

Pubblicato il 22/08/2019

N. 05780/2019 REG.PROV.COLL.
N. 09897/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9897 del 2018, proposto da Comune di Bracigliano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Annunziata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Leopoldo Fiorentino in Roma, piazza Cola di Rienzo, 92;

contro

Associazione Usd Angels Bracigliano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lentini e Feliciano Ferrentino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Lorenzo Lentini in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania - sezione staccata di Salerno, sez. I, n. 574/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Associazione Usd Angels Bracigliano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, per delega di Annunziata, e Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con l'appello il Comune di Bracigliano espone che, nell'ambito del procedimento finalizzato al completamento dell'impianto sportivo della locale via Nocelleto, con delibera di G. C. n. 54 del 29 maggio 2014, aveva deciso di affidare la gestione del campo e della adiacente tendostruttura ad un'associazione sportiva per nove mesi e, comunque, fino all'affidamento della gestione a terzi, a seguito di gara ad evidenza pubblica.

Di seguito, con delibera di Giunta comunale n. 142 del 18 dicembre 2014, veniva approvato lo schema di convenzione e, con delibera n. 578 del 31 dicembre 2014, veniva indetta la gara pubblica.

Con determina n. 109 del 2 aprile 2015, il Comune decideva di non aggiudicare la gara ad alcuna delle tre ditte partecipanti.

Successivamente, il Comune bandiva una nuova gara ma, a causa di gravi e seri danni provocati alla tendostruttura da una tempesta di vento, avvertiva la necessità di approvare un nuovo schema di bando, che escludesse la stessa perché inagibile. Pertanto, con determina n. 203 del 26 giugno 2015, pubblicava i nuovi atti di gara per la gestione del solo campo sportivo, con esclusione di tendostruttura e tribuna, precisando che lo schema di convenzione era da intendersi modificato *“con la limitazione della materia convenzionata al solo campo sportivo”*.

Con determina prot. n. 256 del 26 agosto 2015, il Responsabile del settore tecnico comunale - preso atto che a seguito della pubblicazione sull'Albo Pretorio del bando di gara erano state presentate due sole offerte,

rispettivamente da parte della ASD IEF Sporting Club e della USD Angels Bracigliano - approvava il verbale di gara del 30 luglio 2015 e, all'esito della procedura, aggiudicava la concessione della gestione del campo sportivo comunale alla USD Angels Bracigliano, a fronte del pagamento di un canone annuo pari ad € 12.500,00.

Con nota prot. n. 5148 del 31 agosto 2015, il Segretario comunale invitava il legale rappresentante dell'aggiudicataria a predisporre gli atti necessari per la stipula della convenzione.

Con successiva nota prot. n. 5435 del 16 settembre 2015, nelle more della redazione del verbale di consistenza e della stipula del contratto definitivo, il responsabile del settore tecnico procedeva alla consegna, in via provvisoria, del campo sportivo alla ditta aggiudicataria, al solo e dichiarato fine di consentire a quest'ultima di stipulare i contratti con le società sportive interessate alla fruizione dello stesso.

Di seguito, con nota prot. n. 2229 del 19 aprile 2016, convocava la società per il giorno 29 aprile 2016, al fine di formalizzare il verbale di consistenza e sottoscrivere il relativo contratto con la corresponsione del relativo canone di concessione annuale, pari ad € 12.500,00.

A questo punto, tuttavia, la società – che non aveva fino a quel momento sollevato contestazioni - mostrava la volontà di evitare la sottoscrizione del contratto, sollevando una serie di contestazioni sul non corretto funzionamento degli impianti afferenti la struttura e la non corrispondenza tra la struttura da affidare in concessione, individuata nel bando, e la struttura indicata in contratto, nonché la difformità del bene oggetto di gara rispetto a quello oggetto di consegna.

Ne seguiva una fase interlocutoria, all'esito della quale – a definitiva presa d'atto che, a dispetto dei reiterati solleciti e delle formalizzate diffide, l'aggiudicataria non intendesse procedere alla sottoscrizione della convenzione – l'Amministrazione, con determina n. 77 dell'8 marzo 2017, comunicata in pari data, disponeva la *“revoca della concessione della gestione del*

campo sportivo comunale e quindi della determina n. 256 del 26.08.2015 di aggiudicazione definitiva [...] per gravi inadempimenti nello svolgimento dell'attività di gestione'.

2.- Avverso il ridetto provvedimento, la USD Angels Bracigliano proponeva ricorso al Tribunale amministrativo di Salerno che, con la sentenza distinta in epigrafe, lo accoglieva.

Avverso la sentenza il Comune con appello, lamentandone l'erroneità ed ingiustizia e chiedendone l'integrale riforma, con conseguente reiezione del ricorso di prime cure.

Nella resistenza della Associazione intimata, alla pubblica udienza del 13 giugno 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e va accolto.

1.1.- Va, preliminarmente, disattesa l'eccezione di tardività, formulata sul presupposto che, in materia di concessioni di servizio pubblico, operi la generalizzata dimidiazione dei termini apprestata, in chiave di specialità del rito, dall'art. 119 Cod. proc. amm..

Invero, la controversia non ha ad oggetto l'"*affidamento di pubblici lavori, servizi o forniture*" ma una concessione in uso di un bene pubblico, dietro la corresponsione di un canone periodico. Si tratta, quindi, di un contratto "attivo" e non "passivo" che – escluso dall'ambito di applicazione del *Codice dei contratti pubblici* (cfr. art. 4 d. lgs. n. 50 del 2016) – non rientra nelle ipotesi di "*affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*", di cui fa parola l'art. 119, comma 1, lett. *a*) del Codice del processo amministrativo, ma in quelle di cui all'art. 133, comma 1, lett. *b*), assoggettate, pur in presenza di giurisdizione esclusiva, al rito ordinario.

2.- Con il primo motivo di gravame, l'appellante si duole che la sentenza erroneamente abbia qualificato l'atto impugnato (che in realtà, a fronte del rifiuto di procedere alla stipula del contratto, aveva solo disposto il ritiro in

autotutela, a salvaguardia del pubblico interesse, della aggiudicazione, certamente non precluso dalla intervenuta consegna anticipata) in termini di vicenda risolutoria, facendone premessa all'apprezzamento, in inappropriata chiave paritetica, della rilevanza e gravità dei contestati inadempimenti.

2.1.- Il motivo è, nei sensi delle considerazioni che seguono, fondato.

La c.d. consegna anticipata del bene oggetto della concessione (ordinariamente preordinata a soddisfare esigenze urgenti e non utilmente differibili) non vale, di per sé, a surrogare la stipula del contratto (che, tra l'altro, postula la forma scritta *ad substantiam*). Sebbene l'anticipata instaurazione del rapporto negoziale sia titolo per l'operatività, tra le parti, di obblighi ed impegni reciproci (peraltro, operanti negli esclusivi limiti della provvisoria anticipazione degli effetti), l'Amministrazione conserva, nei confronti dell'aggiudicatario, i generali poteri di cura dell'interesse pubblico che presiede alla concessione e, in essi, di autotutela, che le consentono, ricorrendone i presupposti, di rimuovere, con effetto comunque decadenziale, la disposta aggiudicazione (cfr. art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 che – pur non applicabile alla fattispecie in esame, sottratta, come precisato, alla diretta applicazione del *Codice dei contratti pubblici* – sancisce, per il profilo in questione, principi di carattere generale).

Ne discende:

a) che, per un verso, l'aggiudicatario non può rifiutarsi – in termini di preventiva *exceptio inadimpleti contractus*, ex art. 1460 Cod. civ. – di procedere alla stipula del contratto, peraltro conservando ad un tempo gli effetti della esecuzione anticipata e ricusando la propria controprestazione: ciò che gli è consentito è, semmai, di sottrarsi, in presenza di giustificato motivo, al vincolo nascente dalla offerta formulata in sede evidenziale, con sostanziale rinuncia agli effetti della disposta aggiudicazione (arg. ancora ex art. 32 d. lgs. n. 50 del 2016);

b) che, per altro verso, l'Amministrazione resta libera di apprezzare l'ingiustificato rifiuto non già (come ritenuto da primo giudice) in termini di

recesso o risoluzione unilaterale (pregiudizialmente non configurabile, in assenza di contratto stipulato), ma di *revoca* dell'aggiudicazione, espressione dei poteri autoritativi di autotutela, preordinati alla salvaguardia dell'interesse pubblico alla utile gestione dei beni e delle risorse collettive.

2.2.- Nel caso di specie, a fronte del reiterato rifiuto di procedere alla stipula del contratto (giustificata, nell'assunto dell'aggiudicataria, dalla non corrispondenza tra il bene oggetto di gara e le concrete condizioni dello stesso, in quanto anticipatamente affidato alla sua gestione), l'Amministrazione ha bene ritenuto prioritario e prevalente l'interesse alla sottrazione dal vincolo discendente dalla disposta aggiudicazione, anche in considerazione del rilievo che la mancata corresponsione dei canoni e la necessità di procedere alla copertura delle spese emergenti costituiva pregiudizio per l'interesse pubblico.

In proposito, si è affermato – in fattispecie per più profili analoga a quella in esame – che *“il rifiuto di stipulare il contratto [...] così come il mancato rimborso del pagamento delle utenze, sono fatti che all'evidenza possono giustificare la revoca dell'aggiudicazione”*, e ciò nel senso che *“i superiori motivi d'interesse pubblico che inducono a ritenere opportuna la revoca dell'aggiudicazione e dei suoi atti preparatori si riassumono [...] chiaramente nel fatto che la ritardata o mancata stipulazione del contratto è fonte di pregiudizio economico e patrimoniale per il Comune per le mancate entrate che dovrebbero derivare dalla corresponsione del canone concessorio, per i mancati rimborsi dei consumi ENEL, per il depauperamento dell'impianto sportivo comunale nel suo complesso, impedendo di soddisfare le esigenze sociali e della collettività alla piena fruizione dell'intero complesso sportivo”* (cfr. Cons. Stato, V, 13 marzo 2017, n. 1138).

3.- Le considerazioni che precedono portano all'accoglimento dell'appello e, in riforma della sentenza impugnata, alla reiezione del ricorso di prime cure.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'Associazione Usd Angels Bracigliano alla refusione delle spese di lite a favore del Comune di Bracigliano, che liquida in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, se versato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO