

L'esecuzione della sentenza implica la presa d'atto dell'avvenuta caducazione del contratto quale conseguenza necessaria dell'annullamento dell'aggiudicazione

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Cosicché l'esecuzione della sentenza implica la presa d'atto dell'avvenuta caducazione del contratto quale conseguenza necessaria dell'annullamento dell'aggiudicazione (cfr., peraltro, l'art. 246, 4° comma, d.l.vo 163/2006, che solo limitatamente alle controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi aveva stabilito che "l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente").

E' pertanto ai nostri fini irrilevante che nel giudizio di merito non fosse stata proposta alcuna domanda diretta alla caducazione del contratto e che, conseguentemente, nulla disponesse la sentenza sul punto, visto che tale domanda, se proposta, non avrebbe potuto essere comunque esaminata. In linea con la decisione dell'adunanza plenaria è stato infatti affermato che le conseguenze della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione definitiva non possono costituire oggetto diretto della cognizione del giudice amministrativo in sede di giudizio sulla legittimità dell'aggiudicazione (Consiglio Stato, sez. V, 12 luglio 2010, n. 4483), essendo ivi "preclusa ogni indagine sulla sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione" (Consiglio Stato, sez. V, 14 maggio 2010, n. 2959).

Va sul punto precisato che il ricorso e la gara contestata risalivano al 2005 (su cui, Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19805, riferita ad una gara svoltasi nel marzo-aprile 2005), e quindi in epoca anteriore non solo al d.l.vo 104 del 2010 ma alla direttiva 11 dicembre 2007 n. 2007/66/Ce, recante modifica delle direttive 89/665/Cee e 92/13/Cee sul "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso" in materia, che Cass., sez. un., 10 febbraio 2010 n. 2906, ha posto alla base del più recente orientamento secondo cui tale

normativa “consente un'interpretazione costituzionalmente e, quindi, comunitariamente (ex art. 117 cost.) orientata delle norme sulla giurisdizione, in virtù della quale nelle predette controversie -anche se relative ad una gara svoltasi dopo la pubblicazione della direttiva, ma prima del termine indicato per la sua trasposizione nel diritto interno (20 dicembre 2009)- va riconosciuto rilievo alla connessione tra le domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto di appalto concluso a seguito dell'illegittima aggiudicazione, con la conseguente attribuzione di entrambe alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 244 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163”.

Per quanto (necessariamente) non prevista in sentenza, la caducazione del contratto costituiva pertanto un effetto dell'annullamento e gli atti di “revoca” e “recesso” adottati dall'amministrazione hanno perciò rappresentato la conseguente presa d'atto di tale portata conformativa della decisione, senza che a ciò fosse d'ostacolo l'invocato art 21sexies l. 241/90, posto che tale caducazione era un effetto del sistema vigente anteriormente all'entrata in vigore degli artt. 121, 122 e 124 cod. proc. amm.

La sentenza di annullamento dell'aggiudicazione per mancata valutazione di un titolo posseduto da uno dei concorrenti obbligava perciò la stazione appaltante ad adeguarsi a tale decisum ed in primo luogo a procedere alla valutazione omessa, adottando le conseguenti determinazioni, ivi compresa l'aggiudicazione della gara al ricorrente vittorioso nel giudizio di merito.

Deve essere pertanto respinta la questione di nullità degli atti assunti dall'amministrazione in esecuzione della sentenza.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 826 del 9 dicembre 2010 pronunciata dal Tar Abruzzo, Aquila

N. 00826/2010 REG.SEN.

N. 00553/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 553 del 2010, proposto da***

contro***

nei confronti di***

per la corretta esecuzione

della sentenza n. 499 del 16.6.2010 pubblicata in data 6.7.2010;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto di Istruzione Superiore "*****" e di CONTROINTERESSATA S.a.s. di F_Patrizia & C;

Viste le memorie difensive;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame Ricorrente s.n.c. ha chiesto:

