



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 le Marche**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1113 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Metec S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Manuela Soligo, Dino Latini, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R. Marche, in Ancona, via della Loggia, 24;

***contro***

Comune di Montefano, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Carassai, con domicilio eletto presso l'Avv. Alberto Cucchieri, in Ancona, corso Mazzini, 148;

Comune di Montefano - Responsabile del Settore V - Ufficio Tecnico, non costituito;

***nei confronti di***

- Regione Marche, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Costanzi,

con domicilio eletto presso il Servizio Legale Regione Marche, in Ancona, via Giannelli, 36;

- Regione Marche – Dipartimento Politiche Integrate di Sicurezza e Protezione Civile-Servizio Rischio Sismico ed OO.PP. d'Emergenza, Conferenza dei Servizi ex L. n. 61/1998, Provincia di Macerata, ASUR Marche - Zona Territoriale n. 8 di Civitanova Marche, Azienda Sanitaria Unica Regionale – ASUR Marche, Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Macerata, Circolo Didattico di via Le Grazie di Recanati, Gross Invest S.r.l., Valperto Corradori Avogadro degli Azzoni, Francesca Mari, non costituiti;

***per l'annullamento***

- della deliberazione Consiglio Comunale di Montefano n. 39 del 30 settembre 2009 (pubblicata sull'albo pretorio del predetto comune il 16 ottobre 2009), avente ad oggetto "interruzione delle trattative con la ditta Metec S.r.l. per acquisto edificio da adibire a scuola ed annullamento relativi atti", poi rettificata con delibera consiglio comunale n.42 del 30 novembre 2009 ; nonché di tutti gli altri atti prodromici, presupposti e conseguenti alla predetta, ed in particolare:

- la delibera Giunta Comunale di Montefano n. 93 del 25 luglio 2009 avente ad oggetto: "direttiva per conferimento incarico a due esperti per verifica atti, documenti, procedura ed ubicazione edificio in via Don Minzoni da acquistare ed adibire a scuola;

- la nota del sindaco comune di Montefano n.4577 del 25 luglio 2009;

- la determinazione del Settore III lavori pubblici e patrimonio del Comune di Montefano n. 52 del 27 luglio 2009 di incarico professionale a esperti;
- e per quanto atto non definitivo, la nota del responsabile del settore IV ufficio tecnico comunale di Montefano n.4666 prot. del 27 luglio 2009, di preavviso di diniego ex art.10 l. n.241/1990 al rilascio del permesso di costruire;
- le relazioni dei due esperti di cui alla delibera e determinazione di cui sopra, rispettivamente del dott. ing. Alberto Gigli e del prof. Alberto Rogano;
- la delibera giunta comunale di Montefano n.100 del 29 agosto 2008;
- la delibera giunta comunale di Montefano n.108 del 15 settembre 2009 con la relativa relazione del responsabile dell'ufficio tecnico comunale di Montefano, così come poi rettificata dalla delibera giunta comunale di Montefano n.139 del 21 novembre 2009;
- la delibera giunta comunale di Montefano n.109 del 15 settembre 2009, così come poi rettificata dalla delibera giunta comunale di Montefano n.139 del 21 novembre 2009; e
- la nota del sindaco del comune di Montefano n.5420 prot. del 18 settembre 2009.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montefano e della Regione Marche;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2012 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente agisce in questa sede per conseguire l'annullamento della deliberazione del C.C. di Montefano n. 39/2009, in parte rettificata con successiva deliberazione n. 42/2009, recante la decisione di interrompere le trattative in corso con Metec per l'acquisto di un immobile da adibire a edificio scolastico, e di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali indicati nell'epigrafe del ricorso.

2. Il ricorso introduttivo è affidato ai seguenti motivi:

- difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà fra atti;
- inesistenza degli elementi ostativi indicati nell'atto;
- violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in materia di autotutela decisoria della P.A.;
- sviamento di potere (in relazione alla decisione del Comune di proporre alla ricorrente il ripristino della precedente destinazione urbanistica);
- illegittimità della successiva deliberazione di Giunta Comunale n. 109 del 15/9/2009 per incompetenza dell'organo.

