

## Aggiudicazione definitiva e termine per stipulare il contratto

di Gianluca Tarantino

Data di pubblicazione: 3-10-2016

L'art. 11, comma 9, D.Lgs. n. 163/2006, indica il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione per la stipula del contratto, ma il detto termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità (Conferma TAR Calabria-Catanzaro, sez. II, n. 93/2016).

### Guida alla lettura

Ricorso al Tar competente proposto da una s.r.l. – nella veste di aggiudicataria del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani con il sistema del "porta-a porta" per un comune calabrese – col quale essa ha invocato l'annullamento degli atti con i quali l'amministrazione comunale ha rivisto l'ammontare del compenso a suo favore e ha affidato in via diretta il servizio di gestione rifiuti ad altra ditta. Inoltre, ha lamentato che non avrebbe risolto alcun contratto, ma avrebbe soltanto diffidato la PA a pagare il corrispettivo dovuto, in quanto impossibilitata ad espletare il servizio di gestione rifiuti in modo gratuito, sopportando costi esosi dovuti all'esclusiva responsabilità dell'amministrazione comunale, non in grado di consegnare l'isola ecologica. Con lo stesso atto ha spiccato domanda di risarcimento del danno, denunciando la responsabilità del comune per la mancata stipula del contratto, nonostante il decorso dei termini di legge previsti dall'art. 11 del D. Lgs. n. 163 del 2006., nonché la responsabilità precontrattuale della stessa amministrazione comunale per aver tenuto comportamenti non rispettosi del canone di buona fede e correttezza ex art. 1337 c.c. Il Tribunale di primo grado è pervenuto al rigetto del ricorso. L'originaria ricorrente ha interposto appello avverso tale sentenza di rigetto.

Anche il Consiglio di Stato non ha condiviso le ragioni della società appellante, per le motivazioni che ora si procederà ad esporre.

In primo luogo, con riguardo alla **responsabilità dell'amministrazione comunale per la mancata stipula del contratto**, occorre operare alcune premesse, per poi giungere – più da vicino – al *decisum* dei giudici sul punto. **L'aggiudicazione definitiva costituisce, come noto, il provvedimento conclusivo della fase pubblicistica di selezione del contraente.**

Con essa la PA assume ed esplicita in maniera definitiva la sua scelta in ordine all'an dell'affidamento del contratto, identificando altresì, una volta per tutte, la propria controparte contrattuale. In quanto tale, dunque, l'aggiudicazione definitiva integra **l'ultimo momento della fase c.d. pubblicistica della procedura**. Essa, tuttavia, come l'art. 11 del Codice del 2006 non manca di precisare, **non equivale ad accettazione dell'offerta**. In altri termini: conclusione della fase pubblicistica, sì, ma non inizio del rapporto contrattuale, poiché non equipollente all'accettazione del contratto. Così disponendo, il Legislatore ha mostrato di non condividere la soluzione sposata dalla previgente disciplina, in cui l'atto di aggiudicazione assumeva una duplice valenza: da un lato, atto amministrativo; dall'altro, atto negoziale espressivo della volontà della PA di addivenire alla stipulazione del contratto.

Inoltre, ai sensi dell'art. 11, comma 8, **l'aggiudicazione definitiva diviene efficace solo a seguito della positiva verifica del possesso dei requisiti di partecipazione da parte dell'aggiudicatario**. È cioè necessario un sub-procedimento con valenza squisitamente integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione. Detto altrimenti, l'esito positivo di siffatto controllo costituisce una mera condizione di efficacia dell'aggiudicazione pregressa.

Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, **la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni**, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto (si veda **l'art. 11, comma 9**).

Orbene, **nel caso di specie, l'amministrazione comunale non è addivenuta alla stipulazione nell'ambito del suddetto termine**. La società appellante, pertanto, ha ritenuto che la stazione appaltante fosse incorsa in un'ipotesi di responsabilità precontrattuale e ha, dunque, spiccato richiesta di risarcimento dei danni patiti in conseguenza del comportamento (asseritamente contrario a buona fede e correttezza) tenuto dalla controparte pubblicistica.

