

Confusione tra l'esercizio di poteri negoziali e l'utilizzo di poteri sanzionatori :la illegittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione non deriva dall'assenza in capo all'amministrazione del potere esercitato, quanto piuttosto dallo scorret

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Invero la giurisprudenza ammette effettivamente che, quantunque nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segni di norma il momento dell'incontro della volontà della stessa amministrazione di concludere il contratto e del privato, manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore, non è tuttavia precluso all'amministrazione di procedere, con atto successivo, purchè adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio o all'annullamento dell'aggiudicazione, fondandosi detta potestà di annullamento in autotutela sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (C.d.S., sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456); è stato poi più volte sottolineato l'obbligo incombente sull'amministrazione di fornire una adeguata motivazione in ordine agli affermati motivi di opportunità che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela

Pur non potendo dubitarsi che la revoca dell'aggiudicazione costituisca espressione dell'esercizio di poteri pubblicistici, nel caso di specie l'amministrazione non aveva adeguatamente motivato circa le ragioni che avevano giustificato l'adozione di una così grave determinazione, tanto più che erano stati contraddittoriamente utilizzati poteri sanzionatori, senza neppure tener conto delle giustificazioni ex adverso fornite.

E' infondato anche il secondo motivo di gravame, con il quale l'amministrazione ha rivendicato la legittimità del provvedimento di revoca, sostenendo che esso era fondato su obiettive ragioni di interesse pubblico, puntualmente evidenziate, atteso che l'A.T.I. appellata non dava affidamento sulla effettiva possibilità di svolgere adeguatamente il servizio di trasporto, com'era emerso dalle irregolarità accertate in sede di espletamento dello stesso nelle more della stipulazione del contratto

E' mancata infatti la puntuale indicazione dei motivi di interesse pubblico alla revoca dell'aggiudicazione, quale momento conclusivo della fase procedimentale e pubblicistica della scelta del contraente, che non

può essere confusa con quella negoziale di esecuzione, sia pur in via di mero fatto, delle obbligazioni contrattuali: l'amministrazione appellante **invero ha ancorato il proprio provvedimento di revoca non già con riferimento ad elementi, preesistenti alla procedura gara o sopravvenuti nelle more della stipula del contratto riguardanti la ditta aggiudicataria** (quali per esempio la obiettiva carenza o l'inidoneità dei mezzi indicati per l'espletamento della gara ovvero la mancanza delle autorizzazioni di legge all'esercizio del trasporto di studenti ovvero la sopravvenuta incapacità finanziaria), **quanto piuttosto ad un giudizio prognostico, ma meramente ipotetico, di incapacità dell'aggiudicataria di espletare il servizio di trasporto a causa delle irregolarità ed inadempienze nel periodo di prova.**

Anche a prescindere dalla circostanza che la previsione di un tale periodo di prova non sussisteva nel capitolato speciale, è di tutta evidenza che le asserite inadempienze ed irregolarità appartengono alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale di fatto intercorso con l'A.T.I. ALFA, così che esse possono dar luogo alla risoluzione contrattuale e non già all'esercizio di poteri pubblicistici di revoca dell'aggiudicazione: correttamente i primi giudici hanno quindi evidenziato la contraddittorietà ed il difetto di motivazione del provvedimento impugnato, caratterizzato dalla confusione tra l'esercizio di poteri negoziali e l'utilizzo di poteri sanzionatori; ciò senza contare che anche i poteri sanzionatori sono stati utilizzati senza tener conto, per un verso, delle controdeduzioni che la stessa appellata aveva prodotto alle contestazioni di addebito formulate dall'amministrazione e, per altro verso, che tali contestazioni avevano già dato luogo all'applicazione di penali.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 5427 del 10 settembre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 05427/2009 REG.DEC.

N. 04410/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Quinta

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 4410 del 2008, proposto da:
COMUNE DI SAN GIOVANNI IN FIORE, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv.
***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Anapo, 29;

contro

A.T.I. ALFA PASQUALE, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Calabria - Catanzaro, sez. I n. 289 del 26 marzo 2008.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2009 il consigliere ***** e udito per l'amministrazione appellante l'avvocato *****, su delega dell'avvocato *****;

Visto il dispositivo di decisione n. 586 del 25 giugno 2009;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con determinazione n. 229 del 29 dicembre 2006 il Dirigente Responsabile del Servizio 3° - Settore Scolastico Educativo - del Comune di San Giovanni in ***** approvava i verbali della licitazione privata per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico dall'8 gennaio 2007 fino al termine dell'anno scolastico 2006/2007 per gli alunni delle scuole primarie e secondarie del territorio comunale ed aggiudicava il servizio stesso all'A.T.I. ALFA Pasquale, che aveva offerto un ribasso del 2% sul prezzo a base d'asta di €. 110.000, per l'importo di €. 107.800,00, I.V.A. esclusa.

Con nota prot. n. 208 del 3 gennaio 2007 lo stesso dirigente comunicava alla predetta A.T.I. l'esito della procedura di gara, invitandola, nelle more della predisposizione e della stipula del relativo contratto, ad effettuare le corse (rectius, il servizio), nei modi e nei termini indicati nel bando e nel capitolato di gara, a decorrere da lunedì 8 gennaio 2007 e fino alla chiusura dell'anno scolastico in corso.

Successivamente con determinazione n. 32 del 7 marzo 2007 veniva revocata la precedente determinazione n. 229 del 29 dicembre 2006 e la relativa aggiudicazione per motivi di interesse pubblico in quanto, a seguito di verifiche e controlli ispettivi svolti dalla Polizia Municipale, il servizio svolto nelle more della stipula del contratto era stato caratterizzato da inadempienze e irregolarità, da cui emergevano fondati dubbi sulla stessa idoneità e capacità della ditta in questione di adempiere correttamente e compiutamente alle obbligazioni contrattuali: con lo stesso provvedimento il servizio veniva aggiudicato all'A.T.I. BETA di ***** , seconda classificata nella procedura concorsuale.

Il Tribunale di Cosenza, adito dall'interessato prima ex artt. 700 c.p.c. e poi con successivo reclamo, declinava la propria giurisdizione, ritenendo che la controversia de qua appartenesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; l'A.T.I. ALFA, allora, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale della Calabria, previa rimessione in termine per errore scusabile, l'annullamento della citata determinazione n. 32 del 7 marzo 2007, denunciandone l'illegittimità per "Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del capitolato di gara circa le modalità di contestazione degli addebiti, degli artt. 7 e 8 l. n. 241/90 - Inosservanza del termine assegnato dal capitolato per le controdeduzioni ai rilievi al servizio; violazione e falsa applicazione dei principi in tema di inadempimento contrattuale - violazione e falsa applicazione degli artt. 1453 e ss. Cod. civ.; violazione dei principi in tema di buona fede, correttezza che governano l'esecuzione del rapporto convenzionale; eccesso di potere per erroneità del presupposto - inesistenza delle condizioni per revocare l'affidamento del servizio; eccesso di potere per sviamento e per disparità di trattamento - violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/90 - eccesso di potere per difetto di motivazione - motivazione falsa., incongrua e contraddittoria - violazione dell'art. 97 cost. dei principi in materia di evidenza pubblica e sulla trasparenza dell'attività amministrativa".

Con la sentenza n. 189 del 26 marzo 2008 l'adito tribunale, nella resistenza dell'intimata amministrazione comunale, ritenuta la tempestività del ricorso in ragione del principio della translatio iudicii, ha annullato il provvedimento impugnato, rilevando che, pur non potendo dubitarsi che la revoca dell'aggiudicazione costituisse espressione dell'esercizio di poteri pubblicistici, nel caso di specie l'amministrazione non aveva adeguatamente motivato circa le ragioni che avevano giustificato l'adozione di una così grave determinazione, tanto più che erano stati contraddittoriamente utilizzati poteri sanzionatori, senza

neppure tener conto delle giustificazioni ex adverso fornite.

Il Comune di San Giovanni in ***** con atto di appello notificato a mezzo del servizio postale il 2 maggio 2008, ricevuto dalle parti appellate il 7 maggio 2008 e depositato solo il 30 maggio 2008, ha chiesto la riforma della sentenza, lamentandone l'assoluta erroneità.

Secondo l'appellante, infatti, i primi giudici avevano innanzitutto errato nel ritenere tempestivo il ricorso di primo grado invocando a tal fine il principio della translatio iudicii, giacchè, essendo stata contestata la legittimità di un provvedimento di revoca, era assolutamente pacifica in materia la giurisdizione del giudice amministrativo e non era stata provata, né dedotta alcuna circostanza, idonea a suffragare la eventuale scusabilità dell'errore di individuazione del giudice, tanto più che non solo non era stato neppure il contratto di appalto, per quanto si verteva in materia di concessione di servizio pubblico, con pacifica giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Quanto al merito, poi, l'amministrazione appellante ha rivendicato la correttezza del provvedimento impugnato, sostenendo che la sua legittimità non doveva essere valutata sotto il profilo dell'adempimento contrattuale, quanto piuttosto in relazione agli interessi pubblici primari che si intendevano tutelare e rispetto ai quali le irregolarità e i disservizi accertati non potevano essere considerati di scarsa rilevanza.

La parte appellata non si è costituita in giudizio.

Con ordinanza n. 6470 del 2 dicembre 2008 la Sezione ha dichiarato improcedibile l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, prendendo atto dell'intervenuta carenza di interesse manifestata dalla stessa amministrazione appellante.

All'udienza del 23 giugno 2009, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

I. L'appello è infondato nel merito e deve essere respinto, potendosi pertanto prescindere dalla questione di irricevibilità dell'appello, depositato tardivamente, oltre il quindicesimo giorno dalla sua notifica, in violazione dell'articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

I.1. La Sezione osserva, in linea preliminare che i primi giudici, decidendo nel merito la controversia, hanno ritenuto implicitamente di essere forniti di giurisdizione in materia, così che non essendo stata formulata dalle parti alcun motivo di gravame sulla questione di giurisdizione, ogni questione sulla stessa deve intendersi definitivamente preclusa (Cass. SS.UU., 9 marzo 2009, n. 5624).

I.2. Passando all'esame dei singoli motivi di gravame, la Sezione, quanto al primo, è dell'avviso che non sia meritevole di accoglimento la tesi propugnata dall'amministrazione appellante, secondo cui il ricorso di primo grado era tardivo ed erroneamente i primi giudici avrebbero rimesso in termine il ricorrente, senza

che fosse giammai stato data prova della scusabilità dell'errore, utilizzando così in modo inappropriato e distorto il principio della *translatio iudicii*.

Invero, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, da cui non vi è motivo alcun per discostarsi, è onere di colui che eccepisce la tardività del ricorso fornire la prova sicura ed indiscutibile della relativa eccezione, non potendo essere a tal fine sufficiente una mera presunzione ovvero una sia pur suggestiva e approfondita argomentazione difensiva.

Nel caso di specie, la prova certa di tale eccepita tardività non solo non è stata fornita, per quanto essa è ricollegata alla asserita sicura appartenenza della controversia de qua alla giurisdizione del giudice amministrativo, così che l'errore di individuazione del giudice fornito di giurisdizione da parte dell'A.T.I. ricorrente in primo grado, in quanto colpevole, con poteva comportare la rimessione in termini quale conseguenza della *translatio iudicii*.

Tale argomentazione muove tuttavia da un presupposto errato ovvero quanto meno indimostrato e soprattutto irragionevole, e cioè non solo che l'erronea individuazione del giudice ordinario, quale giudice fornito di giurisdizione nella controversia de qua, sia stato frutto di un errore grossolano e inescusabile, per quanto che da tale erronea individuazione la ricorrente avrebbe inteso trarre un ingiusto vantaggio, così che non potrebbe essergli accordato in alcun modo il beneficio della rimessione in termini.

Senonché, sotto un primo profilo, non è affatto chiaro ed evidente quale sarebbe il vantaggio, eventualmente ingiusto, che l'interessata avrebbe inteso indebitamente conseguire invocando la tutela innanzi al giudice ordinario, per quanto, sotto altro profilo, anche la appartenenza della controversia de qua alla giurisdizione amministrativa è tutt'altro pacifica: anche a voler tacer delle stesse argomentazioni con cui il giudice ordinario ha declinato la propria giurisdizione, argomentazioni che dimostrano la complessità e la delicatezza giuridica della questione, in punto di fatto è sufficiente rilevare che il provvedimento impugnato sembra incidere su un rapporto contrattuale in corso di svolgimento, quanto meno in via di fatto, e che la stessa amministrazione negli atti di gara non aveva mai fatto riferimento alla concessione di un servizio pubblico, quanto piuttosto all'appalto di un servizio di trasporto (come si ricava dall'articolo 1 del capitolato speciale).

Sussistevano quindi obiettivi elementi di incertezza tali da rendere sicuramente scusabile il presunto errore di individuazione del giudice fornito di giurisdizione.

A fugare in punto di fatto ogni ulteriore dubbio sulla tempestività dell'impugnativa è sufficiente rilevare che il giudice civile, adito ai sensi dell'articolo 700 c.p.c., ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, sulla domanda tesa ad ottenere il riaffidamento del servizio di trasporto revocato con la determinazione n. 32 del 7 marzo 2007, con ordinanza del 23 aprile 2007, così che è pacifico che l'interessato aveva invocato tempestivamente (e comunque non oltre il termine di sessanta giorni) tutela innanzi al giudice amministrativo; ugualmente tra la data della nuova ordinanza del 18 luglio 2007, con cui il giudice ordinario in sede di reclamo ha confermato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, e quella del 13

settembre 2007, in cui è stato notificato il ricorso al tribunale amministrativo regionale, non è decorso il termine di decadenza di sessanta giorni, così che correttamente i primi giudici hanno dichiarato tempestiva l'impugnativa in esame, richiamando giustamente il principio della translatio iudicii per assicurare effettività alla tutela giurisdizionale sancita dagli articoli 24,111 e 113 della Costituzione. .