Con successivi motivi aggiunti, depositati in data 23/11/2010 e in data 4/3/2011, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti con i quali il Comune ha assunto le determinazioni conseguenti all'interruzione della trattativa con Metec (sono stati in particolare gravati gli atti di programmazione triennale delle opere pubbliche – nella parte in cui è stata prevista la costruzione di un nuovo edificio scolastico – e i provvedimenti di indizione della relativa gara ad evidenza pubblica).

A carico di tali provvedimenti è dedotto principalmente il vizio di illegittimità derivata, trovando gli stessi il proprio fondamento nell'atto impugnato con il ricorso introduttivo.

Con gli atti di motivi aggiunti la ricorrente ha altresì chiesto la condanna del Comune al risarcimento dei danni o, in subordine, alla corresponsione dell'indennizzo *ex art. 21-quinquies* L. n. 241/1990.

3. Costituendosi in giudizio, il Comune ha:

- eccepito preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo;
- nel merito chiesto il rigetto del ricorso, sia sul versante "amministrativo" (sostenendo la fondatezza delle ragioni poste a base del provvedimento impugnato), sia sul versante "privatistico" (affermando che non sussistono i presupposti per una pronuncia che tenga luogo del contratto non concluso, non essendosi raggiunto l'*in idem consensus*).

4. L'udienza di trattazione del merito, inizialmente fissata per il 22

marzo 2012, è stata differita al 7 giugno 2012 a causa dell'adesione dei difensori della ricorrente all'astensione dalle udienze proclamata dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura.

5. Come eccepito dalla difesa del Comune, il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

A tale conclusione il Collegio ritiene di dover approdare in base alle seguenti considerazioni:

- in primo luogo (e la circostanza non è discutibile), nel caso di specie il Comune e la ricorrente hanno avviato una trattativa al di fuori di qualsiasi procedura che si possa in qualche modo equiparare a quelle disciplinate dal D.Lgs. n. 163/2006 o dalle norme di contabilità di Stato. E' infatti accaduto che Metec, avuta notizia del fatto che l'edificio scolastico sito in via Matteotti era stato irrimediabilmente danneggiato dal sisma del settembre 1997, ha spontaneamente proposto al Comune l'acquisto di un immobile di sua proprietà realizzato di recente (il quale, previa l'esecuzione di una serie di interventi, poteva essere riconvertito in edificio scolastico), il cui prezzo l'amministrazione avrebbe pagato in parte utilizzando il contributo regionale di cui alla L. n. 61/1998 e in parte mediante l'impiego di risorse proprie;

- si tratta, come si può ben vedere, di una normale trattativa in tutto e per tutto riconducibile alle pertinenti disposizioni del codice civile (artt. 1326 e ss. c.c.), nella quale l'amministrazione ha speso la capacità di diritto privato che viene unanimemente riconosciuta

anche agli enti pubblici (vedasi al riguardo l'art. 1 della L. n. 241/1990). Per inciso, ciò giustifica la mancata pubblicazione del dispositivo di sentenza entro il termine previsto dall'art. 120, comma 7, cod. proc. amm. (in effetti, nonostante dal ruolo di udienza risulti che la causa segue il c.d. rito degli appalti, la qualificazione giuridica della fattispecie è pur sempre prerogativa del giudice. Del resto, sarebbe contraddittorio per il Tribunale applicare una delle peculiari disposizioni che connota il c.d. rito degli appalti e nello stesso tempo affermare che nella specie non viene in evidenza una procedura ad evidenza pubblica);

- tornando al merito della decisione, è ben vero che, come afferma la ricorrente nell'*incipit* del ricorso, anche gli atti che un ente pubblico compie nell'esplicazione della sua capacità di diritto privato sono in genere preceduti dall'adozione di provvedimenti amministrativi (si pensi, ad esempio, alla deliberazione a contrattare oppure alla determinazione dirigenziale di cui parla l'art. 11, comma 4-*bis*, L. n. 241/1990), ma è altrettanto vero che occorre per l'appunto distinguere gli atti della sequenza pubblicistica da quelli aventi natura privatistica;

- anche nel caso dei contratti di appalto si registra questo "sdoppiamento", e ciò è tanto vero che, per giurisprudenza assolutamente monolitica, le controversie afferenti l'esecuzione del contratto appartengono alla giurisdizione dell'A.G.O., mentre appartengono alla giurisdizione del G.A. quelle relative

all'impugnazione di provvedimenti che incidono sugli atti presupposti al contratto (ad esempio, annullamento d'ufficio o revoca dell'aggiudicazione). E nell'alveo della giurisdizione ordinaria rientrano anche le controversie afferenti il ritardo o il rifiuto della stipula del contratto che non siano dovuti a ragioni legate allo svolgimento della gara o a sopravvenute ragioni di pubblico interesse (*ex multis*, Cass., SS.UU., n. 2634/2009; TAR Molise, n. 93/2010);

- in ogni caso, è noto come fin dagli albori del sistema di giustizia amministrativa nato a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 5992/1889, la Corte di Cassazione, dovendo enucleare i criteri sui quali si fonda il riparto di giurisdizione fra A.G.O. e G.A., ha negato rilevanza al criterio del *petitum* (in base al quale era il ricorrente, con la propria prospettazione, a scegliere il giudice da adire), approdando invece all'individuazione del criterio del c.d. *petitum* sostanziale;

- nella specie, non giova alla ricorrente l'impostazione del ricorso come azione impugnatoria, e ciò anche perché Metec, contraddicendo se stessa, finisce per invocare una pronuncia di stampo chiaramente civilistico, ossia una sentenza che in sostanza avrebbe il contenuto dell'art. 2932 c.c. o che, in ogni caso, dovrebbe affermare l'obbligo del Comune di procedere alla stipula del contratto di compravendita. Ciò è esplicitato, ad esempio, a pagina 44 del ricorso introduttivo, laddove Metec afferma che la fase delle trattative era definitivamente conclusa, il che vuol dire che la ricorrente pretende la stipula del contratto di compravendita o, in



alternativa, il risarcimento per equivalente del danno da ingiustificata rottura delle trattative;

- in ogni caso, essendo rimessa al giudice la qualificazione della domanda, nella presente controversia non viene in evidenza un provvedimento di autotutela, ma un semplice atto di natura privatistica con cui l'amministrazione ha espresso la volontà di interrompere le trattative adducendo una serie di ragioni per le quali ritiene contrario a buona fede il comportamento di Metec. Fra l'altro, se si volesse seguire per un attimo la tesi di parte ricorrente, nella presente vicenda dovrebbe essere individuato un atto del Comune avente indiscussa natura negoziale che abbia dato seguito a quanto deliberato dal Consiglio Comunale (atto che, in spregio al principio di concentrazione dei giudizi, Metec dovrebbe impugnare separatamente davanti all'A.G.O., riproponendo però le medesime doglianze formulate in questa sede). Ma, come è facile osservare dagli atti di causa, una simile distinta manifestazione di volontà negoziale del Comune non vi è, e ciò per il semplice fatto che la volontà negoziale è stata espressa con la deliberazione consiliare impugnata;

- è evidente poi che il Comune ha agito mediante un atto che ha la veste formale della deliberazione consiliare per due ordini di ragioni. In primo luogo perché le amministrazioni pubbliche "parlano per atti", per cui si è ritenuto opportuno che lo stesso organo che a suo tempo aveva stabilito di avviare le trattative - ossia il consiglio

comunale, il quale esprime la propria volontà sempre con lo strumento della deliberazione, salvo i casi di atti politici per i quali è possibile anche il ricorso ad altri strumenti, quali ad esempio la mozione o la risoluzione - procedesse ora a revocare tale volontà (al riguardo è anche chiaro che il sindaco *pro tempore* ha voluto una “copertura” politica del proprio operato, visto che sulla questione della localizzazione del nuovo edificio scolastico aveva impostato la propria campagna elettorale). In secondo luogo, per prevenire possibili contestazioni e/o azioni risarcitorie da parte di Metec e in ogni caso per non esporsi a sua volta all'accusa di aver violato il canone di buona fede;

- sotto altro profilo, è vero che la lettura del provvedimento impugnato evoca in qualche passaggio le categorie pubblicistiche (e ciò è a dirsi in particolare per quanto riguarda gli apporti consultivi di cui il Comune si è avvalso prima di decidere l'interruzione delle trattative), ma questo è in un certo modo inevitabile, sia per le ragioni esposte nella prima parte dell'alinea precedente, sia perché uno stesso fatto può avere rilievo sotto svariati profili giuridici;

