

L'esecuzione anticipata del contratto e i profili di giurisdizione

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 22-11-2024

Orbene, deve osservarsi - in via generale - che in materia di appalti pubblici l'art. 133 c.p.a. ha attribuito esclusivamente al giudice amministrativo il contenzioso sulla procedura di affidamento dell'appalto, restando devolute al giudice civile le vertenze afferenti al contratto e alla sua esecuzione, dato che esse ineriscono a diritti e obblighi scaturenti dal contratto stesso.

Nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto l'affidamento di lavori, servizi e forniture, pertanto, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per quanto concerne la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa. Di contro, **la giurisdizione del giudice ordinario** quale giudice dei diritti diviene pienamente operativa nella successiva **fase afferente all'esecuzione del rapporto, fase normalmente aperta dalla stipula del contratto**, la quale ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la sottoscrizione del rapporto negoziale e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione.

Nell'esecuzione del contratto, infatti, i contraenti - p.a. e operato privato - si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. La costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune costituisce quindi lo spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dagli artt. 1321 c.c. e ss.; e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (artt. 1325 c.c. e ss.) e gli effetti (artt. 1372 c.c. e ss.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee o alla stessa sopravvenute (Cass., S.U., n. 27169 del 2007).

La Suprema Corte di Cassazione ha tuttavia precisato che ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice ordinario non è indispensabile la stipula del contratto tra amministrazione aggiudicatrice e società appaltatrice, essendo a tal fine sufficiente che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione (Cass., S.U., n. 6068 del 2009, che ha ritenuto idonea la consegna dei lavori; Cass. sez. un., 25.05.2018, n.13191). La Corte di Cassazione ha così equiparato alla stipula del contratto scritto anche il caso in cui, come nella fattispecie in esame, il rapporto negoziale abbia avuto un inizio di esecuzione, richiamando quindi il modulo conclusivo del contratto previsto dall'art. 1327 c.c..

La revoca dell'aggiudicazione definitiva e la cessazione dell'esecuzione d'urgenza del servizio stesso, pur essendo adottato in mancanza della sottoscrizione del contratto di appalto,

costituisce sostanzialmente una anticipata risoluzione contrattuale, con la conseguenza che la sua impugnazione pone il tema del corretto adempimento delle obbligazioni nascenti dall'esecuzione anticipata del contratto, attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, l'accettazione dell'esecuzione anticipata implica la conclusione di un accordo di matrice negoziale, la cui esecuzione si identifica con quella del rapporto e il cui inadempimento attrae la controversia nella giurisdizione ordinaria.

Publicato il 01/07/2024

N. 02345/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00213/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 213 del 2024, proposto da Giardina Viaggi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvano Martella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Patti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Saitta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della Determina Dirigenziale n. 32 del 22.01.2024 del Comune di Patti con la quale, tra l'altro, si è disposto la **revoca in autotutela** dell'aggiudicazione del servizio temporaneo e sperimentale del trasporto di persone ai fini turistici - ricreativi, mediante bus navetta su gomma in l/tà Tindari durante la stagione estiva e autunnale (periodo 1° agosto 2023 - 31 dicembre 2023), disposta con la determina dirigenziale n. 67 del 4.08.2023 unitamente a tutti i

conseguenziali atti ivi previsti;

Nonché per l'annullamento di tutti gli atti presupposti, ivi compresi le note Dirigenziali n. 60950 del 15.12.2023 e n. 804 del 10.01.2024;

per l'annullamento di tutti gli atti conseguenziali tra i quali le note dirigenziali nn.10151, 10152 e 10153 del 25.01.2023;

per l'accertamento, in sede di giurisdizione esclusiva, dell'insussistenza dei requisiti di imprevedibilità di cui all'art. 17, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 e ss.mm.ii. per procedere all'affidamento del servizio in via d'urgenza giusto verbale del 12.08.2023 con ogni conseguente statuizione;

per l'accertamento in sede di giurisdizione esclusiva, del diritto della società ricorrente a non procedere alla stipula del contratto per l'inutile decorso di tutti i termini dilatori di cui agli artt. 18 e 55 del d.lgs. n. 36/2023;

per l'accertamento e la definizione, in sede di giurisdizione esclusiva, dei rapporti credito/debito maturati tra la società ricorrente ed il Comune dalla data del 12.08.2023 alla data del 15.12.2023 in ragione della illegittima consegna del servizio in via d'urgenza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2024 il dott. Francesco Fichera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con delibera del 7 giugno 2023, n. 80 il **Comune di Patti**, nelle more della predisposizione di una gara di durata biennale/triennale, **istituiva**, ancorché in modo “*temporaneo e sperimentale*”, il **servizio di “trasporto di persone ai fini turistici-ricreativi, mediante bus-navetta su gomma in L/TA Tindari”, dettando agli uffici le prescritte “*linee di indirizzo per l’assegnazione urgente del servizio durante la stagione primaverile-estiva*”, e prevedendo la corresponsione di un canone a favore del Comune.**

L’Amministrazione assumeva la decisione a contrarre mediante “**affidamento diretto mediato**”

o comparativo con più operatori ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. a), D. Lgs. n. 36/2023 e s.m.i. svolto in modalità telematica (sulla piattaforma MEPA-CONSIP-BANDO...)"

La ditta Giardina Viaggi s.r.l., odierna ricorrente, risultava l'unica ditta a presentare offerta e risultava aggiudicataria giusto verbale dell'1.08.2023, approvato con determina dirigenziale di presa d'atto 4.08.2023, n. 67.

Con detto provvedimento si stabiliva, altresì: 1) la necessità di stipulare il contratto; 2) nelle more della stipulazione del contratto, la possibilità di dare esecuzione d'urgenza della fornitura ai sensi dell'art. 17, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 36 del 2023, nonché dell'art. 19, commi 2 e 3, del D.M. n. 49 del 2018; 3) di instaurare, prima dell'avvio del servizio, un contraddittorio tra l'aggiudicataria e gli uffici interessati (Corpo dei vigili urbani, Economato, etc.) per *"fissare tutte le modalità operative ed esecutive, non espressamente previste negli atti della procedura informale di cui all'oggetto, al fine di evitare l'insorgere di criticità gestionali del servizio in argomento"*.

Si dava, altresì, atto che *"ai sensi dell'art. 18, comma 1, secondo periodo, del D. LGS n. 36/2023 e s.m.i., trattandosi di affidamento sottosoglia ai sensi dell'art. 50 del medesimo decreto, il rapporto contrattuale si intende perfezionato mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata..."*.

La ditta Giardina Viaggi inviava al Comune una pec (8.08.2023, prot. n. 36.698) "per manifestare che la sottoscritta azienda non è disponibile all'affidamento del servizio di cui all'oggetto alle indicate condizioni..." concludendo che *"alla luce di quanto sopra, il preventivo formulato, comunque non avente alcuna efficacia negoziale né extra-contrattuale, deve intendersi come mai proposto"*.

Con pec del 9.08.2023, prot. n. 36.867 il Responsabile del servizio competente del Comune contestava il contenuto della comunicazione della società aggiudicataria e invitava la stessa a trasmettere la prescritta garanzia fideiussoria ai sensi dell'art. 53, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, nonché a prendere contatti con l'ufficio al fine della consegna anticipata del servizio. Nel corpo della nota richiamava, altresì, l'aggiudicataria agli impegni assunti verso il Comune in occasione della presentazione dell'offerta.

Prendeva così avvio un corposo carteggio tra il Comune (il quale insisteva perché fossero rispettati i contenuti del servizio così come da offerta risultata aggiudicataria) e la società Giardina Viaggi (la quale assumeva la natura non vincolante della procedura).

Il 12.08.2023 veniva sottoscritto tra le parti il "Verbale consegna servizio in via d'urgenza e anticipata sotto riserva di legge". L'impresa sottoscriveva il verbale in parola, nel quale erano richiamati i termini del servizio secondo capitolato di gara, e l'impresa dichiarava di accettarli, pur avanzando numerose riserve.

Il Comune trasmetteva alla ricorrente varie ordinanze della polizia municipale in tema di riordino e disciplina della z.t.l., chiarendo, altresì, ulteriori prescrizioni viabilistiche per lo

svolgimento del servizio *de quo* (nota 14.08.2023, prot. n. 46211). Il Comune trasmetteva anche ulteriori prescrizioni viabilistiche impartite dalla Città metropolitana (nota comunale 29.09.2023, e nota Città Metropolitana 28.09.2023, prot. n. 34123 con allegata ordinanza n. 53/2023, contestate dalla ricorrente con pec 30.09.2023, prot. n. 51787).

Con pec del 2.10.2023, prot. n. 51834, la società Giardina Viaggi comunicava che avrebbe svolto il servizio in appalto solo nei giorni di “*domenica e festivi*”.

Con nota del 3.10.2023, prot. n. 51949 il Comune, dopo aver osservato che le riserve apposte dall'appaltatrice in sede di verbale di consegna anticipata non erano state esplicitate nei termini di legge e che il servizio era in corso di svolgimento sin dal 12.08.2023, diffidava l'appaltatrice a “*dare continuità al servizio navetta di cui all’oggetto secondo l’articolazione temporale stabilita con l’Ordinanza Dirigenziale n. 53 del 27/09/2023...*”, avvisando che “*in caso di accertato inadempimento, questo Ente procederà nei termini di legge in danno a Codesto Spettabile Operatore Economico, con riserva dell’escussione della cauzione definitiva e delle segnalazioni agli Enti preposti (ANAC, Regione Siciliana, ecc.)*”.

La società appaltatrice contestava taluni inadempimenti a carico dell’Amministrazione (pec 10.10.2023, prot. n. 52928, e 13.10.2023, prot. n. 53316) e, con nota del 23.10.2023, prot. n. 54551, notificava al Comune il recesso dal servizio.

Il Comune replicava (nota del 30.10.2023, prot. n. 55352, all. 20) richiamando l'appaltatrice ai **propri obblighi nascenti dalla gara** tra i quali, in particolare, il pagamento dell’importo offerto in gara pari a € 156.080,00. Ulteriore diffida veniva notificata dall’Amministrazione con nota del 2.11.2023, prot. n. 55783, anche perché era stato frattanto accertato che a seguito della dichiarazione di recesso la ricorrente avesse continuato a svolgere il servizio *de quoincassando* i relativi corrispettivi dall’utenza (ulteriore diffida veniva notificata dal Comune con nota 7.11.2023, prot. n. 56189). La società Giardina Viaggi esternava le proprie ragioni con pec del 7/8 novembre 2023, prot. n. 56205, in chiusura della quale chiedeva da un lato “*un incontro per tentare di risolvere le indubbe problematiche riscontrate e quindi procedere alla stipula del contratto d’appalto*”, e dall’altro affermava che “*nella perseverante assenza finanche di una bozza di atto contrattuale da sottoscrivere, si deve appieno confermare la volontà espressa con la nota pec del 23.10.2023*” (di recesso, n.d.r.).

Con relazione del 6.11.2023, prot. n. 3408/P.M. il Comandante della Polizia municipale segnalava l’irregolare svolgimento del servizio e l’arbitraria sospensione dello stesso da parte del concessionario.

Seguiva un ulteriore carteggio nel quale venivano ribadite le rispettive posizioni (nota comunale 17.11.2023, n. 57526, note Giardina Viaggi 20.11.2023, prot. n. 57653, 11.12.2023, prot. n. 60135, nota comunale 12.12.2023, prot. n. 60410, nota 13.12.2023, prot. n. 60527, e nota della Giardina Viaggi, contenente la richiesta di trasmissione della bozza del contratto 13.12.2023, prot. n. 60612, che veniva trasmesso dal Comune con pec 14.12.2023, prot. n.60709).

La ditta respingeva la bozza di contratto con pec del 15.12.2023, prot. n. 60882, alla quale il

Comune replicava con nota del 15.12.2023, prot. n. 60950.

Infine, con nota del 10.01.2024, prot. n. 804, il Comune comunicava alla società appaltatrice l'avvio del procedimento "di revoca in autotutela della Determina Dirigenziale n. 67 del 04/08/2023 (n. 421/R.G. del 04/08/2023), ai sensi dell'art. 21-quinquies della L. n. 241/1990 e s.m.i."