I.3. E' infondato anche il secondo motivo di gravame, con il quale l'amministrazione ha rivendicato la legittimità del provvedimento di revoca, sostenendo che esso era fondato su obiettive ragioni di interesse pubblico, puntualmente evidenziate, atteso che l'A.T.I. appellata non dava affidamento sulla effettiva possibilità di svolgere adeguatamente il servizio di trasporto, com'era emerso dalle irregolarità accertate in sede di espletamento dello stesso nelle more della stipulazione del contratto.

Al riguardo occorre innanzitutto rilevare che, così come sottolineato dai primi giudici, la illegittimità del provvedimento in esame non deriva dall'assenza in capo all'amministrazione l'assenza del potere esercitato, quanto piuttosto dallo scorretto esercizio di quest'ultimo, con riferimento ai profili di contraddittorietà e di difetto di motivazione che lo caratterizzano.

Invero la giurisprudenza ammette effettivamente che, quantunque nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segni di norma il momento dell'incontro della volontà della stessa amministrazione di concludere il contratto e del privato, manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore, non è tuttavia precluso all'amministrazione di procedere, con atto successivo, purchè adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio o all'annullamento dell'aggiudicazione, fondandosi detta potestà di annullamento in autotutela sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (C.d.S., sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456); è stato poi più volte sottolineato l'obbligo incombente sull'amministrazione di fornire una adeguata motivazione in ordine agli affermati motivi di opportunità che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela (C.d.S., sez. V, 7 gennaio 2009, n. 17).

Nel caso di specie, come correttamente rilevato dai primi giudici, tali consolidati e condivisibili principi non sono stati rispettati.

E' mancata infatti la puntuale indicazione dei motivi di interesse pubblico alla revoca dell'aggiudicazione, quale momento conclusivo della fase procedimentale e pubblicistica della scelta del contraente, che non può essere confusa con quella negoziale di esecuzione, sia pur in via di mero fatto, delle obbligazioni contrattuali: l'amministrazione appellante invero ha ancorato il proprio provvedimento di revoca non già con riferimento ad elementi, preesistenti alla procedura gara o sopravvenuti nelle more della stipula del contratto riguardanti la ditta aggiudicataria (quali per esempio la obiettiva carenza o l'inidoneità dei mezzi indicati per l'espletamento della gara ovvero la mancanza delle autorizzazioni di legge all'esercizio del trasporto di studenti ovvero la sopravvenuta incapacità finanziaria), quanto piuttosto ad un giudizio prognostico, ma meramente ipotetico, di incapacità dell'aggiudicataria di espletare il servizio di trasporto

a causa delle irregolarità ed inadempienze nel periodo di prova.

Anche a prescindere dalla circostanza che la previsione di un tale periodo di prova non sussisteva nel capitolato speciale, è di tutta evidenza che le asserite inadempienze ed irregolarità appartengono alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale di fatto intercorso con l'A.T.I. ALFA, così che esse possono dar luogo alla risoluzione contrattuale e non già all'esercizio di poteri pubblicistici di revoca dell'aggiudicazione: correttamente i primi giudici hanno quindi evidenziato la contraddittorietà ed il difetto di motivazione del provvedimento impugnato, caratterizzato dalla confusione tra l'esercizio di poteri negoziali e l'utilizzo di poteri sanzionatori; ciò senza contare che anche i poteri sanzionatori sono stati utilizzati senza tener conto, per un verso, delle controdeduzioni che la stessa appellata aveva prodotto alle contestazioni di addebito formulate dall'amministrazione e, per altro verso, che tali contestazioni avevano già dato luogo all'applicazione di penali.

II. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese del presente grado di giudizio, stante la mancata costituzione dell'appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello proposto dal Comune di San Giovanni in ***** avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Calabria - Catanzaro, sez. I n. 289 del 26 marzo 2008, così provvede:

- rigetta l'appello.
- nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Consigliere

*****, ***** , Estensore

*****, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione

<https://www.diritto.it/confusione-tra-l-esercizio-di-poteri-negoziali-e-l-utilizzo-di-poteri-sanzionatori-la-illegittimita-del-provvedimento-di-revoca-dell-aggiudicazione-non-deriva-dall-assenza-in-capo-all-amministrazione/>