

L'immediata impugnazione del bando di gara: le clausole recanti oneri sproporzionati e manifestamente eccessivi

di Andrea Di Leo

Data di pubblicazione: 5-9-2017

1. Le clausole della *lex specialis* che impongano al futuro aggiudicatario oneri sproporzionati e manifestamente eccessivi devono essere impugnate immediatamente, non potendo, invece, essere oggetto di gravame in una fase successiva alla conclusione della gara.

2. La regola in virtù della quale rientrano nella giurisdizione del G.O. le controversie concernenti l'esecuzione del contratto trova applicazione anche laddove questo non sia stato materialmente stipulato ma, ciò nondimeno, vi sia stato un principio di esecuzione (come nel caso dell'esecuzione anticipata).

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1383 del 2017, proposto da:

Servicedent Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Rocco Mangia C.F. MNGRCC42L05F881A, Ilaria Amici C.F. MCALMR65R57F205K, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, corso Magenta 45;

contro

Asst Nord Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Marletta C.F. MRLRCR65S15F205R, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, piazza Duse 3;

per l'annullamento

previa sospensione

- delle determinazioni di cui alle note prot. n. 10066 del 24 maggio 2017, prot. n. 10166 del 25 maggio 2017, prot. n. 10402 del 30 maggio 2017 e prot. n. 10805 del 6 giugno 2017;

- delle disposizioni del capitolato speciale, con le quali si obbliga l'appaltatore ad assicurare, nello svolgimento del servizio oggetto dell'appalto, un fatturato minimo e si riconosce all'Azienda committente la facoltà di commisurare la quota alla stessa riservata tenendo conto anche del fatturato non realizzato (punti 4 e 20, n. 17), e con le quali si riconosce all'Azienda il diritto di pretendere dall'appaltatore la prestazione del servizio anche in caso di ritardato (e quindi mancato) pagamento del corrispettivo dello stesso (punti 12 e 20, n. 10);

nonché per l'accertamento,

del diritto della Società al corrispettivo per il servizio prestato, nella misura prevista negli atti di gara o, comunque, a titolo di ingiustificato arricchimento, con condanna dell'Azienda al pagamento alla Società delle somme dovute ai predetti titoli; infine,

nonché per la condanna

della stazione appaltante il risarcimento dei danni tutti, patiti e patiendi, derivanti dalle illegittime determinazioni e disposizioni predette, nonché dalla condotta complessiva tenuta dalla Azienda.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asst Nord Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Considerato che, in relazione agli elementi di causa, sussistono i presupposti per l'adozione di una decisione in forma semplificata, adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio e l'avvenuta esaustiva trattazione delle questioni oggetto di giudizio, nonché la mancanza di opposizioni delle parti avvisate dal Presidente del collegio in ordine alla possibile definizione con sentenza semplificata;

Considerato che la ricorrente impugna: 1) la nota prot. n. 10066 del 24 maggio 2017, con la

quale l'amministrazione resistente ha disposto la risoluzione del rapporto contrattuale e preso atto della conseguente decadenza dell'aggiudicazione e dell'accordo in data 22 marzo 2017, oltre che le successive note, indicate in epigrafe, consequenziali a quella appena richiamata; 2) il capitolato speciale, sia nella parte in cui obbliga l'appaltatore ad assicurare, nello svolgimento del servizio oggetto dell'appalto, un fatturato minimo e riconosce all'Azienda committente la facoltà di commisurare la quota alla stessa riservata tenendo conto anche del fatturato non realizzato (punti 4 e 20, n. 17), sia nella parte in cui riconosce all'Azienda il diritto di pretendere dall'appaltatore la prestazione del servizio anche in caso di ritardato pagamento del corrispettivo;

Ritenuta la fondatezza dell'eccezione preliminare di rito con la quale l'amministrazione resistente deduce, da un lato, l'inammissibilità per carenza di interesse dell'impugnazione del capitolato, dall'altro, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla contestazione della nota prot. n. 10066 del 24 maggio 2017 e di quelle ad essa successive oggetto di gravame;

Ritenuto, quanto alla contestazione del capitolato, che:

- la ricorrente lamenta che le previsioni del capitolato, oggetto di impugnazione, introdurrebbero un onere sproporzionato e manifestamente eccessivo a carico dell'aggiudicatario;
- sul punto, va evidenziato che, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, soggiacciono all'onere dell'immediata impugnazione le clausole della lex specialis che impediscano la partecipazione, o impongano oneri manifestamente incomprensibili, o del tutto sproporzionati, ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (cfr. da ultimo, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3595 e giur. ivi citata);
- ne deriva che le norme della lex specialis censurate, siccome introducono delle previsioni ritenute manifestamente sproporzionate e comunque eccessive, ledono ab origine la sfera giuridica del concorrente, perché finalizzate all'assunzione da parte di quest'ultimo di un'obbligazione che incide, per il suo consistente valore economico, sulla possibilità di formulare un'offerta;
- il carattere immediatamente lesivo delle clausole contestate ne impone l'immediata impugnazione, attraverso la diretta contestazione del capitolato, entro i termini di impugnazione stabiliti dalla legge;
- nel caso di specie, la ricorrente ha contestato la clausola in questione solo congiuntamente all'atto con il quale la stazione appaltante, in sede di esecuzione del contratto, ha disposto la risoluzione del medesimo, pertanto la contestazione è inammissibile, perché rivolta avverso una previsione della lex specialis immediatamente lesiva, non impugnata direttamente entro il termine perentorio stabilito dalla legge e, di conseguenza, ormai consolidatasi.
- va, pertanto, ribadita l'inammissibilità del ricorso in parte qua, per carenza di interesse;

Ritenuto, quanto all'impugnazione della nota prot. n. 10066 del 24 maggio 2017 e di quelle ad essa successive oggetto di gravame, che:

- è fondata l'eccezione con la quale la stazione appaltante deduce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo;
- la ricorrente sostiene che la nota impugnata avrebbe valore provvedimentale, perché determinerebbe la caducazione del provvedimento di aggiudicazione in esercizio di poteri di autotutela;
- la tesi non può essere condivisa, perché smentita dai presupposti di fatto e di diritto della determinazione gravata e dal suo inequivoco tenore letterale;
- in particolare, la nota 10066 del 24 maggio 2017 specifica che "in considerazione del mancato invio della documentazione propedeutica ed essenziale per la sottoscrizione del contratto e della ribadita indisponibilità da parte Vostra a sottoscrivere il contratto stesso secondo i contenuti del Capitolato Speciale, sono venute meno le condizioni per la prosecuzione del rapporto in essere. Per quanto sopra si comunica che il rapporto in essere è da considerarsi risolto con effetto immediato per Vostra esclusiva responsabilità con conseguente decadenza dell'aggiudicazione"; a ciò segue la dettagliata indicazione delle pretese di contenuto patrimoniale, correlate alla fase esecutiva del contratto risolto, nonché di natura risarcitoria vantate dalla stazione appaltante verso l'aggiudicataria;
- la determinazione si fonda su ritenuti inadempimenti dell'aggiudicataria e dispone espressamente la risoluzione del rapporto negoziale, mentre il riferimento alla decadenza dall'aggiudicazione ha carattere solo dichiarativo, in quanto si sostanzia nel mero prendere atto che l'aggiudicataria non è più tale, in ragione della risoluzione del rapporto negoziale;
- insomma, l'amministrazione, lungi dall'esercitare le prerogative pubblicistiche correlate all'autotutela, si è limitata ad intervenire in esercizio dei poteri negoziali che le competono, disponendo la risoluzione del contratto;
- le valutazioni ora espresse non sono superate dalla considerazione, pure sviluppata dalla ricorrente, secondo la quale nel caso concreto il contratto non è mai stato stipulato, sicché non sarebbe neppure ipotizzabile la risoluzione del rapporto negoziale;
- invero, non è contestato ed è, comunque, documentalmente dimostrato, che la ricorrente al momento della risoluzione, stava eseguendo il servizio, ossia stava ponendo in essere proprio le attività che caratterizzano l'esecuzione del rapporto contrattuale, nonostante la mancanza di un formale documento contrattuale;
- sulla questione, la giurisprudenza, cui aderisce il Tribunale (tra le altre T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 11 aprile 2016, n. 610) considera che l'accettazione dell'esecuzione anticipata, da parte dell'impresa aggiudicataria, implica la conclusione di un vero e proprio accordo di matrice negoziale, la cui esecuzione si identifica con quella del rapporto (sia pure anticipata rispetto alla stipula del contratto d'appalto) e il cui inadempimento attrae comunque

la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, in ragione del fatto che le reciproche situazioni soggettive delle parti assumono la consistenza del diritto soggettivo (così, in particolare, Cass. civ., SS.UU., 18 ottobre 2005, n. 20116; id., 6 maggio 2005, n. 9391), fermo restando che, seppure le due situazioni non sono pienamente assimilabili, non appare superfluo osservare che il meccanismo della formazione dell'accordo in virtù del principio di esecuzione è presente nell'ordinamento, quanto meno ai sensi dell'art. 1327 c.c.;

- del resto, proprio l'indirizzo richiamato della Corte di legittimità precisa che - ai fini del riparto di giurisdizione, pur a fronte dell'esecuzione anticipata dell'appalto - risulta dirimente il criterio sostanziale della natura intrinseca delle posizioni soggettive coinvolte in giudizio, sicché, ai fini della individuazione del giudice munito di giurisdizione, non assume valore decisivo il dato formale della mancata stipula del contratto (cfr. Cass. civ., SS.UU., 2005, n. 20116 cit; id., 6 maggio 2005, n. 9391);

- si tratta di considerazioni che si armonizzano con i noti principi in tema di riparti di giurisdizione, a mente dei quali la ratio della previsione legale di materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in materia di appalti pubblici, ex art. 133 lett. e) cpa, consiste, secondo il vigente art. 103, primo comma, Cost., nel fatto che si tratta di materie in cui, pur essendo coinvolte posizioni soggettive di diversa natura, l'amministrazione agisce "come autorità", in quanto titolare di potere autoritativo, mentre resta del tutto irrilevante il mero coinvolgimento di un'amministrazione nella fattispecie concreta e nel relativo giudizio, così come il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia (cfr. Corte Costituzionale, 06 luglio 2004, n. 204; Corte Costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191);

- quindi, la giurisdizione esclusiva non si estende alle controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - un pubblico potere;

- come già evidenziato, nel caso di specie, la determinazione gravata discende da comportamenti serbati dall'aggiudicataria in sede di esecuzione del servizio, qualificati dall'amministrazione come inadempimenti negoziali, con conseguente risoluzione del rapporto contrattuale, sicché le posizioni soggettive coinvolte sono tipicamente negoziali e non autoritative, mentre il riferimento alla decadenza dall'aggiudicazione non assume valore costitutivo e provvedimentale, riducendosi ad una mera presa d'atto della perdita, da parte della ricorrente, della qualità di aggiudicataria, in conseguenza della risoluzione;

- a ben vedere, si tratta di conclusioni coerenti con l'orientamento che, a fronte di meccanismi risolutivi fondati su inadempimenti negoziali dell'appaltatore riferiti alla fase esecutiva dell'appalto pubblico, esclude, in linea di principio, l'attivazione di poteri di autotutela pubblicistica (in argomento Consiglio di Stato, Ad. Pl., 20 giugno 2014, n. 20);

- va, pertanto, ribadito che l'impugnazione della nota 10066 del 24 maggio 2017, essendo relativa alla fase di esecuzione del rapporto negoziale ed espressiva del potere privatistico di risoluzione del contratto, non appartiene alla cognizione del giudice amministrativo, ma è ricompresa in quella del giudice ordinario, ex art. 133 lett. e) c.p.a..

Ritenuto, in definitiva, che il ricorso è inammissibile, per carenza di interesse, nella parte relativa all'impugnazione del capitolato speciale d'appalto, mentre è inammissibile, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, nella parte relativa alla contestazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha disposto la risoluzione del rapporto negoziale.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

1) dichiara inammissibile, per difetto di giurisdizione, il ricorso nella parte relativa all'impugnazione delle note prot. n. 10066 del 24 maggio 2017, prot. n. 10166 del 25 maggio 2017, prot. n. 10402 del 30 maggio 2017 e prot. n. 10805 del 6 giugno 2017, adottate da ASST Nord Milano ed individua, ex art. 11 c.p.a., nel giudice ordinario l'autorità giurisdizionale cui spetta la cognizione della controversia;

2) dichiara inammissibile il ricorso nella parte relativa all'impugnazione del capitolato speciale di gara;

3) condanna Servicedent Srl, al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente, liquidandole in euro 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario

Guida alla lettura.

La vicenda da cui trae origine la decisione in rassegna vede un'impresa partecipare ad una gara e aggiudicarsi il relativo contratto.

Tuttavia, successivamente all'aggiudicazione, dopo aver avviato, in via anticipata, l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, la Stazione Appaltante ha disposto la risoluzione del contratto, poiché l'impresa affidataria aveva opposto il proprio rifiuto alla stipula, in ragione dell'asserita eccessiva onerosità di alcune previsioni, pur espressamente previste dal capitolato.

Tale atto, dall'aggiudicataria qualificato come esercizio dei poteri di autotutela (in particolare avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione), è stato impugnato, deducendo l'illegittimità di quanto previsto dalla *lex specialis* in ordine agli oneri previsti a carico dell'affidatario del contratto.

Ad avviso del TAR il ricorso è inammissibile sotto due punti di vista:

a) quanto alle clausole del capitolato, queste, in quanto idonee a rivelare la loro lesività sin dal momento di indizione della gara, devono essere impuginate immediatamente e non successivamente alla stipula del contratto;

b) in merito alla domanda di annullamento del provvedimento di risoluzione del contratto, questa è parimenti inammissibile per difetto di giurisdizione, atteso che l'avvenuta instaurazione del rapporto negoziale (che può avvenire a prescindere dalla sottoscrizione "materiale" del contratto, come nel caso dell'esecuzione anticipata) determina l'instaurarsi di posizioni di diritto soggettivo, come tali giustiziabili non davanti al GA ma rivolgendosi al GO.

La decisione del TAR, sotto entrambi i punti di vista appare lineare e condivisibile.

Infatti, quanto alla necessaria immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis*, costituisce insegnamento costante della giurisprudenza quello per cui soggiacciono a tale regola non solo le disposizioni "immediatamente escludenti", ma anche quelle che prevedono una disciplina del rapporto contrattuale tale imporre – in ipotesi - un futuro squilibrio nel sinallagma contrattuale. D'altra parte, sarebbe francamente problematico – anche alla luce del principio di buona fede, che deve informare anche la fase che precede la stipula del contratto – immaginare la possibilità per i partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica di "riservarsi" contestazioni del contenuto "negoziale" della *lex specialis*, con possibilità di sollevare eccezioni al momento della stipula del contratto.

In ordine, poi, al difetto di giurisdizione, data la corretta qualificazione dell'atto di risoluzione adottato dalla Stazione Appaltante (non un provvedimento in autotutela, ma una sanzione per inadempimenti contrattuali, posti in essere successivamente all'incardinamento del rapporto negoziale), la decisione appare parimenti condivisibile. Il principio, peraltro, è stato di recente ribadito dalla Cassazione, con l'ordinanza delle SS.UU. 4.7.2017, n. 16418.

Diversa, ovviamente, sarebbe stata la conclusione laddove il rifiuto a stipulare il contratto fosse intervenuto prima dell'avvio dell'esecuzione, nel qual caso la giurisdizione sarebbe restata in seno al GA.