Dopo le repliche della ditta (nota 19.01.2024, prot. n. 7069), **il Comune adottava la determinazione dirigenziale del 22.01.2024, n. gen. 32 con la quale stabiliva di "revocare" la determina n. 67 di aggiudicazione e di escutere la cauzione definitiva e avviava le procedure di recupero del canone non versato dall'appaltatrice.**

L'importo da versare al Comune, a titolo di corrispettivo per il servizio, veniva quantificato con nota 25.01.2024, prot. n. 10151 e la polizza veniva escussa con nota del 25.01.2024, prot. n. 10153.

2. Con ricorso notificato il 26.01.2024 e depositato in data 1.02.2024 Giardina Viaggi s.r.l. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, i seguenti atti: 1) la determina dirigenziale n. 32 del 22.01.2024 del Comune di Patti con la quale, tra l'altro, si è disposto la **revoca in autotutela** dell'aggiudicazione del servizio temporaneo e sperimentale del trasporto di persone ai fini turistici-ricreativi, mediante bus navetta su gomma in l/tà Tindari durante la stagione estiva e autunnale (periodo 1.08.2023-31.12.2023), disposta con la determina dirigenziale n. 67 del 4.08.2023 unitamente a tutti i conseguenziali atti ivi previsti; 2) tutti gli atti presupposti, ivi compresi le note dirigenziali n. 60950 del 15.12.2023 e n. 804 del 10.01.2024; 3) tutti gli atti conseguenziali tra i quali le note dirigenziali nn. 10151, 10152 e 10153 del 25.01.2023.

La ricorrente ha altresì agito per l'accertamento, in sede di giurisdizione esclusiva: 1) dell'insussistenza dei requisiti di imprevedibilità di cui all'art. 17, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 per procedere all'affidamento del servizio in via d'urgenza giusto verbale del 12.08.2023 con ogni conseguente statuizione, 2) del proprio diritto a non procedere alla stipula del contratto per l'inutile decorso di tutti i termini dilatori di cui agli artt. 18 e 55 del d.lgs. n. 36/2023; 3) dei rapporti credito/debito maturati tra la ricorrente ed il Comune dalla data del 12.08.2023 alla data del 15.12.2023 in ragione della illegittima consegna del servizio in via d'urgenza.

I suddetti provvedimenti sono stati avversati per i seguenti motivi: 1) *Violazione di legge (art.122 d.lgs. n.36/2023); carenza dei presupposti; carenza del potere;* 2) *Eccesso di potere; carenza assoluta dei presupposti; travisamento dei fatti; sviamento del potere;* 3) *Eccesso di potere; carenza assoluta dei presupposti; travisamento dei fatti;* 4) *Violazione dell'art. 17, comma 9, del d.lgs. n.36/2023 (con riguardo alla consegna in via d'urgenza);* 5) *Violazione degli artt. 18 e 55 del d.lgs. n.36/2023; diritto dell'aggiudicatario di sottrarsi all'obbligo di stipula del contratto d'appalto.*

2.1. Con il primo motivo di ricorso viene dedotto che **la cauzione definitiva sia stata rilasciata a garanzia di un contratto che non è stato stipulato, né l'avvio del servizio in via d'urgenza giusto verbale avrebbe determinato la nascita di un vincolo contrattuale.**

Da ciò discenderebbe sia la perdita di efficacia della suddetta cauzione sia il potere della Stazione appaltante di escuterla.

2.2. Con la seconda censura la società ricorrente contesta l'ultroneità delle **segnalazioni di grave inadempimento** inviate dall'Amministrazione comunale alla Regione Siciliana e alla Città Metropolitana di Messina, le quali sarebbe viziata da sviamento di potere.

L'inesistenza di un contratto, secondo la prospettazione della ricorrente, escluderebbe qualsiasi ipotesi di inadempimento contrattuale, tenuto conto, in particolare, del complessivo comportamento illegittimamente ostativo che sarebbe stato assunto dalla stessa Stazione appaltante, la quale avrebbe impedito l'esecuzione del servizio superando le criticità segnalate dalla società aggiudicataria.

2.3. Con la terza doglianza si evidenzia che la Stazione appaltante non potesse chiedere l'intero importo del corrispettivo previsto dallo stipulando contratto, attesa la sua condotta inadempiente.

2.4. Con specifico riguardo alla domanda di accertamento, viene dedotta la violazione dell'art. 17, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023, in quanto l'esecuzione del servizio in via d'urgenza sarebbe stata imposta dall'Amministrazione comunale in assenza dei presupposti previsti dalla norma, difettando, in particolare, la condizione di oggettiva imprevedibilità ivi richiesta.

2.5. Con la quinta censura si deduce che il decorso di tutti i termini dilatori imposti dagli artt. 18 e 55 del d.lgs. 36/2023 valga, in ogni caso, a sottrarre la società ricorrente dall'obbligo di sottoscrivere qualsivoglia bozza di contratto sottoposta alla propria firma e, di conseguenza, da qualsivoglia ipotesi di inadempimento contrattuale. Il presunto rifiuto della ditta di stipulare il contratto, di cui si dà conto nella determina n. 32/2024 impugnata, sarebbe altresì errato, in quanto l'unica bozza contrattuale proposta alla società ricorrente sarebbe stata quella inviata con la nota n. 60789 prot. del 14.12.2023, quando ormai erano ampiamente decorsi i termini di cui al predetto art. 18 del d.lgs. n. 36/2023.

2.6. La società ricorrente ha, in ultimo, presentato una **proposta conciliativa ai sensi dell'art. 91 c.p.c.**, offrendo il pagamento al Comune di Patti della somma di € 22.511,53 (78040/1040x300) a saldo e stralcio. In via alternativa, richiamando il dato testuale conclusivo della relazione imposta dal Comune in sede di gara in merito alla determinazione dell'importo della concessione (*"In considerazione che sono stati stimati 500.000 presenze/anno, che il costo medio del biglietto è stato stabilito in 2,00 €/persona e che il presente servizio temporaneo viene istituito in forma sperimentale e si articolerà in 5 mesi, il canone da versare all'Ente per i 5 mesi sarà pari al 30% dell'importo complessivo dei biglietti venduti"*), la società ha offerto il pagamento del 30% dell'importo complessivo degli incassi effettivamente ricevuti (per come già formalmente comunicati e verificati dal Comune di Patti) maggiorato del rialzo (offerto in sede di gara).

3. Il Comune di Patti si è costituito in giudizio per resistere al ricorso in data 20.02.2024.

4. Con successiva memoria del 18.04.2024 il Comune resistente ha controdetto rispetto alle

censure sollevate dalla parte ricorrente con il proprio atto di gravame.

4.1. L'Ente comunale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Viene evidenziato, in particolare, che le doglianze della ricorrente attengono agli atti (e ai comportamenti) posti in essere dal Comune successivamente alla conclusione della procedura di scelta del contraente fino alla (mancata) stipula del contratto e conseguente declaratoria di revoca dell'aggiudicazione, con conseguente devoluzione della controversa al giudice ordinario, non venendo in essere atti autoritativi ma un rapporto paritetico tra le parti.

4.2. Viene altresì eccepita l'inammissibilità del ricorso anche per contraddittorietà del *petitum*, in quanto, da un lato, la ditta ricorrente chiede, in epigrafe del proprio gravame, l'annullamento della determina dirigenziale n. 67 del 2023 di revoca della aggiudicazione e, dall'altro, chiede "l'accertamento in sede di giurisdizione esclusiva, del diritto della ditta ricorrente a non procedere alla stipula del contratto per l'inutile decorso di tutti i termini dilatori di cui agli artt. 18 e 55 del D.lgs n. 36/2023".

La domanda con la quale viene richiesto l'accertamento del proprio diritto di non procedere alla stipula del contratto, peraltro, non sarebbe riportata in chiusura dell'atto, così da apparire non coltivata e abbandonata.

4.3. Con specifico riguardo al primo motivo di gravame l'Ente che resiste in giudizio evidenzia che la prestazione di una garanzia è stata prevista dalla lettera-invito alla gara ai sensi degli artt. 53, comma 4, e 117, D. Lgs. n. 36 del 2023 "per la sottoscrizione del contratto".

La garanzia in parola coprirebbe tutta la fase di esecuzione del contratto, ivi compreso il segmento temporale intercorrente tra la consegna anticipata e la sottoscrizione del contratto.

Viene anche osservato che, in occasione della consegna anticipata dell'appalto del 12.08.2023, l'impresa si sia spontaneamente impegnata a verbale a consegnare la garanzia in parola e che la relativa polizza sia stata stipulata presso l'Agenzia Unipol di Capo D'Orlando lo stesso giorno, concretizzando un comportamento concludente della ricorrente da cui si dedurrebbe (ai sensi dell'art. 1362, comma 2, c.c. e dell'art. 1366 c.c.) che anche la consegna anticipata del servizio dovesse essere assistita da idonea garanzia.

4.4. La parte resistente eccepisce l'inammissibilità della seconda censura, in quanto: (i) da un lato, la segnalazione all'ANAC non costituirebbe un atto lesivo perché l'eventuale nocumento alla ricorrente deriverebbe dall'eventuale provvedimento dell'Autorità; (ii) dall'altro, nessun nocumento concreto potrebbe essere lamentato, al momento dell'instaurazione del presente giudizio, dalla società ricorrente.

Nel merito la censura sarebbe in ogni caso infondata, in quanto la procedura per cui è causa costituirebbe una procedura di scelta del contraente della p.a. ad evidenza pubblica, perfettamente vincolante per le parti, rispetto alla quale la società appaltatrice si sarebbe

rilevata inadempiente, legittimando **la segnalazione all'ANAC** in ossequio a quanto disposto dall'art. 222, comma 10, del d.lgs. 36 del 2023. Il Comune, quindi, avrebbe ottemperato all'obbligo di legge inviando all'Autorità il c.d. "Modello C" a mezzo p.e.c. del 25.01.2024, prot. n. 10.152.

Il Comune che resiste in giudizio osserva, inoltre, che **la ditta Giardina Viaggi abbia accettato, senza riserva alcuna, tutte le modalità di svolgimento del servizio in conformità a quanto indicato nella lettera-invito, risultando conseguentemente inadempiente rispetto a quest'ultima.**

4.5. Con riguardo al terzo motivo di ricorso si contesta che a fronte degli inadempimenti della ricorrente le asserite mancanze ai propri obblighi da parte del Comune sarebbero **mere supposizioni** di controparte, in quanto non discenderebbero dai contenuti degli atti negoziali di gara (lettera-invito, disciplinare e capitolato dell'appalto), bensì da richieste unilateralmente avanzate dalla società Giardina Viaggi successivamente all'aggiudicazione (cfr. le "riserve" apposto al verbale di consegna parziale del 12.08.2023).

4.6. Per quanto concerne la quarta doglianza, ne viene dapprima eccepita l'inammissibilità, in quanto la possibilità di procedere alla consegna anticipata risultava espressamente prevista nella lettera-invito, rispetto a cui la ricorrente avrebbe prestato piena acquiescenza.

Nel merito, si evidenzia che **la possibilità di procedere alla consegna anticipata fosse prevista nell'interesse generale dell'erogazione del servizio e dello stesso appaltatore dal momento che la gara, bandita con determina a contrarre 24.07.2023, n. 396, si fosse conclusa giorno 8.08.2023, nel pieno della stagione turistica.**

Sul piano normativo, l'art. 17, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 36 del 2023 legittimerebbero l'esecuzione d'urgenza ***"nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare"***.

Di contro, attendere la sottoscrizione del contratto per dare avvio al servizio, così come ordinariamente previsto dall'art. 18, d.lgs. n. 36 del 2023, avrebbe comportato la perdita di qualsivoglia utilità per il servizio stesso (e di remuneratività per l'appaltatore), dal momento che si sarebbe dovuto attendere lo spirare del termine dilatorio di trentacinque giorni, arrivando, quindi, al termine della stagione turistica. Da ciò l'assunto secondo cui le ragioni di urgenza fossero del tutto evidenti e oggettive nel caso di specie, trattandosi di un servizio turistico essenziale proprio nel pieno della stagione estiva.

4.7. Rispetto alla quinta censura si evidenzia che, a norma dell'art. 55, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023, trattandosi di appalto sotto soglia il termine di entro trenta giorni dall'aggiudicazione definitiva per la stipula del contratto fosse da considerare ordinatorio, non trovando quindi applicazione la disciplina di cui all'art. 18, d.lgs. n. 36 del 2023.

4.8. Con riguardo alla proposta conciliativa presentata dalla ricorrente, il Comune rappresenta di averla rifiutata con deliberazione del 7.02.2024, n. 39 con la quale la G.M. ha deliberato di

resistere all'odierno ricorso.

5. Con memoria del 22.05.2024 il Comune resistente ha rappresentato al Collegio che, con Determina Dirigenziale del 20.03.2023, n. 23/R.S. (n. 115/R.G.), è stata indetta una nuova procedura negoziata senza bando con 5 operatori qualificati ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e), del d. lgs. 36/2023. La procedura è terminata con l'aggiudicazione del servizio all'operatore economico Crisamar Viaggi S.a.s. di Crisafulli Giuseppe & C., il quale ha formulato un'offerta al rialzo pari a € 110.300,00 [Determina Dirigenziale 28.03.2024, n. 25/R.S. (n. 125/R.G.)] e il servizio, avviato come da capitolato, si sta svolgendo regolarmente.

6. Con memoria del 24.05.2024 parte ricorrente ha insistito per l'accoglimento del proprio ricorso, controdeducendo in ordine alle eccezioni sollevate dall'Amministrazione resistente.

6.1. Rispetto al profilo di inammissibilità del gravame per difetto di giurisdizione viene rilevato che la procedura oggetto del presente giudizio sia una concessione di servizio pubblico, rispetto alla quale troverebbe applicazione l'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a., **il quale attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai suddetti rapporti di concessione.**

Viene altresì evidenziato che il provvedimento impugnato sia una “revoca in autotutela del provvedimento di aggiudicazione”, manifestazione del potere autoritativo dell'Ente che resiste in giudizio.

6.2. Con riguardo alla seconda eccezione di inammissibilità la ricorrente rileva di aver correttamente esercitato il proprio diritto potestativo a non procedere alla stipula del contratto per l'inutile decorso di tutti i termini dilatori di cui agli artt. 18 e 55 del d.lgs. n. 36/2023. Il provvedimento di revoca, pertanto, sarebbe stato impugnato nella misura in cui “sanziona” la posizione della ricorrente per essersi sottratta alla sottoscrizione del contratto. Non sussisterebbe, pertanto, alcun interesse della ricorrente all'affidamento della concessione del servizio pubblico di trasporto alle condizioni imposte con la bozza del contratto proposta dal Comune con la nota n. 60789 prot. del 14.12.2023.

7. Con successiva memoria di replica del 5.06.2024 l'Amministrazione resistente ha insistito nelle proprie eccezioni e controdeduzioni. La parte ha altresì eccepito l'improcedibilità del ricorso per l'omessa impugnazione, con motivi aggiunti, della determinazione 28.03.2024 n. 25/R.S. (n. 125/R.G.), con cui il Comune ha affidato il “*servizio temporaneo e sperimentale del trasporto di persone ai fini turistici-ricreativi*”, in località Tindari, all'operatore economico Crisamar Viaggi S.a.s. Dalla mancata impugnazione di tale atto discenderebbe, secondo l'Ente, il sopravvenuto difetto di interesse dell'odierna ricorrente.

8. Con memoria di replica del 5.06.2024 la società ricorrente ha ulteriormente precisato, con riguardo all'eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione sollevata dalla parte resistente, che il servizio di trasporto pubblico per cui è causa sia da ricomprendersi nella definizione di servizio pubblico sia sul piano soggettivo (quale riconduzione diretta alla competenza del Comune), sia sul piano oggettivo (in relazione all'assoggettamento dell'attività che lo stesso Comune di Patti ha assunto come servizio pubblico diretto al conseguimento di

fini sociali per l'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti). L'odierna controversia, peraltro, prescinderebbe da questioni inerenti il pagamento di corrispettivi o di pretese patrimoniali ma attiene piuttosto alla disciplina delle modalità di svolgimento del servizio e all'esercizio della vigilanza e controllo dell'Amministrazione affidante sull'esercente del servizio in concessione del trasporto pubblico locale.

Anche a voler escludere che la controversia rientri nel perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, continua la parte, l'atto impugnato riguarderebbe un rapporto precedente all'aggiudicazione, non venendo in discussione la fase esecutiva del rapporto, con conseguente giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

9. All'udienza pubblica del 26.06.2024, presenti i difensori delle parti come da verbale, la causa è stata posta in decisione.

10. Deve preliminarmente esaminarsi l'eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione sollevata dall'Amministrazione resistente, la quale, ad avviso del Collegio, è fondata.

10.1. Con il presente gravame viene impugnata la determina dirigenziale n. 32 del 22.01.2024 con la quale il Comune di Patti ha adottato **la revoca in autotutela** dell'aggiudicazione del servizio temporaneo e sperimentale del trasporto di persone ai fini turistici-ricreativi, mediante bus navetta su gomma in l/tà Tindari durante la stagione estiva e autunnale (periodo 1.08.2023-31.12.2023), disposta con la determina dirigenziale n. 67 del 4.08.2023.

Nel corpo del predetto atto di revoca vengono richiamati i seguenti **fatti** e comportamenti assunti dall'Amministrazione aggiudicataria e dalla ditta appaltatrice, dalla cui sequenza promana l'adozione dell'atto qui avverso:

(i) **con verbale di consegna urgente e anticipata** e sotto riserva di legge del 12.08.2023, **redatto ai sensi dell'art. 17, commi 8 e 9**, e dell'art. 50, comma 6, del d.lgs. n. 36/2023 nonché dell'art. 19, commi 2 e 3 del D.M. n. 49/2018, è stato **consegnato alla ditta appaltatrice e regolarmente avviato il servizio oggetto della procedura di affidamento;**

(ii) l'operatore economico **Giardina Viaggi s.r.l., parte ricorrente, ha espletato** il servizio di cui sopra, per conto del Comune di Patti, **incamerando gli introiti** del servizio navetta e dei relativi posteggi;

(iii) **la Città Metropolitana di Messina ha emesso Ordinanza** Dirigenziale n. 53 del 27.09.2023 relativamente alla regolamentazione della **ZTL** in corrispondenza del tratto di Strada Provinciale interessato dal servizio in oggetto;

(iv) con nota prot. n. 54577 del **23.10.2023 la società ricorrente** ha rinnovato il recesso unilaterale dal rapporto contrattuale in argomento, **interrompendo a partire da tale data il servizio in oggetto;**

(v) nel mese di novembre l'operatore economico ha espletato, di propria iniziativa, altre due giornate di servizio navetta;

(vi) con nota prot. n. 60135 dell'11.12.2023 la stessa società aggiudicataria ha comunicato la revoca del suddetto recesso;

(vii) eseguite le verifiche del possesso di tutti i requisiti di legge in capo al suddetto operatore economico, l'Ente aggiudicatore ha invitato l'operatore economico per la stipula del contratto **ai sensi dell'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, da ultimo con nota prot. n. 60527 del 13.12.2023 e successiva nota prot. n. 60789 del 14.12.2023, con la quale è stato anche trasmesso lo schema del suddetto contratto;**

(viii) **l'operatore economico si è sempre rifiutato** di stipulare il suddetto contratto d'appalto;

(ix) l'interruzione del servizio pubblico in oggetto ha causato notevoli danni e disservizi, con conseguenti gravi criticità gestionali-operative e amministrativo-finanziarie, giusta documentazione copiosamente intercorsa tra le parti.

Il Comune, quindi, ha dato conto nella determinazione impugnata del fatto che la società ricorrente abbia interrotto il servizio pubblico per il quale, in veste di aggiudicataria, era stata disposta l'esecuzione anticipata del contratto ai sensi dell'art. 17, commi 8 e 9, del d.lgs. 36 del 2023, causando "notevoli danni e disservizi, con conseguenti gravi criticità gestionali-operative e amministrativo-finanziarie".

Dal puntuale esame della motivazione addotta dal Comune si evince, quindi, che gli elementi indicati a sostegno della decisione di interrompere il rapporto con la società odierna ricorrente, seppure finalizzati ad una determinazione formale di revoca dell'aggiudicazione, si risolvono nella **contestazione di inadempimenti** relativi agli obblighi di esecuzione del rapporto negoziale di appalto, tipici, cioè, della fase successiva alla stipula formale del contratto, che, però, nella fattispecie in esame è venuta a mancare.

Orbene, deve osservarsi - in via generale - che in materia di appalti pubblici l'art. 133 c.p.a. ha attribuito esclusivamente al giudice amministrativo il contenzioso sulla procedura di affidamento dell'appalto, restando devolute al giudice civile le vertenze afferenti al contratto e alla sua esecuzione, dato che esse ineriscono a diritti e obblighi scaturenti dal contratto stesso.

Nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto l'affidamento di lavori, servizi e forniture, pertanto, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per quanto concerne la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa. Di contro, **la giurisdizione del giudice ordinario** quale giudice dei diritti diviene pienamente operativa nella successiva **fase afferente l'esecuzione del rapporto, fase normalmente aperta dalla stipula del contratto**, la quale ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la sottoscrizione del rapporto negoziale e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione.

Nell'esecuzione del contratto, infatti, i contraenti - p.a. e operato privato - si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. La costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune costituisce quindi lo spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dagli artt. 1321 c.c. e ss.; e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (artt. 1325 c.c. e ss.) e gli effetti (artt. 1372 c.c. e ss.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee o alla stessa sopravvenute (Cass., S.U., n. 27169 del 2007).

La Suprema Corte di Cassazione ha tuttavia precisato che ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice ordinario non è indispensabile la stipula del contratto tra amministrazione aggiudicatrice e società appaltatrice, essendo a tal fine sufficiente che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione (Cass., S.U., n. 6068 del 2009, che ha ritenuto idonea la consegna dei lavori; Cass. sez. un., 25.05.2018, n.13191). La Corte di Cassazione ha così equiparato alla stipula del contratto scritto anche il caso in cui, come nella fattispecie in esame, il rapporto negoziale abbia avuto un inizio di esecuzione, richiamando quindi il modulo conclusivo del contratto previsto dall'art. 1327 c.c..

Più specificatamente, le Sezioni Unite della Cassazione hanno specificato che la controversia vertente su un provvedimento di "**decadenza dall'aggiudicazione**" **adottato dalla p.a. dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipula** del contratto è soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che quel provvedimento, non essendo riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo, può qualificarsi, alternativamente, come **atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata**, ovvero, in difetto di quest'ultima, come recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, rimanendo comunque espressione di un potere di natura privatistica (Cassazione civile, sez. un., 5.10.2018, n. 24411, e, di recente, Cassazione civile, sez. un., 4.01.2023, n. 111).

In questo senso, peraltro, si sono espresse numerose pronunce della giurisprudenza amministrativa che confermano quanto sopra indicato dalle Sezioni Unite.

Secondo il T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 24.11.2022, n. 15681 "*In materia di appalti, l'atto che, **pur autoqualificandosi come revoca** e richiamando le disposizioni che tale potere disciplinano, **si fonda su una serie di inadempimenti** delle obbligazioni scaturenti dal rapporto contrattuale instauratosi a seguito della disposta esecuzione in via d'urgenza, è privo di contenuto provvedimentale, quando, tenuto conto del suo contenuto sostanziale, **esso non può dirsi frutto della spendita di potere pubblicistico, ma dell'esercizio del diritto potestativo di risolvere il contratto, spettante alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 108, d.lgs. 50/2016**, coinvolgendo non già violazioni di regole dell'azione amministrativa, bensì diritti soggettivi inerenti a un rapporto di natura privatistica, riservato alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario"; secondo T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 8.11.2019, n. 2574 e T.A.R. Liguria, sez. I, 16.11.2019, n. 861 "*In materia di appalto di opere pubbliche sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo le controversie derivanti**

dalle procedure di affidamento dei lavori, **mentre per quelle che traggono origine dall'esecuzione del contratto non v'è alcuna deroga alla giurisdizione del giudice ordinario**. Pertanto, **ove l'accordo delle parti preveda l'impegno dell'impresa appaltatrice di accettare l'offerta di consegna anticipata dei lavori nelle more della stipula del contratto**, allorché si discuta dell'inadempimento di quest'ultima rispetto a detto impegno e della risoluzione del rapporto (con conseguente incameramento della cauzione) dichiarata dalla stazione appaltante ai sensi del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, art. 129, comma 7, siffatta controversia — essendo estranea alla tematica dell'aggiudicazione, ovvero del procedimento attraverso il quale la p.a. sceglie il proprio contraente — appartiene alla cognizione del giudice ordinario riguardando l'esecuzione del rapporto (sia pure anticipata rispetto alla piena efficacia dell'aggiudicazione stessa)"; secondo T.A.R. Veneto, sez. I, 12.06.2019, n. 689, "La giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di affidamento dei contratti pubblici non si estende a tutti gli atti adottati nel tempo che intercorre tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, anche se l'aggiudicatario abbia intrapreso l'esecuzione in via anticipata; ai fini del riparto di giurisdizione, pur a fronte dell'esecuzione anticipata dell'appalto, occorre valorizzare **il criterio sostanziale della natura intrinseca delle posizioni soggettive coinvolte in giudizio**, poiché non è dirimente il dato formale della mancata stipula del contratto. Di conseguenza, spetta al g.o. la controversia in caso di inadempimento contrattuale, in relazione all'esecuzione di un vero e proprio contratto (ancorché relativo all'esecuzione anticipata della fornitura), poiché posizioni delle parti in relazione a tali questioni hanno natura paritaria e indubbia consistenza di diritto soggettivo"; secondo T.A.R. Sardegna, sez. I, 26.04.2018, n. 377 "la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui contratti pubblici comprende le sole controversie relative al corretto svolgimento della procedura di selezione del contraente pubblico - ancorché insorte a seguito di un intervento di autotutela della stazione appaltante successivo alla stipula- mentre quelle che hanno a oggetto la (corretta o meno) esecuzione del rapporto rientrano nella giurisdizione ordinaria; pertanto, ove l'impresa appaltatrice dia anticipatamente avvio alla prestazione nelle more della stipula del contratto, allorché si discuta dell'inadempimento di quest'ultima nell'esecuzione anticipata e della risoluzione del rapporto o di questioni risarcitorie connesse a inadempimenti riguardanti l'esecuzione dei lavori, siffatta controversia - essendo estranea alla tematica dell'aggiudicazione, ovvero del procedimento attraverso il quale la pubblica amministrazione sceglie il proprio contraente - appartiene alla cognizione del giudice ordinario riguardando l'esecuzione del rapporto"; secondo T.A.R. Toscana, sez. I, 29.03.2018, n. 474, "l'inizio della fase esecutiva dell'appalto (a partire dal quale le controversie pertengono alla giurisdizione del giudice civile) non presuppone necessariamente la sottoscrizione del contratto, essendo a tal fine sufficiente che, a seguito dell'aggiudicazione, le parti abbiano comunque iniziato l'esecuzione del rapporto. Pertanto, a fronte dell'impossibilità di procedere alla consegna delle opere per mancata consegna da parte dell'aggiudicatario della documentazione occorrente ed a fronte del conseguente atto qualificato come revoca dell'aggiudicazione, recante altresì la nuova aggiudicazione dell'appalto in favore della seconda classificata, rileva una controversia che radica le proprie ragioni nella serie negoziale successiva alla fase di scelta del contraente, serie che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento e riguarda la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, devoluta al giudice ordinario"; ancora T.A.R. Toscana, sez. I, 11.04.2016, n. 610 "il provvedimento che dispone, sul presupposto di gravi inadempimenti dell'impresa nella conduzione del servizio, **la revoca dell'aggiudicazione definitiva e la cessazione dell'esecuzione d'urgenza del servizio stesso, pur essendo**

adottato in mancanza della sottoscrizione del contratto di appalto, costituisce sostanzialmente una anticipata risoluzione contrattuale, con la conseguenza che la sua impugnazione pone il tema del corretto adempimento delle obbligazioni nascenti dall'esecuzione anticipata del contratto, attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, l'accettazione dell'esecuzione anticipata implica la conclusione di un accordo di matrice negoziale, la cui esecuzione si identifica con quella del rapporto e il cui inadempimento attrae la controversia nella giurisdizione ordinaria".

È di tutta evidenza che **nel caso di specie l'Amministrazione abbia inteso censurare** comportamenti integranti inadempimenti esecutivi da parte della società ricorrente, i quali sono stati successivi all'inizio dell'esecuzione d'urgenza ex art. 17, commi 8 e 9, del d.lgs. 36/2023 e antecedenti alla stipula del contratto; pertanto, a fronte del mero dato formale della qualificazione dell'atto da parte del Comune in termini di "revoca dell'aggiudicazione", deve ritenersi che l'Ente abbia inteso porre in essere una risoluzione anticipata del rapporto negoziale scaturito dall'accettazione dell'esecuzione anticipata del contratto, con conseguente attrazione della controversia nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

11. Alla luce di quanto sopra rilevato deve quindi essere dichiarato il difetto di giurisdizione del T.A.R. adito. La dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario determina gli effetti, in ordine alla prosecuzione del giudizio presso il giudice munito di giurisdizione, di cui all'art. 11 c.p.a..

12. Il Collegio ravvisa, nelle peculiarità del giudizio, eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione a favore del giudice ordinario, innanzi al quale la causa potrà essere riassunta nei termini di legge ai sensi dell'art. 11 c.p.a..

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Primo Referendario

Francesco Fichera, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Il **comma 8 dell'art. 17 del d.lgs n. 36/2023** prevede che l'esecuzione del contratto non ancora stipulato possa essere ugualmente iniziata con determina motivata della stazione appaltante e dell'ente concedente. L'evenienza dell'**esecuzione anticipata rispetto alla stipula ha carattere eccezionale**, essendo determinata o da **motivazioni discrezionalmente apprezzate dalla P.A.** ovvero da **fattori tipizzati dal comma 9** dello stesso articolo. Tale comma indica la fattispecie in cui l'esecuzione del contratto prima della stipula è obbligatoria, individuando le ragioni nella profilazione di rischio di eventi imprevedibili, che pongono la necessità di ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose ovvero per l'igiene e per la salute pubblica o, ancora, per interessi sensibili o di rischio di un grave danno proprio all'interesse pubblico che l'offerta è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione Europea. La **previsione di obbligatorietà dell'esecuzione anticipata**, in presenza di eventi di rischio tipici, pone la **questione se nel ricorso degli stessi il privato possa vantare un diritto o un interesse legittimo al subingresso anticipato nel rapporto negoziale**. La soluzione che dovrebbe ritenersi prevalente, propende per la ricostruzione in termini di **interesse legittimo** siccome la P.A. è munita del potere esclusivo di apprezzare la ricorrenza degli eventi giustificativi tipizzati dalla norma. Ciò non toglie che, in caso di inerzia della stazione appaltante, che attende la maturazione dei tempi fisiologici per la stipula, nonostante il ricorso dei fattori di rischio tipici, deve riconoscersi in capo all'aggiudicatario una posizione qualificata a formulare un'istanza, che dia luogo quanto meno al dovere di procedere. Conseguenziale si paleserebbe la prospettazione di una **legittimazione al rito del silenzio ex artt. 31 e 117 c.p.a.**

Tanto premesso in punto di ricostruzione della disciplina normativa, la sentenza in commento affronta, attraverso una pronuncia declaratoria di difetto di giurisdizione, il delicato problema della **competenza del G.A. a conoscere le questioni che vengono a radicarsi nella fase di esecuzione anticipata**.

La questione si profila perchè, secondo gli insegnamenti della giurisprudenza consolidata in tema di procedure di appalti, il **G.A. conosce le controversie inerenti all'espletamento della procedura, laddove tutte le questioni successive allo sbarramento costituito dalla stipula del contratto**, essendo di connotazione privatistica, sono devolute alla **cognizione del G.O.**

Tale principio appare entrare in crisi nell'**ipotesi eccezionale in cui l'esecuzione del contratto, anziché essere collocata dopo la stipula, venga anticipata rispetto ad essa per i motivi palesati dall'articolo 17 comma 8 e 9 del d.lgs n. 36/23**. Infatti, **vero è che gli atti che intervengono nella fase di esecuzione anticipata, dal punto di vista formale sono collocati in una zona di naturale competenza del G.A.**, in quanto la relazione senza il contratto è ancora asimmetrica, connotata dalla permanenza del pubblico potere; tuttavia, **il concetto stesso di esecuzione del contratto ancorché anticipata, richiama l'operatività di atti che solo formalmente sono amministrativi, rivestendo la sostanza di atti privatistici**.

La soluzione che viene adottata dalla giurisprudenza consolidata, come prende atto il Tar

Catania nella sentenza in commento, è nel senso che **tutte le controversie che traggono origine dall'esecuzione del contratto sono naturalmente portate alla cognizione del G.O., a prescindere dalla collocazione dell'esecuzione nel suo luogo naturale, cioè dopo la stipula ovvero nel suo luogo eccentrico cioè anteriormente alla stipula.**

Quando l'esecuzione si svolge prima della stipula ai sensi dell'articolo 17, commi 8 e 9 del d.lgs n. 36/2023, in virtù di motivazioni espresse facoltativamente dalla pubblica amministrazione ovvero in base alle scelte vincolate da motivi tipizzati dalla norma, **nasce una relazione privatistica** tra il privato e la stazione appaltante. Essa può avere una consistenza più o meno intensa, potendo trattarsi o di una relazione che resta nello stadio prenegoziale ovvero raggiungere la forza di un vero e proprio vincolo concluso ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1327 c.c.. Si allude, cioè, all'evenienza della **conclusione del contratto mediante principio di esecuzione**, che non è solo una ipotesi di formazione del contratto di matrice privatistica, potendosi certamente adattarsi ai contesti amministrativi in virtù della generica capacità di diritto privato assunta alla P.A. ai sensi dell'art. 11 c.c..

Come la sentenza in commento mette in luce, l'azione amministrativa nella fase di esecuzione anticipata risente dell'attitudine fuorviante per l'interprete rivestita dall'aspetto onomastico. Infatti, gli atti di gestione della fase di esecuzione del rapporto contrattuale, quando costituiscono esercizio di diritti potestativi di reazione ad un inadempimento ovvero ad un contegno del privato irrispettoso di vincoli assunti, pur assumendo la qualifica di atti di autotutela, sono atti privati. Essi nulla hanno a che fare con il potere, essendo motivati sulla base di reazioni che attengono ad un rapporto sostanzialmente paritario tra la pubblica amministrazione e privato. Il Tar Catania ci insegna che il **criterio guida** per l'interprete deve essere il **dato sostanziale della motivazione della determinazione**, laddove la collocazione topografica dell'atto nella fase antecedente alla stipula, è solo un indice presuntivo di potere. Infatti, se l'atto che interviene durante l'esecuzione anticipata, pur intitolato revoca, è svincolato da ogni valutazione pubblicistica o attinente alla fase di selezione del contraente ed è sorretto da motivi di inadempimento del privato, esso non è una revoca ai fini del regime giuridico. Dal punto di vista sostanziale, infatti, può essere correttamente qualificato come una decadenza dell'inadempimento da una posizione contrattuale assunta ai sensi del 1327 c.c. ovvero come esercizio della facoltà di recesso dalle trattative che hanno raggiunto uno stadio avanzato.

Nel caso in esame la stazione appaltante ha emesso una formale revoca di aggiudicazione, che tuttavia è correlata a comportamenti violativi da parte dell'aggiudicatario agli impegni negoziali. Il TAR Catania, pertanto, si dichiara sfornito di giurisdizione, a nulla rilevando l'operatività della previsione di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'articolo 133 lettera b) c.p.a.. Infatti, la previsione della giurisdizione esclusiva non esime mai l'interprete dall'indagine sulla correlazione con il potere dell'atto impugnato, al lume delle coordinate tracciate dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004.. Pertanto, rispetto ad un provvedimento di revoca che intervenga nella fase dell'esecuzione, il primo step interpretativo è la qualificazione sostanziale dell'atto alla quale soccorrerebbero i criteri ermeneutici di cui all'artt. 1362 e seguenti c.c.. Valutata la matrice sostanziale, l'interprete deve ritenere la collocazione topografica del contesto in fase antecedente alla stipula irrilevante ai fini della esatta individuazione della giurisdizione. La considerazione della motivazione, ispirata da

conegni del privato nel rapporto paritetico, deve altresì indurre a considerare la controversia fuori dalla giurisdizione esclusiva per carenza di correlazione con il potere.

Ad esiti diversi non potrebbe indurre la valorizzazione del criterio di riparto della giurisdizione basato sulla *causa paetendi*. Infatti, rispetto alla determinazione di gestione dell'esecuzione anticipata del contratto, nell'esercizio di diritti potestativi di matrice paritetica, non si stagliano situazioni di interesse legittimo ma di diritti soggettivi o, quantomeno, di condizione di soggezione, che vanno portate alla loro naturale cognizione, ovvero quella del G.O..