

Inadempimento manifestato nella fase successiva all'aggiudicazione dell'appalto

Nel periodo che può intercorrere fra l'aggiudicazione del contratto e la sottoscrizione dello stesso, la Stazione appaltante deve verificare il reale possesso, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti di partecipazione e ha facoltà di escutere la cauzione provvisoria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario

L'aggiudicazione di una gara di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici, in quanto atto avente natura provvedimentale, è suscettibile di riesame da parte dell'amministrazione appaltante nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela e quindi le controversie che nascono in questa fase sono di competenza del giudice amministrativo

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 3470 del 28 maggio 2004, nel ribaltare completamente il parere espresso dal giudice di prime cure, ci segnala che è competenza del giudice amministrativo conoscere delle controversie relative all'escussione della garanzia provvisoria dovuta a mancata sottoscrizione del contratto

## I FATTI

Un comune revoca un'aggiudicazione di un appalto di lavori, incamera la cauzione provvisoria e affida i lavori alla seconda

La revoca è stata giustificata dall'asserito, grave, inadempimento dell'obbligo dell'aggiudicatario di stipulare il contratto di appalto; obbligo garantito da fideiussione prestata ai sensi e per gli effetti degli artt. 30, primo comma, della legge n. 109 dell'11 febbraio 1994 e 100 del D.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999.

## IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

Il Tar adito si dichiara incompetente a decidere sulla base dell'assunto che

il contratto di appalto si era, in vero, già concluso al momento della sua aggiudicazione, secondo il generale principio di cui all'art. 16, comma 4, del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, mentre la successiva stipulazione avrebbe costituito una mera formalità non influente sul "vinculum iuris" già sorto

e rimanda quindi la controversia davanti al giudice ordinario

## IL CONSIGLIO DI STATO RIBADISCE INVECE LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN QUANTO:

In materia di appalti di lavori pubblici, dopo l'entrata in vigore della legge 11.2.1994, n. 109, e succ. mod., il principio contenuto nella richiamata disposizione del R.D. n. 2440 del 1923 non è più attuale, atteso che "la

stipulazione del contratto deve avere luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto licitazione privata ed appalto concorso”, secondo l’art. 109 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, ed è condizionata alle verifiche nei confronti dell’aggiudicatario della presenza dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa di cui all’art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 e succ. mod. e alle ulteriori verifiche preordinate alla sottoscrizione del verbale di cui all’art. 71 del già citato D.P.R. 21.12.199, n. 554.

E ci segnala che la funzione della cauzione provvisoria è proprio quella di garantire la sottoscrizione del contratto

il contratto non era stato ancora stipulato tanto è vero che l’amministrazione aveva disposto l’incameramento della cauzione provvisoria cioè della cauzione prestata dai concorrenti alla gara di appalto a garanzia della successiva stipulazione del contratto in caso di aggiudicazione.

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2003

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 8030/2003 proposto da \*\*\*\*Costruzioni, S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall’Avv. Arturo Cancrini, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, Via G. Mercalli, n. 13,

CONTRO

Il Comune di Andria, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti. Giuseppe Di Bari e Ottavia Matera, con i quali è elettivamente domiciliato in Roma, Via Principessa Clotilde, n. 2, c/o Studio Clarizia,

per l’annullamento della sentenza del T.A.R. della Puglia, Bari, Sezione I, del 2.4.2003, n. 1542;

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 27.2.2004, il Consigliere Claudio Marchitiello;

Uditi gli avvocati Colarizi su delega dell’avvocato Cancrini e Di Bari, come da verbale d’udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La \*\*\*\*Costruzioni, s.r.l., impugnava il provvedimento del 5.11.2002, n. 1531, con il quale il Comune di Andria aveva revocato l’aggiudicazione alla società ricorrente dell’appalto dei lavori di sistemazione, restauro e miglioramento del Canalone Ciappetta Camaggio - consolidamento Via M. Polo, l’incameramento della cauzione provvisoria e disposto l’affidamento della esecuzione delle predette opere alla impresa \*\*\*\*, seconda classificata al termine della gara pubblica svoltasi il 26.6.2002.

Il Comune di Andria si costituiva in giudizio opponendosi all’accoglimento del ricorso.

Il T.A.R. della Puglia, Bari, Sezione I, con la sentenza del 2.4.2003, n. 1542, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La \*\*\*\*Costruzioni appella la sentenza deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

Il Comune di Andria resiste all'appello chiedendola conferma della sentenza appellata.

All'udienza del 27.2.2004, il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

## DIRITTO

La \*\*\*\*Costruzioni, s.r.l., appella la sentenza 2.4.2003, n. 1542, con la quale la 1<sup>a</sup> Sezione del T.A.R. della Puglia, Sede di Bari, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione sul ricorso proposto dalla Società ricorrente per l'annullamento del provvedimento del Comune di Andria del 5.11.2002, n. 1531.

Il Comune di Andria, con tale provvedimento, aveva revocato l'aggiudicazione alla società ricorrente dell'appalto dei lavori di sistemazione, restauro e miglioramento del Canalone Ciappetta Camaggio - consolidamento Via M. Polo, aveva disposto l'incameramento della cauzione provvisoria e aveva affidato l'esecuzione delle predette opere alla impresa \*\*\*\*, seconda classificata al termine della gara pubblica svoltasi il 26.6.2002.

L'appello della \*\*\*\*Costruzioni è fondato.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte affermato che l'aggiudicazione di una gara di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici, in quanto atto avente natura provvedimentale, è suscettibile di riesame da parte dell'amministrazione appaltante nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela (V, 24.10.2000, n. 5710; 3.2.2000, n. 661; VI, 14.1.2000, n. 244; IV, 29.5.1998, n. 900; 24.10.1996, n. 1263).

Di fronte a tali poteri, di natura autoritativa, sussistono soltanto posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo tutelabili in sede giurisdizionale amministrativa, anche quando il provvedimento, di annullamento o di revoca, incide sul rapporto contrattuale già concluso (V, 25.5.1998, n. 677).

Non è condivisibile, invece, la impostazione del T.A.R., secondo cui il provvedimento impugnato in primo grado si configurerebbe come atto di recesso del Comune di Andria dal contratto già concluso con la \*\*\*\*Costruzioni, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

Tale tesi, che equipara l'aggiudicazione al contratto, richiamandosi all'art. 16, comma quarto, del R.D. 18.11.1923, n. 2440, non si rivela attuale.

In materia di appalti di lavori pubblici, dopo l'entrata in vigore della legge 11.2.1994, n. 109, e succ. mod., il principio contenuto nella richiamata disposizione del R.D. n. 2440 del 1923 non è più attuale, atteso che "la stipulazione del contratto deve avere luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto licitazione privata ed appalto concorso", secondo l'art. 109 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, ed è condizionata alle verifiche nei confronti dell'aggiudicatario della presenza dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa di cui all'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 e succ. mod. e alle ulteriori verifiche preordinate alla sottoscrizione del verbale di cui all'art. 71 del già citato D.P.R. 21.12.1999, n. 554.

Nella specie, il contratto non era stato ancora stipulato tanto è vero che l'amministrazione aveva disposto l'incameramento della cauzione provvisoria cioè della cauzione prestata dai concorrenti alla gara di appalto a garanzia della successiva stipulazione del contratto in caso di aggiudicazione.

Dalle considerazioni che precedono emerge che la controversia rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo e che, pertanto, in accoglimento dell'appello proposto dalla Società \*\*\*\*Costruzioni, la sentenza appellata con la quale il T.A.R. ha erroneamente declinato la propria giurisdizione deve essere annullata con rinvio allo stesso primo giudice per il giudizio di competenza.

Le spese relative ai due gradi del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, annulla la sentenza appellata e rinvia la controversia al T.A.R. della Puglia, Sede di Bari, per il giudizio di competenza.

Compensa le spese dei due gradi del giudizio,

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 27.2.2004, DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
Il 28 maggio 2004

T.A.R. della Puglia, Bari, Sezione I, con la sentenza del 2.4.2003, n. 1542,

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO.  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA

Sede di Bari - Sezione Prima

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 2084/2002, proposto dalla \*\*\*\*COSTRUZIONI SRL, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Antonella Roselli e Arturo Cancrini, presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Bari alla via Dante, 25;

C O N T R O

- il Comune di Andria, in persona del Sindaco pro – tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Giuseppe Di Bari e Avv. Ottavia Matera, elettivamente domiciliato in Bari alla via Dante, 25 presso lo studio dell'Avv. A. Bagnoli;  
e nei confronti

- della \*\*\*\* Impresa Edile - Stradale, non costituita;

per l'annullamento

della determinazione dell'Amministrazione Comunale di Andria n.1531 di rep. del 5 novembre 2002, resa nota successivamente, con cui si revoca l'aggiudicazione in favore dell'impresa \*\*\*\*Costruzioni S.r.l.; s'incarica il Settore Avvocatura ad incamerare la cauzione provvisoria, prodotta dall'impresa \*\*\*\*Costruzioni S.r.l., dell'importo di € 12.405,00; si dispone l'aggiudicazione dei lavori di sistemazione, restauro e miglioramento del Canalone Ciappetta Camaggio - consolidamento Via M. Polo alla ditta \*\*\*\* impresa edile - stradale;

della nota dell'8 novembre 2002 con cui l'Amministrazione Comunale di Andria comunica alla \*\*\*\*Costruzioni S.r.l. che "é stata revocata l'aggiudicazione alla Ditta in indirizzo, in considerazione dell'inadempimento manifestato nella fase successiva all'aggiudicazione dell'appalto. Pertanto é stato conferito all'Ufficio Legale di procedere all'escussione della cauzione provvisoria prestata in sede di gara e di intraprendere eventuale azione di responsabilità nei confronti di codesta Impresa ", nonché della successiva nota del 21 novembre 2002, prot. n. 36128 di conferma;  
di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;  
e per la conseguente condanna

dell'Amministrazione intimata: in via principale, a disporre l'annullamento della suindicata determinazione e quindi a confermare l'aggiudicazione dell'appalto in oggetto a favore della \*\*\*\*Costruzioni S.r.l.; in via subordinata, a ristorare la Società ricorrente dei danni ingiusti subiti e subendi;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Udita alla pubblica udienza del 19 marzo 2003 la relazione del Cons. Amedeo Urbano e uditi, altresì, gli Avv.ti A. Roselli e O. Matera;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 20 dicembre 2002, la Società \*\*\*\*Costruzioni srl ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la determinazione dell'Amministrazione Comunale di Andria n.1531 di rep. del 5 novembre 2002, resa nota successivamente, con cui si revoca l'aggiudicazione in favore dell'impresa \*\*\*\*Costruzioni S.r.l.; s'incarica il Settore Avvocatura ad incamerare la cauzione provvisoria, prodotta dall'impresa \*\*\*\*Costruzioni S.r.l., dell'importo di € 12.405,00; si dispone l'aggiudicazione dei lavori di sistemazione, restauro e miglioramento del Canalone Ciappetta Camaggio - consolidamento Via M. Polo alla ditta \*\*\*\* impresa edile - stradale.

La società \*\*\*\*Costruzioni ha domandato anche la condanna dell'Amministrazione intimata: in via principale, all'annullamento della suindicata determinazione e quindi a confermare l'aggiudicazione dell'appalto in oggetto a favore della \*\*\*\*Costruzioni S.r.l.; in via subordinata, al risarcimento della Società ricorrente dei danni ingiusti subiti e subendi.

Vengono dedotti i seguenti motivi:

1) Illegittimità per violazione e/o falsa applicazione di legge; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 71, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 554/99; del combinato disposto degli artt. 20 del bando di gara e 10 della legge n.109/94 e successive modifiche ed integrazioni; eccesso di potere sotto tutti i profili, con particolare riferimento all'errore sui presupposti di diritto ed alla carenza di istruttoria.

All'invito a stipulare il contratto di appalto, rivoltole dalla stazione appaltante, la società ricorrente aveva opposto l'assoluta necessità di procedere - ai fini di una seria ed oculata verifica delle "condizioni che (consentivano) l'immediata esecuzione dei lavori" - ad un attento esame della pianta di tracciamento dei pali e della mappa dei sottoservizi dei particolari costruttivi, nonché, ad altri indispensabili accertamenti.

Non di meno, l'Amministrazione comunale, tenuta invece a rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ha giudicato il comportamento della controparte negligente, contraddittorio e contrario alla buona fede.

Peraltro, il richiamo, fatto dal Comune di Andria, al secondo comma dell'art. 71 del D.P.R. n. 554/1999, è inconferente, non avendo ad oggetto detta norma la disciplina di elementi emersi in un momento successivo rispetto all'esame degli elaborati progettuali, e non essendosene, del resto, avverati nel caso di specie i presupposti, ossia, il fallimento o il grave inadempimento dell'originario appaltatore, che legittimerebbero il conferimento dell'appalto in favore del secondo classificato.

2) Illegittimità per violazione e/o falsa applicazione di legge; violazione e/o falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 9 del bando di gara e 30 della legge n.109/94 e successive modifiche ed integrazioni; eccesso di potere sotto tutti i profili, con particolare riferimento all'errore sui presupposti di diritto ed alla carenza di istruttoria.

Nel caso di specie, non sussiste assolutamente il presupposto del "fatto dell'aggiudicatario", legittimante il potere di incamerare la cauzione prestata, giacché la mancata sottoscrizione del contratto non è in alcun modo imputabile all'Impresa ricorrente, essendo piuttosto configurabile un comportamento della Stazione appaltante del tutto in spregio ai criteri di correttezza e cooperazione, cui essa dovrebbe, invece, conformarsi nel perseguimento dei fini pubblici.

Costitutosi in giudizio, il Comune di Andria ha concluso per il rigetto, nel merito, del ricorso.

All'udienza pubblica il ricorso è passato in decisione.

## DIRITTO

Con la determinazione impugnata, il Comune di Andria ha revocato l'aggiudicazione, in favore dell'impresa \*\*\*\*Costruzioni s.r.l., dell'appalto dei lavori di sistemazione, restauro e miglioramento del Canalone Ciappetta Camaggio - consolidamento Via M. Polo; ha deciso di incamerare la cauzione provvisoria prodotta dall'anzidetta impresa ed ha affidato l'esecuzione delle opere all'impresa edile \*\*\*\*, seconda in graduatoria al termine della gara pubblica svoltasi il 26.6.2002.

La revoca è stata giustificata dell'asserito, grave, inadempimento dell'obbligo dell'aggiudicatario di stipulare il contratto di appalto; obbligo garantito da fideiussione prestata ai sensi e per gli effetti degli artt. 30, primo comma, della legge n. 109 dell'11 febbraio 1994 e 100 del D.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999.

Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, avendo la controversia ad oggetto l'impugnativa del provvedimento del Comune di Andria di recesso dalla già disposta aggiudicazione dell'appalto.

Ed in vero, dal contenuto della deliberazione di aggiudicazione dei lavori in questione (la determinazione dirigenziale n. 185 del 16.7.2002) non può dedursi che la P.A. abbia voluto differire la costituzione del vincolo giuridico al momento successivo della stipulazione del contratto.

Considera il Collegio, infatti, che, nel caso in esame, il contratto di appalto si era, in vero, già concluso al momento della sua aggiudicazione, secondo il generale principio di cui all'art. 16, comma 4, del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, mentre la successiva stipulazione avrebbe costituito una mera formalità non influente sul "vinculum iuris" già sorto (cfr. T.A.R. Puglia sez. II, Bari, 12 marzo 1997, n. 240).

Ed infatti, il verbale previsto dall'art. 71, terzo comma, del D.P.R. n. 554/1999, che la Società ricorrente ha, però, rifiutato di redigere, riguardava soltanto l'eseguibilità dei lavori, ossia la possibilità di dare corso ad un rapporto giuridico già sorto in forza di un atto (la delibera di aggiudicazione), di cui la redazione del verbale costituiva soltanto una condizione sospensiva di efficacia ed al cui avverarsi si sarebbe, quindi, addivenuti alla formazione e sottoscrizione di un atto (il contratto), destinato a contenere le dichiarazioni di volontà delle parti contraenti, con effetto meramente probatorio del vincolo già validamente costituito con l'aggiudicazione definitiva.

Alla luce di tali considerazioni, non può che dichiararsi il difetto di giurisdizione, non rientrando la controversia tra le questioni che l'art. 33, comma 2, lett. e), del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, novellato dall'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Tale giurisdizione, in vero, riguarda la fase prodromica alla conclusione del contratto di appalto, ossia tutte le controversie relative all'"affidamento degli appalti di lavori pubblici", concernenti la lesione di un interesse legittimo o un diritto soggettivo.

La "revoca", di cui è causa, invece, non ha avuto origine da una decisione adottata "iure publici" dall'Autorità comunale per rimediare a vizi di legittimità coevi alla deliberazione di aggiudicazione o per sopravvenute ragioni di interesse pubblico, bensì dall'esercizio, da parte della stazione appaltante, del diritto di recedere dal vincolo giuridico contratto con la società ricorrente, sul presupposto che questa non avesse adempiuto un obbligo posto a suo carico in forza dell'atto di aggiudicazione della gara.

Pertanto, nella parte in cui si è contestata la legittimità della determinazione della Stazione appaltante di decadenza della società ricorrente dall'aggiudicazione, il ricorso in esame va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione, poiché - come ha avuto occasione di precisare anche questo Tribunale (Sez. I, n. 4422 del 10 novembre 2000 e n. 242 del 17.01.2003) - spetta al giudice ordinario la cognizione delle controversie sorte nella fase successiva alla conclusione del contratto (Cass. civ., sez. un., 7 marzo 2001, n. 95).

Inammissibili per carenza di interesse, non potendo trarre dal loro eventuale accoglimento alcun vantaggio la società ricorrente, perché non risulterebbe comunque aggiudicataria delle nuove opere, essendo decaduta da ogni pretesa al riguardo, sono conseguentemente le censure dell'atto di affidamento dell'appalto ad altro concorrente utilmente graduato, formulate sul rilievo che non si sarebbero avverati i presupposti per poter addivenire, in forza dell'art. 20 del bando di gara e dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 209, all'affidamento dei lavori all'impresa classificatasi al secondo posto.

Pertanto, alla stregua delle su esposte considerazioni, il ricorso in esame deve essere dichiarato inammissibile, con conseguente rigetto della domanda di risarcimento danni (cfr. C.d.S. Ad. Plen. n.4/2003).

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il tribunale amministrativo regionale per la Puglia Sede di Bari - Sezione I, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Bari nella Camera di Consiglio del 19 marzo 2003 con l'intervento dei Magistrati:

Dott. GENNARO FERRARI PRESIDENTE

Dott. AMEDEO URBANO                      CONSIGLIERE, REL.

Dott. FEDERICA CABRINI                      REFERENDARIO.