

Il rapporto contrattuale non sorge con l'aggiudicazione definitiva, come chiarito dall'art. 11, comma 7, del d. lgs. n. 163/06 ("L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta").

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'amministrazione ha quindi rimesso in discussione l'esito della fase pubblicitica: la scelta del contraente prima della stipula del contratto e, in questo caso, come rilevato anche dalla citata pronuncia della Cassazione, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti

Il Comune di Serrenti bandiva una gara per i lavori di realizzazione di un impianto fotovoltaico nella scuola media comunale, nel teatro comunale e nella piscina e, all'esito della procedura, risultava aggiudicataria l'ATI Ricorrente.

Con determinazione n. 85/290 del 13.3.2009 il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune disponeva di "recedere dall'aggiudicazione definitiva" dei menzionati lavori.

Tale provvedimento veniva impugnato dall'ATI aggiudicataria davanti al Tar per la Sardegna, che - con sentenza n. 803/09 - dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione, in quanto attinente alla fase di esecuzione dell'appalto.

L'ATI Ricorrente ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza, sostenendo la sussistenza della

giurisdizione del giudice amministrativo e riproponendo le censure non esaminate in primo grado; la stessa ATI ha poi proposto in appello ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore di altro concorrente.

Il Comune di Serrenti si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso e analoga richiesta è stata fatta dalla Controinteressata Impianti Srl, intervenuta ad opponendum.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Il primo motivo del ricorso in appello attiene alla contestazione da parte dell'ATI Ricorrente della declinatoria di giurisdizione da parte del Tar.

Il giudice di primo grado ha ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria, rilevando che:

- nella fattispecie in esame, il provvedimento impugnato rientra nella fase inerente le vicende del corretto e puntuale adempimento da parte dell'impresa aggiudicataria, piuttosto che nella fase pubblicistica di selezione dell'appaltatore;

- la controversia insorta tra le parti si colloca infatti nella fase dell'esecuzione del contratto, susseguente al procedimento pubblicistico di selezione dell'aggiudicatario. Essa non attiene alla procedura di scelta del contraente né ad atti comunque posti in essere dall'Amministrazione nell'esercizio di poteri autoritativi, afferendo piuttosto alle vicende esecutive del rapporto paritetico tra amministrazione ed affidatario, conseguente all'aggiudicazione medesima e come tale, è estranea alla sfera di giurisdizione che residua al

giudice amministrativo alla stregua dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, oggi sostituito dall'art. 244 del Codice dei contratti pubblici (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440);

- la giurisprudenza è consolidata nel senso di ritenere che appartengono alla giurisdizione ordinaria le controversie in materia di risoluzione dei contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione, anche quando siano emanati provvedimenti amministrativi aventi il nomen iuris di revoca, che in realtà esprimono poteri essenzialmente privatistici, in quanto incidenti su posizioni di diritto soggettivo scaturenti dal rapporto in essere (cfr. Cass. Civ., sez. un., 12 giugno 2006 n. 13527; Id., 4 febbraio 2005 n. 2202).

Il ricorso con cui l'ATI appellante contesta tale statuizione è fondato.

Con il provvedimento impugnato in primo grado l'amministrazione comunale ha deciso di "recedere dall'aggiudicazione definitiva" dei lavori oggetto dell'appalto e tale atto è stato qualificato nella sostanza dal Tar come risoluzione del rapporto sorto a seguito della consegna anticipata dei lavori.

Dopo la consegna dei lavori l'aggiudicatario aveva avanzato una serie di contestazioni sul progetto, tali da far ritenere al Comune la sussistenza di una causa ostativa alla formalizzazione del rapporto contrattuale, rilevando peraltro l'incompatibilità dei rilievi mossi con l'accettazione del progetto in sede di partecipazione alla gara.

Al riguardo, si osserva che l'atto in contestazione è avvenuto in una fase antecedente alla stipula del contratto, essendo oggi pacifico che il rapporto contrattuale non sorge con l'aggiudicazione definitiva, come chiarito dall'art. 11, comma 7, del d. lgs. n. 163/06 ("L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta").

Il giudice di primo grado ha dato rilievo al fatto dell'avvenuta consegna anticipata dei lavori, ma la

controversia in esame non attiene alla disciplina del rapporto sorto a seguito di tale consegna anticipata, ritenuta appartenere alla giurisdizione ordinaria (Cass. sez. un., 13 marzo 2009 , n. 6068).

La condotta dell'ATI aggiudicataria successiva alla consegna anticipata è stata valutata dall'amministrazione al solo fine di rimuovere il provvedimento di aggiudicazione e determinare, quindi, un diverso esito della gara con conseguente aggiudicazione ad altro soggetto; l'atto non può, quindi, essere qualificato né come recesso né come risoluzione di un rapporto contrattuale, non ancora sorto, ma come esercizio del potere di autotutela sul provvedimento di aggiudicazione.

L'amministrazione ha quindi rimesso in discussione l'esito della fase pubblicistica: la scelta del contraente prima della stipula del contratto e, in questo caso, come rilevato anche dalla citata pronuncia della Cassazione, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti (cfr., anche, Cassazione civile , sez. un., 17 dicembre 2008 , n. 29425).

Si rientra, pertanto, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista dall'art. 244, comma 1, del d. lgs. n. 163/06 per tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di 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.

L'impugnata sentenza, con cui il Tar ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione, va quindi annullata con rinvio della controversia al giudice di primo grado.

3. Tale esito preclude l'esame dei motivi proposti avverso il menzionato provvedimento e conduce anche a dichiarare inammissibili i motivi aggiunti, proposti in appello, sia perché l'esame degli stessi non può che seguire quello del ricorso principale di primo grado, sia perchè inammissibilmente proposti in appello

avverso un nuovo provvedimento.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2254 del 21 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 02254/2010 REG.DEC.

N. 05711/2009 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 5711 del 2009, proposto da:

Ricorrente S.r.l. in P. e Q. Mandat. Ati, Ati - Ricorrente due Srl, rappresentati e difesi dagli avv. ***** , ***** , ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via della Vite N.7;

contro

Comune di Serrenti, rappresentato e difeso dall'avv. ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Arenula, 21;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Societa' Controinteressata Impianti Srl, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, P.Le Porta Pia N.121;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00803/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI REALIZZAZIONE IMPIANTO FOTOVOLTAICO - RIS. DANNI.

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Serrenti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, *****, per delega dell'Avv. *****, ***, per delega dell'Avv. ***** e *****, per delega dell'Avv. Aliquò;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Serrenti bandiva una gara per i lavori di realizzazione di un impianto fotovoltaico nella scuola media comunale, nel teatro comunale e nella piscina e, all'esito della procedura, risultava aggiudicataria l'ATI Ricorrente.

Con determinazione n. 85/290 del 13.3.2009 il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune disponeva di "recedere dall'aggiudicazione definitiva" dei menzionati lavori.

Tale provvedimento veniva impugnato dall'ATI aggiudicataria davanti al Tar per la Sardegna, che - con sentenza n. 803/09 - dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione, in quanto attinente alla fase di esecuzione dell'appalto.

L'ATI Ricorrente ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza, sostenendo la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo e riproponendo le censure non esaminate in primo grado; la stessa ATI ha poi proposto in appello ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore di altro concorrente.

Il Comune di Serrenti si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso e analoga richiesta è stata fatta dalla Controinteressata Impianti Srl, intervenuta ad opponendum.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il primo motivo del ricorso in appello attiene alla contestazione da parte dell'ATI Ricorrente della declinatoria di giurisdizione da parte del Tar.

Il giudice di primo grado ha ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria, rilevando che:

- nella fattispecie in esame, il provvedimento impugnato rientra nella fase inerente le vicende del corretto e puntuale adempimento da parte dell'impresa aggiudicataria, piuttosto che nella fase pubblicistica di selezione dell'appaltatore;

- la controversia insorta tra le parti si colloca infatti nella fase dell'esecuzione del contratto, susseguente al procedimento pubblicistico di selezione dell'aggiudicatario. Essa non attiene alla procedura di scelta del contraente né ad atti comunque posti in essere dall'Amministrazione nell'esercizio di poteri autoritativi, afferendo piuttosto alle vicende esecutive del rapporto paritetico tra amministrazione ed affidatario, conseguente all'aggiudicazione medesima e come tale, è estranea alla sfera di giurisdizione che residua al giudice amministrativo alla stregua dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, oggi sostituito dall'art. 244 del Codice dei contratti pubblici (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440);

- la giurisprudenza è consolidata nel senso di ritenere che appartengono alla giurisdizione ordinaria le controversie in materia di risoluzione dei contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione, anche quando siano emanati provvedimenti amministrativi aventi il nomen iuris di revoca, che in realtà esprimono poteri essenzialmente privatistici, in quanto incidenti su posizioni di diritto soggettivo scaturenti dal rapporto in essere (cfr. Cass. Civ., sez. un., 12 giugno 2006 n. 13527; Id., 4 febbraio 2005 n. 2202).

Il ricorso con cui l'ATI appellante contesta tale statuizione è fondato.

Con il provvedimento impugnato in primo grado l'amministrazione comunale ha deciso di "recedere

dall'aggiudicazione definitiva" dei lavori oggetto dell'appalto e tale atto è stato qualificato nella sostanza dal Tar come risoluzione del rapporto sorto a seguito della consegna anticipata dei lavori.

Dopo la consegna dei lavori l'aggiudicatario aveva avanzato una serie di contestazioni sul progetto, tali da far ritenere al Comune la sussistenza di una causa ostativa alla formalizzazione del rapporto contrattuale, rilevando peraltro l'incompatibilità dei rilievi mossi con l'accettazione del progetto in sede di partecipazione alla gara.

Al riguardo, si osserva che l'atto in contestazione è avvenuto in una fase antecedente alla stipula del contratto, essendo oggi pacifico che il rapporto contrattuale non sorge con l'aggiudicazione definitiva, come chiarito dall'art. 11, comma 7, del d. lgs. n. 163/06 ("L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta").

Il giudice di primo grado ha dato rilievo al fatto dell'avvenuta consegna anticipata dei lavori, ma la controversia in esame non attiene alla disciplina del rapporto sorto a seguito di tale consegna anticipata, ritenuta appartenere alla giurisdizione ordinaria (Cass. sez. un., 13 marzo 2009 , n. 6068).

La condotta dell'ATI aggiudicataria successiva alla consegna anticipata è stata valutata dall'amministrazione al solo fine di rimuovere il provvedimento di aggiudicazione e determinare, quindi, un diverso esito della gara con conseguente aggiudicazione ad altro soggetto; l'atto non può, quindi, essere qualificato né come recesso né come risoluzione di un rapporto contrattuale, non ancora sorto, ma come esercizio del potere di autotutela sul provvedimento di aggiudicazione.

L'amministrazione ha quindi rimesso in discussione l'esito della fase pubblicitica: la scelta del contraente prima della stipula del contratto e, in questo caso, come rilevato anche dalla citata pronuncia della Cassazione, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula

dei singoli contratti (cfr., anche, Cassazione civile , sez. un., 17 dicembre 2008 , n. 29425).

Si rientra, pertanto, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista dall'art. 244, comma 1, del d. lgs. n. 163/06 per tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di 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.

L'impugnata sentenza, con cui il Tar ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione, va quindi annullata con rinvio della controversia al giudice di primo grado.

3. Tale esito preclude l'esame dei motivi proposti avverso il menzionato provvedimento e conduce anche a dichiarare inammissibili i motivi aggiunti, proposti in appello, sia perché l'esame degli stessi non può che seguire quello del ricorso principale di primo grado, sia perchè inammissibilmente proposti in appello avverso un nuovo provvedimento.

4. Tenuto conto della peculiarità in fatto della controversia, sussistono i presupposti per la compensazione delle spese di tale fase del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti in appello e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata, con rinvio al giudice di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

*****, Presidente FF

Filoreto *****
*****, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

*****, Consigliere

*****, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/il-rapporto-contrattuale-non-sorge-con-l-aggiudicazione-definitiva-come-chiarito-dall-art-11-comma-7-del-d-lgs-n-16306-l-aggiudicazione-definitiva-non-equivale-ad-accettazione-dell-o/>