

N. 00765/2011 REG.PROV.COLL.

N. 05953/2009 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 della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5953 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Società Appalti e Costruzioni Civili S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio
Ricciardi Federico, con domicilio eletto presso Gian Luca Lemmo in Napoli, via
del Parco Margherita N.31;

contro

Comune di Morcone, rappresentato e difeso dall'avv. Fausto Parente, con
domicilio eletto presso Guido Parlato in Napoli, via Toledo 256; Autorita' di
Vigilanza Sui Contratti Pubblici, rappresentato e difeso dall'Avvoc.Distrett.Stato
Napoli, domiciliata per legge in Napoli, via Diaz, 11;

per l'annullamento

del provvedimento di risoluzione del contratto di appalto e della conseguente
annotazione sul Casellario Informatico.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Morcone e di Autorita' di Vigilanza Sui Contratti Pubblici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2011 il dott. Carlo Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente impugna sia il provvedimento di risoluzione del contratto, disposto ai sensi dell'art. 136 del D. Lgs. n. 163/2006, che la conseguente annotazione a suo carico sul Casellario Informativo.

Per quanto concerne il provvedimento di risoluzione del contratto, il Collegio rileva la fondatezza dell'eccezione sollevata dalla parte resistente in ordine al difetto di giurisdizione del giudice adito, avendo l'Amministrazione esercitato il potere, di natura prettamente privatistica, di risoluzione del contratto per grave comportamento omissivo. Tale provvedimento incide, dunque, su posizioni di diritto soggettivo, perché trova la giustificazione nell'inadempimento di obblighi assunti in via contrattuale, con conseguente applicazione del principio, elaborato dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui la cognizione delle controversie riguardanti l'esecuzione dei contratti pubblici è devoluta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3868).

Del resto, se, come è noto, ai fini del riparto della giurisdizione tra g.o. e g.a., rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il "petitum" sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, (Cassazione civile, sez.

un., 25 giugno 2010 n. 15323), ne consegue, nel caso di specie, che, poiché il petitum sostanziale azionato è, senza dubbio, costituito da una domanda diretta ad accertare la correttezza del contestato atto rescissorio in ragione della persistente vigenza o meno delle obbligazioni reciprocamente assunte (assumendo parte ricorrente la già intervenuta risoluzione ipso jure del contratto di appalto a seguito della diffida ex art. 1454 c.c.), la presente controversia, concentrandosi inequivocamente sulla disposta risoluzione del contratto, rientra nella sfera di cognizione del giudice ordinario. È pacifica, infatti, l'appartenenza alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie in tema di appalto pubblico, aventi ad oggetto la risoluzione del contratto con l'appaltatore e l'accertamento del diritto di quest'ultimo a proseguire il rapporto con l'Amministrazione committente, ancorché l'atto rescissorio della P.A. sia rivestito dalla forma dell'atto amministrativo, perché è al giudice ordinario che spetta verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative (ex plurimis, T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 05 giugno 2009 n. 3110; T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 14 luglio 2009 n. 511; Consiglio Stato , sez. V, 17 ottobre 2008 n. 5071; Consiglio Stato, sez. V, 28 dicembre 2006, n. 8070). La manifestazione di volontà della parte pubblica che si avvale della facoltà di risolvere il contratto (disciplinata originariamente dall'art. 119, d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, ora dall'art. 136, d.lgs. n. 163 del 2006), non è espressione di una posizione autoritativa, ma paritetica e governata dalla disciplina civilistica (sia pure speciale).

Per questa parte, quindi, il ricorso va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

Permane, tuttavia, la giurisdizione di questo giudice per la parte relativa all'impugnativa dell'annotazione sul Casellario informatico, disposta a carico della Società ricorrente, a seguito della predetta risoluzione del contratto. Parimenti va

ribadita la competenza territoriale di questo Tribunale atteso che, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa con argomentazioni da cui non sussistono ragioni per discostarsene, l'esercizio del nuovo potere giudiziale di rilievo ufficioso dell'incompetenza (in uno agli strumenti di reazione previsti dagli artt. 15 e 16 del nuovo codice del processo amministrativo) resta precluso quando, come nel presente giudizio, al momento dell'entrata in vigore del codice, sia già spirato il termine previsto dall'art. 31 L. 1034/1971 per la proposizione del regolamento di competenza (T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 03 novembre 2010, n. 22276).

In relazione a tale impugnativa, il ricorso merita accoglimento.

Fondato ed assorbente è il motivo, con cui la ricorrente deduce l'illegittimità della contestata annotazione per insufficienze motivazionali e violazione delle garanzia partecipative.

Ed invero, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, con la deliberazione n. 10 del 6 maggio 2003 ha individuato, a titolo esemplificativo, nell'allegato C i casi in cui è possibile addivenire a cancellazione o integrazione delle annotazioni. In particolare, nella lettera m), è prevista l'ipotesi che, come nel caso di specie, sia sub iudice la risoluzione del contratto assunta unilateralmente dall'Amministrazione, ai sensi dell'art. 119 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, o pendono ancora i termini per l'impugnazione.

L'Autorità, quindi, ha posto delle regole volte alla tutela degli interessi delle imprese alla partecipazione alle gare pubbliche e dirette, in particolare, a mitigare gli effetti interdittivi derivanti dall'annotazione nel Casellario informatico in relazione a situazioni ancora non definite, in ossequio ai principi in materia di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

A dette regole l'Autorità aveva l'obbligo di attenersi. Infatti, come non contestato dalla parte resistente, il termine per proporre giudizio ordinario o arbitrale nei confronti del provvedimento comunale di risoluzione era pendente alla data

dell'annotazione impugnata e rivive per effetto della declaratoria di difetto di giurisdizione nel presente giudizio.

Segue da ciò la illegittimità dell'annotazione in questione, perché disposta dall'Autorità in palese violazione dell'allegato C, lett. m) della deliberazione n. 10 del 2003.

Peraltro, in tema di garanzie partecipative quanto al procedimento di iscrizione nel casellario informatico, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha affermato che esse sono, in linea di principio, sempre dovute, salvo ad ammettere equipollenti quando la segnalazione da parte della stazione appaltante e la conseguente iscrizione sono un atto dovuto.

Si è infatti affermato che dell'avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l'Autorità di vigilanza deve essere notiziato l'interessato, anche quando la trasmissione di atti al casellario, da parte delle stazioni appaltanti, è dovuta in adempimento di disposizioni di legge, attese le conseguenze rilevanti che derivano da tale iscrizione e l'indubbio interesse del soggetto all'esattezza delle iscrizioni. Invero, né dalla l. n. 241/1990, né dal sistema della legislazione sui pubblici appalti, si desume una deroga al principio generale dell'avviso di avvio del procedimento, quanto allo specifico procedimento di iscrizione dei dati nel casellario informatico presso l'Osservatorio. Anzi, una conferma della necessità di garantire la partecipazione (mediante avviso di avvio del procedimento e mediante contraddittorio) nel procedimento di iscrizione di dati e notizie nel casellario informatico si desume proprio dalla determinazione n. 1/2008 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che ha istituito il casellario informatico per servizi e forniture (Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4905). A ciò aggiungasi che sia il nuovo regolamento di esecuzione del codice appalti (d.P.R. 207/2010), sia la delibera n. 1/2010 dell'Autorità di vigilanza, prevedono garanzie partecipative quanto al procedimento di iscrizione nel casellario.

Orbene, quando la legge prescrive in via automatica la segnalazione di determinati dati all'Osservatorio, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale in ordine al se della comunicazione e al contenuto della stessa, si possono, come regola generale, individuare equipollenti dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione. Diverso discorso va svolto per dati la cui comunicazione non è automatica e dovuta, ma frutto di valutazioni da parte della stazione appaltante su dati opinabili ovvero, come nel caso di specie, quando la stessa iscrizione è subordinata ad ulteriori elementi valutativi; ciò accade ad es. nel caso di segnalazione di episodi di grave negligenza o grave inadempimento, e nel caso di intervenuta risoluzione in relazione alla definitività o meno di tale situazione. Ne discende che dell'avvio del procedimento di iscrizione nel casellario va dato avviso all'interessato, salvo individuare caso per caso equipollenti idonei allo scopo, che comunque non si riscontrano nel caso in esame..

Per quanto sopra, il ricorso deve essere, in parte dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione, in parte accolto.

Le spese del giudizio possono essere compensate sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione, in parte lo accoglie per quanto di ragione e, per l'effetto, annulla la gravata annotazione nel casellario informatico
Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Carlo Buonauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2011

IL SEGRETARIO

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