

GIURISDIZIONE: Contratti della P.A. – Gara – Appalti di servizi – Aggiudicazione – Revoca – Per inadempimenti dell’aggiudicatario durante la fase di esecuzione anticipata del contratto e prima della relativa sottoscrizione – Giurisdizione del G.A. – Sussiste – Ragioni – Fattispecie.

Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2023 n. 8389

“[...] il giudizio riguarda comunque il provvedimento di revoca dell’aggiudicazione. Tale provvedimento è stato assunto in ragione del comportamento dell’aggiudicatario del servizio durante la fase di esecuzione anticipata del contratto e prima della sua sottoscrizione. Quest’ultimo, come evidenziato anche dal Tar, è stato responsabile della mancata sottoscrizione ed è rimasto silente, oltre che inadempiente, in tutta la fase di esecuzione anticipata e di perfezionamento della gara;

– la controversia non riguarda un inadempimento nel corso del rapporto, ma una determinazione della stazione appaltante fondata sui fatti che hanno inciso sull’affidabilità dell’aggiudicatario in una fase che si pone a monte di quella dell’effettiva esecuzione del contratto [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Servizi alla Persona “Collegio Morigi – De Cesaris”;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 1 giugno 2023 il consigliere Nicola D’Angelo e uditi per le parti gli avvocati Giovanni La Fauci, su delega dell’avvocato Angelo Clarizia, e Danilo Biancospino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Slem ha impugnato la decadenza dall’aggiudicazione della gestione del servizio mensa del collegio universitario “San Vincenzo” adottata dall’Azienda Servizi alla Persona “Collegio Morigi – De Cesaris (di seguito Azienda) con determina n. 24 del 21 aprile 2022.

1.1. In particolare, l’aggiudicazione alla ricorrente era intervenuta con provvedimento n. 56 del 6 settembre 2021, in esito ad una procedura negoziata avviata dalla stessa Azienda, e prevedeva anche l’esecuzione anticipata del servizio a far data dal 6 ottobre 2021.

1.2. L’avvio del servizio mensa, nonostante diversi solleciti, avveniva però solo in data 28 ottobre 2021 e tale avvio era preceduto e seguito da una serie di contatti per il perfezionamento e la stipula

del contratto, soprattutto finalizzati alla voltura delle utenze luce e gas, alla consegna della fideiussione e della polizza assicurativa.

1.3. Dopo la stipula del contratto, l'Azienda richiedeva nuovamente la fideiussione in originale e la SCIA per l'avvio dell'attività, quantificando poi le spese a carico della società aggiudicataria nel periodo pregresso per acqua e teleriscaldamento, e preannunciava il calcolo del consumo di energia elettrica, in ragione dell'inadempimento all'obbligo di voltura.

1.4. Con la medesima richiesta si chiedeva anche il pagamento del canone di concessione (trimestrale anticipato) ancora non versato e si avvertiva che, in difetto di adempimento: *“la stazione appaltante ritiene che sussistono le condizioni per la revoca dell'aggiudicazione”*.

1.5. Successivamente, veniva contestata la mancata erogazione della prima colazione e ciò fin dall'avvio del servizio, nonché l'insufficiente opzione di scelta dei pasti.

1.6. Con pec dell'8 febbraio 2022, constatato l'inadempimento e il mancato riscontro delle richieste precedenti, l'Azienda appaltante chiedeva un incontro con i responsabili della ditta per il 15 febbraio 2022 (al rifiuto di spostare la data dell'incontro seguiva per mesi il silenzio dell'aggiudicataria, senza ulteriori comunicazioni).

1.7. Di conseguenza, in data 21 aprile 2022, il Direttore dell'Azienda adottava la determinazione n. 24 del 21 aprile 2022 con cui veniva disposta la decadenza dall'aggiudicazione.

2. La società Slem ha impugnato quest'ultimo provvedimento dinanzi al Tar di Parma, che con la sentenza indicata in epigrafe (n. 267 del 2022), ha respinto il gravame, condannando la ricorrente alle spese di giudizio.

2.1. Lo stesso Tribunale, nella sostanza, ha evidenziato come:

a) il bando avesse previsto l'anticipata esecuzione del contratto e quindi che potessero essere applicate tutte le disposizioni del capitolato relative all'esecuzione del servizio anche prima del perfezionamento del contratto;

b) il provvedimento di decadenza impugnato avesse richiamato l'art. 71 del capitolato d'appalto relativo alle clausole risolutive, riportando peraltro con chiarezza le inadempienze (ritardo nell'attivazione del servizio – irregolarità nella fornitura pasti – mancato versamento canone – mancata voltura utenze).

3. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello la società Slem sulla base di due motivi di censura essenzialmente riconducibili ai seguenti profili.

