

Publicato il 10/07/2020

N. 03019/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01703/2020 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1703 del 2020, proposto da:

Mic Costruzioni S.r.l., con sede in Recale (CE), Rubner Holzbau Sud S.r.l. con sede in Calitri (AV), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Eduardo Romano ed Alessandro Romano, con domicilio eletto presso lo studio Carlo Maria Iaccarino in Napoli, via San Pasquale a Chiaia n. 55, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Marcianise, in persona del Sindaco, legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Donisi in Napoli, via Tommaso Caravita 10;

nei confronti

Costruzione Grillo di Felice Grillo, Holz Albertani S.p.A., in persona dei rispettivi rappresentanti legali non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

a) della Determinazione n. 167 dell'11 marzo 2020, con la quale il Dirigente del III Settore del Comune di Marcianise ed il Responsabile del Procedimento, hanno dichiarato “nullo anche, ai sensi dell'art. 21-septies L. 241/90, l'atto denominato ‘Determinazione n 679 del 28/8/2019’, in quanto, in particolare, manca uno degli elementi essenziali che lo stesso deve possedere per essere considerato valido e cioè la ‘sottoscrizione e quindi l'espressione della volontà’ alla data dell'atto del Dirigente competente per l'assunzione dello stesso, e quindi dichiarare nullo quanto in esso contenuto”;

b) di tutti gli atti preordinati, connessi e consequenziali, comunque lesivi della posizione delle ricorrenti, tra i quali, in particolare

b.1) la Nota prot. n. 0012765 dell'11 marzo 2020, contenente la comunicazione dell'intervenuta adozione della determinazione sub a)

b.2) la Nota prot. n. 536 del 7 gennaio 2020 del Dirigente del III Settore del Comune di Marcianise, di comunicazione di avvio del procedimento per la declaratoria di nullità e contestuale invito a formulare controdeduzioni;

b.3) il “Regolamento delle determinazioni dirigenziali del Comune di Marcianise”, approvato con Deliberazione della Commissione Straordinaria n. 16 del 20 gennaio 2009, relativamente agli artt. 5 (Forma e sottoscrizione) e 7 (Raccolta e pubblicazioni), per come evocati nella Determinazione n. 167/2020 impugnata sub a);

b.4) tutti gli ulteriori atti e provvedimenti a tutt'oggi sconosciuti e per i quali si riservano la proposizione di motivi aggiunti, ove necessario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020 il dott. Gianmario Palliggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 84, commi 5 e 6, D.L. 18/2020;

Visto l'art. 5 del decreto del Presidente del TAR Campania n. 14/2020;

Relatore il dott. Gianmario Palliggiano nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020, svolta da remoto, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del D.L. n.18/2020, convertito in legge con l. n. 27/2020, e dell'art. 5 del D.P. n.14/2020/Sede, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A.; la causa è stata trattenuta in decisione, omesso ogni avviso, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., dell'art. 84, comma 5, D.L. 18/2020, convertito in legge con l. n. 27/2020, e dell'art. 5 del decreto presidenziale n. 14/2020/sede.

1.- La ricorrente MIC Costruzioni s.r.l., in costituenda A.T.I. con la Società Rubner Holzbau Sud, e designata quale capogruppo e mandataria da quest'ultima, ha preso parte alla procedura aperta indetta nel mese di maggio 2018 dal Comune di Marcianise per l' "Affidamento congiunto della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori relativi alla Ristrutturazione dell'ex canapificio da destinare ad impianti sportivi – CIG : 748881801E – CUP : H28J07000020004".

All'esito della procedura, come risulta dai verbali di gara redatti dal 24 luglio 2018 al 17 luglio 2019, la Commissione valutatrice formulava proposta di aggiudicazione in favore dell'A.T.I. MIC Costruzioni e Rubner Holzbau Sud, collocatasi al vertice della graduatoria con punti 98,31/100.

Con Determinazione n. 679 del 28 agosto 2019, il dirigente del V Settore sanciva la chiusura delle operazioni di gara e l'aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. MIC Costruzioni s.r.l. - Rubner Holzbau Sud, stabilendo altresì di "Procedere alla stipula del contratto ai sensi dell'art. 32, comma 10 d.lgs. 50/2016".

All'aggiudicazione definitiva seguiva la pubblicazione - a partire dal 12 settembre 2019 e per quindici giorni consecutivi - della Determinazione n. 679/2019 all'Albo pretorio del Comune di Marcianise nonché la comunicazione di avvenuta aggiudicazione agli altri partecipanti, mediante PEC prot. n. 42296 del 16 settembre 2019.

Decorsi i termini per le eventuali impugnative degli esiti di gara nonché il c.d. *stand still*, l'aggiudicataria, non essendo stata nel frattempo convocata per la sottoscrizione del contratto di appalto, formalizzava al Comune di Marcianise atto d'invito, diffida e messa in mora, acquisito con nota prot. n. 58595 del 17 dicembre 2019.

