

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 12 settembre 2012, n. 4831.

Sulla necessità di dichiarare un contratto d'appalto pluriennale inefficace espressamente *ex tunc* al fine dell'accoglimento del ricorso per l'ottemperanza della sentenza che ordina il subentro nell'esecuzione dello stesso e sul significato del termine "subentro".

Il rito speciale in materia di contratti pubblici trova disciplina negli articoli 119 e ss. del Codice del Processo amministrativo che hanno recepito, seppur con qualche eccezione, la disciplina del rito in esame contemplata negli articoli 245, 245 – *bis*, 245 – *ter*, 245 – *quater*, 245 – *quinquies* e 246 del Codice degli appalti nel testo introdotto dall'articolo 8 del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53

Gli articoli 121 e 122 c.p.a., riproducendo il contenuto degli articoli 245 *bis* e 245 *ter* del Codice dei Contratti pubblici, espressamente assegnano al giudice amministrativo che ha annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, il potere di decidere se dichiarare o meno inefficace il contratto d'appalto concluso tra il ricorrente e la stazione appaltante. Dette disposizioni nel qualificare espressamente detto contratto «inefficace», e nell'attribuire al giudice amministrativo il potere di dichiararlo tale, distinguono le ipotesi in cui tale pronuncia è obbligatoria, da quelle in cui la stessa dipende da una valutazione di opportunità operata dal giudice amministrativo.

I poteri del giudice amministrativo, infatti, variano a seconda che si ricada in una delle ipotesi previste dall'articolo 121 o nel residuale campo di applicazione dell'articolo 122 c.p.a.

Ai sensi dell'articolo 121 c.p.a. sono «violazioni gravi»: la stipula del contratto d'appalto senza il rispetto del termine di trentacinque giorni previsto dall'articolo 11, comma 10 del d. lgs. n. 163/2006 (dunque, in violazione della regola dello stand still sostanziale) purché, però, tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto (questo, dunque, rimane efficace se è stato stipulato prima dei trentacinque giorni, ma dopo la proposizione del ricorso da parte dell'interessato) e il giudice accerti, con giudizio prognostico, che la parte avrebbe ottenuto l'aggiudicazione e il contratto; la stipula del contratto senza il rispetto della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. stand still processuale), qualora il giudice accerti che il soggetto che ha proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva aveva diritto di conseguire l'aggiudicazione; l'aggiudicazione avvenuta senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso; il ricorso a procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando o l'affidamento del contratto in economia fuori dei casi consentiti.

Tutte le violazioni non espressamente elencate nell'articolo 121 c.p.a. ricadono, in via residuale, nell'ambito di applicazione dell'articolo 122 c.p.a. in quanto violazioni non gravi.

Diverse sono le conseguenze dell'applicazione dell'articolo 121 c.p.a. o dell'articolo 122 c.p.a.

Nel primo caso, la perentorietà dell'articolo 121, comma 1 c.p.a. («*Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto*») porta a considerare la declaratoria di inefficacia del contratto, in via retroattiva o solo per le prestazioni da eseguire alla data di pubblicazione del dispositivo, conseguenza necessaria dell'annullamento dell'aggiudicazione. Il giudice può diversamente disporre solo allorché ricorrano le condizioni per applicare la deroga contemplata nel secondo comma dell'articolo 121 c.p.a. ad avviso del quale il contratto resta efficace se, pur in presenza delle violazioni gravi, il giudice accerti la sussistenza di esigenze imperative connesse alla tutela di un interesse generale. In particolare, precisa la norma, è un'esigenza imperativa quella di carattere tecnico di consentire all'esecutore attuale di continuare nell'appalto in quanto unico soggetto in grado di rispettare i residui obblighi contrattuali. Al contrario, non può considerarsi esigenza imperativa

quella, di carattere economico, legata alla necessità di non onerare l'amministrazione degli eventuali costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione solo allorché la declaratoria di inefficacia produca conseguenze sproporzionate quali la totale inesecuzione del lavoro, del servizio o della fornitura dovuti alla mancata presentazione della domanda di subentro nel contratto e alla non obbligatorietà del rinnovo della gara.

Se il vizio di cui è inficiata la procedura concorsuale ad evidenza pubblica non rientra in una delle violazioni calendate nell'articolo 121 c.p.a., si ha una violazione non grave che, a norma dell'articolo 122 c.p.a. consente al giudice di decidere se dichiarare inefficace il contratto *«...tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta»*.

In entrambi i casi, tuttavia, si noti che il giudice precedente può dichiarare il contratto inefficace solo se viene impugnato e annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Invero, l'articolo 121, 1° comma dispone: *«Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi»*. A sua volta, l'articolo 122 c.p.a. prescrive: *«Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto ...»*. La giurisprudenza amministrativa prevalente ha stabilito, in sede di interpretazione e applicazione degli articoli 121 e 122 c.p.a. che poiché solo con l'entrata in vigore del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, poi trasfuso nei suddetti articoli del testo processuale amministrativo, è stato attribuito al giudice amministrativo il potere di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto e poiché l'inefficacia del contratto non costituisce più una conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma l'esito di un complesso giudizio imperniato sull'apprezzamento di una pluralità di elementi di fatto, come stabilito, ora, dagli articoli 121 e 122 c.p.a., è onere dell'impresa ricorrente chiedere in sede di impugnazione degli atti di aggiudicazione una pronuncia sulla sorte del contratto e sul proprio subentro nello stesso.

Discorso diverso vale per quanto attiene ai giudizi instaurati anteriormente alla data di entrata in vigore del d. lgs n. 53/2010. Per questi, poiché, in assenza di un'indicazione normativa specifica sul punto, la giurisprudenza riteneva che il contratto potesse essere dichiarato inefficace solo dal giudice ordinario (dovendo arrestarsi la giurisdizione del giudice amministrativo alla valutazione di legittimità del provvedimento di aggiudicazione in ossequio all'ordinario criterio di riparto di giurisdizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi), rimane fermo il potere del giudice amministrativo di accertare l'inefficacia del contratto il sede di ottemperanza, tenendo conto della effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nella fattispecie negoziale.

Si noti, inoltre, che le ipotesi di cui all'articolo 121 c.p.a. e quelle di cui all'articolo 122 c.p.a. oltre ad avere in comune il presupposto per la declaratoria di inefficacia del contratto, hanno altresì in comune l'applicazione dell'articolo 124 c.p.a. secondo il quale se il giudice non accorda al ricorrente tutela in forma specifica tramite la declaratoria di inefficacia del contratto e l'affidamento del medesimo, «*dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*» (c.d. danno da perdita di chance). Dalla disposizione da ultimo riportata può trarsi una considerazione di centrale rilievo: con il ricorso introduttivo il ricorrente può chiedere o l'annullamento dell'aggiudicazione, la dichiarazione di inefficacia del contratto e la tutela in forma specifica consistente nel subentro nell'aggiudicazione e nel contratto oppure, qualora non abbia interesse all'esecuzione dell'appalto, l'annullamento dell'aggiudicazione e il risarcimento danni per equivalente. In tale ultima ipotesi, tuttavia, l'articolo 124 c.p.a. prescrive che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di conseguire l'aggiudicazione, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 c.c. Orbene, nella pronuncia in esame il Collegio è chiamato a pronunciarsi in ordine all'accoglibilità del ricorso per l'ottemperanza di una sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva accolto l'istanza dell'impresa ricorrente di subentrare nel contratto pluriennale di servizi, già in corso di esecuzione, senza espressamente dichiarare inefficace *ex tunc* il contratto medesimo stipulato con l'impresa controinteressata. Il Collegio autore dell'ordinanza da ottemperare aveva dichiarato a carico della stazione appaltante *"l'obbligo, a seguito di declaratoria di inefficacia della convenzione, di aggiudicare il servizio al raggruppamento appellante, con subentro nel contratto per l'intera durata programmata dell'appalto"*. Da tale espressione doveva evincersi, ad

avviso del resistente, l'intenzione del giudice di dichiarare il contratto inefficace solo *ex nunc* (vista l'assenza di qualsiasi riferimento all'efficacia retroattiva della declaratoria di inefficacia del contratto) e consentire al ricorrente il subentro dello stesso per la durata residua del contratto, esegesi confermata anche dall'uso del verso "subentrare", ordinariamente utilizzato per indicare una situazione di ingresso in una situazione già esistente e in corso di sviluppo. Di contrario avviso il Collegio che rileva come l'assenza di alcun riferimento espresso al carattere retroattivo dell'inefficacia in esame non fosse dirimente al fine di concludere per l'inefficacia *ex nunc* del medesimo. Ad avviso del Collegio, infatti: *"a differenza di quanto asserito dalla difesa della stazione appaltante, il Giudice di Appello, avendo fatto riferimento al "subentro nel contratto per l'intera durata programmata dell'appalto", ha implicitamente statuito l'inefficacia ex tunc della convenzione in corso tra la stazione appaltante e la precedente aggiudicataria ...; è infatti evidente che soltanto la caducazione della suddetta convenzione fin dalla data della stipula può essere logicamente compatibile con la contestuale statuizione di affidare alla ATI appellante il servizio "per l'intera durata programmata dell'appalto". Dunque, anche se non espressamente dichiarata, l'inefficacia ex tunc poteva facilmente dedursi dalla condanna della stazione appaltante a far subentrare l'impresa ricorrente nell'esecuzione di tutto il contratto pluriennale di servizi.*

Inconferente, ad avviso del Collegio, anche l'uso dell'espressione "subentro nel contratto". La stessa, ha precisato la Corte: *"... può essere intesa in senso strettamente lessicale come "prosecuzione del servizio già avviato dal precedente appaltatore": infatti, ai sensi dell' art. 122 c. p .a . , il giudice, annullata l'aggiudicazione, in realtà per valutare se ricorrono i presupposti per dichiarare inefficace il contratto, tiene conto sia di elementi oggettivi quali l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e lo stato di esecuzione del contratto sia di elementi soggettivi quale il concreto possibile subentro nel contratto, avendone data la disponibilità con domanda specifica ; in pratica il concetto di "subentro nel contratto", più che implicare unicamente un " subingresso" nella prosecuzione residuale della prestazione già avviata con altro contraente, configura, invece, l'ipotesi in cui, in alternativa al rinnovo della gara, è possibile almeno consolidare la procedura di gara , prevedendo a favore del nuovo aggiudicatario " la possibilità di subentrare nel contratto", cioè di sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per l'esecuzione della*

prestazione indicata nell'offerta".

Per l'effetto, il Collegio ha dichiarato l'obbligo della stazione appaltante di stipulare con la ricorrente una nuova convenzione avente la durata di sei anni, pari all'intera durata dell'appalto messo in gara e ha dichiarato nulla la convenzione già stipulata con la medesima impresa, avente durata inferiore e pari al tempo residuo di esecuzione dell'appalto.

Qualche notazione va fatta su un istituto di particolare interesse nel giudizio di ottemperanza, del quale il Collegio fa espressa applicazione nella sentenza in esame. Si tratta dell'istituto della penalità di mora.

Il Codice del processo amministrativo ha esteso al giudizio amministrativo l'istituto della penalità di mora. Si tratta di uno strumento di coazione, di una misura sanzionatoria, non risarcitoria (in tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, 20.12.2011, n. 6688), introdotta dalla legge n. 69/2009 originariamente solo nel processo civile. In particolare, il comma 1 dell'*art. 49, L. 18 giugno 2009, n. 69*, ha aggiunto nel Codice di procedura civile l'articolo 614 bis c.p.c. che testualmente dispone: *«Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile»*.

Parallelamente, il comma 4, lett. e) dell'articolo 114 c.p.a., nel riprodurre il testo dell'articolo 614 bis citato dispone: *«salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo»*.

Rispetto alla disciplina contemplata nel codice di procedura civile, quella di cui al codice del processo amministrativo si distingue sotto tre profili. Anzitutto, prevede tre imprescindibili presupposti per l'applicazione della sanzione: quello positivo della richiesta di parte, formulata con il ricorso, e quelli negativi dell'insussistenza di profili

di manifesta iniquità e della non ricorrenza di altre ragioni ostative. Manca, invece, il limite, stabilito nella norma di rito civile, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. Tale differenza è la diretta conseguenza della presenza, nel rito processuale amministrativo, di un organo – il Commissario *ad acta* - che il giudice può nominare per porre rimedio all'inerzia dell'amministrazione. Nel processo amministrativo, dunque, a differenza di quanto avviene nel rito civile, l'istituto in esame non ha come finalità quella di fornire al giudice uno strumento coercitivo idoneo ad assicurare l'attuazione del giudicato.

Inoltre, la norma processuale amministrativa non chiarisce secondo quali criteri il giudice amministrativo deve determinare la somma dovuta dall'amministrazione, a differenza di quanto, invece, fa la disposizione civilistica che prescrive che, nel determinare l'ammontare della somma, il giudice deve tener conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

In sede di prima applicazione della norma in esame, inoltre, i giudici amministrativi hanno escluso l'applicabilità della misura in esame nell'ipotesi in cui l'amministrazione, in sede di attuazione del giudicato, è tenuta al pagamento di una somma di denaro. In tal caso, infatti, per il ritardo nell'adempimento sono già previsti dalla legge gli interessi legali ai quali, pertanto, la somma dovuta a titolo di *astreinte* andrebbe ad aggiungersi, con effetti iniqui di indebito arricchimento per il ricorrente.

Oggetto di specifico dibattito giurisprudenziale è stata la possibilità per il ricorrente di chiedere la nomina di un commissario *ad acta* congiuntamente alla condanna dell'amministrazione al pagamento di una penalità per l'eventuale ritardo nell'adempimento. Orbene, ad avviso di unanime giurisprudenza le due misure in esame sono cumulabili perché dirette a raggiungere risultati differenti: la penalità di mora mira a indurre la pubblica amministrazione ad adempiere (ha, dunque, funzione sanzionatoria, di coazione indiretta); lo strumento della nomina del commissario *ad acta*, invece, svolge una funzione surrogatoria perché serve a rendere l'obbligo di conformazione, di adempimento e di ottemperanza del giudicato coercibile. Dunque, poiché la nomina del commissario *ad acta* non esaurisce il potere della pubblica amministrazione che rimane titolare del potere-dovere di provvedere, il giudice amministrativo può assegnare alla pubblica amministrazione un termine per provvedere e stabilire che, scaduto quel termine, subentri un soggetto che agisca in

sua vece e si applichi alla stessa una penalità per l'eventuale ritardo prolungatosi oltre la scadenza del termine per adempiere (in termini, di recente, Consiglio di Stato, sez. V., 3.05.2012, n. 2547).