

Publicato il 27/01/2022

N. 00590/2022REG.PROV.COLL.
N. 00771/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 771 del 2021, proposto da Eni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Tommaso Ventre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonella Le Rose in Roma, via Cavour n. 228/B;

contro

Comune di Prato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Bartalesi, Paola Tognini, Stefania Logli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana

(Sezione Prima) n. 01322/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Prato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e, preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva

discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 20 luglio 2021, è data la presenza degli avvocati Ventre e Tognini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso proposto da ENI s.r.l. contro il Comune di Prato per l'annullamento della determina dirigenziale adottata in data 8 maggio 2020 e comunicata in data 19 maggio 2020, con la quale si è contestato alla ricorrente il venir meno dei requisiti di qualificazione e si è disposta la risoluzione del contratto di appalto per i lavori di restauro delle facciate sul cortile e della pensilina in ferro di palazzo Martini.

1.1. I fatti rilevanti sono i seguenti:

- il Comune di Prato ha indetto con determina dirigenziale n.2591 dell'11 settembre 2019 la gara di appalto al termine della quale la ricorrente è stata dichiarata aggiudicataria;
- la società ENI s.r.l. ha richiesto, in data 9 ottobre 2019, la verifica triennale del mantenimento dei requisiti generali stipulando il relativo contratto con la QLP-SOA s.p.a.;
- accertata la sussistenza della validità dei requisiti di qualificazione prescritti, in virtù dell'applicazione del principio di ultra-vigenza della certificazione SOA, con scadenza prorogata al 7 gennaio 2020, con la determina dirigenziale n. 3931 del 9 dicembre 2019 è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione;
- il 10 dicembre 2019 è stato stipulato il contratto di appalto (Rep. 32174);

- il Comune di Prato, col provvedimento impugnato, ha disposto la risoluzione del contratto, in ragione del fatto che, alla data 7 gennaio 2020, l'impresa ENI s.r.l. non aveva comprovato l'emissione della nuova SOA, essendo così venuta meno, nei confronti dell'impresa aggiudicataria, la continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione.

Va aggiunto che, nelle more dell'istruttoria condotta dalla QLP – SOA, la ricorrente aveva richiesto ad altra società organismo di attestazione, la Soatech s.p.a., con contratto in data 23 dicembre 2019, il rinnovo dell'attestazione quinquennale in scadenza il 10 ottobre 2021 per le stesse categorie e classifiche già in possesso ed aveva ottenuto l'attestazione di qualificazione quinquennale per queste ultime (OG2 classifica II e OG 6 classifica II) in data 7 febbraio 2020.

1.2. La sentenza - dato atto dei motivi di ricorso (violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, degli artt. 76 e 77 del d.P.R. n. 207 del 2010 e del principio del *favor participationis*; eccesso di potere sotto vari profili) e della costituzione in giudizio del Comune di Prato - ha ritenuto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla base del fondamentale argomento che *“il provvedimento di risoluzione del contratto di appalto di cui si tratta, non solo insiste nella fase di esecuzione dell'opera pubblica e quindi incide su diritti soggettivi, ma è stato disposto una volta che l'Amministrazione ha accertato la violazione di uno specifico onere a carico dell'impresa, non essendosi attivata tempestivamente nella presentazione della domanda di rinnovo [n.d.r. della SOA]”*.

1.3. A supporto della decisione sono state richiamate:

- la giurisprudenza amministrativa che reputa *“estranea ai confini della giurisdizione amministrativa la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti (nella veste di contraente) dalla stazione appaltante nella fase di esecuzione del contratto e non afferenti all'esercizio di potestà autoritative, in quanto non compresi nel catalogo delle controversie espressamente e tassativamente riservate alla giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di appalti pubblici dall'art. 133 D.Lgs. n. 104/2010 (Cons. Stato Sez. III*

Sent., 07/04/2017, n. 1637; Cons. di Stato Sez. III, Sentenza n. 5519 del 04/12/2015)”;

- la giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha annoverato tra le controversie spettanti alla giurisdizione del giudice ordinario “*quelle aventi ad oggetto la risoluzione anticipata del contratto autoritativamente disposta dall'Amministrazione committente a causa dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dello appaltatore: anch'esse, infatti, attengono alla fase esecutiva, implicando la valutazione di un atto avente come effetto tipico lo scioglimento del contratto, e quindi incidente sul diritto soggettivo dell'appaltatore alla prosecuzione del rapporto; l'accertamento di tale diritto spetta al Giudice ordinario, mediante la verifica della legittimità dell'atto e dell'eventuale violazione delle clausole contrattuali da parte dell'Amministrazione, e ciò indipendentemente dalla veste formalmente amministrativa della determinazione adottata dalla committente, la quale non ha natura provvedimento, nonostante il carattere unilaterale della risoluzione, che non cessa per ciò solo di operare nell'ambito delle posizioni paritetiche delle parti (Cass. civ. Sez. Unite Ord., 10/01/2019, n. 489)*”.

2. Avverso la sentenza la società ENI s.r.l. ha proposto appello con un motivo di gravame e riproposizione dei motivi non esaminati in primo grado.

2.1. Il Comune di Prato si è costituito in giudizio per resistere all'appello.

2.2. All'udienza del 9 dicembre 2021 la causa è stata assegnata a sentenza, senza discussione, previo deposito di memorie delle parti.

3. Con l'unico motivo d'appello si censura la dichiarazione di inammissibilità, sostenendo che erroneamente è stata ritenuta la giurisdizione del giudice ordinario dato che:

- non era iniziata l'esecuzione del contratto, essendo stato questo soltanto sottoscritto, ma senza che la società contraente vi avesse mai dato attuazione;
- i provvedimenti impugnati non sono atti negoziali, ma espressione del potere di valutazione di natura pubblicistica diretto alla individuazione del contraente più affidabile;
- sono stati adottati (pur se erroneamente) nell'espresso esercizio di potere pubblicistico in testa al Comune, nello svolgimento dell'attività di verifica

della sussistenza dei requisiti di ammissione, tra cui quello di qualificazione;

- attenendo all'esercizio di potestà amministrativa, rispetto a tali provvedimenti la posizione giuridica della ricorrente ha consistenza di interesse legittimo, e non di diritto soggettivo.

3.1. L'appellante aggiunge che la risoluzione contrattuale non è stata disposta a causa di inadempienze contrattuali, cioè di comportamenti o atti propri della fase di esecuzione del contratto, bensì in attuazione degli artt. 108 e 176 del Codice dei contratti pubblici che hanno introdotto istituti di derivazione comunitaria. Tali norme prevedono la facoltà della stazione appaltante di "risolvere" il contratto di appalto o di concessione durante la sua esecuzione per gravi vizi genetici qualificabili come violazioni delle regole europee in tema di affidamento. Malgrado la terminologia adoperata, si tratta, ad avviso dell'appellante, di una vera e propria autotutela provvedimentale, che incide non sul contratto, ma sull'aggiudicazione e che attiene al potere di annullamento in autotutela di quest'ultima, fondato sull'art. 21 *nomies* della legge n. 241 del 1990, anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, come da giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione richiamata in ricorso.

3.2. Infine, l'appellante osserva che la giurisprudenza richiamata nella sentenza gravata non esclude che nella fase esecutiva del contratto vi possa essere un utilizzo da parte dell'amministrazione di poteri autoritativi (consistenti in valutazioni discrezionali), il cui controllo è attratto nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

4. Le censure sono fondate.

Va premesso che, pur condivisibile, non è utilizzabile per corroborare la decisione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo la giurisprudenza richiamata in sentenza, nonché nella memoria del Comune di Prato, concernente la devoluzione al giudice ordinario delle controversie aventi ad oggetto la risoluzione anticipata del contratto disposta

dall'amministrazione committente a causa dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore (Cass., S.U. , ord., n. 489/2019 e le decisioni ivi menzionate, di cui a Cass., Sez. Un., 3 maggio 2017, n. 10705; 12 maggio 2006, n. 10994; 18 ottobre 2005, n. 20116; cui vanno aggiunti i precedenti di questo Consiglio di Stato pure richiamati nella sentenza gravata: n. 1637/2017, riguardante in effetti un'ipotesi di recesso unilaterale dal rapporto consentito *ex lege*, e n. 5519/2015 ed, ancora, Cons. Stato, III, 10 novembre 2015, n. 5116).

Dette controversie si caratterizzano infatti perché attengono effettivamente all'esecuzione del contratto, rispetto alla quale le parti si trovano in posizione paritetica e le determinazioni adottate dall'amministrazione committente, pur quando hanno veste formalmente amministrativa, non hanno natura provvedimentoale. Esse non afferiscono all'esercizio di potestà autoritativa, bensì ai rimedi contrattuali fondati sulle clausole del contratto ed incidenti su posizioni di diritto soggettivo dell'appaltatore, cui si imputa l'inadempimento delle obbligazioni previste dallo stesso contratto.

4.1. Nella fattispecie oggetto del presente contenzioso l'amministrazione ha riscontrato, nell'esercizio dei propri poteri di autotutela, l'esistenza di una causa di illegittimità dell'aggiudicazione, per carenza dei requisiti di qualificazione dell'appaltatore.

La motivazione recata dal provvedimento impugnato, a giustificazione della potestà autoritativa esercitata, è che *“non producendo l'impresa ENI SRL l'attestazione SOA revisionata a seguito della verifica triennale positiva entro il termine del 7 gennaio 2020, è venuta meno in capo all'impresa aggiudicataria la continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione”*.

Malgrado la terminologia adoperata dalla stazione appaltante qualificando la determinazione come di risoluzione del contratto, il provvedimento consiste nell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e nel conseguente, necessitato, scioglimento del vincolo contrattuale in forza della ritenuta assenza dei requisiti di partecipazione alla gara e di aggiudicazione in capo all'affidatario.

4.2. Evidente è la natura provvedimentale della determinazione impugnata, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo dell'impresa appaltatrice. Il dato formale della stipulazione del contratto non muta la natura del potere esercitato, diretto a soddisfare l'esigenza, di matrice pubblicistica, che l'aggiudicazione venga disposta e mantenuta nei confronti di operatori economici provvisti dei requisiti di qualificazione.

L'estraneità dell'atto alla sfera del diritto privato e l'esercizio del potere amministrativo di corretta selezione del contraente comportano, ai sensi dell'art. 7 Cod. proc. amm., l'appartenenza della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, malgrado la sopravvenuta stipulazione del contratto (cfr., per una fattispecie analoga, pur se in applicazione di diverse norme attributive del potere di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente della pubblica amministrazione, Cass. S.U., 29 agosto 2008, n. 21929).

4.3. Il provvedimento impugnato è espressione e conseguenza della verifica della correttezza dell'aggiudicazione, sopravvenuta alla stipulazione del contratto, ma attinente ai presupposti dell'atto prodromico al contratto.

Lo scioglimento del vincolo contrattuale non è conseguito a vizi propri del contratto e, men che meno, al mancato adempimento di prestazioni che sono oggetto delle obbligazioni convenute in contratto a carico delle parti contraenti.

4.3.1. La devoluzione della controversia al giudice amministrativo va allora affermata argomentando *a contrario* dalla giurisprudenza su richiamata (cui adde Cass. S.U. 31 gennaio 2017, n. 2482; 3 maggio 2013, n. 10301; 6 settembre 2010, n. 19049, che attribuiscono alla cognizione del giudice ordinario le controversie sulle vicende esecutive), nonché, dalla giurisprudenza che afferma la giurisdizione del giudice ordinario quando “*la P.A., dietro lo schermo dell'annullamento in autotutela, intervenga direttamente sul contratto per vizi suoi propri, anziché sulle determinazioni prodromiche in sé considerate*” (cfr. Cass. S.U., 14 maggio 2015, n. 9861).

4.4. In definitiva, così come il dato formale della (mancanza della) stipulazione del contratto è indifferente ai fini del riparto di giurisdizione ogniqualvolta la controversia abbia ad oggetto fatti di inadempimento delle prestazioni convenute verificatisi a seguito dell'instaurazione del rapporto in via d'urgenza, dei quali deve conoscere il giudice ordinario (cfr. Cass. S.U. 21 maggio 2019, n. 13660 e Cons. Stato, V, 13 settembre 2016, n. 3865), parimenti indifferente è lo stesso dato formale della (avvenuta) stipulazione del contratto quando l'amministrazione si determini alla verifica della correttezza dell'aggiudicazione, della quale deve conoscere il giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, V, 2 agosto 2019, n. 5498).

5. Giova aggiungere che il fondamento normativo del potere pubblicistico di rimozione dell'aggiudicazione è da rinvenire nelle norme vigenti in tema di esercizio dei poteri di autotutela, in specie nell'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché nell'art. 108 del d.lgs. n. 50 del 2016 (del quale è detto nell'appello).

5.1. Quest'ultima disposizione, in parte di derivazione comunitaria (cfr. Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1 aprile 2016, n. 855), contempla, ascrivendole ad ipotesi di "risoluzione", ai commi 1 e 2, fattispecie attinenti all'insussistenza (originaria o sopravvenuta) dei requisiti soggettivi dell'aggiudicatario, vale a dire fattispecie che, pur sopravvenute in corso di rapporto (o il cui *accertamento* sia sopravvenuto alla stipulazione del contratto), attengono all'incapacità del privato di essere parte contrattuale della pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, IV, 20 luglio 2016, n. 3247, in tema di interdittiva antimafia sopravvenuta alla stipulazione del contratto e riconoscimento della giurisdizione amministrativa).

5.2. Di qui il richiamo effettuato dal comma 1-bis dell'art. 108 (al fine di escludere l'applicazione dei termini relativamente alle ipotesi di "risoluzione" discrezionale del comma precedente), alla norma generale dell'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

La giurisprudenza amministrativa, che qui si intende ribadire, ha d'altronde riconosciuto da tempo che la norma sull'annullamento d'ufficio consente l'intervento autoritativo dell'amministrazione anche dopo la stipulazione del contratto, onde rimuovere il provvedimento di aggiudicazione che risulti affetto da vizi (cfr. già Cons. Stato, Ad. Plen., del 20 giugno 2014, n. 14, che, dopo aver escluso che l'Amministrazione possa procedere alla revoca del contratto, di cui all'art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990, dopo la stipula del contratto stesso, ha espressamente ricordato che la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo detta stipula – al di là del richiamo, contenuto in tale pronuncia, all'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, ora abrogato – sia «*concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso*»).

Il potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa amministrazione procedente, va quindi riconosciuto anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto (cfr. già Cons. Stato, V, 26 giugno 2015, n. 3237), con conseguente inefficacia di quest'ultimo, stante la stessa consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto (così Cons. Stato, III, 22 marzo 2017, n. 1310, che ne rinviene il fondamento normativo dopo le riforme della legge n. 124 del 2015, «*anche nella previsione dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa*»; cfr. in termini, anche Cons. Stato, V, 1 febbraio 2021, n. 938; V, 1 aprile 2019, n. 2123; V, 30 aprile 2018, n. 2601).

5.3. Nel caso di specie, peraltro, avendo l'amministrazione constatato, al momento della verifica del possesso dei requisiti dell'aggiudicataria, l'ultravigenza dell'attestazione SOA fino al 7 gennaio 2020, il contratto risulta

essere stato stipulato il 10 dicembre 2019 nel presupposto (cioè, *sub condicione*) della produzione dell'attestazione SOA revisionata entro il detto termine, di modo che la mancata produzione, ad avviso della stazione appaltante, avrebbe comportato la perdita del requisito di partecipazione e l'invalidazione dell'aggiudicazione, contestate invece dalla società ricorrente.

6. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, va affermata la giurisdizione del giudice amministrativo e la sentenza appellata va annullata.

La causa va rimessa al giudice di primo grado ai sensi dell'art.105, comma 1, Cod. proc. amm.

6.1. La natura delle questioni trattate consente di compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza di primo grado e rimette la causa al giudice di primo grado.

Compensa le spese dei due gradi.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO