

## **TAR Lazio, Sezione Seconda, Sentenza n. 5919 del 25 marzo 2024**

Appalti di servizi – Revoca aggiudicazione per fatto dell'affidatario – Esecuzione anticipata del contratto – Giurisdizione a.g.o.

Pubblicato il 25/03/2024

**N. 05919/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 00828/2024 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 828 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da: -OMISSIS--OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento n. -OMISSIS- (prot.-OMISSIS-) adottato in data -OMISSIS- da (...) S.p.A., comunicato con pec del -OMISSIS-, recante in oggetto “Procedura

negoziata senza pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. b), n. 1 del d. lgs. n. 36/2023, con aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 108, d. lgs. n. 36/2023, per l'affidamento del servizio di consulenza culturale/artistica strategica e lo svolgimento di mansioni di Direttore Artistico per la stagione artistica “-OMISSIS-” -OMISSIS-. Revoca in autotutela dell'aggiudicazione ai sensi degli artt. 21 quinquies l. n. 241/1990 e 18, comma 2, del d. lgs. n. 36/2023”;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali a quello impugnato, ancorché non conosciuti;

per quanto concerne i motivi aggiunti:

- della determina di (...) S.p.A. prot. n. -OMISSIS-, comunicata via pec in pari data, avente ad oggetto “Riscontro alla comunicazione trasmessa via pec dal dott. -OMISSIS- -OMISSIS- in data -OMISSIS- – Determinazione di (...) S.p.A. n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, di revoca in autotutela, ai sensi dell'art.21- quinquies l. n. 241/90, della determinazione (...) n.-OMISSIS-, con la quale era stato disposto l'affidamento del servizio di consulenza culturale/artistica strategica e la Direzioni Artistica della stagione artistica ‘-OMISSIS-’ -OMISSIS-”;

- di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2024 il dott. Igor Nobile e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Premesso che:

- con ricorso notificato a mezzo pec ad (...) S.p.A. in data 22.1.2024 e ritualmente depositato il 24.1.2024, il ricorrente in epigrafe ha adito questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione cautelare:

- del provvedimento n. -OMISSIS- (prot.-OMISSIS-) adottato in data -OMISSIS- da (...) S.p.A., comunicato con pec del -OMISSIS-, recante in oggetto "Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. b), n. 1 del d. lgs. n. 36/2023, con aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 108, d. lgs. n. 36/2023, per l'affidamento del servizio di consulenza culturale/artistica strategica e lo svolgimento di mansioni di Direttore Artistico per la stagione artistica "-OMISSIS-" -OMISSIS-. Revoca in autotutela dell'aggiudicazione ai sensi degli artt. 21 quinquies l. n. 241/1990 e 18, comma 2, del d. lgs. n.36/2023";

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali a quello impugnato, ancorché non conosciuti;

- con successivi motivi aggiunti, notificati a mezzo pec in data 19.2.2024 e ritualmente depositati il 22.2.2024, il ricorrente adiva nuovamente questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione cautelare:

- della determina di (...) S.p.A. prot. n. -OMISSIS-, comunicata via pec in pari data, avente ad oggetto "Riscontro alla comunicazione trasmessa via pec dal dott. -OMISSIS- -OMISSIS- in data -OMISSIS- – Determinazione di (...) S.p.A. n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, di revoca in autotutela, ai sensi dell'art.21- quinquies l. n. 241/90, della determinazione (...) n.-OMISSIS-, con la quale era stato disposto l'affidamento del servizio di consulenza culturale/artistica strategica e la Direzioni Artistica della stagione artistica '-OMISSIS-' -OMISSIS-";

- di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto;

Visti i motivi di ricorso, siccome integrati da motivi aggiunti, come meglio

articolati e rappresentati nei relativi atti processuali;

Vista altresì la costituzione in giudizio di (...) S.p.a., in data 1.2.2024, per resistere al ricorso, ed ai motivi aggiunti;

Ritenuto che il ricorso debba essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione, così come eccepito dalla difesa della parte resistente nella memoria difensiva versata in atti il 12.2.2024, per le ragioni di seguito esplicitate.

Con il presente ricorso, la parte ricorrente avversa la determinazione con la quale la società resistente ha disposto la “revoca”, ai sensi dell’art.21-quinquies L.n.241/90, dell’aggiudicazione in precedenza disposta in suo favore dalla parte resistente, in relazione all’affidamento del servizio di consulenza culturale/artistica strategica e per lo svolgimento di mansioni di Direttore Artistico per la stagione artistica “-OMISSIS-” stagione -OMISSIS-.

In particolare, secondo quanto palesato nell’atto impugnato, la disposta “revoca” dell’aggiudicazione, intervenuta nelle more della stipula del contratto, deriva dal comportamento (asseritamente) irrispettoso tenuto dal ricorrente in occasione di un pubblico evento in data 17.12.2023, nonché dalla mancata acquisizione dell’autorizzazione del c.d.a. della società resistente ai fini dell’inserimento di un (altro) evento nel calendario dell’avvianda stagione culturale.

Al riguardo, si rileva che, sebbene la società resistente, nella gravata determinazione (poi confermata con successiva determina, parimenti impugnata con motivi aggiunti) abbia inteso formalmente esercitare il potere di “revoca” dell’aggiudicazione ex art.21 quinquies L.n.241/90, si deve ritenere, in applicazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, che tale decisione debba essere riqualficata in termini di atto a contenuto sostanzialmente risolutivo o di recesso dal rapporto di servizio instaurato con il ricorrente, essendo fondato, in ultima analisi, sulla negligente esecuzione del servizio, affidato in regime di anticipata esecuzione, sia pure in assenza della intervenuta sottoscrizione del contratto di appalto.

In tale circostanza, ad avviso del Collegio ricorrono le condizioni per applicare l'orientamento palesato dal Consiglio di Stato nella sentenza n.5498 del 2.8.2019 (cfr., in senso conf., Tar Firenze, 22.12.2020, n.1255; Tar Roma, 8.5.2020, n.4853), secondo cui:

“Devono, allora, distinguersi - in relazione alle vicende che trovino collocazione, come nel caso di specie, tra l'aggiudicazione (definitiva ed efficace) e la stipula del contratto - tre diverse eventualità:

a) ove l'Amministrazione (come le è concesso: cfr., di nuovo, art. 30, comma 8) adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione (trattandosi di "coda autoritativa" della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione o di riesame) spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo (vantando il privato mere situazioni soggettive di interesse legittimo);

b) ove l'Amministrazione "receda" dal rapporto negoziale anticipatamente costituito, in presenza di fatti di inadempimento ad attitudine risolutiva od anche in forza della facoltà di unilaterale sottrazione al vincolo, ex artt. 109 d.lgs. n. 50/2016 e 21 sexies l. n. 241/1990, la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (essendo, come vale ripetere, indifferente il dato formale della avvenuta stipula del contratto);

c) ove, infine, l'Amministrazione si determini - non già per l'inadempimento alle "prestazioni" oggetto di impegno negoziale (artt. 1173 e 1218 c.c.), ma per l'inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della lex specialis di procedura o di vincolante precetto normativo, alla verifica di correttezza della aggiudicazione - la giurisdizione (trattandosi propriamente di misura decadenziale, che incide, con attitudine rimotiva, sulla efficacia dell'aggiudicazione, legittimando il "rifiuto di stipulare" il contratto) spetterà ancora al giudice amministrativo.

La sintesi che precede è conforme al diffuso intendimento giurisprudenziale: cfr.,

da ultimo:

a) nel senso che la delibera di affidamento a titolo provvisorio di un appalto, anche senza stipula del relativo contratto, dà vita ad un rapporto paritetico che attiva la fase di esecuzione delle prestazioni negoziali, come tale rimesso alla cognizione del giudice ordinario, Cass., SS.UU. 21 maggio 2019, n. 13660; Id. SS.UU. 25 maggio 2018, n. 13191...”).

Anche nella circostanza oggetto del presente scrutinio, infatti, a dispetto della veste formalmente provvedimentale utilizzata dalla società resistente, quest'ultima non ha inteso rilevare la sussistenza di sopravvenienze, rispetto all'aggiudicazione, per vicende che ineriscono all'affidamento in sé ovvero all'iter procedimentale, ovvero (ancora) ad una ipotetica carenza documentale imputabile all'esecutore, bensì la sussistenza di fatti costituenti inadempimento agli obblighi di correttezza e buona fede che, in ogni caso, trovano la propria giustificazione in comportamenti del fornitore, ritenuti scorretti, come tali devoluti alla cognizione del giudice ordinario, naturaliter deputato all'esame delle vicende che si inseriscono in una fase paritetica del rapporto, anche in assenza della formale insorgenza del contratto d'appalto.

Né la conclusione sopra prospettata è revocabile in dubbio per il fatto che la (mera) formalizzazione dell'anticipata esecuzione sia avvenuta in data lievemente successiva (-OMISSIS-, giusto il verbale in pari data di “avvio del servizio”) rispetto a quella dell'evento contestato (17.12.2023), atteso che, come si evince anche dal provvedimento impugnato, si è trattato di una “condotta tenuta nell'esecuzione anticipata dell'affidamento” (rif. “ritenuto in particolare..”, a pag.3), non rilevando che l'Amministrazione abbia poi formalizzato l'avvio dell'esecuzione in data di poco successiva (due giorni); del resto, non è contestato che la partecipazione del ricorrente all'evento sia avvenuta nella qualità di Direttore artistico in pectore e che, in definitiva, la società resistente abbia rimproverato allo stesso la violazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione di attività inerenti a tale funzione. Peraltro, la revoca è stata comunque disposta

successivamente alla formalizzazione dell'avvio anticipato dell'esecuzione del servizio.

In disparte quanto precede, si aggiunga che, secondo la recente prospettiva assunta dal giudice regolatore della giurisdizione (Suprema Corte di Cassazione), la giurisdizione esclusiva del g.a., configurata dall'art.133, comma 1, lett. e), n. 1 cpa, allorchè postula il riferimento alle controversie afferenti alle "procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture", intende necessariamente presupporre che "l'affidamento si identifica con l'atto che al termine del procedimento finalizzato alla scelta esprime il risultato di essa, cioè identifica il soggetto scelto. I rilievi svolti impediscono (n.b. correzione dell'estensore) di ritenere che l'espressione "affidamento" e, dunque, la giurisdizione esclusiva, possa valere a ricomprendere sia l'operare dell'Amministrazione in sede di conclusione del contratto e, dunque, la vicenda stessa della conclusione del contratto, sia quell'operare che ha luogo con atti che si collocano dopo la conclusione del procedimento di affidamento come sopra definito, cioè come procedimento che individua il soggetto scelto come contraente e dunque esprime la scelta, e fino alla conclusione del contratto...

Ritengono allora le Sezioni Unite, in forza delle osservazioni sopra svolte sull'esegesi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 al lume dell'art. 7, comma 1 cod. proc. amm., ed all'esito di quanto riscontrato dall'esegesi del D.Lgs. n.163 del 2006, art. 11 che, con riferimento a vicende da quest'ultimo disciplinate, come quella di cui è processo, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo concernesse la vicenda fino all'aggiudicazione definitiva o meglio fino al consolidarsi della stessa con la sua efficacia all'esito dei previsti riscontri (sui quali provvedeva il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 12, comma 1), con la conseguenza della sua estensione agli atti, accordi e comportamenti intervenuti fino a quel momento, ivi compreso il riscontro suddetto... (così, S.U., Cass., 5.10.2018, n.24411; v., in senso conf., S.U., Cass.,9.4.2018, n.8721, ma anche S.U., Cass., 29.2.2024, n.5441).

In definitiva, a seguito dell'aggiudicazione efficace, si deve ritenere che abbia termine la fase pubblicistica del procedimento amministrativo di scelta del contraente e che, salvo il diverso caso dell'annullamento dell'aggiudicazione per vizi di legittimità del procedimento ovvero di revoca in senso stretto, per sopravvenute ragioni di opportunità che investono la procedura selettiva e che, evidentemente, palesano un vizio dell'aggiudicazione (di legittimità o di merito), il provvedimento dell'Amministrazione di rifiuto di addivenire alla stipula (a prescindere dal nomen iuris utilizzato, di "revoca", "recesso" o "decadenza" dall'aggiudicazione), abbia vocazione privatistica, giacchè interveniente in un momento successivo alla conclusione del procedimento (ovvero all'aggiudicazione efficace) e per fatti di inadempimento (all'obbligo di correttezza e buona fede) che impingono nel comportamento successivamente tenuto dall'aggiudicatario.

Nella circostanza, non è infatti revocabile in dubbio che l'aggiudicazione fosse già efficace, in forza di quanto espressamente evidenziato nella determina di aggiudicazione n.-OMISSIS-, allorchè si riferisce, al punto n.11 delle premesse, che "in data 17.11.2023 sono concluse le verifiche in capo all'operatore economico.." (dovendosi dunque ritenere che è concluso il procedimento amministrativo di selezione del contraente).

Quale giusto corollario della ricostruzione sopra prospettata, è d'uopo rilevare, anche agli effetti del versamento del contributo unificato, che il rito applicabile non fosse quello disciplinato dall'art.120 cpa, bensì quello ordinario, fermo comunque il difetto di giurisdizione;

Ritenuto pertanto che il ricorso, siccome integrato da motivi aggiunti, debba essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a beneficio del giudice ordinario, presso cui l'odierno giudizio potrà essere riassunto ai sensi e nei termini di cui all'art.11, co.2 cpa, sussistendo dunque i presupposti per la sua definizione in forma semplificata ai fini della relativa declaratoria;

Ritenuto infine che le spese di giudizio possano venire compensate fra le parti, in

ragione dell'avvenuta definizione in rito della controversia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e siccome integrato da motivi aggiunti, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i soggetti ivi menzionati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2024, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Consigliere

Igor Nobile, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Igor Nobile**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Riccio**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.