



TRIBUNALE DI NAPOLI
SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA D'IMPRESA

IL GIUDICE DESIGNATO

DOTT.SSA MARIA TUCCILLO

- Udite le parti ed esaminati gli atti del

RICORSO EX ART. 700 C.P.C.

presentato da

- **Alfa S.R.L.** (P.I. ...), in persona del legale rapp.te p.t rappresentata e difesa dagli avv.tipresso il cui studio è elett.te dom. in Napoli al ...;

RICORRENTE

nei confronti della

- **Azienda Ospadaliara** (P.I.), in persona del Direttore Generale rappresentata e difesa, giusta procura in calce al ricorso notificato dagli avv.ti ... presso il cui studio è elett.te dom.to in NAPOLI alla ;

RESISTENTE

nonché

- **Beta S.P.A.** (P.I.), in persona del suo presidente e legale rappresentante pro tempore, la Dott.ssa, rappresentata e difesa, giusta procura agli atti , dall'avv.to, presso il cui studio è elett.te dom. to in Napoli alla via

RESISTENTE



OSSERVA

Con ricorso depositato in data il 29 marzo 2018 la ricorrente rappresentava quanto segue :

- nel novembre del 2013 l'Azienda Ospedaliera bandiva una procedura per l'affidamento quinquennale dei servizi di pulizia, sanificazione e sanitizzazione delle aree esterne, nonché delle aree a basso, medio e alto rischio dell'Azienda Ospedaliera , da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta più vantaggiosa;
- alla gara partecipavano tre concorrenti: la Alfa S.R.L. (di seguito, per brevità, solo "....."), la Beta S.P.A. (di seguito per brevità solo ".....") e la Gamma S.P.A.;
- avverso il bando di gara, in data 27 dicembre 2013, la Alfa promuoveva ricorso al TAR Campania, denunciando un notevole squilibrio tra i prezzi posti a base del procedimento ed i servizi necessari;
- con ordinanza del 17 gennaio 2014 n., il TAR Campania accoglieva la domanda cautelare summenzionata e sospendeva il bando;
- con l'ordinanza n./2014 depositata il 14 marzo 2014, il Consiglio di Stato accoglieva l'appello presentato dall'Azienda Ospedaliera e respingeva l'istanza cautelare presentata in primo grado;
- con sentenza n./2014 il TAR Campania dichiarava inammissibile, per mancanza di interesse a ricorrere, il ricorso presentato dalla Alfa per l'annullamento del bando di gara , sentenza che poi veniva appellata;
- il Consiglio di Stato con decreto depositato in segreteria il 12 giugno 2014, n./2014, accoglieva l'istanza cautelare presentata dalla Alfa;
- ciò nonostante, l'Azienda Ospedaliera proseguiva le operazioni di gara e con determina n. ... del 2014 aggiudicava l'appalto alla Beta, avendo questa offerto un ribasso del 27,8% a fronte di quello del 9% offerto dalla ricorrente;



- la Beta si aggiudicava l'appalto offrendo: 1) un importo complessivo di 53.449.947,81 Euro per l'espletamento dei servizi; 2) l'impiego di 330 unità per un monte ore annuo di 413.076 ore lavorare con una copertura giornaliera di 196 unità, da assumersi per un monte ore settimanali di 30 ore (rispetto alle 40 ore settimanali precedentemente garantite da Alfa, già aggiudicataria del servizio);
- avverso tale aggiudicazione la Alfa promuoveva ricorso al TAR Campania al fine di ottenerne l'annullamento previa sospensione;
- con decreto, pronunciato il 07 agosto 2014, il TAR accoglieva l'istanza cautelare ritenendo, all'esito di un sommario esame, comprovata l'esistenza del *fumus bonis iuris*;
- a seguito dell'accesso agli atti di gara la Alfa apprendeva che l'offerta della Beta, caratterizzata da un ribasso dei prezzi del 28,70% si collocava al di sotto dei prezzi di mercato, ragion per cui l'offerta stessa non poteva che considerarsi inaffidabile, incongrua ed anomala;
- nelle more del giudizio, il Presidente del Collegio esortava le parti a non dare esecuzione agli atti impugnati e, in contemporanea, i difensori della Alfa chiedevano la cancellazione dal ruolo delle sospensive;
- il 06 ottobre 2014, l'Azienda Ospedaliera procedeva alla stipula del contratto con la Beta;
- nessuno dei tentativi della Alfa di paralizzare la prosecuzione ed il passaggio di cantiere, da questa alla nuova aggiudicataria, andava a buon fine;
- con sentenza n./2015 del 04 dicembre 2014, il TAR Campania accoglieva il ricorso presentato dalla Alfa per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, dichiarando l'inefficacia del contratto intervenuto nella vicenda e disponendo il subentro della Alfa, per quanto possibile, nel contratto stipulato;
- l'Azienda Ospedaliera impugnava la suddetta sentenza davanti al Consiglio di Stato che con sentenza n./2015 dell'11 giugno 2015, riformava la sentenza di primo grado e respingeva il ricorso presentato dall'odierna ricorrente;



- a seguito di una nuova richiesta di accesso agli atti, la Alfa esaminava il contratto stipulato dalle odierne resistenti, rilevando che: 1) l'importo iniziale pattuito per i servizi aveva subito un incremento di 400.000,00 Euro; 2) in sede esecutiva, il monte ore di lavoro settimanale di ciascun lavoratore era stato aumentato, passando dalle 30 ore, inizialmente pattuite, alle 40;
- così come rilevato dalla determina dell'ANAC (delibera n. del 20 dicembre 2017), le modifiche intervenute in fase esecutiva hanno consentito alla Beta di aggiudicarsi il servizio presentando un'offerta iniziale mendace ed irrealistica;
- la delibera dell'ANAC rilevava come la Beta avesse: 1) impropriamente utilizzato la metodologia di determinazione del corrispettivo dell'appalto a misura anziché a corpo, non garantendo così la certezza della spesa; 2) modificato in sede esecutiva il costo del personale a causa dell'aumento delle ore settimanali lavorate da ciascun dipendente; 3) contribuito a realizzare una discrasia tra l'importo offerto dall'aggiudicatario in sede di gara e quello risultante dal contratto; 4) mancato di fornire adeguate motivazioni in ordine a tale differenza;
- il comportamento di ambo i contraenti rappresentava un illecito causativo di un danno alla Alfa per la lesione del proprio diritto soggettivo all'affidamento del servizio di pulizia;
- tale danno poteva essere richiesto tanto per equivalente che in forma specifica, attraverso l'applicazione del principio di scorrimento della graduatoria e l'aggiudicazione del servizio alla Alfa, seconda classificata;
- il requisito del *fumus bonis iuris* fondante la domanda cautelare emergeva chiaramente: 1) sia in ordine al credito risarcitorio della Alfa stante le condotte di cui alla delibera dell'ANAC; 2) sia in ordine al risarcimento del danno in forma specifica stante l'applicazione del principio dello scorrimento automatico;
- risultava integrato anche il requisito del *periculum* dal momento che nelle more dell'azione di merito, volta ad ottenere la nullità del contratto, il



diritto di Alfa a diventare aggiudicataria del contratto risulterebbe gravemente pregiudicato.

Tanto premesso , la ricorrente domandava : *“disporre la cessazione e/o sospensione degli effetti del contratto d'appalto del 06 ottobre 2014, tutt'ora in corso, stipulato dall'Azienda Ospedaliera con la Beta, e/o comunque la cessazione e/o sospensione del servizio di pulizia prestato da quest'ultima, ordinando contestualmente che il servizio di pulizia sia immediatamente affidato a Alfa, o in via gradata il suo subentro nell'appalto affidato alla Beta, con ogni provvedimento necessario e/o consequenziale; 2) dare atto che la Alfa è pronta a svolgere da subito il servizio di pulizia alle condizioni di cui alla sua offerta, e/o comunque a subentrare immediatamente nel servizio di pulizia svolto dalla Beta, con ogni provvedimento consequenziale; 3) fissare il termine per l'inizio del giudizio di merito, ai fini della pronuncia della nullità del contratto stipulato dall'Azienda Ospedaliera con la Beta, in quanto difforme nel suo contenuto e nella sua esecuzione dall'offerta formulata da quest'ultima in sede di gara, previa occorrendo in via incidentale la declaratoria dell'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto in favore della predetta Beta, con la condanna di committente e appaltatore, con vincolo solidare o chi di essi tenuto, al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, nella misura eventualmente da qualificarsi in corso di causa; 4) vittoria di spese e competenze di giudizio”*.

Con comparsa di costituzione e risposta, depositata in data 30 aprile 2018, si costituivano in giudizio le resistenti. In particolare , la Beta, nell'impugnare integralmente tutta la documentazione depositata, chiedeva l'integrale rigetto del ricorso introduttivo per i seguenti motivi: 1) difetto di giurisdizione del giudice adito a favore di quello amministrativo; 2) contraddittorietà tra i provvedimenti richiesti in via cautelare e quelli di merito; 3) insussistenza del *fumus bonis iure* e del *periculum in mora*. L'Azienda Ospedaliera , associandosi alla richiesta di rigetto avanzata dalla Beta, eccepiva:

- 1) il difetto di giurisdizione , in base al criterio del *petitum* sostanziale; 2) l'inammissibilità ed infondatezza della domanda per contrasto con l'art. 4 della LAC; 3) l'inammissibilità del ricorso per l'inesistenza del diritto fatto valere; 4) l'inammissibilità del ricorso per l'impossibilità del terzo di far valere la nullità



della rinegoziazione del contratto o dell'intero contratto dinanzi al giudice ordinario; 5) insussistenza del *fumus bonis iure* e del *periculum in mora*; 6) infondatezza della domanda nel merito; 7) inammissibilità della tutela in forma specifica per eccessiva onerosità della stessa.

All'udienza del 03 maggio 2018 le parti si riportavano integralmente ai propri scritti ed il giudice, su richiesta delle parti, concedeva termine sino al 22 maggio 2018 per il deposito di eventuali note difensive.

La Alfa nelle note difensive depositate, oltre a ribadire quanto già contenuto nel ricorso, insisteva per il l'accoglimento delle proprie pretese, in particolare per ottenere *"l'ordine di cessazione/sospensione degli effetti del contratto d'appalto del 06 Ottobre 2014 stipulato dall'Azienda Ospedaliera e dalla Beta, e/o comunque di cessazione/sospensione della prestazione del servizio di pulizia da parte di quest'ultima, con ogni provvedimento consequenziale"*.

All'udienza del 05 giugno 2018 i procuratori della ricorrente davano atto, depositando la relativa documentazione, che: 1) il Consiglio di Stato, con decreto n./2018, a seguito del ricorso per revocazione straordinaria, sospendeva gli effetti della precedente decisione (n./2015 dell'11 giugno 2015), con cui aveva annullato la sentenza del TAR Campania (n./2015 del 21 gennaio 2015), che a sua volta aveva annullamento l'aggiudicazione dell'appalto alla Beta; 2) con comunicazione del 22 maggio 2018 la Azienda Ospedaliera espressamente invitava la Alfa a subentrare nel contratto; 3) in pari data, la Alfa manifestava la sua volontà di voler subentrare nel suddetto contratto; 4) con comunicazione del 23 maggio 2018, la Beta rifiutava l'invito dell'Azienda Ospedaliera alla consegna del cantiere alla ricorrente.

Le resistenti, nella medesima occasione, contestavano integralmente le ragioni di parte attrice insistendo per l'integrale rigetto del ricorso. L'Azienda Ospedaliera rilevava, in particolare come la *"Alfa - evidentemente consapevole della impossibilità che all'amministrazione venga ordinato un facere pubblicitario (ossia un'aggiudicazione a Alfa, che è presupposto necessario di qualunque contratto, ex novo o come successione in quello esistente) - cambia le carte in tavola e dice: io chiedo di sospendere il contratto o il servizio, poi sta all'amministrazione decidere se darmi direttamente"*



l'appalto o fare una nuova gara", in questo modo realizzando una modifica della domanda originaria.

All'udienza del 21.06.2018 il Giudice si riservava per la decisione .

Tanto premesso, in merito alla questione pregiudiziale relativa all'eccezione difetto di giurisdizione del g.o. , va precisato quanto segue.

Ai fini dell'accertamento della giurisdizione, rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il "*petitum*" sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della "*causa petendi*", ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione e dal quale la domanda viene identificata. (v. ex multis Cass su ord. n. 21522/2017; Cass. SU ord n. 17461/2006; Cass. SU. ord. n. 15323/2010);

Il generale criterio discretivo per determinare l'ambito della giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo è dato dalla individuazione della posizione giuridica soggettiva azionata.

In particolare , ai sensi del combinato disposto di cui all'103 della Costituzione e art 7 del Cod. proc. amm., sussiste la giurisdizione del g.a. se la posizione giuridica tutelata sia stata lesa dall'esercizio - anche in forma mediata - o dal mancato esercizio di un pubblico potere da parte della P.A., intendendosi per tale ogni soggetto tenuto al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Dunque, affinché si radichi la giurisdizione del G.A. è necessario che ricorra un duplice requisito, ovvero sia che il soggetto della cui azione o inerzia si discute sia qualificabile come pubblica Amministrazione ai sensi del precitato articolo 7, comma 2, cit. e che l'atto o la condotta in discussione siano riconducibili alle funzioni istituzionali del soggetto procedente.

Sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario in tutti quei casi in cui la P.A. non agisce in forza del proprio potere autoritativo, ma alla stregua di un normale privato; quando cioè, alla luce dell'individuazione della *causa petendi* e del *petitum*, non sono coinvolti interessi legittimi ma diritti soggettivi.



Al di là di tale normale criterio di riparto, talune specifiche controversie sono devolute espressamente dal legislatore alla cognizione del g.a., indipendentemente dalla posizione giuridica soggettiva tutelata .

Nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva , vi è dunque un ampliamento della normale cognizione attribuita al G.A., estesa alle controversie che involgono sia interessi legittimi che diritti soggettivi.

La ratio sottesa alla previsione di tale tipo di giurisdizione è da rinvenire nella oggettiva difficoltà di distinguere, nell'ambito appunto di particolari materie, le posizioni giuridiche di volta in volta coinvolte in una determinata controversia, atteso che, in taluni casi, interessi legittimi e diritti soggettivi sono talmente "imbrigliati" tra loro da risultare difficoltosa l'applicazione del tradizionale criterio di riparto ai fini dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione.

Mette conto, altresì, evidenziare, che in tema di giurisdizione esclusiva, la Corte Costituzionale con la sent. n. 2014/2004, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 del D. Lgs. n. 80/1998 (tramite i quali si è definita la giurisdizione esclusiva del G.A.), ha ribadito il ruolo primario del criterio di riparto fondato sulla consistenza delle posizioni giuridiche azionate in giudizio, individuando l'esistenza di determinati limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva.

Detti limiti, a giudizio della Corte, sono da rinvenire nel concetto di "particolari materie" di cui all'art. 103, co. 1, Cost.: in sostanza, questa norma, nello stabilire che le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del G.A. devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, intende affermare che esse devono partecipare alla loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la P.A. agisca come Autorità. Queste particolari materie, dunque, si debbono caratterizzare per la compresenza di interessi legittimi e diritti soggettivi strettamente connessi tra loro, ossia, a voler riprendere esplicitamente quanto detto dalla Corte, per *"la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime"*.

In tal senso, la Corte Costituzionale, rimarcando come il criterio principale fondato sulla *causa petendi* sia tutt'altro che superato, ha rammentato che il



legislatore ben potrebbe ampliare l'area della giurisdizione esclusiva, ma a condizione che ciò avvenga *“con riguardo a materie (in tal senso particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità”*.

In materia di contratti pubblici, inoltre, facendo leva sul dettato dell'art. 133 come sopra riportato, la giurisprudenza - ormai stigmatizzata sul punto - ai fini dell'individuazione dei confini della giurisdizione tra g.a. e go. dà rilevanza al momento della conclusione del contratto .

