

Pubblicato il 08/01/2024

N. 00254/2024REG.PROV.COLL.
N. 09185/2019 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9185 del 2019, proposto dall'A.T.I. Aieviv, Capogruppo Mandataria Associazione Interregionale Vivere Insieme, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Gualtieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- l'Ufficio Territoriale del Governo di Catanzaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 1541/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ufficio Territoriale del Governo di Catanzaro;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023, il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'A.T.I. AIEVIV – risultata aggiudicataria della procedura ad evidenza pubblica disposta dall'allora Azienda Sanitaria di Lametia Terme (ora Azienda Sanitaria Provinciale, A.S.P. di Catanzaro), giusta determina del Direttore Generale n. 636 del 14 giugno 2005, per l'affidamento in concessione novennale della gestione della Residenza Sanitaria Assistenziale sita nel comune di San Mango D'Aquino – con ricorso assunto al n. R.G. 1365/2016 adiva il Tar Calabria – Sezione di Catanzaro chiedendo *“l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'ASP di Catanzaro”* e la conseguente condanna ad *“addivenire alla stipula del contratto di affidamento in concessione, nel termine di cui all'art. 117 c.p.a., con nomina del commissario ad acta in caso di persistente inerzia”*.

2. All'esito del giudizio, con sentenza n. 725 del 2017, il Tribunale adito dichiarava l'obbligo dell'Amministrazione resistente *“di assumere una determinazione espressa, sia essa positiva o negativa rispetto all'interesse ad ottenere la stipulazione”*, nominando al contempo, *“nel caso di persistente inerzia (...) quale Commissario ad acta il Prefetto di Catanzaro, con facoltà di delega ad altro funzionario dell'ufficio, il quale assumerà la relativa decisione entro il termine dei successivi 30 giorni, quale organo straordinario dell'amministrazione”*.

3. Successivamente il Commissario *ad acta*, in esecuzione di quanto statuito

– dopo aver vagliato le osservazioni formulate dall’A.T.I. aggiudicataria e dall’A.S.P. di Catanzaro – giusta deliberazione n. 9 del 23 aprile 2018 concludeva il procedimento *“con determinazione negativa, in ordine alla stipulazione di un contratto per l’affidamento in concessione novennale della gestione della residenza Sanitaria Assistenziale sita nel Comune di San Mango d’Aquino, di proprietà dell’Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro”*.

4. A giustificazione di tale determinazione veniva evidenziato che *“la stipula di un contratto, trattandosi di una gara bandita il 14 giugno 2005, è da ritenersi allo stato attuale illegittima, per violazione del principio di legalità, sussistendo contrapposto interesse pubblico. Anche nella considerazione che l’atto, cui era diretta la selezione pubblica, non era un contratto di appalto ma una concessione per la gestione di un bene pubblico. Nelle negative, ne risulterebbe violato il principio della destinazione dell’immobile, essendo cessato l’interesse pubblico a causa dei mutamenti delle circostanze di fatto e di diritto su cui fondava a suo tempo l’interesse dell’Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro”*.

5. Avverso tale determina la struttura privata proponeva in data 10 luglio 2018 reclamo *ex art. 114, comma 6, c.p.a.*, lamentando: (I) la violazione del contraddittorio e delle norme sull’autotutela della P.A., non avendo il Commissario proceduto nelle forme dell’annullamento d’ufficio degli atti di gara; (II) la violazione dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione, correttezza e buona fede nonché l’insufficienza della motivazione della determina contestata.

In subordine alla richiesta di accertamento del diritto alla stipula del contratto, l’A.T.I. ricorrente avanzava domanda di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale della P.A..

6. L’A.S.P. di Catanzaro, costituitasi in giudizio, nei propri scritti difensivi eccepiva, in via preliminare, l’irricevibilità del reclamo per tardività del deposito *ex art. 114, comma 6, c.p.a.*, nonché l’inammissibilità dello stesso per carenza di interesse, mentre nel merito ne evidenziava l’infondatezza.

7. Il T.A.R. adito decideva la causa con la sentenza qui appellata n. 1541 del 3 settembre 2019 con la quale – pur ritenendo infondate le eccezioni preliminari sollevate dalla difesa dell’A.S.P. di Catanzaro – rigettava sia le censure rivolte contro la deliberazione commissariale n. 9 del 23 aprile 2018, sia la domanda risarcitoria avanzata dall’A.T.I. ricorrente.

8. Da ultimo, con ricorso in appello notificato il 5 novembre 2019 ed iscritto al R.G. n. 9185/2019, qui all’esame, l’A.T.I. AIEVIV ha gravato la predetta sentenza, evidenziando: (*sub i*) la rilevanza del legittimo affidamento da essa riposto nella conclusione del contratto che avrebbe “*acconsentito, quantomeno, all’accoglimento della domanda risarcitoria*”; (*sub ii*) la contrarietà della condotta dell’A.S.P. ai principi di buona fede e correttezza; (*sub iii*) l’erronea qualificazione come “*revoca*” del provvedimento impugnato, trattandosi al contrario di un “*annullamento in autotutela*”.

9. A sua volta l’Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro ha proposto, per quanto di ragione, appello incidentale avverso la sentenza n. 1541/2019 (già appellata in via principale dall’A.T.I. AIEVIV), ritenendo la stessa manifestamente erronea ed ingiusta nelle parti in cui ha respinto le eccezioni preliminari di irricevibilità ed inammissibilità del reclamo, sollevate in primo grado.

10. La causa, nella quale si è costituito con memoria di stile anche l’Ufficio Territoriale del Governo di Catanzaro, in assenza di istanza cautelare, è giunta in decisione all’udienza pubblica del 19 dicembre 2023.

11. *In limine litis* vanno esaminate le eccezioni preliminari reiterate dall’A.S.P. di Catanzaro attraverso l’appello incidentale.

11.1. L’eccezione di irricevibilità del reclamo per violazione del termine stabilito dall’art. 114, comma 6, c.p.a., muove dalla considerazione che la notifica del detto reclamo è avvenuta il 2 maggio 2018 e il relativo deposito è intervenuto il 10 luglio 2018, quindi oltre il limite dei 60 giorni previsto dal citato comma 6 dell’art. 114 c.p.a. (“*Avverso gli atti del commissario ad acta le*

stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni?").

11.2. La sentenza impugnata ha disatteso l'eccezione sull'assunto per cui al reclamo promosso avverso gli atti del commissario *ad acta* ex art. 117, comma 4, c.p.a., deve applicarsi “...*il rito del silenzio inadempimento (Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1337), ai cui termini, pertanto, la proposizione del reclamo resta assoggettata, con la conseguenza di risultare tempestiva, atteso il rispetto dei termini decadenziali dimezzati previsti per il rito ex art. 117 c.p.a.*”.

11.3. A questa ricostruzione l'appellante incidentale oppone che “*il reclamo previsto dall'art. 114, comma 6, c.p.a. rappresenta l'unico mezzo processuale che l'ordinamento consente per contestare gli atti del commissario ad acta. Con l'ovvia conseguenza che la proposizione di tale strumento di controllo giudiziale richiede il rispetto di un termine ben preciso, fissato, dall'art. 114, comma 5, del Codice del processo amministrativo in 60 giorni per il deposito, previa notifica ai controinteressati?*”: nel caso di specie, detto termine non è stato rispettato poiché, come già esposto, il ricorso di primo grado, notificato il 2 maggio 2018, è stato depositato il 10 luglio 2018, quindi oltre il limite dei 60 giorni.

11.4. Il collegio reputa fondato (e assorbente) il motivo incidentale in esame, e quindi condivisibile l'eccezione – respinta dal primo giudice – di irricevibilità per tardività del reclamo proposto avverso il provvedimento commissariale (con rito poi convertito dal T.A.R. in ordinario per l'esame della connessa domanda risarcitoria).

11.5. Invero, dalla giurisprudenza richiamata dall'Amministrazione - che è ormai pacifica nell'individuare nel reclamo *ex* articolo 114, comma 6, c.p.a. lo strumento attraverso il quale le parti, anche in un giudizio nato avverso il silenzio-inadempimento della p.a., possono insorgere avverso gli atti del Commissario *ad acta* dinanzi allo stesso giudice che ha accolto il ricorso avverso il silenzio, giusta il disposto dell'articolo 117, comma 4, c.p.a. – non può non discendere che l'analogia si estende non solo alla forma del

rimedio, ma anche al suo termine di impugnazione.

11.6. L'opposto avviso, seguito dal T.A.R., secondo cui nella specie continuerebbero ad applicarsi i termini previsti per lo speciale rito del silenzio (ossia, se ben si comprende, il termine di un anno di cui all'articolo 31, comma 2, c.p.a.), al di là delle considerazioni svolte dall'appellante incidentale in ordine alla sua scarsa coerenza con quella che ormai è incontestatamente la configurazione del Commissario *ad acta* quale ausiliario del giudice (anche nella particolare ipotesi di Commissario nominato all'esito di ricorso avverso il silenzio della p.a.; v. Cons. Stato, sez. IV, n. 2335 del 2021 e Sez. VI, n. 5006 del 2020), appare decisamente incongruo, in quanto estende all'impugnazione di un atto avente indubbio contenuto provvedimentale il regime elaborato dal legislatore per una situazione ontologicamente diversa, ossia per l'azione proposta avverso una inerzia, un non-provvedimento della p.a., con intuitivi effetti anche sul piano della certezza e stabilità degli effetti giuridici discendenti dal provvedimento commissariale.

11.7. La stessa giurisprudenza richiamata nella sentenza di primo grado e l'altra rinvenibile in materia - pur reiterando l'affermazione di principio secondo cui la fase esecutiva del giudizio sul silenzio rifiuto si configura come momento interno dell'unitario giudizio sul ricorso avverso il silenzio, in un'ottica di massimo snellimento della procedura - in parte la contraddice nel postulare l'applicazione del rimedio previsto dal comma 6 dell'art. 114 c.p.a. e comunque non affronta in modo specifico il tema del regime decadenziale del reclamo (T.A.R. Roma, sez. II, n. 13761 del 2019), in quanto si sofferma su fattispecie - evidentemente diverse da quella ricorrente nel caso in esame - connotate dalla persistenza dello stato di inadempimento della pubblica amministrazione (T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, n. 1103 del 2020; T.A.R. Potenza, sez. I, n. 89 del 2015; T.A.R. Veneto, Sez. I, 6 luglio n. 897 del 2021).

11.8. A convalida dell'interpretazione qui accolta può ancora osservarsi che:

a) una conversione del regime processuale analoga a quella che si determina nel passaggio dall'azione *ex art. 117 c.p.a.* al reclamo impugnatorio dell'atto commissariale si registra, sempre nel rito sul silenzio, nel caso in cui nel corso dello stesso sopraggiunga il provvedimento dell'Amministrazione e venga a cessare l'inerzia inizialmente censurata: anche in quel caso all'azione *ex art. 117 c.p.a.* si sostituisce un ricorso a carattere impugnatorio soggetto a preclusione decadenziale con decorrenza del relativo termine dall'adozione dell'atto (art. 117, comma 5, c.p.a.: *“Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito”*);

b) l'opposta soluzione avallata dal T.A.R. appare incongrua rispetto al regime temporale dell'azione previsto dall'art. 31 c.p.a. (che peraltro la pronuncia di primo grado non definisce neppure, in quanto non ne individua il relativo *dies a quo*), poiché se è vero che l'azione avverso il silenzio-inadempimento *“può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento”* (art. 31, comma 2, c.p.a.), in un caso come quello di specie, in cui il silenzio è stato infranto dal sopravvenire dell'atto commissariale, la predetta regola non trova più validi punti di riferimento applicativo sicché sarebbe illogico qualunque dei seguenti esiti alternativi, ovvero: a) quello di tenere ferma la decorrenza del termine come individuato dall'art. 31, comma 2, c.p.a. - posto che l'atto commissariale potrebbe sopravvenire anche oltre il termine massimo annuale e quindi sfuggire al *dies ad quem* di esperibilità del reclamo; b) quello di far decorrere il termine annuale dall'atto sopravvenuto - posto che ciò che si assume implicitamente nell'impostazione in commento è che l'inerzia dell'amministrazione perduri nel tempo e che il procedimento non sia ancora giunto a conclusione: in

uno scenario di questo tipo, costituirebbe solo una *factio*, del tutto contraddittoria con la richiamata premessa, quella che assumesse l'adozione dell'atto commissariale quale momento di ulteriore abbrivio del procedimento, al quale agganciare una nuova decorrenza del termine annuale *ex art. 31, comma 2, c.p.a.*

11.9. Per quanto esposto, non essendo contestata in fatto la mancata osservanza nella specie del termine di sessanta giorni di cui al citato articolo 114, comma 6, c.p.a., il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile.

12. Con la seconda eccezione – reiterata attraverso il secondo motivo dell'appello incidentale – l'A.S.P. ha sostenuto una carenza di interesse ad agire della ricorrente in primo grado, “... *poiché il fabbisogno regionale in tema di posti letto per le tipologie di prestazioni residenziali erogate sul territorio è stato interamente soddisfatto*” e, quindi, “*l'A.T.I., in ogni caso, non riuscirebbe più neppure ad ottenere una valida autorizzazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 8-ter del D.Lgs. n. 502/92 e s.m.i.*”.

12.1. Le repliche svolte dall'A.T.I. sul punto evidenziano di contro:

- i)* che il fabbisogno previsto dal vigente DCA n. 144 dell'11 dicembre 2020 (avente ad oggetto la rete territoriale per le prestazioni residenziali e semi-residenziali) e dalle linee guida dettate dal DCA n. 197 del 12 luglio 2023 (avente ad oggetto la nuova rete territoriale sulla base della nuova programmazione e dei nuovi fabbisogni) è compatibile con un'utile collocazione anche delle prestazioni oggetto della commessa di cui qui si discute, in quanto l'art. 8 *ter* del D.lgs. n. 502/1992 consente di trasformare e riconvertire le strutture rispetto alla tipologia di prestazioni previste;
- ii)* che, più in generale, l'interesse alla stipula del contratto di affidamento non può dirsi inficiato dall'adozione di atti amministrativi successivi, quali autorizzazioni e accreditamenti, in quanto estranei allo scrutinio giurisdizionale dei provvedimenti originariamente gravati;

iii) che in tal senso rileverebbe il passaggio motivazionale della sentenza impugnata nel quale si afferma che *“lo scrutinio di tale eccezione si risolverebbe, a ben vedere, in una impropria e vietata ingerenza giudiziale su un potere amministrativo che ancora deve essere esercitato da parte dell’amministrazione assegnataria di quel potere (art. 34, comma 2, c.p.a.)”*.

12.2. Il Collegio ritiene infondata l’eccezione riproposta con il secondo di appello incidentale, e ciò per un duplice ordine di motivi:

a) innanzitutto, perché nulla l’appellante incidentale ha replicato al rilievo del primo giudice secondo cui l’eccezione, per come formulata, si risolveva nel richiedere al T.A.R. di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, in violazione del divieto di cui all’articolo 34, comma 2, c.p.a. (sotto tale profilo, il motivo rasenta l’inammissibilità, risolvendosi nella mera reiterazione dell’eccezione sollevata in primo grado);

b) in secondo luogo, perché residuerebbe in ogni caso l’interesse dell’appellante all’accertamento incidentale dell’illegittimità dell’operato dell’Amministrazione, ai sensi dell’articolo 34, comma 3, c.p.a., essendo stata formulata anche domanda di risarcimento danni.

13. In conclusione, la parziale fondatezza dell’appello incidentale, in relazione al primo motivo, determina la riforma della pronuncia di primo grado e, per l’effetto, la conseguente declaratoria di irricevibilità del ricorso di primo grado e di improcedibilità dell’appello principale.

14. La novità delle questioni pregiudiziali esaminate giustifica la compensazione delle spese di lite per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello incidentale, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara irricevibile il ricorso di primo grado e improcedibile l’appello principale.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023

con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO