

Pubblicato il 07/03/2022

N. 01528/2022 REG.PROV.COLL.
N. 05327/2021 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 Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5327 del 2021, proposto da Soes S.p.A. in proprio e n.q. di mandataria r.t.i. Soes S.P.A/Ser.Com S.r.l./Esse3 S.r.l./C&C S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Christian Lombardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Caserta, in persona del Presidente legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Traffitek S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Delfino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Safety21 S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniele Cutolo, Roberta D'Apolito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per ottemperanza

alla sentenza del Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 832/2021;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Caserta, di Traffitek S.r.l. e di Safety21 S.p.A;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 la dott.ssa Viviana Lenzi 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 ricorrente è risultata vittoriosa all'esito del giudizio conclusosi con la sentenza n. 832 del 09/02/2021, con cui la Sezione, in parziale accoglimento delle domande formulate dalla ricorrente, ha annullato - *ex aliis* - la determinazione dirigenziale n. 73/O del 30/01/2020, Reg. n. 239 del 12/02/2020 del Settore Viabilità della Provincia di Caserta recante aggiudicazione definitiva in favore della ATI TRAFFITEK S.R.L./SAFETY 21 S.P.A. della gara n. 0325 "Acquisto e Manutenzione di n. 3 dispositivi elettronici per rilevamento violazioni art. 42 del C.d.S.".

La sentenza di cui innanzi ha statuito: "*Da tale annullamento deriva la retrocessione del procedimento di gara e la necessità che la stazione appaltante si ridetermini ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) e c-bis) circa l'ammissione o l'esclusione del raggruppamento odierno controinteressato, con motivazione idonea che tenga conto di quanto in precedenza evidenziato*". In particolare, il Tribunale ha ritenuto che la S.A. dovesse rideterminarsi con idonea motivazione circa la sussistenza dei presupposti per l'ammissione alla gara dell'ATI, alla luce delle omissioni/falsità dichiarative in cui Traffitek era incorsa in relazione alle precedenti esclusioni disposte dal Comune di Santa Marinella e dall'Anas in altrettante procedure selettive.

1.1 - In dichiarata ottemperanza alla sentenza succitata, in data 28/9/21 si è riunita nuovamente la Commissione di gara, osservando che *“il provvedimento di esclusione disposto dal Comune di Santa Marinella non è stato oggetto di annotazione presso il casellario Anac e che non risultano conseguenze sanzionatorie o analoghi comportamenti da parte di Traffitek”* e, quindi, proponendo al RUP di confermare l'aggiudicazione.

La Provincia di Caserta, con determinazione n. 748/01 del 21/10/2021 a firma del Dirigente del Dipartimento Area Tecnica – settore Viabilità - Servizio Manutenzione, ha, quindi, provveduto a (ri) aggiudicare al RTI Traffitek s.r.l. – Safety s.p.a. l'appalto. A fondamento della determina, la Provincia ha posto le conclusioni contenute nella relazione istruttoria del RUP (facente parte della determina), in cui si legge, in estrema sintesi, che:

- la precedente esclusione determinata dal Comune di Santa Marinella non doveva essere dichiarata in sede gara, non avendovi fatto seguito alcuna annotazione nel casellario Anac;
- la mancata indicazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 5838/2018 è una mera carenza informativa che non incide sull'affidabilità della concorrente, anche tenuto conto della conoscibilità della stessa;
- Traffitek ha molteplici rapporti con la Provincia di Caserta e con altri enti, che non hanno fatto registrare episodi incidenti sulla sua integrità.

2 - Avverso tale determinazione insorge la ricorrente, sostenendone la nullità per elusione/violazione del giudicato, siccome la sua motivazione contrasta con le statuizioni contenute nella sentenza di annullamento e riproduce gli stessi vizi censurati in sede giurisdizionale.

La società ha quindi chiesto all'intestato Tribunale di ordinare alla Provincia di Caserta di conformarsi al giudicato di cui alla sentenza n. 832 del 09/02/2021, *“procedendo a rideterminarsi circa l'ammissione o l'esclusione del raggruppamento odierno controinteressato, con motivazione idonea che tenga conto degli episodi concreti, nonché provvedendo al rimborso del contributo unificato versato dalla parte*

ricorrente pari ad € 6.000,00”; in via gradata e subordinata, ha chiesto annullarsi gli impugnati provvedimenti in epigrafe indicati.

3 - Hanno resistito al ricorso la Provincia di Caserta e le controinteressate, formulando preliminari eccezioni in rito.

4 - Con ordinanza n. 94/2022 è stata accolta l’istanza cautelare.

5 - Alla camera di consiglio del 23/2/2022 il ricorso è transitato in decisione.

6 - Il ricorso in ottemperanza è inammissibile.

7 - Come dedotto da Traffitek s.r.l. nella memoria del 7/1/2022, parte ricorrente non ha, infatti, prodotto – all’atto della costituzione in giudizio – certificazione attestante la prova del passaggio in giudicato della sentenza ottemperanda, provvedendovi soltanto in data 11/1/2022.