3.1. La sentenza sarebbe erronea in quanto non avrebbe ritenuto fondati i cinque motivi proposti nel ricorso di primo grado relativi: alla non applicabilità del capitolato prima del perfezionamento del contratto, alla mancata considerazione da parte della stazione appaltante delle criticità rispetto alle

informazioni fornite in gara, alla non sussistenza di un'ipotesi di risoluzione espressa di cui all'art. 71 del capitolato, alla motivazione carente della decadenza, all'omessa stipula non imputabile alla ricorrente, alla sproporzione del provvedimento di decadenza anche con riferimento all'escussione della fideiussione e al trasferimento dei beni della Slem.

3.1.1. In particolare, l'appellante ha contestato, nel primo motivo di appello, la sentenza per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla circostanza che la stazione appaltante avrebbe utilizzato la disciplina contrattuale, con esercizio di poteri paritetici e non autoritativi. Inoltre, in assenza della stipula del contratto, parte appellata avrebbe illegittimamente applicato la clausola risolutiva di cui all'art. 71 del capitolato, seppure in una fase di esecuzione anticipata e in assenza di ragioni concrete anche in ordine ai contestati ritardi nell'avvio del servizio;

3.2. Con il secondo motivo, parte appellante sostiene che sarebbero mancati i presupposti per le determinazioni accessorie alla decadenza e dunque sul trasferimento dei beni dell'appellante e sull'escussione della cauzione.

4. L'Azienda Servizi alla Persona "Collegio Morigi – De Cesaris" si è costituita in giudizio il 10 gennaio 2023, chiedendo il rigetto dell'appello. La stessa Azienda ha poi depositato una memoria l'8 febbraio 2023.

5. La società appellante ha depositato un'ulteriore memoria il 16 maggio 2023, cui ha replicato l'Azienda appellata il 18 maggio 2023, ed un'ultima nota il 19 maggio 2023.

6. Nella camera di consiglio del 16 febbraio 2023 l'appellante ha chiesto la cancellazione dal ruolo dell'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso.

7. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 1° giugno 2023.

8. L'appello non è fondato.

9. Il Collegio preliminarmente esamina l'eccepita carenza di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla presente controversia (dedotta nel primo motivo di appello).

9.1. In proposito, va evidenziato che:

– la stessa società appellante ha proposto in primo grado il ricorso al giudice amministrativo, individuandone quindi la giurisdizione;

– il giudizio riguarda comunque il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione. Tale provvedimento è stato assunto in ragione del comportamento dell'aggiudicatario del servizio durante la fase di esecuzione anticipata del contratto e prima della sua sottoscrizione. Quest'ultimo, come evidenziato anche dal Tar, è stato responsabile della mancata sottoscrizione ed è rimasto

silente, oltre che inadempiente, in tutta la fase di esecuzione anticipata e di perfezionamento della gara;

– la controversia non riguarda un inadempimento nel corso del rapporto, ma una determinazione della stazione appaltante fondata sui fatti che hanno inciso sull'affidabilità dell'aggiudicatario in una fase che si pone a monte di quella dell'effettiva esecuzione del contratto.

9.2. Ciò premesso, va innanzitutto rilevato che la parte che abbia incardinato la causa dinanzi a un giudice e sia rimasta soccombente nel merito non è legittimata a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice prescelto, ciò in quanto rispetto al capo di sentenza relativo alla giurisdizione la stessa parte non risulta soccombente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 maggio 2023, n.4650).

9.3. Peraltro, nello specifico, il profilo dedotto è collocato all'interno di un giudizio che riguarda l'adozione di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione. La stazione appaltante, al sopravvenire di circostanze nuove e nella comparazione degli interessi contrapposti, può dunque valutare maggiormente rispondente all'interesse pubblico non proseguire nella gara e, pertanto, non addivenire alla stipula del relativo contratto, là dove il contenuto della prestazione richiesta all'operatore economico, secondo le regole speciali di gara, non risponda più alle mutate e sopravvenute esigenze della stazione appaltante.

10. Relativamente agli altri profili di gravame, che possono essere trattati congiuntamente, è possibile rilevare in fatto quanto segue.

10.1. Contestualmente all'aggiudicazione e alla consegna anticipata del servizio (determina n.56 del 6 novembre 2021) è stato previsto che *“entro 15 giorni dalla notificazione della presente determinazione, l'aggiudicatario dovrà trasmettere a questa Amministrazione la garanzia definitiva e le polizze assicurative, secondo e per le ragioni previste nelle premesse”*. All'appellante è stato quindi assegnato un termine di 30 giorni per predisporre il servizio e di 15 per la produzione di garanzie e polizze assicurative. La stessa tuttavia non è stata in grado di predisporre il servizio per la data assegnata, né ha rispettato il termine per la consegna di garanzie e polizze assicurative. L'avvio del servizio mensa è invece avvenuto circa un mese dopo, il 28 ottobre 2021, dopo numerosi solleciti (cfr. sub allegato 13 depositato dall'Azienda in primo grado). Sono poi seguiti solleciti per la voltura delle forniture di energia elettrica e gas e la consegna della fidejussione.

10.2. La stazione appaltante ha comunque deciso di procedere alla stipulazione del contratto e con pec del 3 dicembre 2021 ha richiesto nuovamente la trasmissione della polizza assicurativa e con nota del 16 dicembre 2021 ha inviato la bozza del contratto, mancante solo dei dati relativi alla polizza assicurativa (risultata incompleta) e alla data di stipulazione. La stessa parte appellata ha poi

inviato il 25 gennaio 2022 un nuovo sollecito per la produzione della copertura assicurativa reiterato a mezzo pec del 27 gennaio 2022.

10.3. Ricevuta il 1° febbraio 2022 la polizza assicurativa, la stazione appaltante ha richiesto la consegna della fideiussione in originale e della SCIA di avvio dell'attività, quantificando le spese a carico dell'appaltatore nel periodo pregresso per acqua e teleriscaldamento e preannunciando il calcolo del consumo di energia elettrica. L'Azienda ha chiesto anche il pagamento del canone di concessione (trimestrale anticipato), ancora mai versato, preavvertendo che in difetto di adempimento di quanto richiesto entro il 3 febbraio *“la stazione appaltante ritiene che sussistono le condizioni per la revoca dell'aggiudicazione”* ed ha contestato la mancata erogazione della prima colazione e ciò fin dall'avvio del servizio, e l'insufficiente opzione di scelta dei pasti, soprattutto per la cena, in cui venivano riscaldati i piatti preparati per pranzo.

10.4. Con pec dell'8 febbraio 2022 l'Azienda ha quindi dato atto dell'inadempimento e del mancato riscontro alle richieste precedenti, chiedendo un incontro con la società appellante per il 15 febbraio 2022. Al rifiuto di spostare la data dell'incontro come chiesto dall'appellante è seguito per mesi il silenzio e il mancato adempimento alle richieste dell'Azienda, fino alla comunicazione della determinazione di revocare l'aggiudicazione impugnata (determina n. 24 del 21 aprile 2022).

10.5. A seguito della revoca è stata poi chiesta l'escussione della polizza fideiussoria, che la compagnia assicuratrice ha però rifiutato di onorare in quanto l'Azienda non era in possesso dell'originale di polizza e perché *“la cauzione definitiva opera soltanto a seguito della stipulazione del contratto di appalto”*, nella specie mai sottoscritto.

11. Riassunte sommariamente le circostanze di fatto, appare evidente che l'appellante non ha sottoscritto il contratto per sua responsabilità e che comunque ha avviato l'esecuzione anticipata del servizio non nei termini fissati, né ha posto in essere gli altri adempimenti richiesti (es. consegna in originale della fideiussione).

12. Nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione e il provvedimento di revoca impugnato si sono quindi manifestati una serie di inadempimenti che hanno avuto effetto anche sul perfezionamento del procedimento di gara relativo all'affidamento in concessione del servizio di mensa.

13. In ordine all'infondatezza delle censure proposte, più nel dettaglio, può evidenziarsi che in sede di esecuzione anticipata del contratto possono essere applicate tutte le disposizioni del capitolato relative all'esecuzione del servizio. Gli inadempimenti dell'appellante, d'altra parte, non sono stati solo relativi alla predetta esecuzione, ma anche riferiti ai presupposti di perfezionamento della procedura di gara, ed hanno indubbiamente inciso sull'affidabilità della stessa e spinto la stazione appaltante, nella comparazione degli interessi, a revocare l'aggiudicazione.

13.1. Lo stesso giudice di primo grado ha perciò rilevato (e questo profilo deve ritenersi assorbente) come gli adempimenti manifestatisi fossero non solo riferibili all'art. 71 del capitolato *“non risultava certamente necessario che tale articolo fosse richiamato nel provvedimento impugnato con riferimento alle singole fattispecie dallo stesso previste ed applicate nel caso di che trattasi e ciò in quanto il predetto provvedimento di decadenza riporta le inadempienze poste a carico di parte ricorrente, anche mediante il richiamo alle varie pec inviate dalla stazione appaltante in cui la stessa evidenziava le varie mancanze, cui possono essere associate le ipotesi di risoluzione previste dall'art. 71”*.

14. Nel secondo motivo di appello, la ricorrente lamenta la sproporzione del provvedimento impugnato quanto al trasferimento dei beni di proprietà all'Azienda e all'escussione della fideiussione. Tale evenienze sono tuttavia conseguenze necessarie della decadenza dall'aggiudicazione (cfr. art. 71 del capitolato e, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. II, 9 maggio 2022, n.3585).

14.1. In ogni caso, come evidenziato dall'Azienda appellante nella memoria dell'8 febbraio 2023:

- i beni trasferiti sono di scarso valore e l'appellante non ha voluto partecipare al loro inventario;
- la fideiussione non ha potuto essere escussa per mancata consegna in originale della stessa.

15. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

16. Tenuto conto della complessità della vicenda, le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 65 del 2023, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

IL SEGRETARIO