In risposta, il Comune di Marcianise, nella persona del Dirigente di Settore, trasmetteva alla ricorrente la nota prot. n. 536 del 7 gennaio 2020 di avvio del procedimento volto alla declaratoria di nullità della determinazione di aggiudicazione n. 679/2019.

La ricorrente, in contraddittorio, produceva, a sua volta, nota del 16 gennaio 2020.

Il Comune di Marcianise - dopo avere chiesto parere ad un legale esterno di fiducia - ha adottato la nota prot. n. 167 dell'11 marzo 2020, con la quale ha dichiarato "nullo" il provvedimento n. 679/2019, nel presupposto che fosse viziato in quanto "carente" di uno "degli elementi essenziali che lo stesso deve possedere per essere considerato valido e cioè la "sottoscrizione e quindi l'espressione della volontà", alla data dell'atto del Dirigente competente per l'assunzione dello stesso.

2.- Con l'odierno ricorso, notificato il 3 giugno 2020 e depositato il successivo 4, l'ATI MIC Costruzioni - Rubner Holzbau Sud hanno impugnato la menzionata determina n. 167/2020.

La ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

1) violazione degli artt. 1, 3 7 e 8 L. n. 241/1990; eccesso di potere per carenza d'istruttoria, travisamento; violazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

A fronte di soli dieci giorni assegnati alla destinataria per replicare alla comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 536 del 7 gennaio 2020, comunque ritualmente rispettato, l'Amministrazione titolare del procedimento, si era autovincolata alla conclusione del procedimento medesimo assegnandosi sessanta giorni, scadente il 7 marzo 2020, dall'avvio del procedimento per addivenire alla conclusione dello stesso ed alla adozione dell'atto finale, intervenuto solo il successivo 11 marzo, allorquando le situazioni giuridiche in favore della ricorrente si erano ormai consolidate ed il potere dell'amministrazione si era esaurito.

2) violazione degli artt. 3 e 21-septies L. n. 241/1990; del d. lgs 82/2005; dei principi generali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa; degli artt. 5, 6 e 7 del Regolamento delle determinazioni dirigenziali, approvato con deliberazione della commissione straordinaria n. 16 del 20 gennaio 2009; eccesso di potere per carenza d'istruttoria nei presupposti di fatto e di diritto

Nel caso di specie, infatti, la Determinazione n. 679/2019 non è "priva di sottoscrizione", bensì risulta ritualmente sottoscritta in una data, il 5 settembre 2019, successiva a quella in cui il provvedimento è stato materialmente confezionato dal funzionario istruttore.

Si verserebbe, quindi, in una fattispecie non rientrante tra le ipotesi che, ai sensi dell'art. 21-septies L. n. 241/1990, costituiscono *numerus clausus* di nullità del provvedimento amministrativo.

3) violazione degli artt. 3 e 97 Cost.; eccesso di potere per sviamento, carenza dell'interesse pubblico specifico alla declaratoria di nullità; illogicità ed ingiustizia manifeste; perplessità.

Sarebbe del tutto carente l'interesse pubblico specifico alla declaratoria di nullità dell'aggiudicazione della gara d'appalto, alla luce dei presunti vizi che l'Ufficio ha inteso individuare nella Determinazione oggetto n. 679/2019.

Con decreto n. 1128 del 5 giugno 2020, il Presidente della Sezione ha respinto l'istanza di misure cautelari urgenti.

In data 22 giugno 2020, si è costituito in giudizio il comune di Marcianise; ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse alla sua coltivazione; nel merito l'infondatezza.

Le parti controinteressate, ritualmente intimate non si sono costituite in giudizio.

La causa è stata fissata alla camera di consiglio del 24 giugno 2020 per la trattazione dell'istanza cautelare in sede collegiale.

Le parti - ai sensi dell'art. 84, comma 5, D.L. 18/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020 - hanno presentato memorie e repliche.

A conclusione dell'udienza camerale, il Collegio ha ritenuto sussistere gli estremi, di cui all'art. 60 cod. proc. amm., per definire la causa con sentenza in forma semplificata, omissa ogni avviso, come previsto dall'art. 84, comma 5, D.L. 18/2020.

3.- In via preliminare è infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa dell'amministrazione comunale.

L'atto impugnato formalizza la nullità della determinazione dirigenziale n. 679/2019 con la quale l'ATI ricorrente era risultata aggiudicataria della gara in argomento.

E' pertanto evidente il suo interesse concreto ed attuale ad impugnare il provvedimento col quale l'amministrazione ha dichiarato – benché per ragioni in apparenza formali – la nullità di quella determinazione, senza che, peraltro, vi sia stata alcun successivo provvedimento o diversa manifestazione implicita di volontà volta a rideterminarsi nel senso di confermare l'aggiudicazione.

4.- Ciò chiarito, il ricorso è nel merito fondato, stante la fondatezza con rilievo assorbente della seconda e della terza censura, le quali possono essere trattate congiuntamente in considerazione degli evidenti profili di omogeneità nelle stesse presenti.

4.1.- A differenza della disciplina civilistica sul contratto, non vi è una previsione legislativa che fissi esplicitamente gli elementi dell'atto amministrativo e, più in particolare, del provvedimento.

In dottrina, secondo un orientamento tradizionale, ispirato ad una visione civilistica degli istituti di diritto pubblico, gli elementi essenziali dell'atto amministrativo – in quanto assimilabili, nel contenuto e nella forma, al negozio giuridico – sono individuabili in: soggetto, oggetto, destinatario, volontà e forma.

Secondo altro orientamento, fermo restando il carattere essenziale di elementi quali il soggetto, il contenuto, l'oggetto e la forma, non sarebbe tuttavia pertinente l'assimilazione tra negozio ed atto amministrativo in quanto, le finalità prevalentemente pubblicistiche che persegue quest'ultimo, producono una sensibile attenuazione dell'elemento volontaristico, risultando molto più rilevante la rispondenza della statuizione al perseguimento dell'interesse pubblico, in ogni caso immanente nell'atto da adottare.

D'altronde, secondo le indicazioni contenute agli artt. 7 ed 8 L. n. 241/1990, l'atto amministrativo deve contenere le seguenti indicazioni:

- a) l'amministrazione competente;
- b) l'oggetto del procedimento promosso;
- c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento;
- d) il termine entro cui l'amministrazione è tenuta a provvedere.

Per quanto d'interesse in questa sede, riguardo al profilo soggettivo, è necessario che il provvedimento sia riconducibile ad un preciso soggetto (o anche organo) pubblico, in quanto espressione di esercizio delle funzioni pubbliche che il legislatore gli ha demandato.

4.2.- Riguardo alla forma, l'art. 3 L. n. 241/1990, nel prescrivere che il procedimento deve concludersi con un provvedimento espresso, pone la regola generale della forma scritta, regola che tuttavia soffre di notevoli eccezioni ogni volta che il silenzio dell'amministrazione assume un valore significativo in senso di diniego o di assenso.

Quando il provvedimento è redatto in forma scritta, esso, di norma, si compone dei seguenti elementi:

- l'intestazione, la quale indica l'autorità da cui lo stesso promana;

- il preambolo, che contiene l'enunciazione della norma o delle norme di legge sulla base delle quali l'amministrazione procedente ha assunto la decisione;
- la motivazione, che esplicita le ragioni di fatto e di diritto a fondamento della sua emanazione e, nell'esercizio del potere discrezionale, il bilanciamento degli interessi operato per assumere quella specifica decisione;
- il dispositivo, che contiene la concreta deliberazione dell'amministrazione emanante;
- la data ed il luogo di emanazione;
- la sottoscrizione dell'organo rappresentativo dell'amministrazione emanante.

Su quest'ultimo aspetto, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, nei provvedimenti di forma scritta, la funzione della sottoscrizione è di consentire l'individuazione dell'autorità emanante, con la conseguenza che solo la sua totale mancanza rende nullo il provvedimento, perché non consente di stabilire quale amministrazione lo abbia adottato.

L'autografia della sottoscrizione non è, invece, configurabile come requisito di esistenza giuridica dell'atto amministrativo – e quindi di validità - qualora dallo stesso contesto dell'atto sia possibile accertare la provenienza dell'atto e la sicura attribuzione all'autore (cfr. Tar Catania, sez. II, 12 novembre 2019, n. 2713).

4.3.- Sul punto, secondo un precedente di questo TAR (sez. VIII, 8 novembre 2017, n. 5245), se è vero che la firma apposta in calce ad un atto amministrativo costituisce lo strumento per potere ricondurre quest'ultimo, per i profili psichico e giuridico, all'agente amministrativo che lo abbia formalmente adottato, è altrettanto vero che, anche in ossequio al più generale principio di correttezza e buona fede cui debbono essere improntati i rapporti tra amministrazione e cittadino, non solo la leggibilità della firma ma anche la stessa autografia della sottoscrizione non possono costituire requisiti di validità dell'atto amministrativo, laddove concorrano altri elementi testuali (quali, indicazione dell'ente competente, qualifica, ufficio di appartenenza del funzionario che ha adottato la determinazione), emergenti anche dal

complesso dei documenti che lo accompagnano, dai quali è possibile individuare la sicura provenienza dell'atto stesso.

In altri termini, l'atto amministrativo esiste egualmente come tale in tutti i casi nei quali i dati emergenti dal procedimento amministrativo consentano comunque di attribuirlo ad un'amministrazione e, al suo interno, all'agente materiale competente in astratto secondo le norme positive. E' fatta sempre salva la facoltà dell'interessato di chiedere al giudice l'accertamento dell'effettiva provenienza dell'atto stesso dal soggetto autorizzato a firmarlo (cfr. anche Cfr. Cons. St., sez. V, 28 maggio 2012 n. 3199; Cass., 15 marzo 2011 n. 6092; Cass., 7 agosto 1996 n. 7234; TAR Lazio, Roma, 28 maggio 2013 n. 5323; TAR Lazio, Roma, 21 ottobre 2010 n. 32942; TAR Toscana, 19 marzo 1999 n. 42).

5.- Nel caso in esame, l'art. 5 del Regolamento delle determinazioni dirigenziali del Comune di Marcianise dispone che: "La determinazione, per la sua esistenza, deve essere redatta in forma scritta dal Responsabile del Settore competente che la sottoscrive. (...)".

Può osservarsi che la disposizione regolamentare subordina l'esistenza giuridica di un provvedimento alla sua redazione in forma scritta, non anche alla sua sottoscrizione.

La disposizione generale del comune di Marcianise si riconduce quindi proprio a quella giurisprudenza, come sopra menzionata, orientata a conservare l'atto amministrativo non dotato di firma, a condizione che dallo stesso emergano elementi identificativi che consentano comunque di risalire con certezza all'amministrazione emanante.

Calando nel caso di specie le argomentazioni innanzi riportate, occorre verificare se nella determinazione n. 679/2019 sussistono i cd. "dati identificativi" indicati dalla giurisprudenza, ossia: indicazione dell'ente competente, qualifica, ufficio di appartenenza del funzionario che ha adottato la determinazione.

In concreto, la determinazione riporta:

- in alto a sinistra i dati dell'ufficio e del funzionario che ha redatto l'atto: V Settore; Dirigente: On. Ta.; Ufficio Proponente: Lavori Pubblici; Responsabile del procedimento: An. de Ca.; Registro Settoriale n. 45 del 28 agosto 2019 ed il CIG: 748881801E.

- in basso, in ogni pagina è riportata la dicitura: "Determinazione V Settore n. 679 del 28-08-2019 Comune di Marcianise".

Questi dati rendono possibile individuare, senza incertezze, l'identità dell'Ente competente, dell'ufficio, del funzionario e della sua qualifica.

Per di più, dato non certo trascurabile ai fini che in questa sede interessano, alcuni giorni dopo la pubblicazione della determinazione, il dirigente del V Settore, dott. On. Ta., ha provveduto ad apporre, in data 5 settembre 2019, e quindi dopo solo otto giorni, la sua firma in formato digitale; in questo modo ha consolidato in via definitiva l'atto anche per quanto riguarda l'attribuzione inequivocabile alla sua sfera di competenza e di volizione.

Pertanto, risultano pienamente soddisfatti i requisiti necessari a poter considerare valida ed efficace la Determinazione n. 679/2019.

6.- Questi aspetti, peraltro, erano stati già puntualmente rilevati nel parere legale che lo stesso ente comunale si era premurato di chiedere per risolvere il dubbio interpretativo e per individuare la soluzione operativa.

Nel parere, il legale consultato dall'ente comunale faceva presente, quale soluzione che superasse l'irregolarità legata all'assenza di sottoscrizione, che l'atto di chiusura del procedimento dovesse assumere valore meramente confermativo del pregresso provvedimento di aggiudicazione, stante l'assenza di una rinnovata istruttoria circa gli elementi di fatto e di diritto che hanno portato all'aggiudicazione della gara all'ATI ricorrente.

A questo punto, l'opposta decisione di dichiarare la nullità della determinazione n. 679/2019 appare quanto meno strabica, non solo a fronte delle argomentazioni e delle conclusioni alle quali era pervenuto il parere legale, richiesto prudentemente dalla stessa amministrazione, ma anche della circostanza, in dettaglio rilevata dalla ricorrente nelle repliche alla

comunicazione di avvio del procedimento dichiarativo di nullità, che, in almeno sei precedenti occasioni, l'amministrazione stessa aveva proceduto, senza alcuna esitazione, ad apporre la firma digitale in date successive rispetto a quelle di emanazione dei corrispondenti atti.

7.- Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo. Sono irripetibili nei confronti delle parti controinteressate, non costituite nel giudizio e non coinvolte nel procedimento conclusosi con l'impugnata determinazione.

P.Q.M.

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

Condanna il comune di Marcianise, in favore di parte ricorrente delle spese del giudizio che liquida in € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori come per legge, oltre al rimborso del contributo unificato. Irripetibili nei confronti delle parti controinteressate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft teams, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, D.L. 18/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020, e dal decreto del Presidente del Tribunale n. 14/2020/sede, con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO