

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5299 del 18 giugno 2025

Appalti di servizi – Esecuzione anticipata delle prestazioni – Ritiro dell’offerta prima dell’aggiudicazione – Inammissibilità

Publicato il 18/06/2025

N. 05299/2025REG.PROV.COLL.

N. 01429/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 1429 del 2025, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

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

nei confronti

(...), (...), non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Sezione Prima) n. 1336 del 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di (...);

Viste le memorie delle parti;

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 5 giugno 2025 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determinazione dirigenziale n. 6242 del 2 novembre 2023, il comune di (...) ha approvato l'indizione di una procedura aperta per il servizio di manutenzione ordinaria del verde pubblico, suddivisa in 4 lotti in relazione alla diversa sede di esecuzione del servizio. Il 26 marzo 2024 la commissione di gara ha proposto l'aggiudicazione dei lotti 2 e 4 alla (...) S.r.l.

Con determinazione dirigenziale n. 2020 del 5 aprile 2024, il comune di (...) ha approvato, ai sensi dell'art. 17, commi 8 e 9, d.lgs. n. 36 del 2023, l'esecuzione d'urgenza del servizio. Con nota del 7 maggio 2024, il RUP, a seguito delle segnalazioni provenienti dai direttori dell'esecuzione del contratto (DEC) delle singole circoscrizioni, ha contestato formalmente alla (...) S.r.l. una serie di inadempimenti e ritardi relativi al servizio affidato a quest'ultima in via d'urgenza.

In riscontro a tale comunicazione, con lettera del 14 maggio 2024, (...) S.r.l. ha presentato le proprie controdeduzioni. Con nota del 16 maggio 2024, il RUP, attesa la persistenza di inadempienze nell'esecuzione del servizio segnalate dai DEC delle singole circoscrizioni, ha comunicato alla società l'avvio del procedimento di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 122, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023.

Il 28 maggio 2024 si è svolto un incontro tra il RUP e i DEC delle singole circoscrizioni e la società (...), avente ad oggetto le problematiche relative all'esecuzione del servizio. Con lettera del 31 maggio 2024, (...) S.r.l., in riscontro all'avvio del procedimento di risoluzione del contratto, ha contestato la sussistenza di inadempimenti imputabili alla stessa. Con nota del 13 giugno 2024, il Comune ha replicato alle argomentazioni della società, rilevando che avrebbe provveduto a *“...monitorare attentamente l'evoluzione della situazione nei prossimi giorni, al fine di verificare il corretto riallineamento di codesta azienda alla programmazione degli interventi inviata ed alle prescrizioni tutte del capitolato, riservandosi la facoltà, qualora la situazione presentasse ancora le criticità riscontrate e già contestate, di proseguire con il procedimento di risoluzione contrattuale previsto dall'art. 16 del Capitolato d'Appalto, ai sensi e nei modi di cui all'art. 122 del D.Lgs. 36/2023”*.

Con nota del 25 giugno 2024, a firma del RUP e dei DEC delle singole circoscrizioni, il comune di (...) – in considerazione della mancata esecuzione di numerosi interventi alla data del 15 giugno 2024, indicata come termine entro il quale ultimare il “primo sfalcio” – ha comunicato alla società l'applicazione delle penali, ai sensi dell'art. 16 del capitolato, a partire dal 17 giugno 2024 e sino alla conclusione accertata dei lavori.

Con lettera dell'8 luglio 2024 (...) ha manifestato al Comune *“la propria volontà di sciogliersi da ogni vincolo inerente l'offerta presentata, non avendo più interesse alla prosecuzione del servizio né tantomeno alla stipula del contratto. Essendo venuta meno la vincolatività ed irrevocabilità dell'offerta stante il decorso del termine di 180 giorni fissato dal disciplinare di gara in conformità all'art. 17, comma quarto, d.lgvo 36/2023, con la ricezione da parte della S.V. della presente PEC ci riteniamo, pertanto, definitivamente liberi da qualsiasi obbligo e/o impegno nei Vostri confronti...”*. In riscontro a tale comunicazione, con nota del 15 luglio 2024, il RUP ha rilevato che *“...la clausola da Voi richiamata relativa alla validità dell'offerta, non può essere applicata al caso di specie, essendo già stata avviata l'esecuzione in via d'urgenza del contratto con determinazione n. 2020 del 5 aprile 2024, notificata a Codesta*

Società in data 10 aprile 2024". Con lettera del 15 luglio 2024, la società ha ribadito che *"...la vincolatività ed irrevocabilità dell'offerta è cessata con il decorso del termine di 180 giorni fissato dal disciplinare di gara in conformità all'art. 17, comma quarto, d.lgvo 36/2023, a nulla rilevando la esecuzione d'urgenza da Voi disposta con la determinazione n.2020 del 5 aprile 2024 notificataci in data 10 aprile 2024"*.

Con determinazione dirigenziale n. 4281 del 19 luglio 2024, rettificata con determinazione n. 4326 del 23 luglio 2024, il comune di (...) ha proceduto *"alla risoluzione per gravi inadempimenti contrattuali ai sensi e agli effetti dell'art 122 comma 3 Dlgs 36/2023"* e *"alla revoca della determinazione ATTO N. DD 2020 del 05/04/2024, con la quale era stata disposta l'autorizzazione all'esecuzione d'urgenza disposta nei confronti della ditta (...)"*, specificando che *"con successivo provvedimento dirigenziale si procederà alla definizione di quanto dovuto alla Ditta (...) per le sole prestazioni regolarmente svolte, nonché al calcolo delle penali e alla quantificazione del danno subito dalla Città, derivante dal maggior costo a carico della medesima, conseguente all'affidamento del servizio ad altre imprese"*.

(...) S.r.l. ha impugnato tali provvedimenti, le relative comunicazioni e tutti gli atti agli stessi presupposti, connessi e conseguenti davanti al Tar Torino, chiedendo il loro annullamento, l'accertamento della legittimità dell'esercizio da parte della stessa del diritto di scioglimento dal vincolo derivante dall'offerta presentata ai sensi degli artt. 17 e 18 d.lgs. n. 36 del 2023, nonché la condanna del Comune resistente *"al rimborso delle spese contrattuali ed al risarcimento dei costi sostenuti per le prestazioni espletate a valle dell'autorizzazione alla consegna d'urgenza disposta dalla Città di (...) in data 10 aprile 2024"*, eventualmente anche ai sensi dell'art. 2041 c.c.

Con determinazione dirigenziale n. 5820 del 4 ottobre 2024 il Comune ha approvato l'escussione della cauzione definitiva prestata dalla ricorrente *"...per la quota parte di euro 88.847,26, corrispondente all'importo delle penali, del danno causato dallo scorrimento ed alle spese di pubblicazione non corrisposte"*, disponendo *"...la segnalazione all'ANAC delle notizie rilevanti ai sensi dell'art. 222, comma 10 del Decreto legislativo 31*

marzo 2023, n. 36 recante codice dei contratti pubblici?

Con nota dell'8 ottobre 2024 il comune di (...) ha richiesto alla compagnia assicurativa di dare corso al pagamento dell'importo sopra indicato garantito dalla polizza fideiussoria.

Con nota del 7 ottobre 2024 il Comune ha trasmesso all'ANAC la comunicazione delle notizie rilevanti ai sensi dell'art. 222, comma 10, d.lgs. n. 36 del 2023.

Tali atti sono stati gravati dalla ricorrente con motivi aggiunti.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha declinato la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario, dichiarando inammissibile il ricorso, come integrato da motivi aggiunti, con sentenza n. 1336 del 2024, appellata da (...) S.r.l. per il seguente motivo di diritto:

error in iudicando: violazione e falsa applicazione artt. 133, primo comma, lettera e), c.p.a., nonché artt. 7, 119 e 120 c.p.a.; violazione e falsa applicazione artt. 17, 18 e 122 del d.lgs. n. 36 del 2023; contraddittorietà ed illogicità motivazione; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria.

Per l'appellante, al contrario di quanto ritenuto dal Tar, la domanda principale proposta da (...), addirittura antecedente ogni valutazione sull'eventuale esecuzione anticipata del contratto, era costituita dalla domanda di accertamento della legittimità dell'esercizio del diritto di scioglimento dal vincolo derivante dall'offerta presentata per decorso del termine di vincolatività della stessa, ai sensi dell'art. 17, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023. La stessa, concernendo la procedura di gara non conclusa nei termini, dovrebbe ritenersi di competenza del giudice amministrativo.

L'appellante ripropone, inoltre, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., i motivi di diritto proposti in prime cure e non esaminati dal Tar e reitera, altresì, la domanda di risarcimento del danno in conseguenza dello scioglimento esercitato, ovvero, quanto meno, a titolo di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c., nella somma complessiva di euro 306.553,19 oltre IVA o nella diversa somma ritenuta di

giustizia, anche in via equitativa, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

L'appello va respinto.

Ed invero, il Collegio ritiene perfettamente condivisibili le statuizioni della sentenza impugnata, atteso che la controversia in questione attiene all'esecuzione (più specificamente all'inadempimento in sede di esecuzione), perché è stata instaurata dopo che era già iniziata l'esecuzione di urgenza delle prestazioni nell'ambito dell'affidato servizio di manutenzione ordinaria del verde pubblico da parte del soggetto aggiudicatario provvisorio, a nulla rilevando che l'aggiudicazione non fosse ancora definitiva.

Come risulta, invero, dal consolidato orientamento della giurisprudenza civile, l'accettazione dell'esecuzione anticipata e d'urgenza implica la conclusione di un accordo di matrice negoziale, la cui esecuzione si identifica con quella del rapporto negoziale.

Non rileva, quindi, che nel caso di specie, nonostante la formazione della graduatoria, non fosse stata ancora emessa l'approvazione dell'aggiudicazione, né, quindi, fosse stato stipulato il contratto, atteso che, a partire dall'avvio dell'esecuzione d'urgenza, accettata senza alcuna riserva dall'appellante unitamente a tutte le modalità di svolgimento del servizio in conformità a quanto indicato nel capitolato, ha avuto inizio la fase esecutiva, non potendo più trovare applicazione l'art. 17, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, e, dunque, non potendo più essere esercitato il diritto di scioglimento dal vincolo derivante dall'offerta presentata per decorso del termine di vincolatività della stessa.

Da ciò consegue che, trattandosi di inadempimenti nell'esecuzione, seppur anticipata, la controversia - che risulta estranea alla tematica dell'aggiudicazione, ovvero al procedimento attraverso il quale il committente pubblico sceglie il proprio contraente - appartiene alla cognizione del giudice ordinario.

Ed invero, per giurisprudenza costante della Corte di cassazione, nell'esecuzione del contratto i contraenti si trovano in una posizione paritetica e le rispettive

situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi e obblighi giuridici.

“In tema di appalti pubblici, anche a seguito della entrata in vigore del decreto legislativo n. 104 del 2010 sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle aventi a oggetto la fase di esecuzione del contratto spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto riguardanti un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla posizione di parità delle parti, titolari di situazioni giuridiche qualificabili come diritti e obblighi. Tra queste controversie vanno annoverate quelle aventi a oggetto la risoluzione anticipata del contratto autoritativamente disposta dalla amministrazione committente, a causa dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore. Anche queste, 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, accertamento di spettanza del giudice ordinario” (cfr. Cassaz. civ., Sez. Un., 10 gennaio 2019, n. 489).

“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. In particolare, 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 ..., 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)” (cfr. Cassaz. civ., Sez. Un., 9 aprile 2028, n. 8721).

Alla luce delle suesposte considerazioni, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Valerio Perotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Valerio Perotti

IL SEGRETARIO