- ma il punto decisivo, ad avviso del Collegio, sta nel fatto che la decisione del Comune non si fonda tanto su specifiche questioni (ad esempio, il mancato rispetto in sede progettuale della normativa antisismica che il legislatore statale ha emanato dopo il terribile evento sismico dell'aprile 2009 oppure le problematiche legate al traffico), quanto sul convincimento che Metec ha taciuto una serie di

circostanze che, ove conosciute tempestivamente, avrebbero consigliato l'amministrazione ad abbandonare già da tempo le trattative (si veda l'elenco dettagliato dei comportamenti contrari a buona fede che il Comune addebita a Metec – pagina 13 della deliberazione n. 39/2009). Il riferimento va soprattutto alla questione delle aree non di proprietà Metec che il Comune dovrebbe reperire affinché il nuovo edificio scolastico sia idoneo ad ospitare il numero di classi che si prevede di istituire nel plesso scolastico. In questo senso, quindi, non si è né di fronte ad una revoca per sopravvenute ragioni di pubblico interesse, né tantomeno ad un annullamento d'ufficio, e ciò in quanto nella specie non vi era un atto illegittimo da annullare, essendo piuttosto vero che la conformità del progetto di adeguamento dell'edificio in parola alle prescrizioni di cui al D.M. 18/12/1975 ed alla vigente normativa antisismica viene in evidenza sotto il profilo o della presupposizione o della condizione sospensiva. In sostanza, in disparte l'istituto della revoca (che non viene in evidenza, con conseguenza inconferenza della domanda di condanna del Comune alla corresponsione dell'indennizzo *ex art. 21-quinquies* L. n. 241/1990), l'illegittimità che giustifica l'annullamento d'ufficio si sarebbe inverata solo se il Comune avesse deciso di acquistare un edificio pur essendo consapevole della sua inadeguatezza strutturale rispetto alla vigente normativa antisismica o ad altre norme inderogabili e se tale consapevolezza fosse evincibile, espressamente o implicitamente, dagli atti del procedimento. Il

Comune ha invece ritenuto fattibile la compravendita, subordinando la stipulazione del contratto all'inverarsi di alcune condizioni, per cui sotto questo profilo nessuna illegittimità rilevante *ex art. 21-nonies* della L. n. 241/1990 è stata posta in essere;

- ma del resto, dal punto di vista giuridico non vi è nessuna differenza sostanziale rispetto ad una trattativa fra privati nella quale una delle parti subordina la prestazione del proprio consenso all'avverarsi di una condizione (condizione che può benissimo consistere, ad esempio, nell'impegno del venditore ad adeguare l'immobile oggetto di compravendita alla normativa antisismica, previa acquisizione degli atti abilitativi previsti dalla legge). E anche tra contraenti privati può accadere che, al momento di concludere il contratto, sopravvengano contrasti circa l'accollo di spese necessarie per l'esecuzione del contratto o le qualità del bene oggetto del negozio. Nella specie, l'elemento di complicazione è scaturito dal fatto che, essendo stata la maggior parte della somma destinata all'acquisto dell'immobile stanziata su un capitolo di bilancio destinato agli interventi di ricostruzione post sismica, il progetto di Metec è stato sottoposto ad un lungo iter approvativo nel quale sono intervenuti vari enti pubblici. Inoltre, visto che il lotto sul quale sorge l'immobile in argomento aveva destinazione commerciale, è insorta la necessità per il Comune di approvare, mediante lo strumento acceleratorio dell'accordo di programma con la Provincia di Macerata, una variante urbanistica. Infine, trattandosi di vicenda in

cui venivano in evidenza i poteri di cui il Comune è titolare in materia urbanistica, è accaduto che uno dei contraenti ha dovuto giocoforza esprimere un parere favorevole sull'intervento posto in essere dall'altro contraente (visto che, in assenza di tale parere favorevole, non sarebbe stato concesso il finanziamento regionale e non sarebbe stato possibile stipulare l'accordo di programma con la Provincia, ossia non si sarebbero avverate quelle che erano vere e proprie pre-condizioni per la conclusione dl contratto), ma questo non condizionava di per sé la conclusione positiva delle trattative, non avendo il contraente pubblico perso la possibilità di contestare alla controparte privata la violazione dell'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c.;

- e l'oggetto della controversia che il competente Tribunale civile di Macerata dovrà risolvere - sempre che la causa venga riassunta davanti all'A.G.O. - consiste proprio nello stabilire se le parti hanno agito in buona fede nel corso delle trattative, visto che nel ricorso Metec sostiene che il Comune era stato messo *ab origine* in condizione di valutare la convenienza dell'operazione e che nessuna circostanza imprevista è sopravvenuta. In sostanza, la ricorrente evidenzia che la nuova amministrazione insediatasi a seguito delle elezioni amministrative del giugno 2009, avendo già in campagna elettorale manifestato la netta contrarietà alla stipula dell'atto di compravendita dell'edificio di proprietà Metec, una volta in carica ha cercato una serie di pretesti per evitare di dover onorare gli impegni assunti dalla

precedente amministrazione. Il Comune, da parte sua, sostiene invece che Metec ha taciuto fino all'ultimo circostanze essenziali che, ove conosciute, avrebbero già da tempo determinato l'abbandono delle trattative da parte dell'amministrazione, non essendo garantita la rispondenza del bene oggetto di compravendita alle esigenze del contraente pubblico (esigenze che erano note *ab initio* alla controparte).

6. Infine, il Collegio ritiene di dover richiamare una decisione delle SS.UU. della Corte di Cassazione (n. 11656/2008) che, decidendo su una controversia analoga, ha affermato la giurisdizione dell'A.G.O. (anche in quel caso fra la P.A. e il soggetto privato era intercorsa una trattativa per l'acquisto di un complesso immobiliare da adibire a sede di uffici pubblici, trattativa dalla quale l'amministrazione aveva poi receduto). *In terminis*, anche se con riguardo ad una questione parzialmente diversa, vedasi anche TAR Palermo, I, n. 678/2011.

7. La declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione inibisce l'esame del merito della controversia e quindi della cospicua documentazione versata in atti dalla ricorrente e dal Comune.

Va poi precisato che:

- l'inammissibilità concerne anche la parte della deliberazione n. 39/2009 in cui il Comune ha testualmente ritenuto di dover annullare la precedente deliberazione consiliare n. 17/2009, e questo sia perché in realtà non si tratta di annullamento in senso

amministrativo (quanto di ritiro della precedente manifestazione di volontà), sia perché in ogni caso non si tratta di decisione autonoma e per la verità nemmeno obbligata (essendo ovvio che la volontà di interrompere le trattative privava *ex se* di efficacia la precedente manifestazione di volontà di segno opposto);

- ugualmente inammissibili sono i motivi aggiunti, in quanto, una volta qualificata l'azione proposta da Metec come azione di natura civilistica, anche i motivi aggiunti seguono la sorte del ricorso principale (e ciò a dirsi anche per la domanda risarcitoria, che in realtà costituisce proprio l'oggetto principale della pretesa di Metec e che a maggior ragione va proposta davanti all'A.G.O.).

Ma in ogni caso, ossia volendo per un attimo ritenere sussistente la giurisdizione del G.A. sui motivi aggiunti, gli stessi sarebbero inammissibili per carenza di interesse, in quanto Metec non vanta una posizione giuridica qualificata che le consenta di censurare scelte assolutamente discrezionali del Comune di Montefano (quali sono sicuramente la programmazione triennale delle opere pubbliche e la decisione di indire una gara ad evidenza pubblica per la costruzione del nuovo edificio scolastico). Fra l'altro, con specifico riferimento alla gara d'appalto si deve evidenziare che se Metec è un'impresa del settore e possiede la qualificazione adeguata all'importo dei lavori potrà partecipare alla procedura, mentre se non è un operatore del settore non è legittimata a censurare l'indizione della gara. Né una posizione differenziata discende dalle vicende oggetto del ricorso

introduttivo, in quanto si tratta di vicende che si svolgono su un differente piano giuridico. Naturalmente, laddove in sede civilistica il Comune fosse condannato a stipulare il contratto di compravendita con Metec, per l'ente qui convenuto sorgerebbe il problema di rivedere le proprie scelte programmatiche (potendo ad esempio non risultare più necessaria la costruzione di un altro edificio scolastico), ma questo è uno scenario meramente ipotetico, del quale non è quindi necessario tenere conto in questa sede.

8. Il ricorso e i motivi aggiunti vanno dunque dichiarati inammissibili per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La complessità della questione di diritto esaminata dal Tribunale giustifica la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 cod. proc. amm., lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione e compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere



Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/06/2012

IL SEGRETARIO

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