di accettare l'esecuzione dei lavori sotto riserva come inadempimento agli obblighi derivanti dall'aggiudicazione, posto che in carenza di titolo contrattuale non può configurarsi inadempimento;

e) l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'AVCP, oltre ad appalesarsi prive del presupposto dell'imputabilità della mancata sottoscrizione del contratto, previsto dall'art. 75 del codice dei contratti, , si presentano come misure eccessive ed in contrasto con il principio di proporzionalità di derivazione comunitaria;

Considerato che:

- tutte le prefate censure non sono meritevoli di condivisione per le ragioni di seguito esplicitate (si segue l'ordine letterale di cui sopra):

aa) lo stato d'urgenza che ha reso indifferibile l'inizio dei lavori è agevolmente comprovabile in base alle seguenti osservazioni: 1) nella lettera di invito si dà espressamente conto della necessità di provvedere all'esecuzione dei lavori nel più breve tempo possibile attraverso interventi di manutenzione urgente, al fine di garantire il buon funzionamento della viabilità comunale; 2) nella determinazione comunale n. 92 del 25 marzo 2013, con cui si è liquidato un sinistro per cattivo stato di manutenzione della sede stradale, si cita la nota del Comando di Polizia Municipale del 23 novembre 2012, nella quale si rappresenta, con l'ausilio di immagini fotografiche, "l'esistenza di situazioni insidiose alla normale circolazione stradale e pedonale"; 3) la stessa documentazione fotografica allegata al ricorso conferma il notevole degrado di alcuni tratti viari, pericoloso per la sicurezza

stradale; 4) evidenti, pertanto, sono le ragioni che giustificano l'impellenza dei lavori di manutenzione al fine di evitare pregiudizi per l'interesse pubblico, che si troverebbe ad essere minacciato dagli incombenti rischi per l'incolumità collettiva, dalla lievitazione dei sinistri stradali e dal conseguente inutile spreco di risorse comunali per far fronte a pretese risarcitorie e spese processuali; 5) con riguardo al carattere obiettivo dell'urgenza, vale notare in via dirimente che tutta la procedura selettiva si è svolta celermente, anche in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia, proprio al fine di avviare in tempi brevi l'esecuzione dei lavori; 6) infine, la legge non richiede, perché possa darsi luogo all'affidamento sotto riserva, che l'urgenza sia stata causata da eventi imprevedibili, non fronteggiabili con gli strumenti ordinari, al pari del caso delle ordinanze di necessità, ben potendo tale urgenza essere apprezzata già al momento dell'indizione della gara;

bb) non possiedono forza invalidante le denunciate anomalie in tema di comunicazione di avvio del procedimento, non solo perché nel caso di specie non era esigibile alcun preavviso di revoca, attesa l'oggettiva esigenza di celerità nella definizione dell'affidamento dei lavori, ma anche perché l'apporto partecipativo della società ricorrente comunque non avrebbe prodotto alcun risultato diverso, sovvenendo al riguardo il chiaro disposto dell'art. 21-octies della legge n. 241/1990 (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 5 gennaio 2012 n. 12);

cc) le esigenze di urgenza che rendevano indilazionabile l'esecuzione dei lavori sono state sufficientemente motivate, e portate a conoscenza della ricorrente, in una serie di atti formali dell'amministrazione, quali la lettera di invito, la nota prot. n. 2832 del 26 marzo 2013, intervenuta nel procedimento di verifica dell'anomalia, e, da ultimo, la nota prot. n. 3956 del 29 aprile 2013, recante l'invito a dare inizio ai lavori;

dd) l'obbligo di accettare, in caso di urgenza, la consegna dei lavori sotto riserva grava sulla ditta aggiudicataria, anche provvisoria, in forza del dettato della legge, e

precisamente in forza dell'art. 11, comma 9, del codice dei contratti, che attribuisce alla stazione appaltante il correlativo diritto potestativo (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, n. 12/2012 cit.). Nella fattispecie, pur in assenza della stipula del contratto d'appalto, la società ricorrente si è sottratta all'adempimento di un'obbligazione di natura legale, a prescindere da ogni ulteriore considerazione discendente dalla circostanza che la medesima aveva formalmente dichiarato, già in sede di gara, "di accettare, qualora risultasse aggiudicatario, l'eventuale consegna dei lavori sotto riserva di legge nelle more della stipulazione del contratto". Peraltro, a nulla rileva la circostanza, addotta come giustificazione al rifiuto di prendere in consegna i lavori, che il precario stato manutentivo delle strade non era rilevabile in sede di partecipazione alla procedura selettiva, essendo pacifico che la stessa ricorrente aveva altresì dichiarato di aver preso visione delle circostanze di luogo e di fatto inerenti ai lavori da espletare, nonché di tutte le circostanze generali e particolari capaci di influire sulla determinazione del prezzo;

ee) infine, l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'AVCP si presentano pienamente legittimi e proporzionati, in quanto atti consequenziali alle inadempienze imputabili alla società ricorrente, che hanno irrimediabilmente compromesso la normale stipula del contratto secondo l'ordine di aggiudicazione.

Ritenuto, in conclusione, che:

- resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata per infondatezza;
- analoga sorte subiscono le connesse domande di accertamento e di condanna al risarcimento dei danni, non essendosi verificata la presupposta illegittimità della revoca dell'aggiudicazione definitiva;
- il ricorso deve essere in toto respinto, mentre sussistono giusti e particolari motivi, in virtù della novità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

Antonio Andolfi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)