Ai sensi dell’art. 114 comma 2 c.p.a., unitamente al ricorso per ottemperanza deve essere depositato in copia autentica il provvedimento di cui si chiede l’ottemperanza, con l’eventuale prova del suo passaggio in giudicato.

Per costante giurisprudenza della Sezione *“la disposizione di cui all’art. 114 comma 2, c.p.a., secondo cui “unitamente al ricorso è depositato in copia autentica il provvedimento di cui si chiede l’ottemperanza, con l’eventuale prova del suo passaggio in giudicato” deve essere interpretata nel senso che è richiesta positiva attestazione della definitività del provvedimento di cui si chiede l’ottemperanza o altro idoneo mezzo di prova, e che il termine “eventuale” utilizzato dal legislatore attiene, invece, al caso in cui venga chiesta l’ottemperanza delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, anche se non passati in giudicato, di cui all’art. 112 comma 1, lett. b)”* - da ultimo, sent. 11/2/2022 n. 940/2022, ma vedasi anche Tar Veneto, sez. I, sent. 82/2020, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 12 luglio 2017, n. 1758, T.A.R. Lombardia, Milano, 9/7/2018, n. 1667; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 6 febbraio 2013, n. 729; Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5645.

Né può ritenersi che il deposito successivo valga a sanare la richiamata causa di inammissibilità, considerato che il passaggio in giudicato del titolo giudiziale *in executivis* - attesa la sua natura di condizione dell’azione di

ottemperanza – deve essere comprovato già all'atto dell'instaurazione del relativo giudizio.

7.1 – Né, in un'ottica conservativa del mezzo giuridico, sarebbe possibile deliberare la domanda ai sensi dell'art. 114 co. 4 lett c) del c.p.a., che dispone: “Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso: [...] nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato [...] determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano”. Trattasi, invero, di norma che radica in capo al G.A. un potere ancorato ad un differente presupposto (esistenza di un titolo esecutivo “non stabile”) e che non potrebbe essere utilizzata – per converso – in ipotesi (come quella qui in esame) di esperimento di un'azione che si fonda proprio sull'esistenza di un giudicato rimasto inottemperato (“La sentenza, non appellata né dalla P.A. né dalla controparte, passava in giudicato per decorso del termine lungo”, così, parte ricorrente a pag. 5 dell'atto introduttivo), ma sprovvista di una delle sue indefettibili condizioni.

7.2 – Per le suesposte ragioni, l'azione di ottemperanza va dichiarata inammissibile.

8 – Quanto alla subordinata domanda di annullamento, va osservato che le rubriche dei motivi di ricorso ai punti 12 e 13 anticipano, congiuntamente, tanto la violazione dell'art. 21 septies l. 241/90 quanto vizi di legittimità (violazione di legge ed eccesso di potere, declinato in diverse figure sintomatiche), salvo poi stigmatizzare, nel “corpo” del motivo (soltanto) la violazione/elusione del giudicato in cui - in più parti della determina - la Provincia sarebbe incorsa.

Inoltre, al punto 16 del ricorso, parte ricorrente censura, in via subordinata, i provvedimenti provinciali sotto il profilo della “VIOLAZIONE DI LEGGE - ECCESO DI POTERE”, limitandosi ad enunciare carenze istruttorie e motivazionali che, sostanzialmente, “ripetono” le stesse censure già mosse nei

precedenti motivi, declinandole (questa volta) in termini di “illegittimità” provvedimentali.

8.1 - Orbene, vero è (come parte ricorrente ricorda) che, in omaggio al principio di effettività e completezza della tutela giurisdizionale, il Giudice dell’ottemperanza non è solo deputato a valutare se l’Amministrazione si è correttamente conformata al giudicato, ma può conoscere anche i vizi “nuovi” dell’atto; *“Naturalmente questi ... è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all’ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell’azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisorî”*, (così, A.P. n. 2/2013).

Sennonché, nel caso in esame, parte ricorrente pone a sostegno della domanda di annullamento censure formulate nei termini che seguono:

“- per mancata disamina degli episodi - sicuramente quello della gara dell’ANAS - che hanno riguardato l’esclusione della controinteressata dalle gare indicate nella loro peculiarità;

- per difetto di adeguata e pertinente motivazione in ordine alle ragioni che, malgrado le ragioni sottese alla esclusione, consentono di ritenere affidabile la controinteressata;

- per violazione di legge (art. 80 co. 5 lett. c) e c bis) d.lgs. 50/2016);

- per eccesso di potere secondo le figure sintomatiche del difetto del presupposto e di idonea e pertinente istruttoria, per arbitrarietà e travisamento dei fatti”.

Come evidente, la ricorrente omette di esplicitare in quali vizi non impingenti nella “regola” del rapporto dettata dalla sentenza sia incorsa l’Amministrazione all’atto della riedizione del potere, prospettando in termini di illegittimità carenze già stigmatizzate in termini di violazione /elusione del giudicato, quasi che - indifferentemente - esse possano essere apprezzate in un senso o nell’altro, con ciò rendendo – in definitiva – inconfigurabile una vera e propria azione di annullamento ulteriore e diversa da quella di ottemperanza.

10 – La natura della statuizione induce a compensare le spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Viviana Lenzi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Viviana Lenzi

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO