

## **Aggiudicazione che si è perfezionata nel febbraio 1999: per il perfezionamento del rapporto negoziale di appalto è sufficiente l'aggiudicazione stessa nella stipulazione di appalti con la pubblica amministrazione, realizzata attraverso il sistema dell'agg**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Coperture assicurative

Qual è il parere della Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, relativamente ad un gravame basato sulla seguente affermazione: < Secondo il ricorrente, infatti, non avendo egli a suo tempo sottoscritto alcun contratto d'appalto con l'amministrazione comunale, nessun vincolo contrattuale si sarebbe mai perfezionato, con la conseguente impossibilità d'individuare, nella specie, una controversia vertente su diritti soggettivi derivanti dal preteso contratto (o dall'inadempimento di esso), dovendosi in ogni caso ritenere soggette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie attinenti alla fase esecutiva dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione a seguito di gare ad evidenza pubblica.>?

Ed ancora < Si duole infine il ricorrente anche della condanna inflittagli a risarcire i danni subiti dal comune per aver dovuto appaltare i lavori ad altra impresa ad un prezzo maggiore.> è lecito quindi affermare che il diritto dell'amministrazione appaltante di incamerare la cauzione versata dall'aggiudicatario esaurirebbe già di per sé ogni possibile pretesa risarcitoria della medesima amministrazione; e comunque nessuna prova sarebbe stata data della né dell'effettiva sussistenza di un maggiore esborso, sostenuto dal comune per l'esecuzione da parte di terzi delle opere appaltate, né della sua necessità.?

**Nessuno dei riferiti motivi di ricorso appare meritevole di accoglimento.** In ordine al primo di essi è appena il caso di richiamare il consolidato orientamento di questa corte secondo cui gli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici, si riferiscono alla sola fase pubblicistica dell'appalto (compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dei concorrenti) , ma non riguardano anche la fase relativa all'esecuzione del rapporto. Perciò, in questa

seconda fase - comprendente anche le controversie in tema di appalto pubblico aventi ad oggetto la risoluzione o la cessazione del contratto con l'appaltatore - resta operante la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, come giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative la controversia non concerne in alcun modo la procedura d'individuazione del soggetto cui affidare l'appalto pubblico, né coinvolge l'esercizio dei poteri discrezionali conferiti in tale fase alla pubblica amministrazione per la realizzazione di un pubblico interesse, ma riguarda invece un momento attuativo del rapporto che, a seguito del perfezionarsi del procedimento di aggiudicazione, si è instaurato tra la pubblica amministrazione stessa e l'impresa appaltatrice. Tra i profili di censura relativi alla condanna al risarcimento dei danni - accanto a quelli riguardanti l'asserito difetto di prova del danno e del nesso causale tra inadempimento e danno, che nuovamente si risolvono in questioni di merito, come tali estranee al giudizio di legittimità - ve n'è invece uno che effettivamente investe una questione di diritto: quello secondo il quale l'aggiudicatario dell'appalto di un pubblico servizio, il quale non si presti alla sottoscrizione del formale contratto riproduttivo dell'aggiudicazione, sarebbe tenuto sì a perdere la cauzione provvisoria, legittimamente incamerata dall'amministrazione, oltre che al rimborso delle spese da quest'ultima sopportate per la nuova gara, ma non pure al risarcimento degli ulteriori danni consistiti nel maggior prezzo di aggiudicazione risultante dalla nuova gara. In tal senso si è espressa questa corte in un ormai remoto precedente (Cass., 19 novembre 1979, n. 6033), sul presupposto che la cauzione, all'epoca prevista dall'art 332 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, esprime forfettariamente l'ammontare del danno secondo le valutazioni discrezionali dell'amministrazione, mentre il ristoro dei maggiori danni (quali quelli derivanti dalle più onerose condizioni del nuovo contratto) era contemplato dall'art 340 della citata legge solo per la diversa ipotesi di inadempienze inerenti all'esecuzione dell'appalto. **Ma siffatto orientamento non può essere qui confermato.** La cauzione provvisoria prevista dall'art. 30 della legge n. 109 del 1994 (al pari della garanzia fideiussoria che ad essa può essere sostituita) svolge senza dubbio la funzione di garantire la serietà dell'offerta, nel senso che l'aggiudicatario, ove non si presenti per la stipulazione del contratto, decade dall'aggiudicazione e la cauzione viene incamerata dall'organo preposto all'esecuzione del contratto, sulla base della mera constatazione dell'inadempienza. Ma, per il modo stesso della sua prestazione, appare chiaro che essa si configura come una vera e propria caparra confirmatoria e non già come semplice clausola penale o come un pegno irregolare.  **Diversamente da tali fattispecie, ove il danno sopportato dal creditore viene risarcito con l'assegnazione, sino a concorrenza, del pegno ad opera del giudice ovvero con la promessa di una prestazione di una somma di danaro o cose fungibili (art. 1382 ce), la caparra confirmatoria consente al contraente beneficiario non solo di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione, che vengono incamerate, ma altresì di richiedere che venga risarcito il maggior danno da inadempimento (si vedano, in tal senso, Cons. Stato 29 marzo 2001, n. 1840; 1 ottobre 2003, n. 5676; ove è richiamata altresì Cass. 22 novembre 1971, n. 3373).**

