

Affitto di alpeggio e diritto di prelazione

T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I 27 luglio 2022, n. 1806 - Azienda Agricola Canclini Mario ed a. (avv.ti Arnoldi, Zulian) c. Comune di Valdisotto, Comunità Montana Alta Valtellina (avv. Pedrana) ed a.

Prelazione e riscatto - Affittanza delle alpi comunali - Diritto di prelazione.

(Omissis)

FATTO

Mario Canclini, titolare dell'omonima azienda agricola, impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Vengono proposte, altresì, una domanda risarcitoria e una domanda tesa ad ottenere il subentro nel rapporto contrattuale. Si costituiscono in giudizio il Comune di Valdisotto e Comunità Montana Alta Valtellina, in qualità parti resistenti, nonché la controinteressata Società Agricola Gallo Cedrone di dei Cas Jonas & Andrea; tutti eccepiscono l'inammissibilità del ricorso avversario e, comunque, l'infondatezza di esso, chiedendone il rigetto.

Le parti producono memorie e documenti.

Con ordinanza n. 1333/2021, depositata in data 3 dicembre 2021, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente.

All'udienza del 6 aprile 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Sul piano fattuale, dalla documentazione prodotta in giudizio e dalle allegazioni delle parti, emerge che:

- l'azienda agricola Canclini ha detenuto, sin dal 1997, l'affittanza dell'alpeggio denominato "Vallecetta" e il relativo contratto è scaduto nel 2019;
- si tratta di un alpeggio di superficie totale HA 354,43 (e superficie pascoliva compresa fra Ha 86,00 e Ha 100,00), dotato di 1 casina, 1 stallone, locali per la lavorazione latte e corrente elettrica contatore;
- in data 17/07/2020, la Centrale Unica di Committenza istituita presso la Comunità Montana Alta Valtellina ha pubblicato il bando relativo alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dell'affittanza degli alpeggi comunali denominati "Vallecetta...";
- alla gara partecipava la Società Agricola Gallo Cedrone di Dei Cas Jonas & Andrea, formulando la propria offerta per la gestione dell'alpe "Vallecetta";
- all'esito delle operazioni di gara, con provvedimento in data 13/11/2020 Prot. n. 5246/2020 del Responsabile della CUC, veniva approvata l'aggiudicazione provvisoria dell'alpeggio Vallecetta alla Società Agricola Gallo Cedrone, cui erano stati attribuiti punti 47,0 per l'offerta tecnica e 40,0 per l'offerta economica, per un totale di complessivi 87,0 punti;
- con comunicazione datata 01/01/2021, il sig. Canclini Mario dichiarava di voler esercitare il diritto di prelazione ad esso spettante in base alla disciplina di gara, presentando una proposta di gestione dell'alpe Vallecetta ed avanzando un'offerta economica di circa 14.000 euro, come tale superiore a quella di 12.250 euro presentata dalla Società Agricola Gallo Cedrone;
- con provvedimento in data 13/02/2021, prot. 711/2021 è stata approvata la graduatoria definitiva, nell'ambito della quale l'alpeggio Vallecetta è stato aggiudicato al prelazionario Canclini Mario, cui è stato assegnato un punteggio tecnico pari a 49,0 punti e, pertanto, superiore ai 47,0 punti conseguiti dall'aggiudicataria provvisoria società agricola Gallo Cedrone;
- con provvedimento in data 16/02/2021 prot. 776, la CUC – sulla base del verbale di rettifica in data 16.02.2021 con cui la Commissione tecnica di gara aveva ridotto a 47,5 i punti da assegnare al prelazionario Canclini – è stata approvata la nuova graduatoria definitiva della gara;
- con istanza in data 4/03/2021, prot. CMAV 1032, l'Azienda Agricola Gallo Cedrone ha contestato, sotto svariati profili, gli esiti della gara, chiedendone il riesame;
- nell'ambito delle attività valutativa di riesame dei punteggi tecnici delle offerte, la Commissione di gara, dopo avere rilevato un errore nella valutazione dell'offerta concernente la voce "razze oggetto di tutela", ha rettificato il punteggio dell'offerta tecnica presentata dal prelazionario Mario Canclini in 46,5 punti;
- con provvedimento prot. 2284/2021 "Revisione punteggio tecnico alpeggio Vallecetta e conseguente ridefinizione della graduatoria" il Responsabile della CUC ha proceduto - previa revoca della graduatoria approvata con il precedente provvedimento prot. n° 776/2021 del 16/02/2021 - ad approvare la nuova graduatoria definitiva, nel quadro della quale l'alpe Vallecetta è stata aggiudicata all'Azienda Agricola Gallo Cedrone, alla cui offerta tecnica erano stati assegnati 47,0 punti;



- con determinazione dirigenziale n. 209 del 21.05.2021, il Comune di Valdisotto (visto l'atto di revoca prot. 2284/2021 assunto dalla CUC a seguito del riesame del punteggio attribuito al prelaionario Canclini) ha provveduto alla definitiva aggiudicazione dell'affittanza concernente l'Alpe Vallecetta in favore dell'Azienda Agricola Gallo Cedrone;

- in data 30.06.2021 è stato stipulato il contratto con il quale il Comune di Valdisotto ha concesso in affitto all'Azienda Agricola Gallo Cedrone l'Alpe Vallecetta.

- Canclini Mario ha agito in giudizio ex art. 700 c.p.c. dinanzi al Tribunale di Sondrio, che, con ordinanza n. 586/2021 in data 20 luglio 2021, ha dichiarato inammissibile il ricorso rilevando il difetto del "requisito della strumentalità ... non essendo state indicate le conclusioni della futura causa di merito né potendo essere chiaramente dedotte dal tenore del ricorso stesso";

- Canclini ha riproposto l'azione cautelare ex art. 700 cpc dinanzi al Tribunale di Sondrio, che, con ordinanza n. 847/2021, depositata in data 27 ottobre 2021, dichiarava il difetto di giurisdizione del Tribunale adito in favore del Giudice Amministrativo;

- con il ricorso in esame, Mario Canclini ha riassunto il giudizio dinanzi al giudice amministrativo.

2) Devono essere esaminate le eccezioni di rito sollevate dalle parti resistenti e dalla parte controinteressata, le quali deducono l'irricevibilità del ricorso, in quanto il provvedimento sarebbe stato gravato dopo il decorso del termine perentorio di 60 giorni di cui all'art. 29 cpa, mentre resterebbe irrilevante il fatto che il ricorso sia stato proposto in riassunzione a seguito della dichiarazione di difetto di giurisdizione da parte del giudice ordinario.

Si lamenta inoltre l'inammissibilità dell'impugnazione per difetto di notifica.

Le eccezioni non possono essere condivise.

2.1) Con riferimento alla prima eccezione, va osservato, preliminarmente, che risulta *per tabulas* che la determinazione 209 del 21.05.2021 è stata contestata davanti al giudice ordinario, nel giudizio cui si riferisce la riassunzione in esame, dopo il decorso del termine perentorio di cui all'art. 29 cpa.

Del resto, la disciplina rilevante (art. 59, comma 2, della legge n. 69/2009, così come l'art. 11 cpa per il caso in cui sia il giudice amministrativo a declinare la giurisdizione) prevede che, a seguito della riassunzione, sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute.

Ciò significa che la rituale riassunzione del giudizio, benché astrattamente idonea alla conservazione degli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda, non impedisce al giudice amministrativo di verificare se l'originaria pretesa, azionata per errore dinanzi al giudice ordinario, sia stata proposta entro il termine di decadenza (giurisprudenza consolidata, *ex multis* Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3031).

Pertanto, in caso di *translatio iudicii* dinanzi al giudice amministrativo, resta fermo che la ricevibilità del ricorso presuppone non solo il rispetto dei termini di riassunzione, ma anche l'osservanza del termine di decadenza stabilito per la proposizione del gravame davanti al giudice amministrativo.

Nondimeno, l'art. 11, comma 5, cpa – specificando l'istituto generale di cui all'art. 37 cpa – stabilisce che "nei giudizi riproposti, il giudice, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute, può concedere la rimessione in termini per errore scusabile, ove ne ricorrano i presupposti".

Come già rilevato in sede cautelare, nel caso di specie sussistono i presupposti per il riconoscimento dell'errore scusabile.

Il ricorso in esame riassume il giudizio rg 847/2021, radicato dinanzi al Tribunale di Sondrio – sezione specializzata agraria, con un ricorso ex art. 700 cpc, depositato in data 26 luglio 2021, mentre il provvedimento impugnato, adottato in data 21 maggio 2021, è stato conosciuto dal ricorrente proprio il 21 maggio 2021, in conseguenza del deposito eseguito dall'amministrazione nel procedimento pendente dinanzi a questo Tribunale rg 709/2021.

Sul punto va però osservato che il ricorrente ha immediatamente contestato la determinazione davanti al Tribunale di Sondrio in composizione monocratica, con un ricorso ex art. 700 depositato sempre il 21 maggio 2021.

Come già evidenziato, questa domanda non ha condotto alla declaratoria di difetto di giurisdizione, ma alla dichiarazione di inammissibilità per difetto di strumentalità della domanda cautelare.

Il dato deve essere tenuto presente, perché il giudice adito per primo non ha ritenuto la causa esclusa dalla propria giurisdizione, anzi l'ha considerata compresa in essa, tanto da dichiararla inammissibile per un profilo che attiene tipicamente al rapporto tra giudizio cautelare e giudizio di merito nell'ambito del processo civile.

Si tratta di una circostanza non indifferente e suscettibile di far sorgere nel ricorrente la convinzione dell'esatta individuazione del giudice da adire nel caso concreto, in quanto munito di giurisdizione.

Non solo, l'art. 18 del capitolato dispone che "qualunque controversia tra le parti dovrà essere definita dal Tribunale di Sondrio".

Sul punto non convince, perché non riflette il contenuto del capitolato, né risponde a canoni di ragionevolezza, la tesi dell'amministrazione resistente, secondo la quale l'art. 18 andrebbe riferito soltanto ai rapporti successivi alla stipulazione della convenzione e quindi alle controversie insorte tra le parti del rapporto sostanziale da essa generato.

Seppure il capitolato, nella sua accezione tradizionale, integra, a differenza del disciplinare e del bando, un atto diretto a regolare la fase esecutiva del rapporto convenzionale, va osservato che non è questo il contenuto che esso presenta nel caso concreto.

La *lex specialis* rimette proprio al capitolato l'individuazione dei requisiti di partecipazione alla procedura, oltre che la

disciplina delle offerte da presentare, individuando, sul piano economico, il valore minimo dell'affitto e stabilendo, sul piano tecnico, i criteri di valutazione dell'offerta con i relativi punteggi; non solo, l'art. 9 si occupa proprio del diritto di prelazione riconosciuto all'affittuario uscente, prevedendolo e disciplinandolo quanto alle modalità del suo esercizio. In tale contesto, le "parti" di cui all'art. 18 sono tutti gli operatori cui si riferisce la disciplina del capitolato, ossia tanto i partecipanti alla procedura, quanto i prelatari.

La posizione di costoro è regolata dal capitolato e in relazione ad essa possono sorgere controversie sia nel corso della gara, sia in caso di esercizio della prelazione o anche in sede esecutiva.

Pertanto, l'art. 18, che rimette al Tribunale di Sondrio qualunque controversia sorta tra le parti, deve essere riferito a tutte le liti che possono coinvolgere i soggetti cui si riferisce la disciplina posta dal capitolato, compresi i concorrenti, aggiudicatari o meno, nonché i prelatari.

Ne consegue che è proprio la disciplina di gara ad indurre anche i prelatari a proporre erroneamente ogni tipo di contenzioso dinanzi al giudice ordinario e non al giudice amministrativo, tanto che la ricorrente ha adito per ben due volte il giudice ordinario, dinanzi al quale la proposizione del giudizio non soggiace ai termini perentori tipici del processo amministrativo.

Ne deriva che la violazione del termine di cui all'art. 29 cpa è riconducibile ad un errore scusabile, sia perché indotto dal contenuto della disciplina di gara, sia perché correlato all'orientamento non uniforme assunto dagli organi della giurisdizione ordinaria che sono intervenuti nella presente controversia, prima della dichiarazione di difetto di giurisdizione.

In definitiva, l'errore commesso è scusabile, ai sensi dell'art. 11, comma 5, cpa, sicché l'impugnazione deve essere considerata tempestiva, contrariamente a quanto eccepito dalle parti intimato.

2.2) Parimenti, è infondata l'eccezione con la quale si lamenta l'inammissibilità del ricorso in riassunzione per difetto di notifica.

La questione viene posta perché il ricorso in riassunzione è stato notificato direttamente alle parti e non ai procuratori costituiti nel giudizio riassunto.

E' noto che l'atto di riassunzione, a seguito di declinatoria di giurisdizione, non comporta l'instaurazione di un nuovo rapporto processuale, ma determina un fenomeno di mera *translatio iudicii* e, quindi, la prosecuzione dell'originario contraddittorio processuale presso un altro plesso giurisdizionale, militando in tal senso la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente introdotta, secondo quanto previsto dall'art. 11 c.p.a., con la conseguenza che il ricorso in riassunzione va notificato, a norma degli artt. 170 c.p.c. e 125 disp. att. c.p.c., disposizioni applicabili al processo amministrativo in virtù della norma di rinvio di cui all'art. 39 c.p.a., presso il procuratore della parte già costituita davanti al giudice ordinario.

Nondimeno, l'art. 44 cpa prevede che la costituzione in giudizio degli intimati sana la nullità della notificazione.

Nel caso in esame, le parti intimato si sono ritualmente costituite e difese, sicché risulta integrata la sanatoria appena ricordata.

In senso contrario non convince la tesi delle resistenti secondo cui nel caso concreto la notifica non sarebbe semplicemente nulla e pertanto sanabile, ma radicalmente inesistente e, quindi, non suscettibile di sanatoria.

Sul punto, la giurisprudenza (cfr. Cass. Sez. Un., 20 luglio 2016, n. 14916) ha chiarito che in tema di notificazione, come in generale di atti processuali, il codice non contempla la categoria della "inesistenza", ciò che deve indurre "l'interprete a ritenere che la nozione di inesistenza della notificazione debba essere definita in termini assolutamente rigorosi, cioè confinata ad ipotesi talmente radicali che il legislatore ha, appunto, ritenuto di non prendere nemmeno in considerazione". Su tali basi, dunque, si è affermato "che l'inesistenza della notificazione è configurabile, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile quell'atto".

Siffatti elementi sono stati, in particolare, identificati: "a) nell'attività di trasmissione, che deve essere svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere l'attività stessa, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; b) nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento, in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, *ex lege*, eseguita".

Per contro, restano "esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, sì da dover reputare la notifica meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa".

Orbene, "la presenza di detti requisiti, che possono definirsi strutturali, va ritenuta idonea ai fini della riconoscibilità dell'atto come notificazione: essi, cioè, sono sufficienti a integrare la fattispecie legale minima della notificazione, rendendo qualificabile l'attività svolta come atto appartenente al tipo previsto dalla legge" (cfr. Cassazione civile, sez. III, 21/07/2021, n. 20840).

Rispetto al caso in esame, va osservato che l'ordinamento conosce situazioni in cui la notifica deve essere effettuata direttamente alla parte sostanziale e non al procuratore, sicché da questo punto di vista la notificazione eseguita in concreto non integra un atto anormale, avulso dal sistema processuale.

Del resto, le parti resistenti neppure deducono che l'attività di trasmissione eseguita sia priva dei caratteri strutturali

minimi per definire l'atto come notificazione, secondo i parametri appena ricordati.

Ne consegue che non sussistono le condizioni per ritenere radicalmente inesistente la notificazione contestata, la cui nullità, invece, ne consente la sanatoria, per effetto della costituzione delle parti intimare.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza dell'eccezione in esame.

3) Per ragioni di economia processuale deve essere esaminato con priorità il motivo di impugnazione diretto a contestare la violazione della *lex specialis*, in quanto la Società Agricola Gallo Cedrone di dei Cas Jonas & Andrea non ha dimostrato il titolo in base al quale può disporre dei fondi posti sul territorio del Comune di Valdisotto.

La censura è fondata.

Il bando, nella parte in cui individua i soggetti ammessi a partecipare alla gara, richiede che siano allevatori di bestiame bovino e che dimostrino di coltivare, alla data del 18.10.2019, "in qualità di proprietari, affittuari o di soggetti in possesso di altro idoneo titolo, fondi posti sul territorio giuridico del Comune di Valdisotto, aventi destinazione a prato, la cui superficie totale utilizzata non sia inferiore a 3 Ha".

L'art. 5 del capitolato ribadisce pedissequamente questa disposizione.

