

Instaurazione di un rapporto negoziale anche previa stipula del contratto e riparto di giurisdizione.

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 13-9-2019

1. Devono, allora, distinguersi – in relazione alle vicende che trovino collocazione, come nel caso di specie, tra l'aggiudicazione (definitiva ed efficace) e la stipula del contratto – tre diverse eventualità: a) ove l'Amministrazione (come le è concesso: cfr., di nuovo, art. 30, comma 8) adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione (trattandosi di "coda autoritativa" della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione o di riesame) spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo (vantando il privato mere situazioni soggettive di interesse legittimo); b) ove l'Amministrazione "receda" dal rapporto negoziale anticipatamente costituito, in presenza di fatti di inadempimento ad attitudine risolutiva od anche in forza della facoltà di unilaterale sottrazione al vincolo, ex artt. 109 d. lgs. n. 50/2016 e 21 sexies l. n. 241/1990, la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (essendo, come vale ripetere, indifferente il dato formale della avvenuta stipula del contratto); c) ove, infine, l'Amministrazione si determini – non già per l'inadempimento alle "prestazioni" oggetto di impegno negoziale (artt. 1173 e 1218 c.c.), ma per l'inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della lex specialis di procedura o di vincolante precetto normativo, alla verifica di correttezza della aggiudicazione – la giurisdizione (trattandosi propriamente di misura decadenziale, che incide, con attitudine rimotiva, sulla efficacia dell'aggiudicazione, legittimando il "rifiuto di stipulare" il contratto) spetterà ancora al giudice amministrativo.

Guida alla lettura

Le procedura di affidamento, che culminano nella formazione dei contratti ad evidenza pubblica, **sono tradizionalmente connotate da una struttura bifasica, composta da una fase propriamente pubblicistica** - caratterizzata da peculiari procedimenti amministrativi che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata - **cui segue una fase privatistica** – consistente nella stipula del contratto e nella formale assunzione degli impegni negoziali in situazioni essenzialmente paritetiche.

L'innanzi descritta distinzione emerge, con particolare evidenza, dall'art. 30, comma 8 del D.lgs. n. 50/2016 dove si contrappongono (ai fini della individuazione, in via residuale, del microsistema normativo operante): a) **le "procedure di affidamento"** che, in quanto ricomprese (in termini di *species a genus*) nelle "*attività amministrative*", sono assoggettate alle disposizioni, di ordine generale e paradigmatico, di cui alla L. n. 241/1990; b) **la "fase di**

esecuzione” che, in quanto attivata dalla “*stipula del contratto*”, evoca le regole del Codice civile, in quanto non segnatamente derogate da disposizioni di specie.

Orbene, **se i due confini per così dire “esterni” (ovvero l’aggiudicazione e la stipula del contratto) non sono in discussione** (tanto che il relativo criterio di riparto è del tutto consolidato nella elaborazione giurisprudenziale), **qualche dubbio hanno generato gli atti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue la fase pubblicistica e precede la stipula del contratto.**

Al riguardo merita innanzitutto rilevare come **la necessaria dilazione imposta tra l’adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto** (secondo quanto statuito dall’art. 32, commi 10 e ss. D.lgs. 50/2016) **non sottrae la relativa subfase alla fase pubblicistica** (e, di conserva, alla giurisdizione amministrativa), trattandosi di fase ancora esposta all’esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante (cfr. art. 30, comma 8 D. lgs. cit.).

Occorre, tuttavia, **considerare la possibilità che, in tale fase procedimentale, intervenga la c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, generalmente giustificata da ragioni di urgenza:** in tal caso, l’instaurazione di un rapporto contrattuale (che trae, comunque, titolo nell’esito della fase selettiva) prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva, che deve considerarsi rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento.

Del resto, sotto questo profilo, **si è da tempo affacciata l’idea che la responsabilità contrattuale discenda dalla violazione della *lex contractus*, cioè dal complesso delle obbligazioni giuridicamente impegnative, non risultando, invero, necessaria la formale stipula di un contratto.**

Nondimeno, anche in caso di esecuzione anticipata residua la possibilità di “rifiutare la stipula” per ragioni riconnesse alla fase propriamente pubblicistica, comportanti decadenza dall’aggiudicazione.

L’articolata e complessa ricostruzione della procedura di gara e delle sue distinte fasi conduce, così, la Corte, con la pronuncia in commento, a delineare tre differenti ipotesi che possono in concreto manifestarsi tra l’aggiudicazione (definitiva ed efficace) e la stipula del contratto, le quali differiscono in punto di giurisdizione.

Ove l’Amministrazione (come le è concesso secondo il nuovo art. 30, comma 8 D.lgs. cit.) adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione (“*trattandosi di “coda autoritativa” della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione o di riesame*”) spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo, il privato vantando mere situazioni soggettive di interesse legittimo).