Secondo tale impostazione , invero, sono attribuite alla cognizione del G.A. le controversie che insorgono a partire dalla fase ad evidenza pubblica fino alla stipulazione del contratto mentre rientrano nella giurisdizione del G.O. le controversie che insorgono nella fase di esecuzione dell'appalto, dopo la stipulazione dello stesso.

Lo spartiacque tra le due giurisdizioni, in tema di contratti di appalto, è in linea generale costituito pertanto dalla stipula del contratto stesso, momento che di per se non è determinante , atteso che ai fini della determinazione dell'ambito della giurisdizione occorre sempre accertare , in base al *petitum* sostanziale , la consistenza della posizione giuridica soggettiva azionata (v. ex multis ordinanza , n. 55446/2012 ; Cass. su Ord. n. 9861/2015)

Orbene, passando all'esame della domanda cautelare spiegata nell'interesse della ricorrente , avuto riguardo al *petitum* e alla luce dei principi innanzi evidenziati, va dichiarato il difetto di giurisdizione del G.O.

Ed invero, la ricorrente con il ricorso de quo domanda in via di urgenza ex art 700 cp.c. *“la cessazione e/o sospensione degli effetti del contratto d'appalto del 06 ottobre 2014, tutt'ora in corso, stipulato dall'Azienda Ospedaliera con la Beta, e/o comunque la cessazione e/o sospensione del servizio di pulizia prestato da quest'ultima, ordinando contestualmente che il servizio di pulizia sia immediatamente affidato a Alfa, o in via graduata il suo subentro nell'appalto affidato alla Beta, con ogni provvedimento necessario e/o consequenziale”*.

La posizione giuridica sostanziale azionate dall'istante è da qualificarsi come interesse legittimo , interesse cioè ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto



mediante il legittimo esercizio del potere autoritativo da parte della p.a. committente .

Il chiesto accertamento dell'invalidità del contratto di appalto è funzionale all'interesse della Alfa di vedersi aggiudicato l'appalto stesso e/o di subentrare nel contratto.

Tale conclusione, trova conferma nel contenuto del ricorso, ove la Alfa domanda espressamente l'affidamento del servizio, o in via gradata, il subentro nel contratto d'appalto affidato alla Beta.

Una richiesta che, non solo conferma la natura della posizione sostanziale per la quale la ricorrente richiede tutela, ma che - se accolta - determinerebbe anche una macroscopica intrusione del giudice ordinario in un *facere* del tutto pubblicistico.

L'avvenuta stipula del contratto di appalto, nella fattispecie in esame, non è, pertanto, sufficiente a radicare la giurisdizione del g.o.

Ed invero, la sottoscrizione dell'appalto determina un mutamento solo della posizione soggettiva fatta valere dal concorrente, poi divenuto contraente.

È nei confronti dell'aggiudicatario che la P.A., attraverso la stipula del contratto, agisce *iure privatorum*, mentre non può dirsi lo stesso riguardo agli altri concorrenti, non aggiudicatari. Tali soggetti, a fronte dell'esercizio del potere autoritativo della committente , restano titolari di meri interessi legittimi.

Sebbene non si voglia affermare in tronco la completa impermeabilità del contratto d'appalto alle iniziative degli altri concorrenti non aggiudicatari volte a ottenere una declaratoria di invalidità e/o l'inefficacia dello strumento negoziale , deve comunque precisarsi che qualsiasi azione da questi intentata in tal senso non troverà pieno soddisfacimento all'interno della fase esecutiva del contratto stesso, come invece potrebbe avvenire per il contraente aggiudicatario.

Nei confronti dei concorrenti, invero, non risulta realizzatosi il momento in cui la P.A. cessa di esercitare il proprio potere autoritativo per agire secondo moduli prettamente privatistici.



