

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29728-l-annullamento-del-provvedimento-di-aggiudicazione-determina-la-inefficacia-del-contratto-stipulato-per-sopravvenuta-carenza-retroattiva-di-un-presupposto-pubblicistico-di-efficacia-e-non-gi-la-s>

Autore: Lazzini Sonia

**l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, determina la inefficacia del contratto stipulato per sopravvenuta carenza retroattiva di un presupposto pubblicistico di efficacia, e non già la sua annullabilità**

**Tar Puglia, Lecce, 12.06.2010 n. 1392**

***l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, determina la inefficacia del contratto stipulato per sopravvenuta carenza retroattiva di un presupposto pubblicistico di efficacia, e non già la sua annullabilità.***

Analogamente l'assenza delle fasi amministrative necessarie e propedeutiche alla formazione di un contratto in cui sia parte una P.A. determina l'inefficacia del contratto per carenza dei presupposti legittimanti in capo al rappresentante.

Tali considerazioni consentono al Collegio di ritenere che il contratto sottoscritto tra il Sindaco del Comune di Calimera e l'impresa ricorrente sia stato concluso, in parte qua, in assenza della legittimazione a contrarre richiesta dalla legge ( data l'assenza del titolo legittimante citato).

Pertanto, la radicale mancanza dell'intera fase procedimentale propedeutica alla sottoscrizione del contratto da parte di una P.A. , assimila la posizione del Sindaco, a quella del rappresentante che abbia agito al di fuori delle facoltà attribuitegli con conseguente inefficacia del contratto da questi concluso in applicazione degli artt.1388 e 1398 c.c..

Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente deduce la illegittimità degli atti impugnati ritenendo che, nella fattispecie, la P.A. non possedesse i poteri di autotutela previsti dagli artt. 21 quinquies e 21 nonies della L.241/90 riguardanti gli atti aventi natura provvedimentoale e non già atti di natura privatistica ; difatti, a dire della ricorrente, la convenzione stipulata con il Comune di Calimera in data 1 luglio 2006 dovrebbe ritenersi esclusa dall'ambito di applicazione delle norme citate , risultando piuttosto contemplata dalle norme civilistiche ed, in particolare, dall'art.1372 c.c. secondo il quale "il contratto ha forza di legge tra le parti" con la conseguenza che i poteri delle parti di incidere sulla convenzione medesima sono esclusivamente quelli contemplati dall'art.13 della stessa (riguardante il solo inadempimento).

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

La tesi, seppure valida in astratto, non è nella specie condivisibile.

Difatti, la convenzione in questione attiene ad un atto di concessione riguardante la realizzazione, attivazione e gestione dell'impianto natatorio del Comune di Calimera, assumendo la qualificazione di contratto accessivo al provvedimento amministrativo concessorio, espressione del potere autoritativo della P.A.; i due atti devono ritenersi strettamente e geneticamente collegati con la conseguenza che le vicende dell'uno condizionano indissolubilmente quelle dell'altro, sicché l'aspetto pubblicistico del rapporto non viene meno per il solo fatto della sottoscrizione del contratto (accessivo al provvedimento), poiché a seguito della conclusione di quest'ultimo coesistono, oltre che i diritti e le obbligazioni di tipo privatistico, anche i preesistenti pubblici poteri con la connessa necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore cui inerisce la concessione.

Invero, a parer del Collegio l'aspetto del pubblico interesse deve permeare ogni fase del rapporto concessorio, non potendo da esso prescindere.

Peraltro, proprio con riferimento agli impianti sportivi comunali, la giurisprudenza ha ritenuto (per tutte: Cass., sez. un., 29 novembre 1994, n. 10199) che questi ultimi rientrano tra i beni del patrimonio indisponibile del comune, precisamente tra quelli destinati a un pubblico servizio, essendo finalizzati a soddisfare l'interesse proprio dell'intera collettività alle discipline sportive, e possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati, perché ne facciano un uso ben determinato, solo mediante concessioni amministrative.

