

N. 12400/2015 REG.PROV.COLL.

N. 05832/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5832 del 2015, proposto, ex artt. 31 e 117 c.p.a., da:
Consorzio stabile Sinercos, in proprio e quale capogruppo mandatario del RTI Consorzio stabile Sinercos - Consorzio stabile Co.i.re.s. – I.A.B. spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Pallottino ed Anna Palmerini, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Via Oslavia, 12;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Graziosi, domiciliata presso l'Avvocatura Capitolina in Roma, Via del Tempio di Giove, 21;

per la declaratoria e l'annullamento

del silenzio-inadempimento formatosi il 18 marzo 2015 sulla diffida inviata in via pec il 3 marzo 2015 a provvedere alla sottoscrizione del contratto di appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione del nuovo Ponte della Scafa e relativa viabilità di collegamento

per l'accertamento dell'obbligo a provvedere

all'immediata conclusione del detto procedimento entro il termine di trenta giorni

per la nomina di un Commissario ad acta

per il caso di inerzia serbata dall'amministrazione comunale oltre il termine per l'adempimento spontaneo

nonché per il risarcimento del danno

ingiusto, subito e subendo dal ricorrente a causa della ritardata conclusione della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente espone che Roma Capitale, con determinazione dirigenziale dell'8 marzo 2013, ha aggiudicato definitivamente al costituendo R.T.I. Consorzio stabile Sinercos – Consorzio stabile CO.I.R.ES. e I.A.B. Spa la gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione del nuovo ponte della Scafa e relativa viabilità di collegamento.

Soggiunge che, completate le verifiche di rito, con nota dell'amministrazione in data 27 marzo 2013, il RTI è stato invitato a stipulare il contratto, ma la sottoscrizione è stata rinviata a causa di un contenzioso instaurato dal secondo classificato per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Rappresenta altresì che il ricorso proposto è stato respinto da questa Sezione con sentenza 5 dicembre 2013, n. 10491, e che tale sentenza è stata confermata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con sentenza 9 settembre 2014, n. 4578, per cui la piena legittimità dell'aggiudicazione definitiva sarebbe stata accertata.

Sostiene pertanto che, dalla data di pubblicazione della richiamata sentenza del Consiglio di Stato (9 settembre 2014), Roma Capitale avrebbe dovuto rinnovare l'invito alla stipula del contratto, mentre, sebbene sollecitata più volte per le vie brevi, non ha provveduto né alla conclusione della procedura di gara con la stipula del contratto di appalto, né a trasmettere altra comunicazione al riguardo.

Di talché, in data 3 marzo 2015, ha diffidato l'amministrazione a provvedere, entro quindici giorni, alla conclusione del procedimento e, conseguentemente, alla stipula del contratto.

In ragione dell'inutile decorso del termine, ha proposto il presente ricorso con cui ha dedotto l'illegittimità del silenzio serbato da Roma Capitale per violazione dell'art. 2 l. n. 241 del 1990 in relazione agli artt. 11, 15, 16, 20 e 27, comma 8, d.P.R. n. 380 del 2001, per eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa nonché per violazione dell'art. 97 Cost.

Ha concluso chiedendo a questo Tribunale, ai sensi dell'art. 31, comma 1, c.p.a., l'accertamento dell'obbligo di provvedere alla conclusione della procedura di affidamento in discorso con conseguente stipula del contratto di appalto nelle forme di legge.

Ha chiesto altresì che sia fissato un termine non superiore a trenta giorni per l'adozione del provvedimento da parte di Roma Capitale e, per il caso di ulteriore inerzia, la nomina di un Commissario ad acta che provveda in sostituzione dell'amministrazione.

Ha formulato richiesta di risarcimento dei danni per l'illegittima ritardata conclusione della procedura ex art. 2 bis l. n. 241 del 1990, da definirsi nel separato giudizio ordinario ex art. 117, comma 6, c.p.a.

Roma Capitale si è costituita in giudizio con memoria di stile.

Il Consorzio ricorrente ha depositato memoria con cui ha insistito per le conclusioni rassegnate, illustrando le ragioni per le quali sussisterebbe sulla controversia la giurisdizione amministrativa.

Alla camera di consiglio del 7 ottobre 2015, l'azione avverso il silenzio è stata trattenuta per la decisione.

2. Il Collegio rileva in via preliminare che, ai sensi dell'art. 117, comma 6, c.p.a., se l'azione di risarcimento del danno è proposta congiuntamente all'azione avverso il silenzio, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

Pertanto, alla camera di consiglio del 7 ottobre 2015, è stata trattata l'azione avverso il silenzio, mentre l'azione di risarcimento del danno sarà trattata con il rito ordinario in apposita udienza pubblica fissata dal Presidente della Sezione.

3. L'azione avverso il silenzio è fondata e va accolta nei sensi e nei limiti di quanto di seguito evidenziato.

Il primo comma dell'art. 2 l. n. 241 del 1990 detta la norma fondamentale sull'obbligo di provvedere in quanto dispone che, ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

Ne consegue che l'obbligo di concludere il procedimento nei termini stabiliti dalla norma sussiste solo quando vi è l'obbligo di avviare il procedimento, atteso che l'esercizio del potere amministrativo non sempre è obbligatorio.

L'obbligo di concludere un procedimento – la cui violazione comporta la possibilità di adire il giudice ai sensi dell'art. 2 l. n. 241 del 1990 e degli artt. 31 e 117 c.p.a. per la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione – postula, in altri termini, che il procedimento debba essere doverosamente avviato.

Pertanto, una volta pervenuta l'istanza di parte, l'amministrazione deve in primo luogo valutare se sia tenuta o meno ad esercitare il potere, vale a dire se la decisione di avviare il procedimento è vincolata o discrezionale e, solo nella prima ipotesi, deve ritenersi sussistente l'obbligo di concludere il procedimento nei termini di legge.

Parimenti, ove sussistano circostanze che potrebbero determinare l'avvio di un procedimento d'ufficio, l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso nei termini di legge sussiste nel momento in cui l'amministrazione abbia ritenuto di dover procedere comunicando il suo avvio ai diretti o potenziali interessati.

In tale contesto, non può essere posto in dubbio che colui il quale ha un interesse differenziato e qualificato ad un bene della vita oggetto di potere amministrativo, per il cui conseguimento, quindi, è necessario l'esercizio del potere pubblico, è titolare di una situazione giuridica che lo legittima, pur in assenza di una norma specifica che gli attribuisca un autonomo diritto di iniziativa, a presentare un'istanza dalla quale nasce in capo alla pubblica amministrazione quantomeno un obbligo di pronunciarsi.

L'azione avverso il silenzio, pertanto, è esperibile solo a tutela di posizioni di interesse legittimo, implicanti l'esercizio in via autoritativa di una potestà pubblica, e non se l'inerzia è serbata a fronte di un'istanza avanzata per il riconoscimento di un diritto soggettivo.

Se dedotta in giudizio è una posizione di diritto soggettivo, infatti, il rimedio si rivela inutile, mentre l'interessato ha titolo a chiedere l'accertamento del diritto al giudice competente, vale a dire al giudice ordinario, se la materia non rientra tra quelle di giurisdizione esclusiva, ovvero al giudice amministrativo, ove sussista la giurisdizione amministrativa esclusiva.

Il ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione in tal caso sarebbe comunque inammissibile: per difetto di giurisdizione, se questa spetta al giudice ordinario; per carenza di interesse, se la giurisdizione spetta al giudice amministrativo in via esclusiva.

In altri termini, l'ammissibilità dell'azione avverso il silenzio postula l'esistenza di una posizione di interesse legittimo, mentre il diritto soggettivo è tutelabile, presso il giudice ordinario, o eventualmente presso il giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva, con l'azione di accertamento in quanto il bene della vita richiesto non costituisce oggetto di attività amministrativa ma è riconosciuto direttamente dall'ordinamento senza alcuna intermediazione del potere pubblico.

La questione in questa sede controversa ha la sua peculiarità nel fatto che l'inerzia della pubblica amministrazione si è manifestata nello iato temporale che intercorre tra l'aggiudicazione della gara, che rappresenta il momento conclusivo della procedura di scelta del contraente, e la stipulazione del contratto, non ancora intervenuta, che segna il sorgere delle posizioni privatistiche delle controparti.

Con l'istanza del 3 marzo 2015, il Consorzio ricorrente ha diffidato Roma Capitale a provvedere, entro e non oltre quindici giorni, alla stipula del contratto d'appalto e ciò anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 e dell'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento di gara con un provvedimento espresso.

Con il ricorso in esame, il Consorzio Sinercos ha chiesto, ai sensi dell'art. 31, comma 1, c.p.a., l'accertamento dell'obbligo di provvedere alla conclusione della procedura di affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione del nuovo Ponte della Scafa e relativa viabilità di collegamento con conseguente stipula del contratto di appalto nelle forme di legge.

Nella memoria prodotta per la camera di consiglio del 7 ottobre 2015, ha insistito, ai sensi dell'art. 31, comma 1, c.p.a., affinché questo Tribunale accerti la sussistenza, in capo a Roma Capitale, dell'obbligo di provvedere all'adozione di provvedimento esplicito e motivato in ordine alla volontà dell'amministrazione comunale di procedere alla sottoscrizione del contratto di appalto in discorso, aggiudicato definitivamente al RTI in data 8 marzo 2013.

Lo iato temporale intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva, momento conclusivo, come detto, della procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente, e la stipulazione del contratto, momento iniziale del rapporto negoziale tra la

stazione appaltante ed il contraente scelto, è stato tradizionalmente considerato una “zona grigia” in cui le posizioni giuridiche soggettive assumono una natura al limite tra l'interesse legittimo ed il diritto soggettivo.

A tale segmento temporale, tuttavia, il codice dei contratti pubblici ha dedicato alcune norme significative.

In particolare, l'art. 11, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006 ha sancito che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta.

Il legislatore, pertanto, ha inteso separare con chiarezza ed in modo netto – nell'ambito del complessivo procedimento di affidamento dell'appalto, che ha origine con la determina a contrarre - la fase della scelta del contraente dalla fase di stipulazione del contratto, solo con la quale sorge la pariteticità delle posizioni pubblica e privata.

Con l'aggiudicazione definitiva, in altri termini, non può dirsi sorto alcun vincolo negoziale tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario.

Il successivo comma 9 dell'art. 11 d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che “diventa efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, 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 ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con il l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'art. 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo e recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate”.

La disciplina legislativa, invece, non prevede nulla per il caso in cui il privato conservi interesse all'esecuzione del programma negoziale concordato.

In tal caso, la qualificazione soggettiva di cui è titolare l'aggiudicatario è decisiva ai fini dell'individuazione degli strumenti utilizzabili per la tutela dei propri interessi, atteso che, se si qualifica la posizione in termini di diritto soggettivo, il privato potrebbe esperire l'azione di cui all'art. 2932 c.c. al fine di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, mentre, se si qualifica la posizione in termini di interesse legittimo, l'impresa può, come avvenuto nella fattispecie, esperire l'azione avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di ottenere la declaratoria dell'obbligo di provvedere per la stazione appaltante.

L'opzione interpretativa più convincente sembra essere quest'ultima.

Una volta esclusa dall'art. 11, comma 7, del codice dei contratti pubblici l'idoneità dell'atto di aggiudicazione ad instaurare una relazione negoziale tra stazione appaltante e privato aggiudicatario, la quale sorge solo per effetto della stipulazione, l'aggiudicazione ha esclusivamente natura di provvedimento amministrativo ampliativo della sfera soggettiva del destinatario che, per effetto della stessa, così come diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo alla sua conservazione, diviene al contempo titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto, sicché nessuna posizione di diritto soggettivo a detta stipula può essere riconosciuta all'impresa aggiudicataria.

In tale direzione, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 11 gennaio 2011, n. 391, hanno rappresentato che nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima dell'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 (principio formulato nella sentenza n. 27169/07 e confermato nelle successive decisioni n. 10443/08, n. 19805/08 e n. 20596/08).

Il supremo giudice della giurisdizione ha chiarito che, nella fattispecie al suo esame, non essendo stato stipulato alcun contratto a seguito dell'aggiudicazione, pur prevedendosene la stipula entro 90 giorni, la posizione dell'attrice “rimaneva quella di titolare di un interesse legittimo”.

In ragione di tali concordi orientamenti giurisprudenziali, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha recentemente ritenuto, con sentenza 11 aprile 2014, n. 1781, in una fattispecie simile alla presente (silenzio serbato dall'amministrazione su diffida per la stipulazione di contratto di compravendita immobiliare) che la stipulazione del contratto rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

In conclusione, le controversie concernenti la legittimità di atti o comportamenti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti non solo prima dell'aggiudicazione, ma anche nel successivo spazio temporale compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione amministrativa perché attengono all'esercizio di potestà amministrativa sottoposto a norme di carattere pubblicistico, a fronte del quale la posizione giuridica dell'interessato ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo in quanto la stazione appaltante, sia pure

intervenuta l'aggiudicazione, conserva sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto in ragione di valide e motivate ragioni di interesse pubblico.

Sulla base di tali considerazioni, può ritenersi che il termine per la stipulazione del contratto - di sessanta giorni dalla raggiunta efficacia a seguito della positiva verifica dei requisiti prescritti in capo all'aggiudicatario - è dispositivo e derogabile e, laddove la stipulazione non avvenga in tale termine, all'aggiudicatario è riconosciuto, da un lato, il diritto potestativo a sciogliersi da ogni vincolo senza il diritto ad alcun indennizzo (salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate), dall'altro, ove l'aggiudicatario intenda conseguire il contratto, la possibilità di ricorrere avverso il silenzio innanzi al giudice amministrativo ovvero di impugnare in sede di giurisdizione generale di legittimità innanzi a detto giudice eventuali atti di autotutela.

In definitiva, l'aggiudicazione della gara individua senz'altro l'operatore economico che potrà stipulare il contratto d'appalto, ma non genera una posizione di diritto soggettivo, atteso che - pur concludendo la fase centrale del procedimento, la c.d. "procedura ad evidenza pubblica", in cui si individua il "giusto" contraente dell'amministrazione - si pone all'interno del più ampio procedimento di affidamento dell'appalto, che inizia con la determina a contrarre e si conclude con la stipulazione del contratto, solo a seguito e per l'esecuzione del quale sorgono posizioni di diritto soggettivo.

In tale prospettiva, rilevato che l'istanza proposta dal Consorzio Sinercos più che avviare un procedimento ad istanza di parte può essere qualificata come una sollecitazione alla conclusione del procedimento avviato dalla stazione appaltante per l'affidamento dell'appalto, il ricorso si rivela ammissibile e va accolto atteso che l'obbligo di provvedere sussiste ai sensi dell'art. 2 l. n. 241 del 1990 e non è stato adempiuto dall'amministrazione comunale.

Di conseguenza, va dichiarato l'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento richiamato nell'istanza presentata dal ricorrente in data 3 marzo 2015 con l'adozione, entro il termine di sessanta giorni (per la delicatezza degli interessi coinvolti) dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione, se anteriore, della presente sentenza, di una determinazione con cui Roma Capitale esprima definitivamente la volontà di stipulare o meno il contratto d'appalto in questione, invitando, nell'ipotesi affermativa, il ricorrente alla sottoscrizione dello stesso.

Per il caso di persistente inadempienza, è nominato Commissario ad acta il Prefetto di Roma, con facoltà di delega ad un dirigente dallo stesso Ufficio, affinché provveda entro l'ulteriore termine di 60 giorni in sostituzione dell'Amministrazione capitolina.

4. Le spese del giudizio avverso il silenzio, in ragione della complessità giuridica della fattispecie, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, accoglie l'azione avverso il silenzio proposta con il ricorso in epigrafe nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, accerta l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione ed ordina alla stessa di concludere il procedimento richiamato nell'istanza presentata dal ricorrente il 3 marzo 2015 entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione, se anteriore, della presente sentenza.

Nomina, per il caso di persistente inadempienza, Commissario ad acta il Prefetto di Roma, con facoltà di delega ad un dirigente dallo stesso Ufficio, affinché provveda entro l'ulteriore termine di 60 giorni in sostituzione dell'Amministrazione capitolina.

Compensa le spese del giudizio avverso il silenzio.

Manda al Presidente della Sezione per la fissazione, ai sensi dell'art. 117, comma 6, c.p.a., dell'udienza pubblica di trattazione della domanda risarcitoria.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 03/11/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)