

# **È illegittimo il silenzio della Pubblica Amministrazione che dopo l'aggiudicazione non convoca l'impresa aggiudicataria per stipulare il contratto di appalto.**

*di Gianluca Briganti*

*Data di pubblicazione: 1-10-2020*

*1. L'art. 11 del d.lgs. 163 del 2006 – oggi sostituito dall'art. 33 del d.lgs. n. 50 del 2016 – al comma 9 disponeva che, divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto d'appalto o di concessione avesse luogo entro il termine di 60 giorni, salvo diverso termine previsto. A fronte di tale previsione, ove la stipulazione non avvenga nel termine previsto sussiste, dunque, un interesse legittimo del privato alla stipulazione del contratto, tutelabile con l'azione avverso il silenzio ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a.*

## **GUIDA ALLA LETTURA**

La **V Sezione del Consiglio di Stato**, nella **pronuncia** in oggetto, ha statuito perentoriamente che **è illegittimo il silenzio della Pubblica Amministrazione che dopo l'aggiudicazione non convoca l'impresa aggiudicataria per stipulare il contratto di appalto.**

Nella fattispecie *de quo*, l'**operatore economico appellante**, classificatosi **secondo in graduatoria**, aveva **impugnato** tale esito innanzi al **TAR Campania** che **accoglieva il ricorso e riconosceva all'operatore in questione il diritto a rendersi aggiudicataria della gara.**

Nonostante la Stazione Appaltante avesse **provveduto ad aggiudicare la gara in favore dell'operatore economico**, in ottemperanza alla sentenza del **TAR Campania**, ogni successiva **sollecitazione alla conclusione del contratto d'appalto non conseguiva alcun effetto positivo.**

In riferimento a tale circostanza, l'**operatore economico notificava**, dunque, alla **Pubblica Amministrazione un atto di diffida e messa in mora** a consentire ed a procedere alla **stipula del contratto di appalto.**

Essendo inutilmente **decorso il termine di 60 giorni** fissato per la stipula del contratto di appalto dall'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, l'operatore economico proponeva **ricorso ex artt. 31 e 117 c.p.a.** al medesimo TAR Campania deducendo **l'illegittimità del silenzio serbato dalla stazione appaltante sull'istanza di sottoscrizione del contratto di appalto**, in violazione degli artt. 2 e seguenti della legge n. 241 del 1990 in relazione all'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016), dell'art. 97 della Costituzione, nonché violazione del giusto procedimento per illogicità e manifesta irragionevolezza.

La società ricorrente esponeva un **interesse all'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dalla Stazione Appaltante** in ordine sia alla richiesta di sottoscrizione del contratto di appalto, sia al consequenziale accertamento dell'obbligo di **provvedere alla conclusione del procedimento**, da assolversi direttamente o, in mancanza, a mezzo di un commissario *ad acta*.

Tuttavia, il **TAR Campania rigettava il ricorso dell'operatore economico**.

L'**operatore economico** ha **impugnato la sentenza *de quo***, deducendone l'erroneità in relazione agli artt. 2 e seguenti della legge n. 241 del 1990, all'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016), nonché all'art. 97 della Costituzione.

La **P.A.** appellata **non avrebbe provveduto** all'emissione di alcun **provvedimento** volto alla **stipula del contratto** nonostante le molteplici sollecitazioni dell'appellante.

È necessario premettere come, la **divisione tra la fase di tipo pubblicistico e la fase meramente privatistica** è stata resa maggiormente evidente dal **d.lgs. n. 53 del 2010**. Con tale norma, infatti, in recepimento della direttiva n. 2007/66/CE (la c.d. **Direttiva Ricorsi**) è stato introdotto un **duplice termine dilatorio** (c.d. ***stand still***) in virtù del quale le Stazioni Appaltanti **non possono stipulare il contratto d'appalto** prima che siano decorsi 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento per l'aggiudicazione definitiva e 60 giorni dall'aggiudicazione definitiva.

Nell'ipotesi in cui la **sottoscrizione del contratto d'appalto non avvenga entro tale termine**, l'**operatore economico aggiudicatario può sciogliersi da ogni vincolo con la Stazione Appaltante**.

Tuttavia, **durante** il periodo di ***stand still***, è **dibattuta la natura della situazione giuridica vantata dall'operatore aggiudicatario nei confronti della Stazione Appaltante**.

Infatti, è **dibattuta la questione** se, l'operatore economico aggiudicatario vanta un **diritto soggettivo** alla stipula del contratto d'appalto o, diversamente, un **interesse legittimo** pretensivo alla sottoscrizione del contratto.

Qualificando tale circostanza quale **diritto soggettivo** si dovrebbe ritenere applicabile il rimedio di cui **all'art. 2932 c.c. (Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto)**, diversamente, si registra un **indirizzo giurisprudenziale** (Cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, 23 marzo 2019, n. 168; TAR Lazio, Roma, 3 novembre 2015, n. 12400), **avallato nella pronuncia in oggetto**, in forza del quale andrebbe configurata l'**esperibilità del rito avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a.**, volto ad **ottenere una condanna della P.A. alla sottoscrizione del contratto d'appalto**.

Definitivamente, nella **pronuncia in oggetto**, i **Giudici di Palazzo Spada**, optando per la tesi **dell'interesse legittimo di natura pretensiva**, hanno statuito che l'art. 11 del d.lgs. 163 del 2006 – oggi sostituito dall'art. 33 del d.lgs. n. 50 del 2016 – al comma 9 disponeva che, **diventa efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto**

**d'appalto o di concessione avesse luogo entro il termine di 60 giorni, salvo diverso termine previsto.**A fronte di tale previsione, ove la stipulazione non avvenga nel termine previsto sussiste, dunque, un interesse legittimo del privato alla stipulazione del contratto, tutelabile con l'azione avverso il silenzio ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a.

**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 9664 del 2019, proposto da Dec – Deme Environmental Contractors n.v. in proprio e nella qualità di mandataria dell'Ati con le mandanti Savarese Costruzioni S.p.a., Sled Costruzioni Generali S.p.a. e Iter Gestioni ed Appalti S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Salvatore Salvi e Nicola Salvi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 5039 del 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata - Sede di Napoli;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2020, tenuta con le modalità di cui agli artt. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 e 4, comma 1, d.l. n. 28 del 2020 come da verbale, il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti l'avvocato Mario Salvatore Salvi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con bando dell'8 gennaio 2010 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata - Sede Centrale di Napoli, nella qualità di stazione appaltante per conto del Commissario di Governo, indicava procedura ristretta ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 163 del 2006, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento dell'appalto-concorso avente ad oggetto la *“Progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e realizzazione dei lavori necessari per la rimozione della colmata a mare e bonifica dei fondali dell'area marino costiera del Sito di Interesse Nazionale Bagnoli – Coroglio nel Comune di Napoli – Primo Stralcio bonifica dei fondali”*.

Alla gara partecipava l'ATI Dec che, classificatasi seconda in graduatoria, ne impugnava l'esito innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania che, con sentenza n. 3726 del 2013, accoglieva il ricorso e riconosceva all'ATI il diritto a rendersi aggiudicataria della gara in questione; con sentenza n. 5995 del 2013 questo Consiglio confermava il diritto dell'ATI all'aggiudicazione della procedura concorsuale.

Nonostante il Ministero avesse provveduto ad aggiudicare la gara in favore dell'ATI con decreto del Provveditorato n. 18470 del 10 giugno 2014, ogni successiva sollecitazione alla conclusione del contratto non sortiva effetto positivo. Il 2 aprile 2019 l'ATI Dec notificava, dunque, al Provveditorato, al Comune di Napoli, al Commissariato di Governo ed ad Invitalia - questi intervenuti successivamente nella vicenda riguardante il sito di Bagnoli - atto di diffida e messa in mora a consentire ed a procedere, ciascuno per quanto di competenza, alla stipula del contratto di appalto.

Essendo inutilmente scaduto il termine di 60 giorni fissato per la stipula del contratto di appalto dall'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, Dec proponeva ricorso ex artt. 31 e 117 c.p.a. al Tribunale amministrativo regionale per la Campania deducendo l'illegittimità del silenzio serbato dalla stazione appaltante sull'istanza di sottoscrizione del contratto di appalto, in violazione degli artt. 2 e seguenti della legge n. 241 del 1990 in relazione all'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016), dell'art. 97 della Costituzione, nonché violazione del giusto procedimento per illogicità e manifesta irragionevolezza. Esponeva che aveva interesse all'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dalla stazione appaltante in ordine sia alla richiesta di sottoscrizione del contratto di appalto, formulata con la diffida del 2 aprile 2019, sia al consequenziale accertamento dell'obbligo di provvedere alla conclusione del procedimento, da assolversi direttamente o, in mancanza, a

mezzo di un commissario ad acta.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con sentenza n. 5039 del 2019, dopo avere estromesso dal giudizio il Comune di Napoli ed Invitalia, rigettava il ricorso, compensando le spese di lite.

Dec ha impugnato la suddetta sentenza, deducendone l'erroneità in relazione agli artt. 2 e seguenti della legge n. 241 del 1990, all'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016), nonché all'art. 97 della Costituzione, atteso che il Ministero appellato non avrebbe provveduto all'emissione di alcun provvedimento teso alla stipula del contratto nonostante le molteplici sollecitazioni dell'appellante.

L'appellante medesimo ha chiesto, inoltre, di ordinare al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata - Sede Centrale di Napoli di pronunciarsi con provvedimento espresso entro un termine non superiore a 30 giorni dalla notificazione o comunicazione in via amministrativa della sentenza sulla predetta istanza della Dec, e di disporre, per il caso di ulteriore inottemperanza, la nomina di un commissario *ad acta* che provveda in luogo del predetto Ministero con oneri a carico dello stesso.

Si è costituito per resistere all'appello il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata - Sede di Napoli.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

Alla camera di consiglio del 2 luglio 2020, tenuta con le modalità di cui agli artt. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 e 4, comma 1, d.l. n. 28 del 2020 come da verbale, l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Dec – Deme Environmental Contractors n.v. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 5039 del 2019 che ha respinto il ricorso proposto dalla stessa avverso il silenzio serbato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata - sede di Napoli, nella qualità di stazione appaltante per conto del Commissario di Governo, in relazione alle sollecitazioni più volte allo stesso inoltrate per la sottoscrizione del contratto di appalto avente ad oggetto la *“Progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e realizzazione dei lavori necessari per la rimozione della colmata a mare e bonifica dei fondali dell'area marino costiera del Sito di Interesse Nazionale Bagnoli – Coroglio nel Comune di Napoli – Primo Stralcio bonifica dei fondali”*.

La sentenza appellata ha respinto il ricorso affermando che: *“per stipulare il relativo contratto è necessario che il quadro istruttorio sia chiaro; a tale quadro generale manca l'apporto*

*necessario del Ministero dell'Ambiente. Ne consegue che il silenzio serbato sull'atto di diffida predetto non è illegittimo, perché alla luce dei reiterati provvedimenti emessi dall'amministrazione resistente non può dirsi formatosi alcun silenzio inadempimento" e ciò perché "Non può essere utilmente proposta l'azione per silenzio inadempimento ex art. 21 bis, 1. N. 241 del 1990 su istanza dell'interessato rimasta inevasa, quando lo stesso abbia più volte, in precedenza, proposto analoghe istanze, ricevendo risposte negative espresse, senza che esse fossero oggetto di impugnazione, né sussistano, nella nuova istanza, elementi di sostanziale novità, non ravvisandosi, in questo caso, il silenzio della P.A. (cfr., T.A.R. Trieste, (Friuli-Venezia giulia) sez. 1, 12.10.2009, n. 697)".*

L'appellante assume che il giudice di primo grado confonde la continua interlocuzione epistolare intercorsa tra le parti con l'assunzione di specifici provvedimenti che, nel caso in esame, risultano insussistenti, nonostante le numerose sollecitazioni proposte a tal fine.

Al contrario, per la difesa del Ministero appellato lo stesso si sarebbe pronunciato in diverse occasioni, ribadendo, sostanzialmente, quanto contenuto nella relazione prot. n. 16025 del 28 giugno 2019 del Provveditorato alle opere pubbliche, versata in atti, che ricostruisce correttamente gli eventi che hanno per oggetto la vicenda in esame, confermando di aver svolto l'incarico di stazione appaltante relativamente all'appalto-concorso in esame, gestendo la fase di gara e procedendo all'aggiudicazione definitiva con D.P. n. 18470 del 10 giugno 2014 in favore dell'ATI ricorrente.

Conferma, inoltre, sostanzialmente, che non si è proceduto alla stipula del contratto di appalto, nè si è provveduto ad assumere un provvedimento definitivo perché *"ad oggi dette determinazioni ed autorizzazioni finali da parte del Ministero dell'Ambiente non sono pervenute"*.

L'appello va accolto.

Parte appellata sostiene che, allo stato, non vi sarebbe un obbligo di concludere il procedimento iniziato nel lontano 2014 a carico del Ministero, in quanto condizionato dall'imprescindibile parere del Ministero dell'Ambiente, non ancora reso. Con la conseguenza che il procedimento sarebbe ancora in corso legittimamente.

Il Collegio evidenzia che l'art. 11 del d.lgs. 163 del 2006 – oggi sostituito dall'art. 33 del d.lgs. n. 50 del 2016 – al comma 9 disponeva che, divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto d'appalto o di concessione avesse luogo entro il termine di 60 giorni, salvo diverso termine previsto. A fronte di tale previsione, ove la stipulazione non avvenga nel termine previsto sussiste, dunque, un interesse legittimo del privato alla stipulazione del contratto, tutelabile con l'azione avverso il silenzio ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a.

Nella fattispecie in questione le note del Ministero appellato in risposta alle plurime istanze dell'appellante per sollecitare la conclusione del contratto non sono sufficienti ad escludere l'inerzia dello stesso.

Anche se per la conclusione del procedimento è indispensabile il previo parere del Ministero

dell'Ambiente, come più volte evidenziato dal Ministero appellato, se lo stesso non si esprime non è ammissibile che l'obbligo di concludere il contratto per lavori di appalto aggiudicati sei anni fa rimanga ancora inadempito.

Il parere del Ministero dell'Ambiente, anche se vincolante, è un mero atto endoprocedimentale senza rilevanza esterna e dunque interno al procedimento che porterà all'emissione del provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e costituisce, dunque, un onere a carico dello stesso Ministero sollecitarne l'emissione ed ottenerlo al fine di assolvere con diligenza, correttezza e buona fede lo specifico obbligo di dar corso alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto, e, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado e, di conseguenza, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata - Sede di Napoli, va condannato alla conclusione del procedimento entro il termine di 30 giorni dalla notifica o dalla comunicazione della presente sentenza, adoperandosi per la sollecita acquisizione del parere del Ministero dell'Ambiente.

Per il caso di ulteriore inottemperanza, su mera istanza dell'appellante si disporrà la nomina di un commissario *ad acta* che provveda in luogo del predetto Ministero inadempiente e con oneri a carico dello stesso.

Sussistono tuttavia, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

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 appellata, accoglie il ricorso di primo grado e condanna il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata - Sede di Napoli, alla conclusione del procedimento entro il termine di 30 giorni dalla notifica o dalla comunicazione della presente sentenza, nei sensi di cui in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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