- la corretta esecuzione della sentenza 6luglio2010 n. 499, con cui questo TAR, accogliendo il ricorso proposto da CONTROINTERESSATA s.a.s., attuale controinteressata, annullava gli atti con cui Ricorrente aveva attenuto l'aggiudicazione della gara di appalto avente ad oggetto l'affidamento della gestione del servizio bar presso la sede del Liceo scientifico Statale "*****" per il periodo 1.9.2005-31.8.2011;

- la conseguente declaratoria di nullità, previa concessione di opportune misure cautelari, degli atti adottati in pretesa esecuzione di tale sentenza, ma in realtà estranei alla sua portata dispositiva e ad ogni altro parametro normativo e contrattuale;

- il risarcimento dei danni derivanti da tali atti, da quantificare nel corso del giudizio.

Esponneva in proposito che con la predetta sentenza il TAR, capovolgendo l'esito della fase cautelare, a cui era a suo tempo (2005) seguita la stipula del contratto e l'avvio del servizio, aveva annullato l'aggiudicazione in suo favore accogliendo il motivo di ricorso con cui CONTROINTERESSATA aveva lamentato la mancata valutazione della pregressa esperienza nel settore specifico.

Sebbene la sentenza, in mancanza di domanda risarcitoria e di subentro nel rapporto contrattuale (ormai in avanzata fase di esecuzione), non contenesse alcuna statuizione sul punto, in sua pretesa esecuzione, con gli atti oggetto di ricorso, l'Istituto ha disposto il rinnovo degli atti di gara e, previa riconvocazione

della commissione e l'attribuzione alla controinteressata del punteggio conseguente alla valutazione del titolo in precedenza non considerato, ha dichiarato vincitrice CONTROINTERESSATA, ordinato alla ricorrente di sospendere il servizio, revocato unilateralmente il contratto e disposto la riconsegna, entro sette giorni, del locale adibito al servizio per consentire il subentro dell'aggiudicataria.

Il servizio, dapprima sospeso, è stato tuttavia riattivato in conseguenza della misura cautelare provvisoria concessa con decreto del Presidente di Sezione del Consiglio di Stato. Tuttavia, nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare, il giudizio è stato immediatamente definito ex art. 120 cod. proc. amm. con il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

Alla luce di tali premesse il ricorrente deduce la nullità della determinazione di recesso unilaterale dal contratto trattandosi di contenuto estraneo alla sentenza da eseguire.

La rinnovazione della procedura sarebbe peraltro viziata dalla mancata verifica del possesso effettivo, in capo alla controinteressata, della pregressa esperienza nel settore.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione scolastica che si rimetteva alle decisioni del Tribunale, precisando che il suo interesse era quello di trovare l'indicazione del percorso da seguire per dare corretta esecuzione alle statuizioni contenute nella sentenza di merito.

Si costituiva in udienza CONTROINTERESSATA che concludeva per l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso.

Con decreto del 3 novembre 2010 il Presidente del TAR aveva nel frattempo concesso la richiesta misura cautelare provvisoria ed il ricorso veniva quindi chiamato nella camera di consiglio del 17 novembre, in cui parte ricorrente insisteva per le opportune misure cautelari, nella ribadita neutralità

dell'amministrazione e l'opposizione della controinteressata.

2. Le domande proposte vanno innanzitutto inquadrare nell'ambito del giudizio di ottemperanza, alla cui instaurazione sono legittimate tutte le parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione concluso con la pronuncia oggetto della domanda di esecuzione e non solo, quindi, quelle in favore delle quali è stata emessa la decisione. Ciò in coerenza con la nozione della cosa giudicata ex art. 2909 c.c., secondo cui l'accertamento contenuto nella sentenza fa stato, ad ogni effetto, tra le parti, i loro eredi o aventi causa (cfr., in tal senso, Consiglio Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7249; Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 10 novembre 2005, n. 764). D'altra parte, ai sensi dell'art. 112 cod. proc. amm., il giudizio in parola assume un'ampia latitudine, essendo esso diretto non solo a conseguire l'attuazione delle sentenze (2° comma) ma anche "al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza" (5° comma), e ciò evidentemente su istanza di tutte le parti del giudizio di merito ed anche del commissario ad acta (art. 114, 7° comma), con la conseguente attribuzione al giudice della cognizione "di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza" (art. 114, 6° comma).