Ove l’Amministrazione “receda” dal rapporto negoziale anticipatamente costituito, in presenza di fatti di inadempimento ad attitudine risolutiva o anche in forza della facoltà di

unilaterale sottrazione al vincolo (ex artt. 109 D.lgs. cit. e 21 *sexies* L. n. 241/1990), la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (come innanzi già ricordato essendo del tutto irrilevante il dato formale della avvenuta stipula del contratto).

Ove, infine, l'Amministrazione si determini – non già per l'inadempimento alle “prestazioni” oggetto di impegno negoziale (artt. 1173 e 1218 c.c.), ma per l'inottemperanza a obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della *lex specialis* di procedura o di vincolante precetto normativo, alla verifica di correttezza della aggiudicazione – la giurisdizione (“*trattandosi propriamente di misura decadenziale, che incide, con attitudine rimotiva, sulla efficacia dell’aggiudicazione, legittimando il “rifiuto di stipulare” il contratto*”) spetterà ancora al giudice amministrativo.

La sintesi che precede appare del tutto conforme al diffuso indirizzo giurisprudenziale (ex multis Cass. civ., Sez. Un., 21 maggio 2019, n. 13660; *Id.*, 25 maggio 2018, n. 13191; *Id.*, 9 ottobre 2017, n. 23600), rispetto al quale, invero, non sono mancate autorevole voci dissidenti (in termini Cass. civ., Sez., Un., 5 ottobre 2018, n. 24441 che individua “il momento in cui acquista efficacia l’aggiudicazione definitiva” come quello oltre il quale, indipendentemente dalla anticipata esecuzione del rapporto, opererebbe la giurisdizione del giudice ordinario - esteso, quindi, anche alla cognizione della “decadenza dall’aggiudicazione”).

Si tratta, tuttavia, di orientamento, allo stato, isolato, al quale può, tra l'altro, imputarsi *un insufficiente inquadramento della distinzione tra i fatti di inadempimento negoziale in senso proprio e i presupposti per l'adozione del provvedimento di “decadenza dall’aggiudicazione” adottato dalla P.A. dopo l’efficacia dell’aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, operanti in prospettiva di autotutela in senso lato.*

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 4563 del 2018, proposto da

La Fazenda Ristorizza s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Demartis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Castelsardo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Pintus, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Bfree Società Cooperativa a r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 377/2018, resa tra le parti

FATTO

1.- Con avviso in data 26 luglio 2017, il Comune di Castelsardo indiceva, ai sensi dell'art. art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, procedura negoziata per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di mensa per la scuola dell'infanzia, primaria e secondaria, con importo a base d'asta pari ad € 101.825,50.

Con determinazione del 4 ottobre 2017, n. 636, all'esito della gara, il servizio veniva aggiudicato alla La Fazenda Ristopizza s.n.c e, con comunicazione del 5 ottobre successivo, il annunciava che lo svolgimento del servizio sarebbe cominciato, in via d'urgenza e con riserva dei successivi controlli di legge, il 9 ottobre 2017.

Dopo la consegna anticipata, e il conseguente inizio di svolgimento del servizio, la stazione appaltante inoltrava all'aggiudicataria plurime note (in data 30 ottobre 2017, 29 novembre 2017 e 11 dicembre 2017) con cui chiedeva di trasmettere i certificati di idoneità al lavoro dei dipendenti, nonché di procedere alla nomina del medico aziendale, ai sensi e per gli effetti di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, preannunciando che l'inottemperanza a tali obblighi, espressamente imposti all'esecutore del servizio dagli art. 6, comma 5 e 14 del capitolato speciale di gara, avrebbe comportato la risoluzione del contratto.

Seguiva l'inoltro, da parte dell'aggiudicataria, di svariate note giustificative (in data 1° ottobre 2017, 2 novembre 2017, 4 dicembre 2017, 12 dicembre 2017, 20 dicembre 2017, 30 dicembre 2017 e 5 gennaio 2018), e di varia documentazione (certificazione, rilasciata da presidio medico pubblico della ASL, della idoneità al lavoro dei titolari della ditta; certificati medici rilasciati da medici di base per due dipendenti; nomina del medico competente).

Con tali note la società evidenziava:

a) che il personale si occupava soltanto della distribuzione dei pasti e non della preparazione degli stessi, riservata ai titolari (sig.ri Desogos e Pinna);

b) che le ridette mansioni non avrebbero, di conseguenza, implicato la sorveglianza del medico competente, né richiesto la certificazione di idoneità, trattandosi, in tesi, di adempimenti richiesti, dall'art. 41, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, solo per dipendenti addetti a mansioni

differenti (segnatamente: videoterminalista per oltre 20 ore settimanali, esposizione ad agenti fisici pericolosi, come rumore, vibrazioni, campi elettromagnetici, ovvero a sostanze chimiche pericolose o ad agenti biologici, lavoro notturno, lavorazioni su impianti elettrici ad alta tensione, controlli in locali aperti al pubblico, attività esposte a rischio di ferite da taglio);

c) che, in ogni caso, era stato nominato il medico competente ed effettuata la valutazione dei rischi, affidando tale incarico a una società di consulenza, la quale - a seguito di sopralluogo svolto presso i locali della ditta in data 1° ottobre 2017 - aveva confermato che l'attività svolta dai dipendenti non era sottoposta agli obblighi sopra descritti.

Ciononostante, con nota del 19 dicembre 2017, n. 17737, il Comune di Castelsardo:

a) deliberava di “non aggiudicare” il servizio alla ditta La Fazenda, non avendo la stessa puntualmente ottemperato all’obbligo di trasmettere integralmente la documentazione richiesta, asseritamente necessaria ai sensi di legge, con particolare riguardo al rispetto degli obblighi di sicurezza;

b) in applicazione dell’art. 14 del capitolato (che prefigurava, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 1456 c.c., un meccanismo di risoluzione automatica per l’eventualità dell’inottemperanza agli obblighi gravanti sul contraente) disponeva, con determinazioni n. 1 del 5 gennaio 2018 e n.2 dell’8 gennaio successivo, l’aggiudicazione del servizio alla ditta BFREE - Cooperativa di solidarietà sociale.

2.- Le ridette determinazioni venivano impugnate con ricorso dinanzi al TAR per la Sardegna, con il quale venivano prospettate plurime ragioni di doglianza.

Con la sentenza epigrafata, resa nel rituale contraddittorio delle parti, il primo giudice dichiarava il ricorso inammissibile, per difetto di giurisdizione, sul plurimo ed argomentato assunto:

a) che, di là dalla terminologia utilizzata, gli atti impugnati avrebbero avuto natura ed effetti “puramente risolutivi” di un rapporto contrattuale già instaurato, in virtù della disposta consegna anticipata in via d’urgenza;

b) che, del resto, le assunte determinazioni traevano fondamento (in dichiarata applicazione di una “clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.”) dall’inadempimento della ricorrente agli obblighi previsti dal capitolato di gara (e dalla legislazione di settore), afferenti, come tali, alla fase esecutiva;

c) che, per tal via, la vicenda solutoria andava inquadrata in prospettiva interamente civilistica, non assumendo rilievo la circostanza che il contratto non fosse stato formalmente stipulato:

d) che, di conseguenza, alla luce del criterio del petitum sostanziale, la controversia (afferente, quindi, alla fase di esecuzione del servizio aggiudicato e non alla procedura di gara in quanto tale) avrebbe dovuto essere rimessa alla cognizione del giudice ordinario.

4.- Avverso la ridetta statuizione insorge, con atto notificato nei tempi e nelle forme di rito, la società appellante, che ne argomenta la complessiva erroneità, invocandone la riforma, con conseguente rimessione della causa al primo giudice.

Nella resistenza della Amministrazione comunale intimata, alla camera di consiglio del 30 aprile 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e merita di essere accolto.

2.- I confini della giurisdizione amministrativa in materia di contratti pubblici sono segnati dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) c.p.a., in base al quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici 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, ivi include quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative".

Nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le "procedure di affidamento" strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la "stipula del contratto" e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario.

La distinzione emerge, con particolare evidenza, dall'art. 30, comma 8 del d. lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), dove si contrappongono (ai fini della individuazione, in via residuale, del microsistema normativo operante): a) le "procedure di affidamento" che, in quanto ricomprese, come specie nel genere, nelle "attività amministrative", sono assoggettate alle disposizioni, di ordine generale e paradigmatico, di cui alla l. n. 241/1990; b) la "fase di esecuzione" che, in quanto attivata dalla "stipula del contratto", evoca le regole del "codice civile", in quanto non segnatamente derogate da disposizioni di specie.

Se i due confini "esterni" (l'aggiudicazione e, rispettivamente, la stipula del contratto) non sono in discussione (tanto che il relativo criterio di riparto è del tutto consolidato nella elaborazione giurisprudenziale), a qualche dubbio (ed anche a qualche recente incertezza pretoria) hanno dato luogo gli atti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue la prima e precede il secondo.

Sul punto, merita osservare, in principio, che la (necessaria) dilazione imposta (essenzialmente ai fini del c.d. stand still, preordinato al consolidamento della scelta del

contraente, a fronte della possibile proposizione di ricorsi giurisdizionali) tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto (cfr. art. 32, commi 10 ss. d. lgs. n. 50/2016), non sottrae la relativa subfase alla fase pubblicistica (e, di conserva, alla giurisdizione amministrativa), trattandosi di fase ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante (cfr. art. 30, comma 8 d. lgs. cit.).

Occorre, tuttavia, considerare la possibilità che, in tale fase procedimentale, intervenga la c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, per solito giustificata da ragioni di urgenza: in tal caso, l'instaurazione di un rapporto contrattuale (che trae, comunque, titolo nell'esito della fase selettiva) prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva, che deve considerarsi rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento.

Del resto, per questo profilo, è da tempo è acquisita l'idea che la responsabilità contrattuale discenda dalla violazione della *lex contractus*, cioè dal complesso delle obbligazioni giuridicamente impegnative, non essendo necessaria la formale stipula di un contratto.

Nondimeno, anche in caso di esecuzione anticipata residua la possibilità di "rifiutare la stipula" per ragioni riconnesse alla fase propriamente pubblicistica, comportanti decadenza dall'aggiudicazione.

Devono, allora, distinguersi – in relazione alle vicende che trovino collocazione, come nel caso di specie, tra l'aggiudicazione (definitiva ed efficace) e la stipula del contratto – tre diverse eventualità:

a) ove l'Amministrazione (come le è concesso: cfr., di nuovo, art. 30, comma 8) adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione (trattandosi di "coda autoritativa" della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione o di riesame) spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo (vantando il privato mere situazioni soggettive di interesse legittimo);

b) ove l'Amministrazione "receda" dal rapporto negoziale anticipatamente costituito, in presenza di fatti di inadempimento ad attitudine risolutiva od anche in forza della facoltà di unilaterale sottrazione al vincolo, ex artt. 109 d. lgs. n. 50/2016 e 21 sexies l. n. 241/1990, la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (essendo, come vale ripetere, indifferente il dato formale della avvenuta stipula del contratto);

c) ove, infine, l'Amministrazione si determini – non già per l'inadempimento alle "prestazioni" oggetto di impegno negoziale (artt. 1173 e 1218 c.c.), ma per l'inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della *lex specialis* di procedura o di vincolante precetto normativo, alla verifica di correttezza della aggiudicazione – la giurisdizione (trattandosi propriamente di misura decadenziale, che incide, con attitudine rimotiva, sulla efficacia dell'aggiudicazione, legittimando il "rifiuto di stipulare" il contratto) spetterà ancora al

giudice amministrativo.

La sintesi che precede è conforme al diffuso intendimento giurisprudenziale: cfr., da ultimo:

a) nel senso che la delibera di affidamento a titolo provvisorio di un appalto, anche senza stipula del relativo contratto, dà vita ad un rapporto paritetico che attiva la fase di esecuzione delle prestazioni negoziali, come tale rimesso alla cognizione del giudice ordinario, Cass., SS.UU. 21 maggio 2019, n. 13660; Id. SS.UU. 25 maggio 2018, n. 13191;

b) nel senso che l'inadempimento all'obbligo di consegnare documentazione rilevante per la stipula rientri – anche ad esecuzione già iniziata – nella giurisdizione del giudice amministrativo, Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354, nonché Cass. SS.UU., 9 ottobre 2017, n. 23600).

Vale soggiungere che appare distonica rispetto al quadro delineato Cass., SS.UU. 5 ottobre 2018, n. 24441, che individua “il momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva” come quello oltre il quale, indipendentemente dalla anticipata esecuzione del rapporto, opererebbe la giurisdizione del giudice ordinario (esteso, quindi, anche alla cognizione della “decadenza dall'aggiudicazione”): si tratta, tuttavia, di orientamento, allo stato, isolato, al quale può, tra l'altro, imputarsi un insufficiente inquadramento della distinzione tra i fatti di inadempimento negoziale in senso proprio e i presupposti per l'adozione del provvedimento di “decadenza dall'aggiudicazione» adottato dalla p.a. dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, operanti in prospettiva di autotutela in senso lato.

2.- Le esposte premesse, calate nella fattispecie in esame (in cui l'inadempimento imputato all'aggiudicatario riguardava il ritardo o il rifiuto di allegare documentazione necessaria ai fini di validare l'aggiudicazione, per procedere alla stipula del contratto), inducono ad affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa (in senso conforme, in fattispecie pressoché analoga, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354 cit.).

La impugnata sentenza, fondata su diverso intendimento, va, perciò, riformata, con conseguente rimessione della causa, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., al primo giudice, per il prosieguo cognitorio.

Le particolari incertezze della materia delibata valgono a legittimare e giustificare l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara la sussistenza della giurisdizione amministrativa e rimette la causa al primo giudice.

Spese compensate.

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