Inoltre, secondo costante indirizzo giurisprudenziale, l'avvenuta stipula della convenzione accessiva alla concessione amministrativa del diritto di superficie non preclude all'Autorità comunale l'esercizio del potere autoritativo di revoca allorché il provvedimento di assegnazione non risponda più - secondo la valutazione sull'interesse pubblico propria dell'Autorità in questione - alla finalità istituzionale di consentire la tempestiva realizzazione dell'impianto per il quale era stato riconosciuto il diritto in questione (TAR Puglia, Le, n. 3641/07 cit. e TAR Puglia, Ba, sez. II, 21.5.03, n. 2026 Cons.St., sez. VI, 20 gennaio 2000, n. 264, id., sez. IV, 6 novembre 1998, n. 1448).

Nella specie, a prescindere dalla coesistenza nel fenomeno concessorio di un atto amministrativo e di un atto paritetico e quindi di poteri autoritativi e di diritti, deve ritenersi, in parte qua, la inefficacia del contratto concluso tra il Sindaco del Comune di Calimera e la società ricorrente per le seguenti considerazioni.

In primo luogo, il provvedimento impugnato legittimamente rileva l'incompetenza del Sindaco alla sottoscrizione della convenzione in questione atteso che l'art. 50 del T.U. del D.legs. 267/00 non attribuisce al Sindaco la competenza alla sottoscrizione dei contratti, risultando tale competenza affidata, ai sensi dell'art. 107 del T.U. 267/00, ai dirigenti.

L'estraneità della convenzione 1 luglio 2006 n. 1968 all'ambito dei poteri del Sindaco e quindi l'inefficacia della stessa nei confronti del Comune ai sensi dell'art. 1388 c.c. non viene però a determinarsi per la violazione delle norme distributive delle competenze fra gli organi del comune; tale violazione, infatti, non avrebbe rilievo se il Sindaco avesse eseguito la volontà legittimamente espressa dall'organo consiliare atteso che il Sindaco rappresenta il comune e la concorrente funzione rappresentativa settoriale attribuita dalla legge ai dirigenti non esclude che il Sindaco esegua la volontà consiliare assumendo un conseguente impegno contrattuale.

La convenzione, nei suoi contenuti e, per quanto di interesse, nella determinazione di non ricomprendere la manutenzione straordinaria tra gli oneri a carico del concessionario risulta difforme dagli atti presupposti con i quali la P.A. ha espresso la volontà di contrattare, approvando il relativo bando, il capitolato, lo schema della convenzione, sicché la convenzione in questione risulta stipulata in assenza di una preventiva e conforme volontà ritualmente e legittimamente espressa dall'Amm.ne comunale di Calimera.

In particolare, il contratto stipulato tra la Provincia ed il Comune di Calimera (a ciò abilitato con deliberazione consiliare 10 marzo 1998 n. 19) con atto rep. 20801 del 27.3.1998, per la realizzazione nel territorio del Comune di Calimera di un impianto natatorio del complessivo costo presuntivo di L.3.500.000.000, con oneri per la metà dell'importo del mutuo contratto per l'importo indicato, a carico della Provincia e per l'altra metà a carico del Comune di Calimera, e con obbligo di quest'ultimo, in qualità di capofila del bacino di utenza comprendente i Comuni di Calimera, Caprarica, Castri, Martano,

Martignano, Sternatia, Vernole, Zollino, di mettere a disposizione a titolo gratuito l'area necessaria alla realizzazione dell'impianto, prevedeva l'appalto, con un'unica procedura di gara, dei lavori inerenti la realizzazione e la gestione quindicennale, comprensiva dei connessi obblighi di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto sportivo (art.3). Tale previsione esclude ogni perplessità interpretativa che possa sorgere dal successivo art. 6, secondo il quale :” Il Comune, attraverso il soggetto gestore si impegna a sostenere tutti i costi diretti e indiretti connessi alla gestione, compresi gli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'immobile e degli impianti...”, previsione quest'ultima ripetitiva di quanto previsto dall'art. 6 dello schema di convenzione fra il Comune e la Provincia approvato con la delibera del Consiglio Comunale di Calimera n.19 del 1998.

In esecuzione della convenzione n.20801 del 27 marzo 1998, il bando di pubblico incanto “prevede la esecuzione dei lavori e la concessione della gestione comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto” ;era previsto inoltre che, pena l'esclusione dalla gara, l'impresa partecipante alla stessa dovesse dichiarare di conoscere ed accettare espressamente l'art. 70 bis del Capitolato speciale d'appalto, che individuava come oggetto dell'appalto la esecuzione dei lavori e la concessione della gestione, comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto.

Appare pertanto evidente che, nella specie, la P.A., indipendentemente dal nomen iuris utilizzato, abbia inteso dichiarare l'inefficacia di un atto in quanto concluso in assenza dei suindicati presupposti legittimanti (peraltro, espressamente indicati dalla P.A. ) e, quindi, da soggetto privo dei necessari poteri rappresentativi; comunque l'inefficacia è rilevabile ex officio..

La suindicata qualificazione del potere esercitato dalla P.A., nella dichiarazione di inefficacia di un contratto quanto all'onere, a carico del soggetto pubblico rappresentato, dell'obbligo riguardante la manutenzione straordinaria dell'impianto in questione, consente al Collegio di respingere anche il secondo motivo di ricorso con il quale la ricorrente ritiene che nella specie non ricorrerebbero i presupposti previsti dall'ordinamento per lo ius poenitendi, atteso che la P.A. intimata non ha affatto esercitato tale potere ma si è semplicemente avvalsa delle regole civilistiche in materia di difetto di rappresentanza rimuovendo (solo formalmente) un atto che risultava inefficace .

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1392 del 12 giugno 2010 pronunciata dal Tar Puglia, Lecce

**N. 01392/2010 REG.SEN.**  
**N. 01931/2009 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**Lecce - Sezione Terza**

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1931 del 2009, proposto da:  
Ricorrente Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Pier Luigi Portaluri, Oronzo Marco Calsolaro, con domicilio eletto presso Pier Luigi Portaluri in Lecce, via Imbriani 24;

### *contro*

Comune di Calimera, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Vantaggiato, con domicilio eletto presso Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli 7;

### *per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

della determinazione prot. n. 337 del 15.10.2009 con la quale il Comune di Calimera ha disposto di annullare e/o revocare la convenzione rep.1986, sottoscritta in data 1.7.2006, nella parte in cui pone a carico del Comune gli oneri di manutenzione straordinaria dell'impianto natatorio sito nel Comune di Calimera; della nota prot. n. 4603 del 21.7.2009, di avvio del procedimento di revoca della convenzione;

di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso;

nonchè per l'accertamento, ove occorra, del diritto della Società ricorrente a continuare la gestione dell'impianto sportivo di cui è causa alle condizioni rivenienti dalla convenzione n. 1968/06 e ad ottenere il rimborso delle spese per l'esecuzione delle opere di manutenzione straordinaria già effettuate presso la piscina comunale di Calimera; e di conseguenza per la condanna dell'Amministrazione comunale al pagamento in favore della ricorrente delle somme dovute per effetto del riconoscimento del suddetto diritto (e dei connessi interessi maturati) ed al risarcimento dei danni subiti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Calimera;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2010 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti gli avv.ti Portaluri, Calsolaro, Vantaggiato ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con deliberazione G.P. dell'11.6.1998 n.879 la Provincia di Lecce ha disposto la pubblicazione del bando d'incanto pubblico per l'affidamento dei lavori e della gestione dell'impianto natatorio nel Comune di Calimera prevedendo, tra l'altro, che l'appalto comprenda l'esecuzione dei lavori e la concessione della gestione dell'impianto, che il Comune di Calimera e la ditta aggiudicataria sottoscrivano il contratto di concessione della gestione dell'impianto, che la durata della concessione sia fissata in 15 anni con facoltà per il Comune di prorogare la durata del contratto.

Con determinazione dirigenziale del 15.10.1998 n.3666, la Provincia di Lecce ha approvato l'aggiudicazione della gara in favore del raggruppamento facente capo alla società ALFA Costruzioni e con successivo atto 21202 del 22.3.1999 è stato sottoscritto il contratto d'appalto tra la provincia di Lecce e l'impresa aggiudicataria.

Infine, con atto del Segretario Generale del Comune di Calimera rep.1968 dell'1.7.2006 è stata sottoscritta la "convenzione per la gestione e conduzione dell'impianto natatorio sito alla via A.Picchi" tra il Comune e la società ricorrente, individuata dall'aggiudicatario dell'appalto quale soggetto gestore dell'impianto (in

esecuzione dell'art. 3,lett. a) della convenzione in data 22 marzo 1999,intercorsa fra la Provincia di Lecce e la ditta ALFA Costruzioni).

Con determinazione dirigenziale n.337 del 15.10.2009, il Responsabile del Settore, dopo aver rilevato alcune irregolarità nella convenzione 1968/2006 (tra cui : la stessa risultava sottoscritta da organo incompetente e da persona giuridica diversa dall'aggiudicatario; i contenuti risultavano discostarsi da quelli previsti negli atti presupposti ed in particolare dallo schema di convenzione allegato agli atti dell'appalto di costruzione dell'impianto natatorio; indebito esborso di denaro pubblico con particolare riferimento agli oneri della manutenzione straordinaria dell'impianto che, in base alla convenzione 20801/98 regolante i rapporti tra Provincia e Comune di Calimera, nonché in base al contratto 21202/99 regolante i rapporti tra Amm.ne provinciale ed impresa ALFA aggiudicataria, risultavano a carico del gestore dell'impianto ) ha determinato di annullare e/o revocare la convenzione rep.1968, sottoscritta in data 1.7.2006 “nella parte in cui pone a carico del Comune gli oneri di manutenzione straordinaria dell'impianto natatorio sito nel Comune di Calimera, che pertanto rimangono a carico del gestore ai sensi di quanto statuito all'art.3 del contratto di appalto del 22.3.99 rep.21202 ed all'art.3 della convenzione del 27.3.1998 rep.20801”.

Avverso tale atto e quelli presupposti propone ricorso Ricorrente s.r.l.,deducendo le seguenti censure:

- 1)Violazione del principio di tipicità del provvedimento. Eccesso di potere per contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3,11,21 quinquies e 21 septies L. 7.8.1990 n.241. Violazione e falsa applicazione dell'art.1372 c.c. e dei principi generali regolanti i contratti.Nullità. Eccesso di potere per sviamento.
- 2)Violazione e falsa applicazione dell'art.97 Cost. Violazione e falsa applicazione degli artt.11,21 quinquies e 21 septies L.7.8.1990 n.241 anche in combinato

disposto con l'art.3 L.241/90 e con l'art.42 d.legs. 18.8.2000 n.267. Erronea presupposizione. Violazione del principio del legittimo affidamento.

3)Violazione e falsa applicazione dell'art.15 L.7.8.1990 n.241 della deliberazione n.19 del 10.3.1998 del Consiglio comunale di Calimera e degli atti di gara e del contratto d'appalto. Violazione del principio di buona fede. Sviamento.

4)Eccesso di potere per contraddittorietà esterna ed interna e per difetto di motivazione. Sviamento.

Con memorie depositate in data 19 gennaio 2010 si è costituito in giudizio il Comune di Calimera insistendo per la reiezione del ricorso.

Nella pubblica udienza dell'8 aprile 2010 la causa è stata riservata per la decisione.

#### DIRITTO

Il ricorso è infondato ed immeritevole di accoglimento.

Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente deduce la illegittimità degli atti impugnati ritenendo che, nella fattispecie, la P.A. non possedesse i poteri di autotutela previsti dagli artt. 21 quinquies e 21 nonies della L.241/90 riguardanti gli atti aventi natura provvedimento e non già atti di natura privatistica ; difatti, a dire della ricorrente, la convenzione stipulata con il Comune di Calimera in data 1 luglio 2006 dovrebbe ritenersi esclusa dall'ambito di applicazione delle norme citate , risultando piuttosto contemplata dalle norme civilistiche ed, in particolare, dall'art.1372 c.c. secondo il quale “il contratto ha forza di legge tra le parti” con la conseguenza che i poteri delle parti di incidere sulla convenzione medesima sono esclusivamente quelli contemplati dall'art.13 della stessa (riguardante il solo inadempimento).

La tesi ,seppure valida in astratto,non è nella specie condivisibile.

Difatti, la convenzione in questione attiene ad un atto di concessione riguardante la realizzazione, attivazione e gestione dell'impianto natatorio del Comune di Calimera, assumendo la qualificazione di contratto accessivo al provvedimento

amministrativo concessorio, espressione del potere autoritativo della P.A; i due atti devono ritenersi strettamente e geneticamente collegati con la conseguenza che le vicende dell'uno condizionano indissolubilmente quelle dell'altro, sicchè l'aspetto pubblicistico del rapporto non viene meno per il solo fatto della sottoscrizione del contratto (accessivo al provvedimento), poiché a seguito della conclusione di quest'ultimo coesistono, oltre che i diritti e le obbligazioni di tipo privatistico, anche i preesistenti pubblici poteri con la connessa necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore cui inerisce la concessione.

Invero, a parer del Collegio l'aspetto del pubblico interesse deve permeare ogni fase del rapporto concessorio, non potendo da esso prescindere.

Peraltro, proprio con riferimento agli impianti sportivi comunali, la giurisprudenza ha ritenuto (per tutte: Cass., sez. un., 29 novembre 1994, n. 10199) che questi ultimi rientrano tra i beni del patrimonio indisponibile del comune, precisamente tra quelli destinati a un pubblico servizio, essendo finalizzati a soddisfare l'interesse proprio dell'intera collettività alle discipline sportive, e possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati, perché ne facciano un uso ben determinato, solo mediante concessioni amministrative.

Inoltre, secondo costante indirizzo giurisprudenziale, l'avvenuta stipula della convenzione accessiva alla concessione amministrativa del diritto di superficie non preclude all'Autorità comunale l'esercizio del potere autoritativo di revoca allorquando il provvedimento di assegnazione non risponda più - secondo la valutazione sull'interesse pubblico propria dell'Autorità in questione - alla finalità istituzionale di consentire la tempestiva realizzazione dell'impianto per il quale era stato riconosciuto il diritto in questione (TAR Puglia, Le, n. 3641/07 cit. e TAR Puglia, Ba, sez. II, 21.5.03, n. 2026 Cons.St., sez.VI, 20 gennaio 2000, n.264, id., sez.IV, 6 novembre 1998, n.1448).

Nella specie, a prescindere dalla coesistenza nel fenomeno concessorio di un atto amministrativo e di un atto paritetico e quindi di poteri autoritativi e di diritti, deve ritenersi, in parte qua, la inefficacia del contratto concluso tra il Sindaco del Comune di Calimera e la società ricorrente per le seguenti considerazioni.

In primo luogo, il provvedimento impugnato legittimamente rileva l'incompetenza del Sindaco alla sottoscrizione della convenzione in questione atteso che l'art.50 del T.U. del D.legs. 267/00 non attribuisce al Sindaco la competenza alla sottoscrizione dei contratti, risultando tale competenza affidata, ai sensi dell'art.107 del T.U. 267/00, ai dirigenti.

L'estraneità della convenzione 1 luglio 2006 n.1968 all'ambito dei poteri del Sindaco e quindi l'inefficacia della stessa nei confronti del Comune ai sensi dell'art. 1388 c.c. non viene però a determinarsi per la violazione delle norme distributive delle competenze fra gli organi del comune; tale violazione, infatti, non avrebbe rilievo se il Sindaco avesse eseguito la volontà legittimamente espressa dall'organo consiliare atteso che il Sindaco rappresenta il comune e la concorrente funzione rappresentativa settoriale attribuita dalla legge ai dirigenti non esclude che il Sindaco esegua la volontà consiliare assumendo un conseguente impegno contrattuale.

La convenzione, nei suoi contenuti e, per quanto di interesse, nella determinazione di non ricomprendere la manutenzione straordinaria tra gli oneri a carico del concessionario risulta difforme dagli atti presupposti con i quali la P.A. ha espresso la volontà di contrattare, approvando il relativo bando, il capitolato, lo schema della convenzione, sicchè la convenzione in questione risulta stipulata in assenza di una preventiva e conforme volontà ritualmente e legittimante espressa dall'Amm.ne comunale di Calimera.

In particolare, il contratto stipulato tra la Provincia ed il Comune di Calimera ( a ciò abilitato con deliberazione consiliare 10 marzo 1998 n.19 ) con atto rep. 20801

del 27.3.1998, per la realizzazione nel territorio del Comune di Calimera di un impianto natatorio del complessivo costo presuntivo di L.3.500.000.000, con oneri per la metà dell'importo del mutuo contratto per l'importo indicato, a carico della Provincia e per l'altra metà a carico del Comune di Calimera, e con obbligo di quest'ultimo, in qualità di capofila del bacino di utenza comprendente i Comuni di Calimera, Caprarica, Castri, Martano, Martignano, Sternatia, Vernole, Zollino, di mettere a disposizione a titolo gratuito l'area necessaria alla realizzazione dell'impianto, prevedeva l'appalto, con un'unica procedura di gara, dei lavori inerenti la realizzazione e la gestione quindicennale, comprensiva dei connessi obblighi di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto sportivo (art.3). Tale previsione esclude ogni perplessità interpretativa che possa sorgere dal successivo art. 6, secondo il quale: "Il Comune, attraverso il soggetto gestore si impegna a sostenere tutti i costi diretti e indiretti connessi alla gestione, compresi gli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'immobile e degli impianti...", previsione quest'ultima ripetitiva di quanto previsto dall'art. 6 dello schema di convenzione fra il Comune e la Provincia approvato con la delibera del Consiglio Comunale di Calimera n.19 del 1998.

In esecuzione della convenzione n.20801 del 27 marzo 1998, il bando di pubblico incanto "prevede la esecuzione dei lavori e la concessione della gestione comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto" ;era previsto inoltre che, pena l'esclusione dalla gara, l'impresa partecipante alla stessa dovesse dichiarare di conoscere ed accettare espressamente l'art. 70 bis del Capitolato speciale d'appalto, che individuava come oggetto dell'appalto la esecuzione dei lavori e la concessione della gestione, comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto.

Nessuna perplessità interpretativa deriva dall'elaborato n.12 del progetto presentato dall'ATI aggiudicataria ai fini della partecipazione alla gara, recante il

programma di manutenzione con indicazione analitica degli interventi con periodicità giornaliera, quindicinale, mensile, semestrale, annuale, biennale, triennale..

Il programma, infatti, riguarda la manutenzione prevedibile; non può essere oggetto di programmazione il segmento della manutenzione straordinaria costituito dalla sostituzione di parti ammalorate o guaste, cioè le spese di cui si discute. Comunque il bando e il successivo contratto in data 22 marzo 1999 riguardano la gestione dell'impianto, comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria, niente escluso.

Il successivo contratto di appalto rep. 21202 del 22 marzo 1999, stipulato tra la Provincia di Lecce ed il sig. ALFA Luigi in qualità di amministratore unico e legale rappresentante dell'Impresa Marullo Costruzioni srl, ha ad oggetto (art.3) l'esecuzione dei lavori e la concessione della gestione comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto prevedendo l'onere dell'appaltatore di indicare, nei sei mesi successivi alla consegna dei lavori, " il soggetto gestore dell'impianto....., ove non sia la stessa impresa ad assumere l'onere della gestione" , ivi specificandosi che il soggetto gestore dell'impianto medesimo, individuato dalla ditta appaltatrice, dovrà, fra l'altro, "sottoscrivere con il Comune di Calimera entro gg.15 dalla ultimazione dei lavori di costruzione dell'impianto natatorio in questione, il contratto di concessione della sua gestione, comprensivo della manutenzione ordinaria e straordinaria" (lett. b) di pag. 7).

A ciò aggiungasi che l'art.42 del d.legs. 267/00 alla lett.e ) attribuisce ai consigli comunali, l'organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione ; sicchè la convenzione in data 1 luglio 2006 ,con riferimento all'aspetto inerente la manutenzione straordinaria, disciplina una materia rimessa alla competenza del

Consiglio Comunale in assenza di una delibera dello stesso, anzi in contrasto con la delibera consiliare n.19 del 1998..

Tali considerazioni consentono al Collegio di ritenere che il contratto sottoscritto tra il Sindaco del Comune di Calimera e l'impresa ricorrente, individuata come gestore dell'impianto natatorio dall'Impresa ALFA, sia stato concluso, in parte qua, in assenza della legittimazione a contrarre richiesta dalla legge ( data l'assenza del titolo legittimante citato).

Pertanto, la radicale mancanza dell'intera fase procedimentale propedeutica alla sottoscrizione del contratto da parte di una P.A. , assimila la posizione del Sindaco, a quella del rappresentante che abbia agito al di fuori delle facoltà attribuitegli con conseguente inefficacia del contratto da questi concluso in applicazione degli artt.1388 e 1398 c.c..

L'applicabilità della disciplina codicistica in materia di rappresentanza senza potere" con riferimento al contratto posto in essere dal legale rappresentante di un ente pubblico in assenza del necessario atto deliberativo dell'organo competente, in quanto equiparabile al negozio concluso dal falsus procurator (art. 1398 cod. civ.), risulta ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza (Cass., 10 gennaio 2003, n. 195" Cass., 29 agosto 1995, n. 9061; Cass., 5 marzo 1993, n. 2681).

Inoltre, tale tesi risulta coerente con quella espressa dalla giurisprudenza in materia di violazione delle norme attinenti alla fase di scelta dei contraenti nei procedimenti di formazione di contratti ad evidenza pubblica, ove si è ritenuto che l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, determina la inefficacia del contratto stipulato per sopravvenuta carenza retroattiva di un presupposto pubblicistico di efficacia, e non già la sua annullabilità. (per tutte Consiglio Stato , sez. VI, 30 maggio 2003 , n. 2992).

Analogamente l'assenza delle fasi amministrative necessarie e propedeutiche alla formazione di un contratto in cui sia parte una P.A. determina l'inefficacia del contratto per carenza dei presupposti legittimanti in capo al rappresentante.

Appare pertanto evidente che, nella specie, la P.A., indipendentemente dal nomen iuris utilizzato, abbia inteso dichiarare l'inefficacia di un atto in quanto concluso in assenza dei suindicati presupposti legittimanti (peraltro, espressamente indicati dalla P.A. ) e, quindi, da soggetto privo dei necessari poteri rappresentativi; comunque l'inefficacia è rilevabile ex officio..

La suindicata qualificazione del potere esercitato dalla P.A., nella dichiarazione di inefficacia di un contratto quanto all'onere, a carico del soggetto pubblico rappresentato, dell'obbligo riguardante la manutenzione straordinaria dell'impianto in questione, consente al Collegio di respingere anche il secondo motivo di ricorso con il quale la ricorrente ritiene che nella specie non ricorrerebbero i presupposti previsti dall'ordinamento per lo ius poenitendi, atteso che la P.A. intimata non ha affatto esercitato tale potere ma si è semplicemente avvalsa delle regole civilistiche in materia di difetto di rappresentanza rimuovendo (solo formalmente) un atto che risultava inefficace .

Inoltre, quanto agli ulteriori motivi di ricorso con i quali la ricorrente deduce la illegittimità degli atti impugnati ritenendo che, ove si accedesse alla tesi della P.A., la regolazione degli obblighi connessi alla manutenzione straordinaria dell'impianto in questione non troverebbero apposita regolazione in un atto contrattuale, deve rilevarsi che l'ampiezza e l'esaustività della convenzione intercorsa fra il Comune di Calimera e la società a r.l. Ricorrente non è una questione sottoposta al Collegio, fermo restando che, come correttamente rilevato dalla P.A. , il rapporto instaurato tra il Comune di Calimera e la società ricorrente è la conseguenza e la derivazione dei rapporti assunti tra la Provincia di Lecce ed il Comune di Calimera con la convenzione n.20801 del 27.3.1998 e, successivamente, del contratto in data

22 marzo 1999 (richiamato nella convenzione in data 1 luglio 2006) intercorso tra l'aggiudicatario sig. ALFA Luigi ( in qualità di amministratore unico e legale rappresentante dell'Impresa ALFA Costruzioni srl ed in nome e per conto del raggruppamento di imprese aggiudicatario dell'appalto di costruzione e gestione dell'impianto in questione ) e la Provincia di Lecce; da ciò consegue che l'obbligazione riguardante la manutenzione straordinaria dell'impianto trova la sua legittima fonte regolatrice in tali atti.

Quanto alle censure di difetto motivazionale del provvedimento impugnato, si osserva che la enunciazione dei presupposti giuridici che comportano in parte qua l'inefficacia della convenzione in data 1 luglio 2006 è sufficiente giustificazione dell'atto contestato, quale mera presa d'atto.

Infine, non sussiste neppure la dedotta contraddittorietà atteso che il provvedimento impugnato, inteso quale mera presa d'atto, ha inteso proprio esplicitare i termini del rapporto concessorio intessuto con la ricorrente il quale, come più volte ribadito, trova la sua ragione causale e l' antecedente necessario negli atti ivi richiamati (convenzione 20801/98 e contratto 21202/99 e negli atti amministrativi a questi presupposti).

Conclusivamente il ricorso deve essere respinto.

Sussistono nondimeno giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Respinge il ricorso di cui in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

Luca De Gennaro, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/06/2010

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

IL SEGRETARIO