Si legga anche

Dopo l'escussione della cauzione provvisoria, non è ammissibile richiederne una riduzione quasi si trattasse di una penale e non di una caparra confirmatoria!

Qualora la Stazione Appaltante ritenesse di dover richiedere l'escussione della cauzione provvisoria per la mancata dimostrazione dei requisiti di gara, può l'impresa interessata richiedere una riduzione dell'importo richiesto a titolo di garanzia, adducendo un ad un non consentito arricchimento senza causa dell'amministrazione.?

Circa la possibilità di prevedere, in materie diverse dai lavori pubblici, la prestazione di una cauzione provvisoria (in aggiunta al rilievo della sentenza gravata concernente la mancata, tempestiva impugnazione degli atti che nella specie l'avevano imposta), il Collegio ritiene di dover condividere il precedente della Sesta Sezione, 3 marzo 2004, n. 1058, a mente del quale l'istituto in questione trova la sua base legale nel r.d. 23 maggio 1924, n. 827 che tuttora disciplina, sia pure in via residuale, l'attività contrattuale della p.a.\_

Né, dovendosi ragionare in termini di caparra confirmatoria e non di clausola penale (cfr. in citato precedente), è previsto alcun potere di riduzione. Men che meno è teoricamente configurabile una domanda di illecito arricchimento giacché, a prescindere dalla giurisdizione, questa presuppone la mancanza di causa del supposto arricchimento, il che nella specie evidentemente non è.

Merita di essere segnalata la decisione numero 4873 del 7 ottobre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

FATTO

La causa concerne la pretesa di ALFA s.p.a. di vedersi restituite le somme incamerate dalla Provincia Autonoma di Trento a seguito dell'escussione della cauzione provvisoria, disposta in conseguenza dell'accertamento del mancato possesso di un requisito di partecipazione alla procedura indetta per la fornitura di arredi presso l'ex Centro ospedaliero Angeli Custodi.

La tesi è che l'istituto della cauzione provvisoria, nella materia dei servizi pubblici, sarebbe privo della necessaria base giustificativa di rango legislativo e, comunque, che la misura della medesima risulterebbe nella specie sproporzionata e come tale meritevole di riduzione, anche perché diversamente si darebbe luogo ad un non consentito arricchimento senza causa dell'amministrazione.

Il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso in primo grado nella parte concernente la previsione di una cauzione provvisoria (per mancata tempestiva impugnazione del bando che la conteneva), mentre lo ha respinto nella parte contenente la richiesta di riduzione e/o di illecito arricchimento sul rilievo che non si tratta di clausola penale ma, appunto, di cauzione provvisoria.

La Provincia di Trento insiste per la conferma di tale sentenza.

La causa è passata in decisione all'udienza del 28 marzo 2008.

DIRITTO

L'appello non è fondato. Circa la possibilità di prevedere, in materie diverse dai lavori pubblici, la prestazione di una cauzione provvisoria (in aggiunta al rilievo della sentenza gravata concernente la mancata, tempestiva impugnazione degli atti che nella specie l'avevano imposta), il Collegio ritiene di dover condividere il precedente della Sesta Sezione, 3 marzo 2004, n. 1058, a mente del quale l'istituto in questione trova la sua base legale nel r.d. 23 maggio 1924, n. 827 che tuttora disciplina, sia pure in via residuale, l'attività contrattuale della p.a.

Né, dovendosi ragionare in termini di caparra confirmatoria e non di clausola penale (cfr. in citato precedente), è previsto alcun potere di riduzione. Men che meno è teoricamente configurabile una domanda di illecito arricchimento giacché, a prescindere dalla giurisdizione, questa presuppone la mancanza di causa del supposto arricchimento, il che nella specie evidentemente non è.

La cauzione provvisoria copre il fatto che il partecipante alla procedura abbia dichiarato la verità rispetto al possesso dei requisiti richiesti

La cauzione provvisoria rappresenta una garanzia legata alla serietà e all'affidabilità dell'offerta, per cui l'incameramento della stessa risulta esclusivamente teso a sanzionare il comportamento dell'impresa che non ha documentato l'offerta nei modi ed entro il termine indicati dalla legge, anche in un servizio di trasporto scolastico

Il Tar l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, con la sentenza numero 695 del 28 novembre 2005 merita di essere segnalata per gli importanti principi in tema di cauzione provvisoria in essa contenuti:

Prima di tutto in tema di giurisdizione, l'adito giudice ci insegna che:

rientra nell'area della giurisdizione amministrativa anche l'impugnazione dell'atto di incameramento della cauzione definitiva prestata dal privato appaltatore a garanzia del proprio esatto adempimento quando a monte della pretesa amministrativa di incameramento si ponga una causa di invalidità dell'aggiudicazione precedentemente disposta a suo favore dalla stazione appaltante, e non già una mera causa di risoluzione del loro rapporto contrattuale (Cons. St., VI, 3 marzo 2004 n. 1058, e T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 13 novembre 2003 n. 1382); mentre tale giurisdizione non sussiste, come sembra evidente, nelle diverse ipotesi in cui tale incameramento è connesso ad un inadempimento contrattuale (Cass. SS.UU., 3 maggio 2005, n. 9100, e T.A.R. Campania, sede Napoli, I, 23 maggio 2005, n. 6845 la stessa giurisprudenza ha anche chiarito che l'istituto della cauzione provvisoria deve ricondursi alla caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro sia perché tale qualificazione risulta più coerente con l'esigenza di non vulnerare l'interesse dell'Amministrazione a pretendere il maggior danno. La ratio dell'istituto è, in definitiva, quella di garantire la serietà dell'offerta (Cons. St., VI, 3 marzo 2004, n. 1058). Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 10, comma 1-quater, della L. 11 febbraio 1994 n. 109, aggiunto dall'art. 3 della L. 18 novembre 1998 n. 415, la previsione dell'incameramento della cauzione provvisoria, è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo in tal modo una funzione di garanzia riferita non più soltanto alla stipula del contratto bensì alla serietà e affidabilità dell'offerta (T.A.R. Lazio, sez. II, 17 maggio 2004, n. 4558)

In altri termini, la cauzione rappresenta una garanzia legata alla serietà e all'affidabilità dell'offerta, per cui l'incameramento della stessa risulta esclusivamente teso a sanzionare il comportamento dell'impresa che non ha documentato l'offerta nei modi ed entro il termine indicati dalla legge. Per cui, in definitiva, qualora l'impresa partecipante non soddisfi la richiesta da parte della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti richiesti, detto incameramento costituisce un obbligo per la p.a. (Cons. St., V, 4 maggio 2004, n. 2721), che prescinde anche dall'accertamento della falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese, restando esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente, ovvero con colpa, dichiarato il possesso dei requisiti, di cui invece difetta o di cui abbia comunque omesso di dimostrare l'effettivo possesso, nei modi previsti dalla lex specialis e dalla normativa regolamentare di riferimento (Cons. St., IV, 12 gennaio 2005, n. 42).

Ciò posto, poichè la ricorrente aveva in sede di gara espressamente dichiarato di possedere i requisiti richiesti e poichè, come già detto, di tali requisiti non era in realtà in possesso, sembra evidente che

L'Amministrazione comunale non avrebbe potuto non incamerare la cauzione provvisoria da questa depositata

In caso di mancata sottoscrizione del contratto, l'amministrazione si rivale sulla cauzione provvisoria

Indubbiamente il rischio coperto dalla cauzione provvisoria è quello della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario: anche se nella lex specialis di gara, tale circostanza non viene espressamente prevista è sufficiente che la fideiussione venga data "a garanzia degli obblighi inerenti alla partecipazione a gara d'appalto"

Il Tar Sardegna, Cagliari, con la sentenza numero 2221 del 16 ottobre 2006 ci occupa di una controversia nata a seguito della richiesta di escussione della garanzia provvisoria per mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario.

Nel confermare l'operato dell'amministrazione, l'adito giudice amministrativo ci insegna che:

Ed invero, come si ricava dal testo della detta prescrizione più sopra trascritto, quest'ultima prevedeva che la cauzione provvisoria dovesse essere prestata ai fini della partecipazione alla gara, che dovesse avere una validità di almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, tempo generalmente sufficiente per addivenire alla stipula del contratto con l'aggiudicatario e che dovesse essere svincolata, nei confronti dell'aggiudicatario successivamente al deposito della cauzione definitiva, destinata a garantire l'amministrazione dai danni subiti in fase di esecuzione del servizio.

Tutti elementi ermeneutici questi che, presi nel loro insieme e intesi secondo buona fede, come è d'uopo nell'interpretazione degli atti amministrativi, secondo il principio di matrice contrattuale (art. 1366 cod. civ.), inducono a ritenere che le finalità complessive perseguite dall'Amministrazione con la previsione della **cauzione provvisoria fossero, per l'appunto, quelle di introdurre una caparra confirmatoria a garanzia della futura stipula del contratto.**



La mancata sottoscrizione di quest'ultimo legittimava, quindi, senz'altro l'incameramento della cauzione indipendentemente da un'espressa previsione in tal senso.>

Ma non solo.non c'è alcun bisogno di dimostrare il danno...

Tanto meno occorre la dimostrazione dell'esistenza e dell'entità di eventuali pregiudizi, atteso che nella previsione di una caparra confirmatoria sono sicuramente ravvisabili profili di liquidazione convenzionale, preventiva e forfetaria del danno.

La prospettata interpretazione trova, del resto, indiretta conferma nella polizza fideiussoria stipulata dalla ricorrente e depositata ai fini dell'ammissione alla procedura concorsuale. In essa si legge che la fideiussione è data "a garanzia degli obblighi inerenti alla partecipazione a gara d'appalto": obblighi tra i quali rientra, per l'aggiudicatario, anche quello di addivenire alla sottoscrizione del contratto>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza: Corte di Cassazione Sezioni unite civili 4/2/2009 n. 2634

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 2 maggio 2000 il comune di Città di Castello citò in giudizio dinanzi al Tribunale di Perugia il sig. Francesco ALFA, titolare di un'omonima impresa di costruzioni stradali.

Premesso che a detta impresa era stato aggiudicato un appalto per lavori di imbrecciatura di strade comunali ma che essa si era poi rifiutata di procedere all'esecuzione delle opere appaltate, lamentando l'inadeguatezza del corrispettivo, l'attore chiese che il contratto fosse risolto e che il convenuto fosse condannato al risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento.

Instauratosi il contraddittorio, il sig. ALFA si difese eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice adito e chiese, in via subordinata, che le domande proposte dal comune fossero dichiarate inammissibili o rigettate.

Avanzò inoltre, a propria volta, domande riconvenzionali tese sia a far annullare il contratto d'appalto, per l'errore essenziale in cui egli lamentava di essere incorso in ordine al costo dei materiali occorrenti per eseguire le opere appaltate, sia ad ottenere la restituzione della somma a suo tempo versata a titolo di cauzione. Il tribunale, con sentenza del 21 marzo 2003, dopo aver rigettato l'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione, accolse le domande proposte dal comune, pronunciò la risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento del convenuto, respinse le domande riconvenzionali di quest'ultimo e lo condannò al risarcimento dei danni, liquidati in euro 8.805,59 (oltre agli accessori ed alle spese di causa). Il sig. ALFA interpose gravame, ma la decisione di primo grado fu integralmente confermata dalla Corte d'appello di Perugia, con sentenza depositata il 24 gennaio 2006.

Detta corte, infatti, premesso che, secondo la normativa vigente al tempo dell'aggiudicazione definitiva dei lavori all'impresa ALFA (16 febbraio 1999), tale aggiudicazione implicava il perfezionamento del rapporto contrattuale tra le parti, assumendo la successiva stipulazione del contratto d'appalto una funzione meramente riproduttiva, osservò che, dopo l'entrata in vigore del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, è solo invece con la formale stipulazione che sorge il vincolo contrattuale, ma che resta nondimeno fissata al momento dell'aggiudicazione definitiva la conclusione del procedimento "ad evidenza pubblica" nel cui ambito si radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; onde, con riguardo alle vicende successive a tale momento, qualora si discuta dell'inadempimento dell'aggiudicatario all'obbligo di sottoscrivere il contratto e del conseguente diritto all'incameramento della cauzione da parte dell'amministrazione, senza che venga in questione l'esercizio di alcun potere di autotutela a quest'ultima spettante, si verte in materia di diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione del giudice ordinario.

Quanto al merito, la corte umbra rilevò che il vizio del volere denunciato dal sig. ALFA era insussistente, avendo egli a suo tempo rilasciato una dichiarazione di conoscenza delle condizioni del progetto e dei prezzi dell'appalto; e che, contrariamente a quel che l'appellante aveva sostenuto, l'incameramento della cauzione ad opera dell'amministrazione appaltante non esauriva il diritto al risarcimento dei danni a quest'ultima spettante per aver dovuto affidare in via d'urgenza i lavori in questione ad altra impresa

sobbarcandosi ad un maggior costo.

Avverso tale sentenza il sig. ALFA ha proposto ricorso per cassazione, articolato in due motivi, illustrati poi anche con memoria, ai quale il comune di Città di Castello ha replicato con controricorso.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il comune controricorrente ha eccepito l'inammissibilità dei dedotti motivi di ricorso per l'inadeguata formulazione dei quesiti di diritto richiesti dall'art. 366-bis c.p.c.

L'eccezione è però manifestamente infondata, perché la norma invocata, introdotta dal d.leg. n. 40 del 2006, è applicabile unicamente ai ricorsi proposti avverso sentenze pubblicate a decorrere dal 2 marzo 2006 (data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo), laddove la sentenza della Corte d'appello di Perugia impugnata in questa sede risulta essere stata pubblicata il 24 gennaio 2006.

2. Il primo motivo di ricorso, con cui viene sia denunciata la violazione di varie disposizioni di legge, sia lamentata l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza impugnata, ripropone all'attenzione di questa corte il tema dell'eccepito difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Secondo il ricorrente, infatti, non avendo egli a suo tempo sottoscritto alcun contratto d'appalto con l'amministrazione comunale, nessun vincolo contrattuale si sarebbe mai perfezionato, con la conseguente impossibilità d'individuare, nella specie, una controversia vertente su diritti soggettivi derivanti dal preteso contratto (o dall'inadempimento di esso), dovendosi in ogni caso ritenere soggette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie attinenti alla fase esecutiva dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione a seguito di gare ad evidenza pubblica.

Aggiunge poi ancora il ricorrente che la corte territoriale ha omesso di considerare come, richiedendo i contratti della pubblica amministrazione la forma scritta ad substantiam, la mancata sottoscrizione del contratto d'appalto di cui si tratta escluda ogni possibilità di ritenere perfezionato il rapporto d'appalto.

3. Il secondo motivo di ricorso, anch'esso volto a lamentare tanto errori di diritto in cui sarebbe incorsa la corte territoriale quanto vizi di motivazione della decisione impugnata, si riferisce invece al merito della vertenza.

Il ricorrente insiste nel sostenere che il suo consenso contrattuale sarebbe stato viziato da un errore essenziale, vertente sul costo dei materiali occorrenti a realizzare l'opera appaltata, come si evincerebbe dal relativo listino dei prezzi, prodotto in copia nel giudizio di merito.

Lamenta altresì che la corte d'appello non abbia ammesso la prova orale da lui dedotta a tal proposito né dato corso alla richiesta consulenza tecnica. Si duole infine il ricorrente anche della condanna inflittagli a risarcire i danni subiti dal comune per aver dovuto appaltare i lavori ad altra impresa ad un prezzo maggiore. Il diritto dell'amministrazione appaltante di incamerare la cauzione versata dall'aggiudicatario esaurirebbe già di per sé, infatti, ogni possibile pretesa risarcitoria della medesima amministrazione; e comunque nessuna prova sarebbe stata data della né dell'effettiva sussistenza di un maggiore esborso, sostenuto dal comune per l'esecuzione da parte di terzi delle opere appaltate, né della sua necessità.

4. Nessuno dei riferiti motivi di ricorso appare meritevole di accoglimento.

4.1. In ordine al primo di essi è appena il caso di richiamare il consolidato orientamento di questa corte secondo cui gli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici, si riferiscono alla sola fase pubblicistica dell'appalto (compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dei concorrenti), ma non riguardano anche la fase relativa all'esecuzione del rapporto. Perciò, in questa seconda fase - comprendente anche le controversie in tema di appalto pubblico aventi ad oggetto la risoluzione o la cessazione del contratto con l'appaltatore - resta operante la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, come giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative (cfr., tra le altre, Cass., sez. un., 19 maggio 2004, n. 9534; 6 maggio 2005, n. 9391; 31 marzo 2005, n. 6743; 18 ottobre 2005, n. 20116; 12 maggio 2006, n. 10994; 14 giugno 2006, n. 13690).

E di tale principio è stata fatta applicazione anche con riferimento a controversie che investono il diritto dell'amministrazione appaltante di incamerare la cauzione prestata a garanzia dell'esatto adempimento delle obbligazioni assunte dall'aggiudicatario (Cass., sez. un., 27 febbraio 2007, n. 4425).

Nel caso di specie, come ha correttamente rilevato la corte d'appello, la controversia non concerne in alcun modo la procedura d'individuazione del soggetto cui affidare l'appalto pubblico, né coinvolge l'esercizio dei poteri discrezionali conferiti in tale fase alla pubblica amministrazione per la realizzazione di un pubblico interesse, ma riguarda invece un momento attuativo del rapporto che, a seguito del perfezionarsi del procedimento di aggiudicazione, si è instaurato tra la pubblica amministrazione stessa e l'impresa appaltatrice.

Né giova obiettare che il titolare di quest'ultima non aveva sottoscritto il contratto d'appalto, e che proprio di ciò l'amministrazione si era doluta.

Nella stipulazione di appalti con la pubblica amministrazione, realizzata attraverso il sistema dell'aggiudicazione a seguito di incanti pubblici o di licitazioni private, non è dalla formale sottoscrizione del contratto, avente valore meramente riproduttivo dell'incontro dei consensi già realizzatosi con la conclusione della procedura di aggiudicazione, bensì appunto dalla definitiva aggiudicazione con cui si

conclude detta procedura che deriva il perfezionarsi del vincolo contrattuale, come già numerose volte questa corte ha avuto modo di chiarire (cfr., ad esempio, Cass. 21 giugno 2000, n. 8420; 26 maggio 2006, n. 12629; 27 marzo 2007, n. 7481).

A tale rilievo - risolutivo in punto di giurisdizione - è vano contrapporre che l'orientamento giurisprudenziale da ultimo richiamato rispecchierebbe un'impostazione corrispondente al disposto degli ormai abrogati artt. 16 del r.d. n. 2440 del 1923 ed 88 dell'annesso A di detto decreto, e che, viceversa, il disposto dell'art. 109 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (emanato in forza dell'art. 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109), avrebbe rovesciato la precedente impostazione assegnando valenza costitutiva del rapporto negoziale al contratto da stipulare entro sessanta giorni dall'aggiudicazione.

Quale che sia il fondamento di un simile assunto, non può farsi a meno di rilevare che le disposizioni dell'invocato d.p.r. n. 554/99 - secondo quel che espressamente statuiscano i commi 2 e 3 dell'art. 232 del medesimo decreto - non si applicano né al modo ed al contenuto delle obbligazioni derivanti da contratti stipulati in epoca antecedente alla loro entrata in vigore, né alle modalità di svolgimento delle procedure di gara a quell'epoca già bandite (si veda, in argomento, Cass. 4 settembre 2004, n. 17906).

E questa è, appunto, la situazione che si verifica nel caso di specie, in cui l'impugnata sentenza riferisce che l'aggiudicazione si è perfezionata nel febbraio 1999.

Il che basta a licenziare l'indicata obiezione. Alla stregua di quanto appena osservato risultano fuori bersaglio anche i rilievi del ricorrente in ordine al difetto di stipulazione del contratto in forma scritta, giacché tali rilievi si riferiscono alla mancata sottoscrizione del contratto conseguente all'aggiudicazione e muovono dal presupposto - che si è visto essere inesatto - secondo cui per il perfezionamento del rapporto negoziale di appalto non sarebbe stata sufficiente l'aggiudicazione stessa.

4.2. Le doglianze concernenti il mancato riconoscimento dell'errore essenziale, in cui il ricorrente assume di essere incorso, nel partecipare alla licitazione indetta dal comune per l'affidamento in appalto dei lavori, non pongono concretamente in evidenza alcun errore di diritto nel quale la corte territoriale sia incorsa.

Esse, in effetti, si sostanziano in una critica al modo in cui detta corte ha fatto governo delle risultanze processuali, avendo essa ritenuto che una preventiva dichiarazione di conoscenza delle condizioni e dei prezzi dell'appalto, rilasciata dallo stesso sig. ALFA, bastasse ad escludere ogni ipotesi di errore sul costo dei materiali occorrenti alla realizzazione dell'opera.

Il ricorrente insiste nel sostenere il contrario, ma non individua specifici e decisivi vizi logici nella motivazione posta a base della valutazione da lui criticata, onde siffatta critica - al pari di quella concernente la mancata ammissione di mezzi di prova e di strumenti d'indagine tecnica reputati irrilevanti ed inutili dalla corte d'appello - si risolve in una richiesta di riesame del merito della materia del contendere, in questa sede non consentita.

4.3. Tra i profili di censura relativi alla condanna al risarcimento dei danni - accanto a quelli riguardanti l'asserito difetto di prova del danno e del nesso causale tra inadempimento e danno, che nuovamente si risolvono in questioni di merito, come tali estranee al giudizio di legittimità - ve n'è invece uno che effettivamente investe una questione di diritto: quello secondo il quale l'aggiudicatario dell'appalto di un pubblico servizio, il quale non si presti alla sottoscrizione del formale contratto riproduttivo dell'aggiudicazione, sarebbe tenuto sì a perdere la cauzione provvisoria, legittimamente incamerata dall'amministrazione, oltre che al rimborso delle spese da quest'ultima sopportate per la nuova gara, ma non pure al risarcimento degli ulteriori danni consistiti nel maggior prezzo di aggiudicazione risultante dalla nuova gara. In tal senso si è espressa questa corte in un ormai remoto precedente (Cass., 19 novembre 1979, n. 6033), sul presupposto che la cauzione, all'epoca prevista dall'art 332 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, esprime forfettariamente l'ammontare del danno secondo le valutazioni discrezionali dell'amministrazione, mentre il ristoro dei maggiori danni (quali quelli derivanti dalle più onerose condizioni del nuovo contratto) era contemplato dall'art 340 della citata legge solo per la diversa ipotesi di inadempienze inerenti all'esecuzione dell'appalto.

Ma siffatto orientamento non può essere qui confermato.

La cauzione provvisoria prevista dall'art. 30 della legge n. 109 del 1994 (al pari della garanzia fideiussoria che ad essa può essere sostituita) svolge senza dubbio la funzione di garantire la serietà dell'offerta, nel senso che l'aggiudicatario, ove non si presenti per la stipulazione del contratto, decade dall'aggiudicazione e la cauzione viene incamerata dall'organo preposto all'esecuzione del contratto, sulla base della mera constatazione dell'inadempienza. Ma, per il modo stesso della sua prestazione, appare chiaro che essa si configura come una vera e propria caparra confirmatoria e non già come semplice clausola penale o come un pegno irregolare.

Diversamente da tali fattispecie, ove il danno sopportato dal creditore viene risarcito con l'assegnazione, sino a concorrenza, del pegno ad opera del giudice ovvero con la promessa di una prestazione di una somma di danaro o cose fungibili (art. 1382 ce), la caparra confirmatoria consente al contraente beneficiario non solo di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione, che vengono incamerate, ma altresì di richiedere che venga risarcito il maggior danno da inadempimento (si vedano, in tal senso, Cons. Stato 29 marzo 2001, n. 1840; 1 ottobre 2003, n. 5676; ove è richiamata altresì Cass. 22 novembre 1971, n. 3373).

5. Il ricorso deve, pertanto, essere rigettato, con conseguente condanna della parte ricorrente al rimborso, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che si liquidano in euro 2.000,00 (duemila) per onorari e 200,00 (duecento) per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

P.Q.M.

La corte, pronunciando a sezioni unite, rigetta il ricorso, dichiara che nella presente causa la giurisdizione spetta al giudice ordinario e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in euro 2.000,00 (duemila) per onorari e 200,00 (duecento) per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

Così deciso, in Roma, il 20 gennaio 2009.

Il presidente (Sergio Mattone)

Depositata in Cancelleria il 4 febbraio 2009.

<https://www.diritto.it/aggiudicazione-che-si-e-perfezionata-nel-febbraio-1999-per-il-perfezionamento-del-ra-pporto-negoziale-di-appalto-e-sufficiente-l-aggiudicazione-stessa-nella-stipulazione-di-appalti-con-la-pubblica-amm/>