L'art. 6 del capitolato individua i soggetti che possono presentare l'offerta, riferendosi a coloro che siano "in possesso di: fascicolo aziendale comprovante la coltivazione alla data del 18.10.2019 in qualità di proprietari, affittuari, o di soggetti in possesso di altro idoneo titolo, di fondi aventi tipo coltura prato posti sul territorio giuridico del Comune di Valdisotto la cui superficie totale utilizzata non sia inferiore a 3 Ha".

La documentazione in atti evidenzia che dal fascicolo aziendale della parte controinteressata emerge il titolo (affitto) di disponibilità solo per una parte estremamente esigua dei fondi di cui dichiara di disporre nel Comune di Valdisotto, in violazione della disciplina di gara ora citata.

Del resto, non risulta che nel corso del procedimento l'amministrazione abbia attivato un'istruttoria al fine di accertare se i fondi dichiarati fossero effettivamente nella disponibilità dell'Azienda e a quale titolo.

Il profilo è dirimente, in quanto l'effettiva disponibilità di fondi, sulla base di un titolo, integra una condizione di ammissione alla procedura.

Non solo, le norme citate indicano esemplificativamente la proprietà o l'affitto come validi titoli di disponibilità dei fondi, per poi riferirsi anche ad "altro titolo idoneo".

Ora, questa precisazione sottende ed evidenzia l'attribuzione di un potere valutativo all'amministrazione, che deve essere speso in concreto ai fini dell'accertamento delle condizioni di ammissibilità della domanda di partecipazione.

Nondimeno, non risulta che l'amministrazione abbia compiuto tale indagine, così incorrendo in un palese difetto di istruttoria in sede di verifica delle condizioni di ammissibilità della domanda.

Sul punto, le parti resistenti invocano la D.d.s Regione Lombardia del 24 ottobre 2018 recante "Approvazione del manuale Fascicolo aziendale contenuti e modalità operative".

In particolare, viene richiamato l'art. 7.1.5.9 della delibera, ove si prevede che "i soggetti iscritti all'anagrafe delle aziende agricole di cui all'articolo 1 del regolamento di cui al DPR n. 503, non sono tenuti a disporre del relativo titolo di conduzione con riferimento ai terreni agricoli contraddistinti da particelle fondiari di estensione inferiore a 5.000 metri quadrati, site in comuni montani, ricompresi nell'elenco delle zone svantaggiate di montagna delimitate ai sensi dell'articolo 32 del regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013".

Pertanto, in diretta applicazione di tale disposizione, si dovrebbe ritenere esclusa nella gara in esame la necessità di dimostrare, ai fini dell'ammissione alla procedura, il titolo di disponibilità dei fondi adibiti a prato.

La tesi difensiva non può essere condivisa.

Occorre ricordare che la disciplina di gara, complessivamente intesa, integra la *lex specialis* della procedura, nel senso che fissa le regole che caratterizzano la specifica gara.

Tali regole devono essere rispettate non solo dagli operatori coinvolti, ma in primo luogo dall'amministrazione che gestisce la gara, in quanto autovincolata ai contenuti fissati dalla *lex specialis*, in coerenza con i principi di parità di trattamento e non discriminazione tra i diversi operatori appartenenti ad un determinato mercato.

Ne consegue che l'amministrazione se avesse voluto escludere la vincolatività del bando, nella parte suindicata, nonché delle previsioni poste dagli artt. 5 e 6 del capitolato, avrebbe dovuto esercitare i poteri di autotutela di cui dispone e, nel rispetto del criterio del *contraius actus*, modificare la disciplina di gara, rendendola pubblica in coerenza con le ordinarie esigenze di trasparenza.

Nulla di tutto ciò l'amministrazione ha fatto nel caso concreto, sicché resta fermo il valore vincolante delle citate disposizioni, che pongono una specifica condizione di ammissione alla procedura.

Né si può diversamente opinare ipotizzando la nullità delle citate disposizioni della *lex specialis* per violazione di una norma imperativa, con conseguente sostituzione automatica di clausola, secondo il meccanismo di cui all'art. 1419 c.c..

Ora, fermo restando che nel diritto amministrativo la contrarietà di una disposizione provvedimentale ad una norma imperativa ne determina l'annullabilità e non la nullità, stante la tipicità delle cause di nullità ex art. 21 septies della legge 1990 n. 241, che non comprende l'ipotesi di cui all'art. 1418 c.c., ossia la contrarietà ad una norma imperativa, vale comunque osservare che il citato art. 7.1.5.9 della delibera regionale non ha natura di norma imperativa.

Invero, si tratta di una disposizione meramente attuativa di fonti di rango primario, diretta a dettare regole di natura

prettamente operativa e procedimentale, disciplinando la struttura che deve presentare il fascicolo aziendale. Non solo, la disposizione non ha strutturalmente i caratteri propri della norma imperativa, che è tale solo se esprime valori fondamentali del sistema giuridico, tali da assurgere al rango di principi di ordine pubblico. Tali caratteri non sono presenti nel citato art. 7.1.5.9, che detta solo una regola di semplificazione in favore di soggetti particolari, che intende agevolare, per la dimensione dei terreni utilizzati e per la loro collocazione nell'elenco delle zone svantaggiate di montagna.

Nel caso di specie, quindi, da un lato l'aggiudicatario non ha dimostrato, nei modi previsti dalla *lex specialis*, di disporre della condizione di ammissione alla procedura prevista dal bando e dal capitolato, dall'altro, l'amministrazione ha omesso di effettuare la necessaria istruttoria, in palese violazione della disciplina di gara.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

4) Parimenti è fondata la censura diretta a contestare la violazione del principio del contraddittorio.

Occorre ricordare, sul piano della successione temporale degli eventi, che:

- con provvedimento in data 13/11/2020 Prot. n. 5246/2020 del Responsabile della CUC, veniva approvata "l'aggiudicazione provvisoria" dell'alpeggio Vallecetta alla ricorrente Società Agricola Gallo Cedrone;
- con apposita dichiarazione in data 01/01/2021, il sig. Canclini Mario esercitava il diritto di prelazione ad esso spettante, presentando una proposta di gestione dell'alpe Vallecetta recante un'offerta economica superiore a quella presentata dalla Società Agricola Gallo Cedrone
- con provvedimento in data 13/02/2021, prot. 711/2021 veniva approvata la graduatoria definitiva della gara e l'alpeggio Vallecetta veniva aggiudicato in via definitiva al prelazionario Canclini Mario;
- con provvedimento in data 16/02/2021 prot. 776, la CUC, sulla base del verbale di rettifica in data 16.02.2021 con il quale la Commissione tecnica di gara aveva ridotto a 47,5 i punti da assegnare a Canclini approvava ex novo la graduatoria, all'esito della quale Canclini risultava comunque aggiudicatario;
- su sollecitazione di Gallo Cedrone, la stazione appaltante riapriva la procedura relativa agli alpeggi San Colombano, Vallecetta, Funera, Dosdè;
- in sede di riesame il punteggio dell'offerta tecnica Canclini veniva ridotto a 46,5 punti in ragione di una diversa valutazione dell'offerta nella parte relativa alle "razze oggetto di tutela";
- con provvedimento prot. 2284/2021 la CUC procedeva - previa revoca della graduatoria approvata con il precedente provvedimento prot. n° 776/2021 del 16/02/2021 - ad approvare la nuova graduatoria definitiva nel quadro della quale l'alpe Vallecetta era aggiudicata all'Azienda Agricola Gallo Cedrone alla cui offerta tecnica erano stati assegnati 47,0 punti;
- con determinazione dirigenziale n. 209 del 21.05.2021 il Comune di Valdisotto aggiudicava definitivamente l'affittanza dell'Alpe Vallecetta all'Azienda Agricola Gallo Cedrone.

La documentazione in atti evidenzia che, dopo essere stata individuata come aggiudicataria, in conseguenza dell'approvazione della graduatoria definitiva, la società ricorrente non è stata coinvolta nel procedimento di riesame aperto dalla stazione appaltante su sollecitazione della controinteressata.

Il procedimento di riesame ha condotto alla revoca della graduatoria già approvata e dell'aggiudicazione in favore della ricorrente, cui è seguita una nuova aggiudicazione in favore della controinteressata.

Il procedimento di autotutela è dunque intervenuto in una fase della procedura in cui la ricorrente già versava in una posizione consolidata, essendo stata individuata come aggiudicataria in via definitiva in uno con l'approvazione finale della graduatoria.

In altre parole, la riapertura del procedimento non è avvenuta in corso di gara, ma dopo che erano già state adottate le determinazioni conclusive della procedura.

Ciò imponeva l'attivazione del contraddittorio con la ricorrente, che avrebbe dovuto essere avvisata della riattivazione dell'*iter* per ragioni inerenti l'assegnazione del punteggio tecnico alla sua offerta, al fine di formulare le proprie deduzioni nella dialettica procedimentale.

Non convince la tesi per cui si sarebbe trattato della mera *emendatio* di un errore materiale, in quanto quest'ultimo è una svista immediatamente percepibile *ictu oculi*, senza bisogno di particolari indagini.

Invece nel caso di specie, l'amministrazione ha riaperto la procedura, ha svolto nuove valutazioni e ha ridotto il punteggio all'azienda Canclini.

Si è trattato dunque non della correzione di una mera svista, ma di una nuova valutazione sollecitata dalla controinteressata.

In tale contesto, trattandosi di un riesame in senso proprio degli atti di gara, la Azienda qui ricorrente avrebbe dovuto essere coinvolta ed ammessa a presentare delle deduzioni.

Del resto, nel verbale del 20 aprile 2021, la Commissione giudicatrice ha sollecitato l'amministrazione ad assumere determinazioni conclusive solo dopo avere consentito all'Azienda Canclini di presentare controdeduzioni, così palesando l'esigenza del contraddittorio in ragione sia della minima differenza tra i punteggi, sia della necessità di "addivenire ad un esaustivo accertamento delle rispettive posizioni delle parti".

Ciò dimostra che proprio la Commissione giudicatrice riteneva necessario un confronto dialettico con la ricorrente,

auspicando la necessità di addivenire, tramite tale confronto, ad un completo accertamento delle posizioni delle parti. Nonostante questo, l'amministrazione ha assunto la determinazione finale senza la previa instaurazione di un confronto dialettico, così cadendo in contraddizione con quanto ritenuto dall'organo tecnico, in ordine alla necessità di approfondimenti istruttori in contraddittorio, e violando le garanzie partecipative che spettavano alla ricorrente in sede di riesame attivato su istanza della controinteressata.

Né rileva il richiamo alla previsione dell'art. 21 octies della legge 1990 n. 241, in quanto nel caso in esame non è contestata la formale carenza della comunicazione di avvio del procedimento, o una mera violazione procedimentale, ma il difetto di un'interlocuzione ritenuta necessaria anche dalla Commissione in vista della valutazione di un profilo dell'offerta tecnica che necessitava di uno specifico accertamento in contraddittorio.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

4) La fondatezza delle censure esaminate travolge radicalmente le determinazioni impugnate e risulta soddisfacente della posizione sostanziale sottesa all'azione di annullamento e ciò consente di ritenere assorbite le ulteriori doglianze proposte.

5) Quanto alla domanda risarcitoria, va preso atto dell'esplicita rinuncia ad essa, formulata dalla parte ricorrente mediante un'apposita dichiarazione notificata alle controparti, che non hanno sollevato obiezioni sul punto, sicché il giudizio deve essere dichiarato estinto in parte qua ex art. 84 c.p.a..

6) Viceversa, deve essere dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione la domanda volta ad ottenere il subentro nel contratto per l'affittanza dell'alpeggio Vallecetta, ovvero la stipula di nuovo contratto in suo favore.

La gara in esame è diretta alla stipulazione di un contratto attivo per l'amministrazione, sicché ai sensi dell'art. 4 del d.l.vo 2016 n. 50 esso rimane escluso dall'ambito di applicazione del codice degli appalti, ferma restando la necessità che il suo affidamento avvenga nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

In proposito, la giurisprudenza, in linea con il Codice dei contratti ha precisato che "sono esclusi dalle procedure di evidenza pubblica i contratti attivi della P.A. aventi ad oggetto la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili, contratti questi ultimi rientranti nella potestà negoziale dell'Amministrazione. La suddetta esclusione comporta che, per l'individuazione del contraente, è sufficiente lo svolgimento di una procedura di valutazione che sia idonea a rispettare i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" (T.A.R. Campania, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 156; T.A.R. Toscana, sez. I, 5 marzo 2019, n. 332; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 30/05/2022, n. 1454).

Resta fermo, quindi, che tanto il diritto interno, quanto quello euro-unitario, impongono che l'affidamento dei contratti attivi avvenga secondo procedure di evidenza pubblica, che risultano però disciplinate dai principi appena richiamati e non sono soggette ad una specifica regolazione.

Tale assetto ha immediate conseguenze in punto di delimitazione della giurisdizione amministrativa.

L'art. 133, comma 1, lett. e) n.1, del d.l.vo 2010 n. 104, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative "a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie" e, in relazione ad esse, estende la giurisdizione esclusiva "alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative", cui si correla, ai sensi dell'art. 124 cpa, la possibilità di disporre il subentro nella gestione del rapporto negoziale.

La circostanza che il contratto di cui si tratta sia annoverabile tra i contratti attivi lo colloca al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 133 cit. ed esclude l'applicabilità del rito speciale di cui all'art. 120 cpa, nonché, quindi, anche della disciplina dettata dagli artt. 121 e 122 in tema di inefficacia del contratto e dall'art. 124 in tema di subentro.

In definitiva, non rientra nella giurisdizione amministrativa la domanda diretta a incidere sulla sorte del contratto e a provocare il subentro della ricorrente nella gestione del rapporto negoziale.

La vicenda contrattuale deve essere regolata, per ciò che attiene alla giurisdizione, sulla base del criterio ordinario di riparto tra giudice amministrativo e giudice ordinario e, investendo diritti soggettivi, deve essere riservata a quest'ultimo. Va sin d'ora precisato, ai sensi dell'articolo 11 del codice del processo amministrativo, che gli effetti sostanziali e processuali della domanda restano fermi ove, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza, il relativo giudizio venga riproposto dinanzi al giudice ordinario competente.

In via di ulteriore precisazione, va osservato che la decisione del Tribunale di Sondrio, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione sulla causa riassunta con il ricorso in esame, non aveva ad oggetto anche domande relative alla sorte del contratto e al subentro nella gestione del rapporto.

Pertanto non sussiste alcuna contraddizione tra la valutazione espressa nel giudizio riassunto e il ritenuto difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla mera vicenda contrattuale e pertanto non sussistono i presupposti per sollevare d'ufficio un conflitto negativo di giurisdizione.

Del resto, la causa proposta dinanzi al Tribunale di Sondrio – oggetto di riassunzione – è sfociata in una declinatoria della giurisdizione in fase cautelare e ciò esclude in radice la configurabilità del conflitto negativo.

Invero, il regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c., comma 1, non può essere proposto prima dell'introduzione della

fase (eventuale) di piena cognizione, sicché ove eventualmente proposto in fase interdittale, il regolamento ex art. 41 risulta radicalmente inammissibile per difetto dei propri presupposti (cfr. Cass. n. 5154/2019 e la più risalente Cass. Sez. U, Sentenza n. 5902 del 01/07/1997).

Da tali premesse scaturisce l'ulteriore conclusione per cui, in relazione al regolamento di giurisdizione della L. n. 69 del 2009, ex art. 59, comma 3 ed art. 11, comma 3, c.p.a., è necessario che la precedente declinatoria di giurisdizione sia costituita da un provvedimento emesso all'esito di un procedimento svoltosi nelle forme della cognizione piena.

La carenza di tale presupposto rende inammissibile il regolamento di giurisdizione d'ufficio.

E' stato infatti affermato che un reale conflitto negativo di giurisdizione - suscettibile di essere risolto tramite regolamento di giurisdizione - sussiste solo ove "vi sia una doppia declinatoria di giurisdizione - l'una del giudice ordinario e l'altra del giudice amministrativo - emessa con decisioni di piena cognizione" (cfr. Cass. civ., sez. un., 10 febbraio 2022, n. 4297).

Di conseguenza "il conflitto è inammissibile ove anche una sola di esse sia stata pronunciata in sede cautelare" (cfr. Cass. civ., Sez. U., Ordinanza n. 23224 del 15/11/2016 in relazione ad un caso in cui il procedimento sommario a quo era proprio quello d'urgenza ex art. 700 c.p.c).

7) In definitiva, il ricorso è fondato e deve essere accolto, nei limiti suindicati, nella parte relativa alla domanda di annullamento proposta.

Deve essere dichiarata estinta la domanda risarcitoria, pure formulata nel ricorso.

Deve essere dichiarato inammissibile il ricorso, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, nella parte relativa alla domanda diretta ad ottenere determinazioni sulla sorte del contratto e il subentro nel rapporto contrattuale, trattandosi di causa riservata alla cognizione del giudice ordinario.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

(Omissis)