A riconferma di ciò, deve osservarsi come, nel caso di specie, la pronuncia di inefficacia del contratto (inefficacia già dichiarata dal TAR Campania con la sentenza n. .../2015, poi annullata dal CdS con sentenza n./2015 dell'11 giugno 2015 , sentenza poi sospesa in sede di revocazione straordinaria dal CdS con decreto del 21.05.2018) trarrebbe fondamento dalla difformità di quest'ultimo rispetto all'aggiudicazione, difformità che anche se realizzatasi in un momento temporalmente successivo alla stipulazione del contratto, non consente per ciò solo di qualificare la posizione fatta valere da Alfa alla stregua di un diritto soggettivo.

Ed infatti, la presunta invalidità fatta valere dalla ricorrente non trova direttamente ed esclusivamente fonte nel momento negoziale, ma in un momento a questi antecedente, ossia nella fase ad evidenza pubblica, quando cioè la P.A. ha agito in forza del proprio potere autoritativo.

Dal momento che la "rinegoziazione" fatta valere si pone in contrasto con gli atti compiuti nella fase ad evidenza pubblica, questa assume, nei confronti della ricorrente, la medesima natura degli atti propri di quella fase. Ed è quindi, in relazione all'agere pubblico dell'amministrazione, che, mediamente, Alfa lamenta l'inefficacia del contratto e la conseguente lesione del proprio interesse legittimo (non già diritto soggettivo) ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto. Pertanto, non essendosi realizzato nei suoi riguardi alcun mutamento della posizione soggettiva fatta valere, alcuna rilevanza assume di per se solo il momento della conclusione del contratto di appalto, invocato dall'istante ai fini del riconoscimento della giurisdizione del g.o..

Né a diverse conclusioni, conduce la comunicazione del 22-05.2018 (prodotta in giudizio dalla difesa di Alfa) con cui la resistente Azienda Ospedaliera ha invitato la ricorrente al subentro nel contratto di appalto .

Alcun "diritto al subentro" - come definito dalla ricorrente al verbale dell'udienza 5 giugno 2018- è configurabile nella fattispecie in esame , atteso che l'aggiudicazione dell'appalto implica pur sempre l'esercizio di un potere autoritativo della p.a., a fronte del quale alcun diritto soggettivo è configurabile.



Quanto detto , non risulta in alcun modo minato dal fatto che la Alfa, nell'espletamento della precedente gara, risulti essersi classificata al secondo posto.

Tale circostanza, infatti, non consente di pervenire alla sottoscrizione di un contratto per *saltum*, evitando tutti quegli atti prodromici alla formazione della volontà della P.A., prima che questa inizi ad agire in una posizione paritetica rispetto al contraente aggiudicatario.

Nella fattispecie in esame, invero, l'invito al subentro comunicato dalla resistente, non può configurarsi, diversamente da quanto prospettato dalla difesa di parte ricorrente, come una proposta contrattuale, la cui accettazione determinerebbe, *sic et simpliciter*, la conclusione del contratto di appalto e il subentro della Alfa nello stesso , atteso che la P.A. non agisce *iure privatorum* attraverso il ricorso a moduli privatistici, ma sempre mediante l'esercizio del proprio potere autoritativo.

Ciò posto, sia nel caso in cui l'amministrazione disponga il subentro della Alfa nel contratto d'appalto sia nel caso in cui indica una nuova gara, l'agere della P.A. soggiace necessariamente alle regole proprie della fase ad evidenza pubblica, fase in cui - senza dubbio alcuno - i privati sono titolari di un interesse legittimo e non un diritto soggettivo.

Viceversa, qualora la posizione sostanziale per la quale la ricorrente richiede la tutela debba intendersi alla stregua di un diritto di scorrimento a seguito dell'intervenuta nullità del contratto, devono svolgersi considerazioni sostanzialmente differenti.

Nel proprio atto introduttivo, la ricorrente richiama esplicitamente l'art. 110 del codice degli appalti. Tale norma stabilisce che in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, *"le stazioni appaltanti, in caso [...] di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture"*.

Tale disposizione, tuttavia, non contempla alcun un obbligo della P.A., nel caso di dichiarazione di inefficacia del contratto originariamente stipulato, di



affidare l'appalto al soggetto secondo classificato. Non si configura, pertanto, un diritto della Alfa allo scorrimento della graduatoria, quanto piuttosto una facoltà per l'amministrazione procedente ad interpellare i partecipanti all'originaria procedura, secondo l'ordine della graduatoria formatasi.

La *ratio* della norma risponde, infatti, ad esigenze di economicità ed efficacia dell'azione pubblica, volendosi evitare all'amministrazione il necessario ricorso all'indizione di una nuova gara. Non si tratta, invero, di una norma posta a tutela del privato, ma a vantaggio dell'amministrazione che ben può, per ragioni di pubblica opportunità e convenienza decidere di indire una nuova gara. Cio' ad esempio, potrebbe accadere nella fattispecie in esame, ove la forte discrasia tra l'offerta presentata dalla prima classificata (con un ribasso pari al 27,8%) e quella presentata dalla ricorrente (con un ribasso pari al 9%), potrebbe indurre l'amministrazione convincersi ad indire una nuova gara.

Il "diritto" fatto valere da Alfa - all'aggiudicazione del contratto e/o al suo subentro nello stesso -, non trova, dunque, riscontro alcuno nel dato normativo richiamato dalla ricorrente .

Ciò è dimostrato anche da quanto statuito dal TAR Campania nel dispositivo della sentenza .../2015, ove è stata dichiarata l'inefficacia del contratto di appalto e disposto che la ricorrente *"subentri nella gestione della gara e nel contratto stipulato, per quanto possibile in sostituzione della soccombente"* Beta.

Né a diverse conclusioni conduce l'invocata delibera assunta dall'ANAC a seguito dell'esposto presentato dalla Alfa.

Ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. n 50/2016, all'ANAC è affidata la vigilanza ed il controllo sui contratti pubblici nonché l'attività di regolazione degli stessi. Nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, questa opera un controllo ampio e generale sulla legalità delle procedure relative all'affidamento dei contratti. Pertanto, la delibera da questa rilasciata in relazione alla vicenda in esame deve intendersi come espressione di un siffatto potere.

Gli accertamenti contenuti in tale determina non possono considerarsi vincolanti, né può pretendersi che a seguito della propria emanazione l'Azienda Ospedaliera si conformi a quanto ivi stabilito, nulla rilevandosi sul punto nelle conclusioni del suddetto provvedimento.



L'accertamento dell'ANAC non ha natura vincolante e non deve essere confuso con gli strumenti di precontenzioso previsti, invece, dall'art. 211 del medesimo d. lgs., questi infatti impongono all'amministrazione di conformarsi a quanto ivi contenuto ma sono destinati ad intervenire non nella fase di esecuzione del contratto - come nel caso di specie - ma nella fase ad evidenza pubblica.

Infine, l'accertato difetto di giurisdizione del go sulla domanda cautelare de qua , per le ragioni innanzi evidenziate, sembra trovare conferma nella circostanza che la stessa ricorrente al fine di far valere i vizi del contratto di appalto, di cui si chiede la sospensione e/o il subentro, - vizi discendenti dell'aggiudicazione-, ha sempre adito il g.a (TAR Campania), che ne ha dichiarata l'inefficacia con sentenza n. .../2015, non piu' annullata (a seguito del decreto emesso dal Cds n./2018 in sede di revocazione straordinaria avverso la sentenza n./2015 che aveva annullato la sentenza del TAR Campania di/2015).

Cio' posto , il Tribunale sulla base del *petitum* sostanziale , tenuto della documentazione depositata in giudizio ed infine alla luce di una cognizione sommaria, che è d'uopo in questa fase, dichiara il difetto di giurisdizione del g.o. sulla domanda cautelare, sussistendo la giurisdizione del g.a.

Stante l'esito del giudizio, tenuto conto della complessità della questione pregiudiziale trattata e l'evoluzione giurisprudenziale registratasi sul punto, il Tribunale dispone la integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale sulla domanda cautelare ex art . 700 c.p.c. proposta nell'interesse di Alfa srl, così provvede :

- dichiara il difetto di giurisdizione del g.o., stante la giurisdizione del g.a.
- compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

Così deciso in Napoli, il 16 .07.2018

Il Giudice

Dott. ssa Maria Tuccillo