L'azione proposta dal controinteressato soccombente nel giudizio di merito è quindi in linea di principio ammissibile, come ulteriormente desumibile dall'attribuzione al giudice dell'ottemperanza della pronuncia in ordine alla nullità di "eventuali atti in violazione o elusione del giudicato" (art. 114, 4° comma lett. b).

Va ulteriormente considerato che, ai sensi dell'art. 87 del codice (2° comma lett. d), il giudizio di ottemperanza si tratta in camera di consiglio e ricomprende l'accertamento delle eventuali nullità degli atti adottati in esecuzione della sentenza; deve pertanto escludersi che tale aspetto della domanda qui proposta debba trattarsi in udienza pubblica, non applicandosi a quelle in questione le norme relative all'accertamento delle (altre) nullità previste dalla legge (art. 31, 4° comma, 3° periodo).

3. Fatte tali premesse in rito, il collegio osserva innanzitutto che "i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti" (art. 112, 1° comma).

Il principio è invocato dalla ricorrente che, deducendo la nullità della determinazione di revoca e quindi del recesso unilaterale dal contratto, ricorda -richiamando Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9- come la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determini l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alle relative statuizioni tenendo conto dei principi enunciati ed orientando la sua ulteriore attività in base alle conseguenze giuridiche che dalla sentenza discendono. Deduce, quindi, che -allorché ha coinvolto il rapporto contrattuale in essere nell'attività conseguente al giudicato- l'Istituto ha violato tali principi, visto che la sentenza non si era in alcun modo occupata di tale aspetto.

Il collegio è dell'avviso che occorre invece ai nostri fini esaminare quelle "conseguenze giuridiche" che discendono dal giudicato di annullamento dell'aggiudicazione, su cui la citata decisione dell'Adunanza plenaria si è soffermata.

Nel negare che l'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale rientrasse nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 244 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (ed art. 6 L. 21 luglio 2000, n. 205), "essendo il criterio di riparto della giurisdizione basato unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano procedimentale del diritto pubblico e quello negoziale, retto interamente dal diritto privato (Cass. Sez. Un. 28 dicembre 2007, n. 27169)", la predetta decisione ha tuttavia rilevato che "l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione (Cons. Stato, Ad. Plen. 19 marzo 1984, n. 6), il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato" (punto 6.1.1), precisando ulteriormente che "in sede di esecuzione della sentenza, pertanto, l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (secondo quanto, del resto, ribadito dalla Corte di Cassazione, sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906), similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo" (ivi), cosicché "la separazione imposta dall'art. 103, co. 1, cost. tra il piano negoziale e quello procedimentale, se preclude ogni pronuncia da parte del giudice amministrativo sul regolamento dei rapporti con l'aggiudicatario connessi all'annullamento dell'atto illegittimo (Cass. SS.UU. 28 dicembre 2007, n. 27169), non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell'effetto conformativo sia da parte dell'amministrazione,

nell'esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell'ottemperanza, nell'eventuale fase dell'esecuzione" (punto 6.1.3).

Cosicché l'esecuzione della sentenza implica la presa d'atto dell'avvenuta caducazione del contratto quale conseguenza necessaria dell'annullamento dell'aggiudicazione (cfr., peraltro, l'art. 246, 4° comma, d.l.vo 163/2006, che solo limitatamente alle controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi aveva stabilito che "l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente").

E' pertanto ai nostri fini irrilevante che nel giudizio di merito non fosse stata proposta alcuna domanda diretta alla caducazione del contratto e che, conseguentemente, nulla disponesse la sentenza sul punto, visto che tale domanda, se proposta, non avrebbe potuto essere comunque esaminata. In linea con la decisione dell'adunanza plenaria è stato infatti affermato che le conseguenze della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione definitiva non possono costituire oggetto diretto della cognizione del giudice amministrativo in sede di giudizio sulla legittimità dell'aggiudicazione (Consiglio Stato, sez. V, 12 luglio 2010, n. 4483), essendo ivi "preclusa ogni indagine sulla sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione" (Consiglio Stato, sez. V, 14 maggio 2010, n. 2959).

Va sul punto precisato che il ricorso e la gara contestata risalivano al 2005 (su cui, Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19805, riferita ad una gara svoltasi nel marzo-aprile 2005), e quindi in epoca anteriore non solo al d.l.vo 104 del 2010 ma alla direttiva 11 dicembre 2007 n. 2007/66/Ce, recante modifica delle direttive 89/665/Cee e 92/13/Cee sul "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso" in materia, che Cass., sez. un., 10 febbraio 2010 n. 2906, ha posto alla base del più recente orientamento secondo cui tale normativa "consente un'interpretazione costituzionalmente e, quindi, comunitariamente (ex art. 117 cost.) orientata delle norme sulla giurisdizione, in virtù della quale nelle predette controversie -anche se relative ad una gara svoltasi dopo la pubblicazione della direttiva, ma prima del termine indicato per la sua trasposizione nel diritto interno (20 dicembre 2009)- va riconosciuto rilievo alla connessione tra le domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto di appalto concluso a seguito dell'illegittima aggiudicazione, con la conseguente attribuzione di entrambe alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 244 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163".

Per quanto (necessariamente) non prevista in sentenza, la caducazione del contratto costituiva pertanto un effetto dell'annullamento e gli atti di "revoca" e "recesso" adottati dall'amministrazione hanno perciò rappresentato la conseguente presa d'atto di tale portata conformativa della decisione, senza che a ciò fosse d'ostacolo l'invocato art 21sexies l. 241/90, posto che tale caducazione era un effetto del sistema vigente anteriormente all'entrata in vigore degli artt. 121, 122 e 124 cod. proc. amm.

La sentenza di annullamento dell'aggiudicazione per mancata valutazione di un titolo posseduto da uno dei concorrenti obbligava perciò la stazione appaltante ad adeguarsi a tale decisum ed in primo luogo a procedere alla valutazione omessa, adottando le conseguenti determinazioni, ivi compresa l'aggiudicazione della gara al ricorrente vittorioso nel giudizio di merito.

Deve essere pertanto respinta la questione di nullità degli atti assunti dall'amministrazione in esecuzione della sentenza.

La questione introdotta con il secondo motivo di ricorso, secondo cui CONTROINTERESSATA non avrebbe avuto comunque titolo al punteggio attribuito per essere stato svolto il servizio da altro soggetto, appare invece coperta dal giudicato. E' stato infatti ritenuto nel giudizio di merito che la stazione appaltante aveva omesso di valutare, in favore dell'odierna controinteressata, "il pregresso servizio di ristoro/bar, prestato nel medesimo istituto scolastico, quale precedente affidataria del servizio" (così il Consiglio di Stato, sez. VI, nella sentenza di appello n. 7655 del 2010), a cui non può che conseguire l'obbligo di dare adeguata valutazione a tale aspetto, rimanendo coperte dalla sentenza tutte le questioni non dedotte relative a tale punto della decisione, trattandosi, altrimenti, di effettuare un nuovo giudizio di cognizione, comunque estraneo a questa sede.

Consegue da quanto sopra l'infondatezza del ricorso e della connessa domanda risarcitoria.

Le spese di giudizio possono essere interamente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo -L'Aquila- rigetta il ricorso indicato in epigrafe. Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

Alberto Tramaglino, *****
*****, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/l-esecuzione-della-sentenza-implica-la-presenza-d-atto-dell-avvenuta-caducazione-del-contratto-quali-conseguenza-necessaria-dell annullamento-dell-aggiudicazione/>