N. 00364/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01813/2010 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 1813 del 2010, proposto dalla Associazione Mirabilia - Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Savasta, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Romito in Bari, via Crispi, 6;

contro

Comune di Barletta, rappresentato e difeso dagli avv.ti Isabella Palmiotti e Giuseppe Caruso, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele de' Robertis in Bari, via Davanzati, 33;

per l'annullamento

a) della determinazione dirigenziale n. 1607 del giorno 11.8.2010, mai notificata, avente ad oggetto "Servizio di gestione della Biblioteca dei Ragazzi - Revoca aggiudicazione ed affidamento sotto riserva di legge";

b) della determinazione dirigenziale n. 2072 del 12.10.2010, avente ad oggetto "Servizio biblioteca dei ragazzi sotto riserva di legge. Cauzione provvisoria";

c) della deliberazione di Giunta comunale n. 169 del 30.9.2010, avente ad oggetto "Biblioteca dei ragazzi - indirizzo per l'avvio delle procedure di affidamento", nella parte in cui si fa riferimento alla revoca dell'aggiudicazione;

d) di ogni altro atto presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Anna Maria Scommegna, per delega dell'avv. Maurizio Savasta, e Isabella Palmiotti;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. L'Associazione Mirabilia – Onlus è risultata aggiudicataria della gara, indetta dal Comune di Barletta, per l'assegnazione del "Servizio di gestione della Biblioteca dei Ragazzi", anche a seguito della sentenza 9 settembre 2009 n. 2064, con cui questa Sezione, dopo aver concesso la misura cautelare con ordinanza n.

174/2008, ha accolto il ricorso n. 1360/2008, proposto dalla medesima Associazione.

Dal 12 novembre 2009, la stessa ha allora iniziato a svolgere il servizio.

Per una migliore comprensione della controversia, occorre premettere che, in sede di offerta tecnica, l'Associazione Mirabilia – Onlus si era così espressa: "L'associazione metterà a disposizione della gestione del servizio della biblioteca dei ragazzi il proprio patrimonio librario composto da oltre 6500 volumi".

Nell'attribuzione del punteggio la commissione aveva assegnato 16 punti alla Mirabilia, con la seguente motivazione: "La Commissione, in possesso delle offerte relative alla lettera f) della qualità economica di entrambi partecipanti, attribuisce all'associazione Mirabilia n. 16 punti per n. 6400 libri cartacei, aggiuntivi ai 100 richiesti nel capitolato speciale d'appalto, mentre non si attribuisce alcun punteggio ai libri multimediali in quanto non precisati in termini numerici".

Al proposito si deve ricordare che in base all'articolo 13 del capitolato speciale d'appalto, quarto capoverso, "il soggetto aggiudicatario si obbliga ad ampliare la dotazione libraria della Biblioteca dei ragazzi e ad attivare una biblioteca multimediale, nei primi n. 2 mesi di attività, con un numero minimo di libri pari a n. 100 e un numero di libri multimediali pari a n. 15" e che, in concreto, l'offerta di 100 libri da parte della Mirabilia si ricava

dalla sua offerta economica, nella parte in cui evidenzia il costo di € 600.

In realtà, l'Ente municipale ha inteso tale voce della proposta nel senso che l'associazione avrebbe promesso il passaggio di proprietà dei 6400 libri alla scadenza degli 11 mesi di servizio. Tale interpretazione è stata per la prima volta esplicitata, dopo l'espletamento della gara, nella nota della Dirigente del 2 febbraio 2009 e in seguito, dopo l'aggiudicazione, il Comune ha insistito affinché venisse sottoscritto il contratto comprensivo dell'impegno della cessione di tutti volumi all'esaurirsi del servizio.

Stante l'impossibilità di superare le divergenze in ordine al contenuto del contratto da concludere, in data 4 agosto 2010 la Mirabilia comunicava il recesso *ex* articolo 11, comma nono, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

A questo punto la Dirigente con atto 11 agosto 2010 n. 1607 ha revocato l'aggiudicazione, evidenziando che, nonostante i numerosi inviti, la Mirabilia non ha mai voluto sottoscrivere il contratto; con determinazione dirigenziale 12 ottobre 2010 n. 2072 ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria e il pagamento delle prestazioni effettuate; con delibera della Giunta comunale 30 settembre 2010 n. 169 sono stati dati gli indirizzi per l'avvio delle nuove procedure di affidamento.

La Mirabilia ha allora proposto il ricorso in esame, chiedendo il risarcimento del danno per la mancata sottoscrizione del contratto,

con annullamento degli atti impugnati.

Si è costituita l'Amministrazione, eccependo il difetto di giurisdizione di questo Tribunale e chiedendo in ogni caso il rigetto del ricorso.

Sulle conclusioni delle parti, la causa è stata riservata per la decisione all'udienza del 6 dicembre 2011.

B.1. In via preliminare il Collegio rileva che la controversia in esame riguarda la revoca di un'aggiudicazione che é intervenuta prima della stipula del relativo contratto. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale (Consiglio Stato, Sez. V, 14 marzo 2007 n. 1248; T.A.R. Toscana, Sez. I, 12 maggio 2011 n. 818; Cass. SS.UU. 17 dicembre 2008 n. 29425) sussiste la giurisdizione esclusiva amministrativa anche sul segmento procedimentale compreso tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo amministrativo, poiché anch'esso rientra nell'ambito della procedura di affidamento, la quale può dirsi conclusa unicamente con la sottoscrizione del contratto.

B.2. Nel merito, la domanda risarcitoria avanzata dalla associazione istante, in relazione alla mancata sottoscrizione del contratto di servizio, dev'essere respinta.

La ricorrente infatti, proprio sul medesimo presupposto del ritardo nella formazione del vincolo convenzionale, ha scelto liberamente la via del recesso, ai sensi dell'articolo 11, comma nono, del

decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per il quale "Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate".

D'altra parte, nella fattispecie, non è possibile individuare, sulla base delle deduzioni dell'istante, le conseguenze economiche negative delle suesposte vicende, considerato che la Mirabilia ha comunque svolto - rispetto agli 11 mesi previsti dagli atti di gara - circa 9 mesi di servizio (dal 12 novembre 2009 al 6 agosto 2010) e, per queste prestazioni, è stata compensata nella misura richiesta (come risulta dalla determinazione dirigenziale 12 ottobre 2010 n. 2072, che per il resto dispone l'incameramento della cauzione provvisoria).

B.3. Restano da esaminare le censure dedotte a sostegno dell'azione demolitoria diretta contro l'atto 11 agosto 2010 n.

1607, con il quale è stata revocata l'aggiudicazione, contro la determinazione dirigenziale 12 ottobre 2010 n. 2072, nella parte in cui ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria, e contro la delibera della Giunta comunale 30 settembre 2010 n. 169 (nei limiti dell'interesse), che ha fornito indirizzi per l'avvio delle nuove procedure di affidamento.

Esse sono fondate.

La ricorrente ha soprattutto interesse ad evitare l'incameramento della cauzione provvisoria (della quale invero nessuna delle parti ha ulteriormente specificato la natura e la durata) e dunque al rispetto delle norme regolanti le garanzie a corredo dell'offerta.

In base all'articolo 75, sesto comma, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo".

Il Collegio è dunque chiamato ad accertare se la mancata conclusione negoziale sia dipesa dal "fatto dell'affidatario" e di converso se il comportamento di quest'ultimo giustifichi il provvedimento di ritiro emanato.

Occorre precisare in fatto che il capitolato speciale d'appalto, che regolava la gara non imponeva la cessione di libri (per un arricchimento permanente della biblioteca) in misura eccedente i 100 volumi menzionati nell'articolo 13; la rivendicazione della

proprietà finale di tutte le 6400 opere (più 100) si rinviene chiaramente solo negli atti difensivi del primo giudizio (ricorso n. 1360/2008) e nella già citata nota del 2 febbraio 2009, che optano per un'interpretazione dell'offerta espressamente contestata nella memoria difensiva conclusiva del 24-25 maggio 2009, pagine 10-11, prodotta nell'ambito di quella controversia. Su tale punto però la sentenza, che ha definito il precedente giudizio, non si è pronunciata, lasciando così impregiudicata l'attività ermeneutica del giudice in questa sede.

Di conseguenza, rimane da concentrarsi sul significato dell'offerta della Mirabilia ("L'associazione metterà a disposizione della gestione del servizio della biblioteca dei ragazzi il proprio patrimonio librario composto da oltre 6500 volumi"). Essa deve intendersi, già sulla base degli elementi letterali e testuali, come mera possibilità di utilizzo nell'ambito e per il tempo della gestione del servizio della stessa associazione, implicando una sorta di comodato pienamente compatibile con la natura durevole del bene-libro.

D'altra parte, anche se si volesse accedere alla tesi (che il Collegio non condivide) di un'oscurità o di un'ambiguità dell'espressione usata dalla Mirabilia, essa dovrebbe essere intesa "nel senso meno gravoso per l'obbligato", come indicato dall'articolo 1371 del codice civile, con un esito quindi non diverso da quello sopraprospettato.

In definitiva, la mancata sottoscrizione del contratto non è avvenuta "per fatto dell'affidatario", ma in conseguenza di un equivoco sull'offerta in cui è caduta l'Amministrazione e che sarebbe stato facilmente evitato se si fosse adeguatamente considerato che l'assunzione dell'impegno di cedere in proprietà i 6400 volumi avrebbe scardinato l'equilibrio economico dell'operazione, visto che l'importo posto a base d'asta ammontava a € 27.500,00, I.V.A. inclusa.

In conclusione quindi vanno annullati l'atto 11 agosto 2010 n. 1607, con il quale è stata revocata l'aggiudicazione, nei limiti dell'interesse della ricorrente (ovvero nella parte in cui il provvedimento è finalizzato a giustificare il successivo incameramento della cauzione) e la determinazione dirigenziale 12 ottobre 2010 n. 2072, mentre nessun'utilità potrebbe produrre l'annullamento della delibera della Giunta comunale 30 settembre 2010 n. 169, che ha fornito indirizzi per l'avvio delle nuove procedure di affidamento, poiché la ricorrente aveva già manifestato la propria volontà di recedere.

L'esito del giudizio, tenendo conto della sorte dell'azione risarcitoria e di quella demolitoria, giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in

epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo accoglie, come da motivazione, e, per l'effetto, annulla l'atto 11 agosto 2010 n. 1607 e la determinazione dirigenziale 12 ottobre 2010 n. 2072.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

Savio Picone, Referendario

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2012

IL SEGRETARIO

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