

Modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto e riparto di giurisdizione

di Enrichetta Tamburrino

Data di pubblicazione: 18-3-2013

Tar Puglia, Lecce, Sezione II, 1 marzo 2013, n. 458

Presidente Trizzino; Estensore Marotta

Rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario la controversia riguardante la legittimità del comportamento della pubblica amministrazione, successivo alla conclusione del contratto intercorso con la società aggiudicatrice che ha ceduto il ramo di azienda, al fine di stabilire se il subentro nell'appalto di altra società sia opponibile all'ente pubblico appaltante.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 2062 del 2012, proposto da: ?Cooperativa Sociale Pegaso a r.l., rappresentata e difesa dall'avv.to Rubina Ruggiero, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Giovanni Pellegrino in Lecce, via Augusto Imperatore n. 16;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, rappresentata e difesa dall'avv.to Domenico Semeraro, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Lecce, via F. Rubichi n.23;

nei confronti di

Cadma Società Cooperativa Sociale e Demetra Società Cooperativa Sociale, rappresentate e difese dall'avv.to Antonio Pancallo, con domicilio eletto presso l'avv.to Maria Antonietta Nigro in Lecce, via Pozzuolo n. 9;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto n.1315 del 6 novembre 2012, con cui il Direttore dell'Area gestione del patrimonio ha preso atto del subentro della Società Cooperativa Sociale Cadma, nei servizi in essere già affidati alla Società Cooperativa Sociale Demetra; ha dato atto di aver espletato l'attività di verifica volta al riscontro dei requisiti di ordine generale ex art. 38 nonché di idoneità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria con esito positivo ed ha autorizzato il subentro della Società Cooperativa Sociale Cadma nel contratto rep. n. 777 del 28 giugno 2011 relativo al servizio di gestione della Comunità riabilitativa assistenza psichiatrica di Manduria.

- di qualsiasi atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Società Cooperative Sociali Cadma e Demetra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2013 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti l'avv.to R. Ruggiero, l'avv.to M. G. Marrocco, in sostituzione dell'avv.to D. Semeraro, e l'avv.to N. Zurlo, in sostituzione dell'avv.to A. Pancallo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Cooperativa sociale ricorrente ha partecipato ad una procedura di gara indetta dalla A.S.L. di Taranto, con deliberazione n. 3405 dell'8 ottobre 2009, per l'affidamento della gestione di n. 7 Comunità Riabilitative Residenziali Assistenziali e di n. 2 Comunità Alloggio del Dipartimento di Salute mentale della medesima A.S.L.

L'oggetto dell'appalto è stato suddiviso in nove lotti ed il terzo lotto, relativo alla gestione della Comunità Riabilitativa Assistenza Psichiatrica di Manduria, è stato definitivamente aggiudicato, con deliberazione del Commissario straordinario della A.S.L. di Taranto n. 304 del 1° febbraio 2011, alla Cooperativa sociale Demetra a r.l.

Con il proposto gravame, la Cooperativa ricorrente, che rispetto al terzo lotto si è classificata al secondo posto, ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 1315 del 6 novembre 2012, con la quale il Direttore dell'Area gestione del patrimonio della A.S.L. di Taranto ha autorizzato il subentro nel contratto della Cooperativa sociale Cadma, per effetto della cessione di ramo d'azienda da parte della aggiudicataria originaria.

La ricorrente, dopo aver preliminarmente evidenziato le ragioni per le quali ritiene sussistente la giurisdizione del Giudice amministrativo, ha contestato la legittimità dell'atto impugnato per i seguenti motivi:

1. Violazione della lex specialis di gara, violazione e falsa applicazione degli artt. 39, 41, 42 e 116 del Codice dei contratti. Violazione del disciplinare di gara, punto C2 (requisiti di capacità economico-finanziaria) e punto C3 (requisito di capacità tecnica);
2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 27 del Codice dei contratti. Violazione del principio comunitario di libera concorrenza di cui agli artt. 51 e ss. del Trattato CE. Violazione dei principi di parità di trattamento tra le imprese (artt. 3 e 90 del Trattato). Violazione della comunicazione interpretativa della Commissione europea 2006/C 179/02.

Si sono costituite in giudizio le Cooperative sociali Cadma e Demetra, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso, per difetto di interesse, in quanto dall'annullamento dell'atto impugnato non conseguirebbe automaticamente l'affidamento del servizio alla Cooperativa ricorrente nonché l'inammissibilità del ricorso sotto altro profilo, in quanto l'atto impugnato, adottato sulla base di quanto disposto dall'art. 116 comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, sarebbe meramente ricognitivo di una previsione di legge. Nel merito, le controinteressate hanno contestato la fondatezza del ricorso, chiedendone pertanto la reiezione.

Si è costituita in giudizio anche la A.S.L. di Taranto, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità de ricorso, per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, e contestando, nel merito, la fondatezza delle dedotte censure.

Il ricorso chiamato alla Camera di Consiglio del 17 gennaio 2013 per la delibazione della domanda cautelare di sospensione della efficacia dell'atto impugnato, viene ritenuto per la decisione con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo.

In relazione alla manifesta inammissibilità del proposto gravame, per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, ricorrono nel caso de quo, a giudizio del Collegio, le condizioni per l'applicazione della citata disposizione, ai fini della immediata definizione del ricorso in esame, ricorrendo, altresì, gli altri presupposti per l'adozione della decisione in forma semplificata ed avendo il Presidente del Collegio, all'odierna udienza camerale, rese edotte le parti costituite di tale eventualità.

In tema di riparto di giurisdizione, con specifico riguardo alle questioni relative alle modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto d'appalto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ordinanza del 1° giugno 2006 n. 13033, hanno enunciato i seguenti principi:

- Gli artt. 6 e 7 della legge n. 205 del 2000 (le cui disposizioni sono ora riprodotte nell'art. 133 del codice del processo amministrativo), che attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto, in essa compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dalla stessa, e non si riferiscono, invece, alla successiva fase relativa all'esecuzione del rapporto, nella quale resta operante la giurisdizione del Giudice ordinario, quale giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative;

- La giurisdizione del giudice ordinario in materia di contratti stipulati dalla P.A. comprende la cognizione delle controversie inerenti ai diritti ed agli obblighi scaturenti dal contratto di appalto, a nulla rilevando in contrario che l'amministrazione si sia avvalsa della facoltà di rescindere o risolvere il rapporto, atteso che la giurisdizione si determina in ragione della intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio e che rientra nei poteri del Giudice ordinario accertare, verificando in via incidentale la legittimità dell'atto rescissorio, se l'amministrazione abbia violato le clausole contrattuali e vulnerato il diritto soggettivo della controparte a proseguire il rapporto;

- Rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario la controversia riguardante la legittimità del comportamento della pubblica amministrazione, successivo alla conclusione del contratto intercorso con la società aggiudicatrice che ha ceduto il ramo di azienda, al fine di stabilire se il subentro nell'appalto di altra società sia opponibile all'ente pubblico appaltante.

Alle medesime conclusioni è pervenuto recentemente anche il Consiglio di Stato, che, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del diniego opposto dalla stazione appaltante al subentro nel contratto, a seguito di cessione di ramo d'azienda, e sulla conseguente risoluzione del contratto di appalto, ha ritenuto che la cognizione della controversia dedotta in giudizio fosse devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario, essendo gli atti impugnati manifestazione di autotutela privatistica nella fase della esecuzione del rapporto contrattuale (Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 7 dicembre 2011 n. 5368).

Né possono essere condivise sul punto le argomentazioni della parte ricorrente, secondo la quale il subentro nel contratto d'appalto, a seguito della cessione del ramo d'azienda, darebbe luogo ad una sequenza procedimentale di tipo valutativo, diretta all'accertamento del

possesso, in capo al cessionario dei requisiti richiesti per lo svolgimento del servizio oggetto del contratto, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione (esclusiva) del Giudice amministrativo.

In proposito, il Collegio si limita a far rilevare che l'iter previsto e disciplinato dall'art. 116 del codice dei contratti, in materia di modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto, non prevede la rinnovazione delle procedure di gara da parte della stazione appaltante né alcuna attività valutativa (discrezionale), ma la mera verifica (oggettiva) del possesso in capo al cessionario dei requisiti di qualificazione previsti dal codice dei contratti pubblici.

Stando così le cose, risulta evidente che, a fronte del potere di verifica attribuito alla stazione appaltante, in fase di esecuzione del contratto, dall'art. 116 del d.lgs. n. 163/2006, la posizione giuridica soggettiva del cessionario ha natura e consistenza di diritto soggettivo, con conseguente devoluzione della cognizione delle relative controversie alla giurisdizione del Giudice ordinario, secondo l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione basato sulla natura giuridica della posizione soggettiva azionata.

In conclusione, per le ragioni sopra sinteticamente esposte, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.

In considerazione della peculiarità delle questioni (anche in rito) dedotte dalle parti costituite, sussistono, a giudizio del Collegio, valide ragioni per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile, per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, ricadendo la controversia dedotta in giudizio nella giurisdizione del Giudice ordinario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Carlo Dibello, Primo Referendario

Paolo Marotta, Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La pronuncia in commento contribuisce a consolidare l'orientamento giurisprudenziale che devolve al giudice ordinario le controversie sulla legittimità dei comportamenti mantenuti dall'amministrazione nella fase successiva alla stipulazione del contratto, compresi quelli relativi alle modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto d'appalto, in quanto espressione di poteri privatistici.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Il caso all'esame del giudici pugliesi riguarda l'impugnativa di una delibera dirigenziale con cui l'amministrazione contraente, ai sensi dell'art. 116 d.lgs. n. 163/2006, aveva preso atto e, quindi, svolta la prescritta attività di verifica, aveva autorizzato il subentro nel contratto di appalto della società che si era resa cessionaria di ramo d'azienda da parte dell'impresa aggiudicatrice.

Il Collegio, trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a., è giunto alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che la controversia ricada, invece, nella giurisdizione del giudice ordinario.

Nel percorso motivazionale, i giudici salentini hanno richiamato i principi già espressi in materia dalla Corte regolatrice della giurisdizione, secondo cui **la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, si riferisce solo alle controversie relative alla fase pubblicistica dell'appalto**, compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dalla stessa, e **non anche alle controversie che involgono la successiva fase di esecuzione del contratto, per le quali resta operante la giurisdizione del Giudice ordinario**, che ha comunque il potere di verificare in via incidentale se l'amministrazione abbia violato le clausole contrattuali e vulnerato il diritto soggettivo della controparte.

In questa seconda fase, infatti, la giurisdizione si determina in ragione della intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio.

Per questo, sempre secondo i principi espressi dalla Corte regolatrice della giurisdizione, **rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario anche la controversia riguardante la legittimità del comportamento della pubblica amministrazione, successivo alla conclusione del contratto intercorso con la società aggiudicatrice che ha ceduto il ramo di azienda, al fine di stabilire se il subentro nell'appalto di altra società sia opponibile all'ente pubblico appaltante.**

Il Collegio giudicante, ha osservato, come lo stesso Consiglio di Stato, (Cons. St., Sez. V, ordinanza 7 dicembre 2011, n. 5368; ma in proposito se veda anche Cons. St., 15 settembre 2011, n. 5153) abbia di recente ritenuto che la controversia relativa alla legittimità del diniego opposto dalla stazione appaltante al subentro nel contratto, a seguito di cessione di ramo d'azienda, e la conseguente risoluzione del contratto di appalto, sia devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario, trattandosi di atti (quelli impugnati) espressione di autotutela privatistica nella fase della esecuzione del contratto.

Sulla base di queste premesse, il Tar Lecce è passato ad osservare che i poteri esercitati dall'amministrazione in materia di modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto non involgono alcuna attività autoritativa discrezionale, ma si traducono in una semplice verifica oggettiva, espressione di poteri di natura privatistica, del possesso in capo al cessionario dei requisiti di qualificazione previsti dal Codice dei contratti pubblici. Da ciò hanno, quindi, tratto la conseguenza che, di fronte a tali poteri, la posizione giuridica soggettiva del cessionario ha la natura e la consistenza del diritto soggettivo la cui cognizione, in applicazione degli ordinari criteri di riparto, è devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in commento affronta, seppure in modo indiretto la questione della natura del potere previsto dall'art. 116 del Codice dei contratti pubblici, propendendo per la sua natura privatistica.

In giurisprudenza, invero, non sono mancate pronunce del giudice amministrativo che, vigente l'art. 35 legge n.109/1994 (poi sostanzialmente confluito con qualche modifica nell'art. 116 del Codice), hanno ritenuto che il provvedimento dell'amministrazione fosse espressione di poteri autoritativi finalizzati alla cura dell'interesse pubblico e, per questo, hanno mantenuto la giurisdizione e deciso i ricorsi.

Tuttavia l'orientamento prevalente, espresso dalla Corte regolatrice della giurisdizione nell'ordinanza del 1° giugno 2006, n. 13033, poi ripreso nella pronuncia dell'11 gennaio 2011, n. 391 e confermato anche dal Consiglio di Stato nella recente sentenza 15 settembre 2011, n. 5153, ritiene si tratti di poteri privatistici, afferenti alla fase, appunto, privatistica di esecuzione del contratto. Sicché le controversie relative al mutamento soggettivo dell'impresa esecutrice del contratto, riferendosi ad una fase del rapporto in cui si confrontano posizioni aventi consistenza di diritti soggettivi, sono giustiziabili dinanzi al giudice ordinario.

BIBLIOGRAFIA

F. Caringella, M. Protto, *Codice dei Contratti Pubblici*, Ed. Dike, 2012, pp. 228 ss.; A. Bargone, *Manuale dei lavori pubblici*, Milano, 2001, p. 282; F. Caringella (a cura di), *La nuova legge-quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999, p. 326; R. De Nictolis, *I contratti di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007; R. Garofoli, M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005; F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di Diritto Civile*, Ed. Dike, 2012.