La Quinta Sezione, tuttavia, nella sentenza in commento, **non ha condiviso** le ragioni addotte dall'originaria ricorrente. Ciò poiché il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione per la stipula del contratto non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità. *"Infatti, le conseguenze che derivano in via diretta dall'inutile decorso del detto termine sono: da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall'altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo (cfr. ex multis, Cons. St., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671)"*. **Non è sufficiente, dunque, il mancato rispetto del summenzionato termine affinché risulti integrata una fattispecie di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione**. La ragione dell'assunto risiede proprio nella **non perentorietà del termine** di sessanta giorni. Ne consegue, spiegano i giudici amministrativi, che il soggetto che si assuma danneggiato, al fine di vedersi riconosciuta la tutela risarcitoria e, a monte, veder affermata la responsabilità della PA, dovrà **dimostrare l'antigiuridicità del comportamento dell'amministrazione e, inoltre, il danno che da tale condotta è**

**derivato.** D'altronde, quanto affermato dal Consiglio di Stato nell'arresto in analisi appare pienamente in linea con le coordinate e i principi civilistici in tema di responsabilità. Non v'è responsabilità senza, in primo luogo, un **comportamento anti giuridico** (leggi: *contra ius e non iure*), cioè lesivo di una situazione giuridica soggettiva e non scriminato da alcuna causa di giustificazione. In secondo luogo, è necessario che siffatto comportamento abbia cagionato, in concreto, un danno. Da ultimo, che vi sia un nesso eziologico che avvicina il secondo al primo. Grava sul danneggiato, pertanto, l'onere di dimostrare la presenza di tutti questi elementi costitutivi delle fattispecie di responsabilità.

Così non è stato nella fattispecie che occupa in questa sede. L'asserito danneggiato non ha offerto in giudizio la **prova della circostanza che "il ritardo nella stipulazione sia manifestazione di una condotta anti giuridica dell'amministrazione lesiva del proprio legittimo affidamento"**. Sotto questo profilo, dunque, la sentenza del giudice di prime cure non può costituire oggetto di censura.

La seconda doglianza mossa dalla società appellante ha consistito nel mancato riscontro – da parte della pronuncia di primo grado – in capo alla stazione appaltante degli estremi di responsabilità precontrattuale in conseguenza di **condotta contraria ai canoni di correttezza e buona fede**. In particolare, nel caso di specie, sarebbe stato violato il legittimo affidamento del privato nella conclusione del contratto con l'amministrazione. Come specificato in apertura di trattazione, infatti, il comune non è pervenuto (facendo decorrere inutilmente il termine legale di sessanta giorni) alla stipulazione del contratto colla s.r.l. Risulterebbe, così, integrata una delle tre *species* del più ampio *genus* "responsabilità precontrattuale", quella derivante, per dirla con terminologia gius-privatistica, da recesso ingiustificato dalle trattative. Viene, infatti, ormai pacificamente ritenuto fonte di responsabilità, poiché contrario a buona fede, il comportamento di colui che, avendo ingenerato nella controparte un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, interrompa le trattative ingiustificatamente.

Ma non basta.

Se oramai la giurisprudenza è granitica nel ritenere che si possa configurare responsabilità precontrattuale anche in capo ad una PA, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, con riguardo alla *species* di responsabilità in questione, occorre precisare che non qualsiasi affidamento è oggetto di tutela. **L'affidamento, per poter integrare, se lesa, presupposto della tutela risarcitoria, dev'essere legittimo.** È proprio quest'ultimo presupposto a mancare nella fattispecie oggetto di giudizio. *"Infatti, come correttamente riscontrato dal giudice di prime cure, già l'art. 1 del capitolato speciale chiariva che l'isola ecologica era in corso di realizzazione, sicché non può ritenersi che sul punto la stazione appaltante abbia indotto in errore l'odierna appellante circa l'immediata disponibilità della stessa. Inoltre, nel corso dell'esecuzione anticipata del servizio il Comune di Squillace contestava ripetutamente all'odierna appellante inadempienze e disservizi nell'espletamento del servizio di raccolta dei rifiuti e di pulizia delle strade. Pertanto, non si ravvisa alcuna condotta anti giuridica in capo all'amministrazione, né la lesione di un affidamento incolpevole in capo all'odierna appellante"*.

In conclusione, appare utile rammentare che la disciplina recata dall'art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006 è stata (potrebbe dirsi, pedissequamente) trasposta nel nuovo Codice dei contratti

pubblici, di cui al D.Lgs. n. 5072016, e, più nello specifico, nel suo **art. 32**, vera e propria traslitterazione della previgente disposizione. Le considerazioni operate dalla Quinta Sezione, con riferimento alla normativa *ratione temporis* applicabile ai fatti di causa, **possono essere perfettamente riferite anche alla normativa entrata in vigore qualche mese fa.**

## **Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

**ha pronunciato la presente**

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1344 del 2016, proposto da:

Della Ecoservizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Pitaro C.F. PTRGPP64B08L240J, con domicilio eletto presso Maurizio De Filippo in Roma, via Filippo Corridoni, n. 25;

#### ***contro***

Comune di Squillace, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianfrancesco Fidone C.F. FDNGFR71A24H501S, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, n. 55;

Sindaco del Comune di Squillace quale Funzionario del Governo non costituito in giudizio;

#### ***nei confronti di***

Sieco S.p.a. non costituita in giudizio;

#### ***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE II, n. 93/2016, resa tra le parti, concernente revoca aggiudicazione appalto del servizio di raccolta rifiuti - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Squillace;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia su delega dell'avvocato Giuseppe Pitaro, Gianfrancesco Fidome.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Calabria Ecoservizi s.r.l., nella veste di aggiudicataria del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani con il sistema del "porta-a-porta", per il Comune di Squillace invocava l'annullamento degli atti con i quali l'amministrazione comunale rivedeva l'ammontare del compenso a suo favore ed affidava in via diretta il servizio di gestione rifiuti alla ditta "Si.eco. spa". Inoltre, lamentava che non avrebbe risolto alcun contratto, ma avrebbe soltanto diffidato la P.A. a pagare il corrispettivo dovuto, in quanto impossibilitata ad espletare il servizio di gestione rifiuti in modo gratuito, sopportando costi esosi dovuti all'esclusiva responsabilità dell'Amministrazione Comunale, non in grado di consegnare l'isola ecologica. Con lo stesso atto l'originaria ricorrente proponeva domanda di risarcimento del danno, denunciando la responsabilità del Comune di Squillace per la mancata stipula del contratto, nonostante il decorso dei termini di legge previsti dall'art. 11 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Nonché, la responsabilità precontrattuale della stessa amministrazione comunale per aver tenuto comportamenti non rispettosi del canone di buona fede e correttezza ex art. 1337 c.c..

2. Il primo giudice, affermata la propria giurisdizione sul contenzioso *de quo*, riteneva insussistente il vizio di irrazionalità nell'impugnata Delibera di G.C. n. 63 del 17.7.2015, con cui, a seguito delle rimostranze della ricorrente rese con nota prot. n. 3623 del 16.7.2015, si statuiva di emanare apposito atto di indirizzo nei confronti del Responsabile del Settore tecnico, affinché valutasse tutte le componenti idonee ad incidere sulla determinazione del corrispettivo del servizio di gestione, dopo aver premesso che il Comune *"non risulta essere in condizione di consegnare l'isola ecologica e che pertanto i tre mesi di servizio: 01.06.2015-31.08.2015, rappresentano un periodo transitorio nella gestione del servizio della raccolta differenziata con il sistema porta a porta, necessario affinché lo stesso possa andare a regime; Ritenuto che la mancata consegna dell'isola ecologica, così come le operazioni di pulizia e bonifica di micro-discardie effettuate dalla ditte in questione già nel primo mese di gestione del servizio, in quanto imprescindibili per l'avvio del servizio in questione, incidono inevitabilmente sul corrispettivo del servizio stesso così come determinato ai sensi dei richiamati art. 13 e 14 del Capitolato speciale di appalto"*.

Allo stesso tempo, il TAR riteneva la Ecoservizi s.r.l. fosse priva di interesse a ricorrere avverso l'ordinanza con la quale il servizio veniva affidato direttamente alla ditta "Si.eco. spa". Ciò in quanto l'originaria ricorrente manifestava chiaramente la volontà di non proseguire l'esecuzione del servizio. Del pari, il primo giudice escludeva la possibilità di

configurare un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione comunale. Da ultimo, il giudice di prime cure ravvisava la spettanza delle somme le spese documentate sostenute dalla "Ecoservizi s.r.l." per l'attività effettivamente espletata nel periodo in cui aveva avuto luogo l'esecuzione anticipata del contratto, detratte le somme che il comune aveva versato direttamente ai dipendenti della ditta ricorrente, nonché ogni altra eventuale somma che il Comune avrebbe potuto aver già versato a titolo di corrispettivo, in relazione al periodo di anticipata esecuzione del contratto,

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, reputandola erronea per le seguenti ragioni: a) il TAR, accertato che l'amministrazione può non stipulare il contratto nel termine di sessanta giorni, salvo il risarcimento del danno, erroneamente non avrebbe, però, provveduto a condannare l'amministrazione a titolo di ristoro per equivalente; b) il TAR avrebbe errato nel non riscontrare la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione; c) avrebbe errato il TAR nel non ritenere dovuto il corrispettivo richiesto anche in ragione dell'illegittimità della mancata consegna dell'isola ecologica; d) il primo giudice avrebbe motivato in modo non condivisibile che l'appellante avrebbe subordinato l'espletamento del servizio alla corresponsione dei pagamenti; e) avrebbe errato il TAR nel ritenere privo di interesse l'originario ricorrente in ordine alla contestazione dei provvedimenti di affidamento in via diretta del servizio ad altra impresa, in assenza dei presupposti previsti dall'art. 191, d.lgs. 152/2006; f) del pari errata sarebbe la sentenza nella parte in cui non avrebbe determinato con esattezza l'ammontare delle somme spettanti all'appellante; g) infine il primo giudice avrebbe erroneamente disposto la compensazione delle spese di giudizio.

4. In data 1 marzo 2016 si costituisce in giudizio l'amministrazione comunale, che nelle successive difese contesta in modo puntuale le censure a sostegno dell'odierno gravame.

5. L'appello è infondato e non può essere accolto.

5.1. Quanto al primo motivo, deve rilevarsi che l'art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006, indica il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione per la stipula del contratto, ma il detto termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità. Infatti, le conseguenze che derivano in via diretta dall'inutile decorso del detto termine sono: da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall'altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo (cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671). Pertanto, non è ravvisabile alcuna erroneità nell'ordito motivazionale della sentenza di prime cure, dal momento che il mancato rispetto del termine di sessanta giorni per la stipulazione negoziale non integra di per sé un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, spettando al presunto danneggiato dimostrare che il ritardo nella stipulazione sia manifestazione di una condotta antigiuridica dell'amministrazione lesiva del proprio legittimo affidamento. Né a diversa conclusione può giungersi in ragione del fatto che era stata disposta l'esecuzione in via d'urgenza del servizio. In una simile ipotesi normata sempre dal comma 9, dell'art.11, vigente *ratione temporis*, infatti, l'esecutore matura semplicemente il diritto al



rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione, restando del tutto sganciata, perché dipendente da altro titolo giuridico, la richiesta di risarcimento del danno nel caso in cui all'esecuzione in via d'urgenza non segue la stipulazione negoziale. Quest'ultima, infatti, può non seguire se nel corso dell'esecuzione in via d'urgenza si palesino inadempienze contrattuali, che evidenzino l'incapacità dell'esecutore in via d'urgenza di rispettare le future condizioni contrattuali.

5.2. Con un secondo motivo l'appellante lamenta che il primo giudice avrebbe dovuto riscontrare la presenza di una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione comunale. È noto che la detta responsabilità ricorre nel caso in cui prima della stipulazione contrattuale il presunto danneggiante, violando il principio di correttezza e buona fede, leda il legittimo affidamento maturato da controparte nella conclusione del contratto. Nella fattispecie, non si ravvisano, però, gli elementi per ritenere integrato il detto illecito. Infatti, come correttamente riscontrato dal giudice di prime cure, già l'art. 1 del capitolato speciale chiariva che l'isola ecologica era in corso di realizzazione, sicché non può ritenersi che sul punto la stazione appaltante abbia indotto in errore l'odierna appellante circa l'immediata disponibilità della stessa. Inoltre, nel corso dell'esecuzione anticipata del servizio il Comune di Squillace contestava ripetutamente all'odierna appellante inadempienze e disservizi nell'espletamento del servizio di raccolta dei rifiuti e di pulizia delle strade. Pertanto, non si ravvisa alcuna condotta antiggiuridica in capo all'amministrazione, né la lesione di un affidamento incolpevole in capo all'odierno appellante.

5.3. Quanto alla terza doglianza, con la quale l'appellante lamenta che la mancata consegna dell'isola ecologica sarebbe illegittima e, pertanto, non potrebbe incidere sulla determinazione del corrispettivo dovuto dall'amministrazione comunale, deve evidenziarsi che l'odierna appellante era stata edotta già in sede di consegna anticipata dell'esecuzione del servizio della non operatività dell'isola ecologica, perché ancora in fase di ultimazione, sicché l'accettazione senza riserve della consegna del servizio da parte del legale rappresentante dell'appaltatore, esclude che quest'ultimo possa dolersi che la determinazione del corrispettivo venga operata sulla scorta di quelle stesse circostanze di fatto conosciute e accettate da entrambe le parti all'atto della consegna dello stesso.

5.4. Anche in ragione di quanto sopra precisato non risulta condivisibile la quarta doglianza, dal momento che il rifiuto dell'amministrazione comunale di effettuare i pagamenti richiesti dall'odierna appellante trova fondamento nella loro difformità rispetto alla disciplina contenuta nella *lex specialis*. Pertanto, il mancato pagamento delle somme richieste poggia sul principio *inadimplenti non est adimplendum*. Senza dimenticare, peraltro, che l'amministrazione comunale interveniva in surroga nel pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'appellante, sicché si limitava a non pagare ulteriori somme, in attesa della loro corretta determinazione anche a fronte delle dette inadempienze.

5.5. Del pari infondata si rivela la quinta doglianza. Infatti, a seguito della mancata stipulazione del contratto per inadempienze addebitabili all'aggiudicataria nel corso dell'esecuzione anticipata del servizio, quest'ultima non ha interesse all'impugnazione della delibera di affidamento in via d'urgenza dello stesso ai sensi dell'art. 191, d.lgs. n. 152/2006, risultando provato in concreto che la stessa non è in grado di svolgere il servizio in questione, sicché non

avrebbe alcuna possibilità di vederselo affidato.

5.6. Quanto alla doglianza con la quale l'appallante lamenta la mancata determinazione delle somme spettanti a suo favore, occorre rammentare che l'art. 34, comma 4 c.p.a. espressamente prevede che: *"In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine"*. Pertanto, il primo giudice ha fatto buon governo della citata regola processuale, ordinando all'amministrazione di sottoporre alla parte ricorrente una proposta di accordo sulla determinazione dell'indennizzo.

5.7. Quanto, infine, alla disciplina delle spese è noto che un'ipotesi espressamente prevista dal legislatore per la loro compensazione è quella della soccombenza reciproca, sicché anche l'ultima doglianza contenuta nell'odierno gravame è sprovvista di fondamento.

6. L'appello deve, quindi, essere respinto, nella particolare complessità in fatto ed in diritto delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese dell'odierno grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere



