

Dall'aggiudicazione definitiva alla stipula del contratto: termini e profili di responsabilità dell'amministrazione

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 12-9-2016

1) L'art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006, indica il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione per la stipula del contratto, ma il detto termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità.

2) La responsabilità precontrattuale ricorre nel caso in cui prima della stipulazione contrattuale il presunto danneggiante, violando il principio di correttezza e buona fede, leda il legittimo affidamento maturato da controparte nella conclusione del contratto.

1) Conf. Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 novembre 2015, n. 12400; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 14 ottobre 2014, n. 797; Tar Marche, Ancona, sez. I, 8 novembre 2013, n. 800.

2) Conf. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 2 settembre 2015, n. 1918.

Guida alla lettura

Com'è noto, l'art. 11, comma 7, D.Lgs. n. 163 del 2006 ha sancito che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta.

Il legislatore, pertanto, ha inteso separare con chiarezza ed in modo netto – nell'ambito del complessivo procedimento di affidamento dell'appalto, che ha origine con la determina a contrarre – la fase della scelta del contraente dalla fase di stipulazione del contratto, solo con la quale sorge la pariteticità delle posizioni pubblica e privata.

Con l'aggiudicazione definitiva, in altri termini, non può dirsi sorto alcun vincolo negoziale tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario.

Il successivo comma 9 dell'art. 11 del riferito Decreto stabilisce che “*divenuta efficace*

l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con il l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'art. 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo e recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate".

La disciplina legislativa, invece, non prevede nulla per il caso in cui il privato conservi interesse all'esecuzione del programma negoziale concordato.

In tal caso, la qualificazione soggettiva di cui è titolare l'aggiudicatario è decisiva ai fini dell'individuazione degli strumenti utilizzabili per la tutela dei propri interessi, atteso che, se si qualifica la posizione in termini di diritto soggettivo, il privato potrebbe esperire l'azione di cui all'art. 2932 c.c. al fine di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, mentre, se si qualifica la posizione in termini di interesse legittimo, l'impresa può esperire l'azione avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di ottenere la declaratoria dell'obbligo di provvedere per la stazione appaltante.

Una volta esclusa dall'art. 11, comma 7, del codice dei contratti pubblici l'idoneità dell'atto di aggiudicazione ad instaurare una relazione negoziale tra stazione appaltante e privato aggiudicatario, la quale sorge solo per effetto della stipulazione, l'aggiudicazione ha esclusivamente natura di provvedimento amministrativo ampliativo della sfera soggettiva del destinatario che, per effetto della stessa, così come diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo alla sua conservazione, diviene al contempo titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto, sicché nessuna posizione di diritto soggettivo a detta stipula può essere riconosciuta all'impresa aggiudicataria.

In tale direzione, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 11 gennaio 2011, n. 391, hanno rappresentato che nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e *"nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto"*, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa (principio formulato nella sentenza n. 27169/2007 e confermato nelle successive decisioni n. 10443/2008, n. 19805/2008 e n. 20596/2008).

Il supremo giudice della giurisdizione ha chiarito che, nella fattispecie al suo esame, non essendo stato stipulato alcun contratto a seguito dell'aggiudicazione, pur prevedendosene la stipula entro 90 giorni, la posizione dell'attrice *"rimaneva quella di titolare di un interesse legittimo"*.

In ragione di tali concordi orientamenti giurisprudenziali, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto, con sentenza 11 aprile 2014, n. 1781 che la stipulazione del contratto rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Le controversie concernenti la legittimità di atti o comportamenti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti non solo prima dell'aggiudicazione, ma anche nel successivo spazio temporale compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione amministrativa perché attengono all'esercizio di potestà amministrativa sottoposto a norme di carattere pubblicistico, a fronte del quale la posizione giuridica dell'interessato ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo in quanto la stazione appaltante, sia pure intervenuta l'aggiudicazione, conserva sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto in ragione di valide e motivate ragioni di interesse pubblico.

Sulla base di tali considerazioni, si ricorda che il termine per la stipulazione del contratto – di sessanta giorni dalla raggiunta efficacia a seguito della positiva verifica dei requisiti prescritti in capo all'aggiudicatario – è dispositivo e derogabile e, laddove la stipulazione non avvenga in tale termine, all'aggiudicatario è riconosciuto, da un lato, il diritto potestativo a sciogliersi da ogni vincolo senza il diritto ad alcun indennizzo (salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate), dall'altro, ove l'aggiudicatario intenda conseguire il contratto, la possibilità di ricorrere avverso il silenzio innanzi al giudice amministrativo ovvero di impugnare in sede di giurisdizione generale di legittimità innanzi a detto giudice eventuali atti di autotutela.

Quanto ai profili di responsabilità, si ricorda che nell'ambito dei procedimenti a evidenza pubblica può configurarsi, accanto a una responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo derivante dalla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, una responsabilità di tipo precontrattuale per violazione di norme imperative che pongono regole di condotta, da osservarsi durante l'intero svolgimento della procedura di evidenza pubblica. Le predette regole di validità e di condotta operano su piani distinti: non è necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale e, viceversa, la inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità della procedura di affidamento. Il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale in relazione alla mancata stipula di un contratto d'appalto o in relazione all'invalidità dello stesso, comprende le spese sostenute dall'impresa per aver partecipato alla gara (danno emergente), ma anche e soprattutto la perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe derivato dalla stipulazione ed esecuzione del contratto non concluso. L'esame della sussistenza del danno da perdita di chance interviene attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Cassazione, del "*più probabile che non*" e, cioè, alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674).

Vale la pena ricordare che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e quindi non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase; perciò la responsabilità precontrattuale non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione

(sul punto Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272).

Nel nuovo Codice Appalti la disciplina compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto la ritroviamo nell'art. 32.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1344 del 2016, proposto da:

Della Ecoservizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Pitaro C.F. PTRGPP64B08L240J, con domicilio eletto presso Maurizio De Filippo in Roma, via Filippo Corridoni, n. 25;

contro

Comune di Squillace, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianfrancesco Fidone C.F. FDNGFR71A24H501S, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, n. 55;

Sindaco del Comune di Squillace quale Funzionario del Governo non costituito in giudizio;

nei confronti di

Sieco S.p.a. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE II, n. 93/2016, resa tra le parti, concernente revoca aggiudicazione appalto del servizio di raccolta rifiuti - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia su delega dell'avvocato Giuseppe Pitaro, Gianfrancesco Fidome.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Calabria Ecoservizi s.r.l., nella veste di aggiudicataria del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani con il sistema del "porta-a-porta", per il Comune di Squillace invocava l'annullamento degli atti con i quali l'amministrazione comunale rivedeva l'ammontare del compenso a suo favore ed affidava in via diretta il servizio di gestione rifiuti alla ditta "Si.eco. spa". Inoltre, lamentava che non avrebbe risolto alcun contratto, ma avrebbe soltanto diffidato la P.A. a pagare il corrispettivo dovuto, in quanto impossibilitata ad espletare il servizio di gestione rifiuti in modo gratuito, sopportando costi esosi dovuti all'esclusiva responsabilità dell'Amministrazione Comunale, non in grado di consegnare l'isola ecologica. Con lo stesso atto l'originaria ricorrente proponeva domanda di risarcimento del danno, denunciando la responsabilità del Comune di Squillace per la mancata stipula del contratto, nonostante il decorso dei termini di legge previsti dall'art. 11 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Nonché, la responsabilità precontrattuale della stessa amministrazione comunale per aver tenuto comportamenti non rispettosi del canone di buona fede e correttezza ex art. 1337 c.c..

2. Il primo giudice, affermata la propria giurisdizione sul contenzioso *de quo*, riteneva insussistente il vizio di irrazionalità nell'impugnata Delibera di G.C. n. 63 del 17.7.2015, con cui, a seguito delle rimostranze della ricorrente rese con nota prot. n. 3623 del 16.7.2015, si statuiva di emanare apposito atto di indirizzo nei confronti del Responsabile del Settore tecnico, affinché valutasse tutte le componenti idonee ad incidere sulla determinazione del corrispettivo del servizio di gestione, dopo aver premesso che il Comune *"non risulta essere in condizione di consegnare l'isola ecologica e che pertanto i tre mesi di servizio: 01.06.2015-31.08.2015, rappresentano un periodo transitorio nella gestione del servizio della raccolta differenziata con il sistema porta a porta, necessario affinché lo stesso possa andare a regime; Ritenuto che la mancata consegna dell'isola ecologica, così come le operazioni di pulizia e bonifica di micro-discariche effettuate dalle ditte in questione già nel primo mese di gestione del servizio, in quanto imprescindibili per l'avvio del servizio in questione, incidono inevitabilmente sul corrispettivo del servizio stesso così come determinato ai sensi dei richiamati art. 13 e 14 del Capitolato speciale di appalto"*.

Allo stesso tempo, il TAR riteneva la Ecoservizi s.r.l. fosse priva di interesse a ricorrere avverso l'ordinanza con la quale il servizio veniva affidato direttamente alla ditta "Si.eco. spa". Ciò in quanto l'originaria ricorrente manifestava chiaramente la volontà di non proseguire l'esecuzione del servizio. Del pari, il primo giudice escludeva la possibilità di configurare un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione comunale. Da ultimo, il giudice di prime cure ravvisava la spettanza delle somme le spese documentate sostenute dalla "Ecoservizi s.r.l." per l'attività effettivamente espletata nel periodo in cui aveva avuto luogo l'esecuzione anticipata del contratto, detratte le somme che il comune aveva versato direttamente ai dipendenti della ditta ricorrente, nonché ogni altra eventuale somma che il Comune avrebbe potuto aver già versato a titolo di corrispettivo, in relazione al periodo di anticipata esecuzione del contratto,

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, reputandola erronea per le seguenti ragioni: a) il TAR, accertato che l'amministrazione può non stipulare il contratto nel termine di sessanta giorni, salvo il risarcimento del danno, erroneamente non avrebbe, però, provveduto a condannare l'amministrazione a titolo di ristoro per equivalente; b) il TAR avrebbe errato nel non riscontrare la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione; c) avrebbe errato il TAR nel non ritenere dovuto il corrispettivo richiesto anche in ragione dell'illegittimità della mancata consegna dell'isola ecologica; d) il primo giudice avrebbe motivato in modo non condivisibile che l'appellante avrebbe subordinato l'espletamento del servizio alla corresponsione dei pagamenti; e) avrebbe errato il TAR nel ritenere privo di interesse l'originario ricorrente in ordine alla contestazione dei provvedimenti di affidamento in via diretta del servizio ad altra impresa, in assenza dei presupposti previsti dall'art. 191, d.lgs. 152/2006; f) del pari errata sarebbe la sentenza nella parte in cui non avrebbe determinato con esattezza l'ammontare delle somme spettanti all'appellante; g) infine il primo giudice avrebbe erroneamente disposto la compensazione delle spese di giudizio.

4. In data 1 marzo 2016 si costituisce in giudizio l'amministrazione comunale, che nelle successive difese contesta in modo puntuale le censure a sostegno dell'odierno gravame.

5. L'appello è infondato e non può essere accolto.

5.1. Quanto al primo motivo, deve rilevarsi che l'art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006, indica il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione per la stipula del contratto, ma il detto termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità. Infatti, le conseguenze che derivano in via diretta dall'inutile decorso del detto termine sono: da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall'altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo (cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671). Pertanto, non è ravvisabile alcuna erroneità nell'ordito motivazionale della sentenza di prime cure, dal momento che il mancato rispetto del termine di sessanta giorni per la stipulazione negoziale non integra di per sé un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, spettando al presunto danneggiato dimostrare che il ritardo nella stipulazione sia

manifestazione di una condotta antiggiuridica dell'amministrazione lesiva del proprio legittimo affidamento. Né a diversa conclusione può giungersi in ragione del fatto che era stata disposta l'esecuzione in via d'urgenza del servizio. In una simile ipotesi normata sempre dal comma 9, dell'art.11, vigente *ratione temporis*, infatti, l'esecutore matura semplicemente il diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione, restando del tutto sganciata, perché dipendente da altro titolo giuridico, la richiesta di risarcimento del danno nel caso in cui all'esecuzione in via d'urgenza non segue la stipulazione negoziale. Quest'ultima, infatti, può non seguire se nel corso dell'esecuzione in via d'urgenza si palesino inadempienze contrattuali, che evidenzino l'incapacità dell'esecutore in via d'urgenza di rispettare le future condizioni contrattuali.

5.2. Con un secondo motivo l'appellante lamenta che il primo giudice avrebbe dovuto riscontrare la presenza di una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione comunale. È noto che la detta responsabilità ricorre nel caso in cui prima della stipulazione contrattuale il presunto danneggiante, violando il principio di correttezza e buona fede, leda il legittimo affidamento maturato da controparte nella conclusione del contratto. Nella fattispecie, non si ravvisano, però, gli elementi per ritenere integrato il detto illecito. Infatti, come correttamente riscontrato dal giudice di prime cure, già l'art. 1 del capitolato speciale chiariva che l'isola ecologica era in corso di realizzazione, sicché non può ritenersi che sul punto la stazione appaltante abbia indotto in errore l'odierna appellante circa l'immediata disponibilità della stessa. Inoltre, nel corso dell'esecuzione anticipata del servizio il Comune di Squillace contestava ripetutamente all'odierna appellante inadempienze e disservizi nell'espletamento del servizio di raccolta dei rifiuti e di pulizia delle strade. Pertanto, non si ravvisa alcuna condotta antiggiuridica in capo all'amministrazione, né la lesione di un affidamento incolpevole in capo all'odierno appellante.

5.3. Quanto alla terza doglianza, con la quale l'appellante lamenta che la mancata consegna dell'isola ecologica sarebbe illegittima e, pertanto, non potrebbe incidere sulla determinazione del corrispettivo dovuto dall'amministrazione comunale, deve evidenziarsi che l'odierna appellante era stata edotta già in sede di consegna anticipata dell'esecuzione del servizio della non operatività dell'isola ecologica, perché ancora in fase di ultimazione, sicché l'accettazione senza riserve della consegna del servizio da parte del legale rappresentante dell'appaltatore, esclude che quest'ultimo possa dolersi che la determinazione del corrispettivo venga operata sulla scorta di quelle stesse circostanze di fatto conosciute e accettate da entrambe le parti all'atto della consegna dello stesso.

5.4. Anche in ragione di quanto sopra precisato non risulta condivisibile la quarta doglianza, dal momento che il rifiuto dell'amministrazione comunale di effettuare i pagamenti richiesti dall'odierna appellante trova fondamento nella loro difformità rispetto alla disciplina contenuta nella *lex specialis*. Pertanto, il mancato pagamento delle somme richieste poggia sul principio *inadimplenti non est adimplendum*. Senza dimenticare, peraltro, che l'amministrazione comunale interveniva in surroga nel pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'appellante, sicché si limitava a non pagare ulteriori somme, in attesa della loro corretta determinazione anche a fronte delle dette inadempienze.

5.5. Del pari infondata si rivela la quinta doglianza. Infatti, a seguito della mancata stipulazione

del contratto per inadempienze addebitabili all'aggiudicataria nel corso dell'esecuzione anticipata del servizio, quest'ultima non ha interesse all'impugnazione della delibera di affidamento in via d'urgenza dello stesso ai sensi dell'art. 191, d.lgs. n. 152/2006, risultando provato in concreto che la stessa non è in grado di svolgere il servizio in questione, sicché non avrebbe alcuna possibilità di vederselo affidato.

5.6. Quanto alla doglianza con la quale l'appallante lamenta la mancata determinazione delle somme spettanti a suo favore, occorre rammentare che l'art. 34, comma 4 c.p.a. espressamente prevede che: *"In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine"*. Pertanto, il primo giudice ha fatto buon governo della citata regola processuale, ordinando all'amministrazione di sottoporre alla parte ricorrente una proposta di accordo sulla determinazione dell'indennizzo.

5.7. Quanto, infine, alla disciplina delle spese è noto che un'ipotesi espressamente prevista dal legislatore per la loro compensazione è quella della soccombenza reciproca, sicché anche l'ultima doglianza contenuta nell'odierno gravame è sprovvista di fondamento.

6. L'appello deve, quindi, essere respinto, nella particolare complessità in fatto ed in diritto delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese dell'odierno grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

