



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 1984 del 2011, proposto da:
Eur S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Principessa Clotilde N.2;

contro

Drees & Sommer A.G. in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati, rappresentata e difesa dagli avv. Matteo Mazzone, Ernesto Sticchi Damiani e Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, V. Bocca di Leone 78(St. Bdl); Ati-Ecosfera Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Matteo Mazzone, Saverio Sticchi Damiani ed Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in

Roma, via Bocca di Leone 78 (St.Bdl);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 02122/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO CONSTRUCTION MANAGEMENT PER L'ASSISTENZA AL DIRETTORE DEI LAVORI PER LA REALIZZAZIONE DEL NUOVO CENTRO CONGRESSI EUR DI ROMA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Drees & Sommer A.G. in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati e di Ati-Ecosfera Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Mazzone e Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza del Tar Lazio n. 12075/2009 in data 30 novembre 2009, passata in giudicato, su ricorso delle società Coteba s.a.s. e Progetti Europa Global s.p.a., è stata annullata l'aggiudicazione della gara di appalto del servizio di assistenza al direttore dei lavori e di misurazione, contabilità, pianificazione, controllo e coordinamento

della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori per la realizzazione del Nuovo Centro Congressi Eur di Roma in favore della Drees & Sommers A.G., in associazione temporanea con la s.p.a. Ecosfera, per carenza di un requisito di partecipazione (avvenuto espletamento di un servizio di coordinamento sicurezza in fase di esecuzione relativo ad un'opera di importo lavori non inferiore a 60.000.000,00 di euro) nonché a causa della situazione di incompatibilità determinata dall'assunzione da parte della stessa aggiudicataria della veste di supporto tanto al responsabile del procedimento (vigilante) quanto al direttore dei lavori (vigilato).

Il T.a.r., chiamato a decidere anche sulla efficacia del contratto già stipulato e sulla richiesta di subentro nel rapporto contrattuale da parte della ricorrente vittoriosa, ha respinto la domanda di risarcimento in forma specifica sul presupposto del significativo stato di avanzamento dei lavori, condannando l'ente appaltante al risarcimento per equivalente.

2. Successivamente, con nota prot. n. 450 in data 4.8.2010, la Eur Congressi e la Eur s.p.a. hanno invitato la società Drees & Sommers a voler cessare ogni attività oggetto del contratto, richiamando l'intervenuta sentenza di annullamento dell'aggiudicazione e la mancanza di un requisito richiesto per la partecipazione alla gara, prendendo atto dell'intervenuta caducazione del contratto di appalto, nonché rifacendosi al contenuto dell'art. 22 del contratto regolante la risoluzione per perdita dei requisiti da parte dell'affidatario.

3. Drees & Sommers A.G., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI, ha impugnato dinanzi al Tar del Lazio la suddetta nota, esponendo che il provvedimento di caducazione del contratto era da considerarsi viziato per incompetenza a causa del difetto assoluto di potere in capo all'Eur s.p.a., essendo riservata la declaratoria di caducazione del contratto in via esclusiva al giudice; eccesso di potere per elusione della sentenza del T.a.r. n. 12075/2009, rispetto alla quale si poneva in aperto contrasto; violazione di legge, segnatamente dei principi che disciplinano la cosa giudicata; contraddittorietà, per l'intervenuta acquiescenza alla sentenza del T.a.r.; inottemperanza dell'ordine dato all'Eur s.p.a. dal giudice amministrativo di dare esecuzione alla sentenza n. 12075. Ha contestato, altresì, che la fattispecie corrispondesse a quella regolata dall'art. 22 del contratto, non ricorrendo un caso di perdita dei requisiti nel corso della sua esecuzione.

4. Il T.a.r., qualificata la domanda come di ottemperanza, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 32, comma 2, c.p.a., e dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, ha accolto il ricorso, sul rilievo che lo scioglimento del contratto non potesse trovare titolo o giustificazione causale nell'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione, dato l'assetto di interessi definito nel giudicato, senza alcun margine ulteriore di esercizio del potere, tramite la condanna al risarcimento per equivalente ed il mantenimento del contratto. Ha quindi ordinato la reintegrazione della ricorrente nel

contratto.

5. Propone appello Eur s.p.a. affidandolo ai seguenti motivi:

1. erroneità ed illegittimità della conversione del ricorso ordinario in ricorso per ottemperanza, data la mancata notificazione all'ATI Coteba s.a.s. e la diversità del bene della vita fatto valere dalla ricorrente rispetto a quello riconosciuto, ed azionabile attraverso il giudizio di ottemperanza, nella sentenza del T.a.r. n. 12075/2009 ;

2. difetto di giurisdizione, per avere la stazione appaltante esercitato il diritto potestativo alla risoluzione pattuito ai sensi dell'art. 22 del contratto e per essere la controversia, in quanto insorta nella fase dell'esecuzione del contratto, devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario;

3. travisamento dell'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine all'efficacia del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione; in subordine, richiesta di rimessione alla corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del d. lgs. n. 104/2010 per contrasto con gli artt. 24, 25, 99, 102, 103, 111 e 113 cost.;

4. contrasto con la Direttiva 66/2007/CE e violazione dei principi di uguaglianza, parità di trattamento e libertà contrattuale;

5. erroneità della sentenza per non avere rilevato l'inaammissibilità del ricorso per mancata notifica alla Eur Congressi s.p.a., ma solo alla Eur s.p.a., data l'irrilevanza della fusione per incorporazione;

6. erroneità della sentenza per mancata dichiarazione di inammissibilità del ricorso a causa della mancata impugnazione di atti presupposti e successivi;

7. travisamento e distorta interpretazione degli effetti della sentenza del T.a.r. n. 12075/2009;

8. illegittimità dell'ordine di reintegrazione nel contratto per violazione dei limiti della giurisdizione amministrativa.

6. Si è costituita con controricorso la Drees & Sommers A.G, diffusamente controdeducendo ai motivi di appello ed in particolare ribadendo la competenza del giudice amministrativo, quale “organo del ricorso” a pronunciarsi con effetti costitutivi sull'efficacia del contratto e la riconducibilità alla fase pubblicistica dell'aggiudicazione del provvedimento di caducazione del contratto impugnato, chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

7. Con ordinanza n.1445 in data 29.3.2011 è stata sospesa l'esecuzione della sentenza impugnata.

8. All'udienza dell'11.10.2011, in vista della quale le parti hanno depositato diffuse memorie, l'appello è stato discusso ed il Collegio se ne è riservata la decisione.

9. Occorre, in primo luogo, affrontare l'eccezione pregiudiziale di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento della nota prot. n. 450 in data 4.8.2010 di Eur Congressi ed Eur s.p.a. e di reintegra nel contratto della ricorrente Drees & Sommers A.G su cui si è pronunciato espressamente il

giudice di primo grado – riconoscendo la giurisdizione del g.a.- e che costituisce , oltre che oggetto del secondo motivo di gravame, elemento trasversale alla maggior parte dei mezzi proposti.

10. Il T.a.r. ha fatto discendere la giurisdizione del g.a. dalla qualificazione dell'azione come ricorso per l'ottemperanza del giudicato formatosi sulla sentenza del T.a.r. Lazio n.12075/2009 del 30 novembre 2009 in relazione alla reiezione della domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto e dalla estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia (e quindi, correlativamente, di efficacia) del contratto a seguito di annullamento di aggiudicazione, per effetto dell'entrata in vigore della direttiva ricorsi n. 2007/66/CEE e dell'art. 133 comma 1, lett. e) n.1 del d. lgs. n. 104/2010. La caducazione del contratto da parte dell'amministrazione come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione , ammessa in epoca precedente all'entrata in vigore della richiamata disciplina, non sarebbe più ammissibile una volta estesa la giurisdizione del g.a. e pronunciatosi il giudicante sul punto, venendo a configurarsi come atto emesso in violazione del giudicato.

11. Tali conclusioni , avuto riguardo alla fattispecie che occupa, non possono essere condivise.

La disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 53/2010 e poi trasfusa nell'art. 122 del codice del processo amministrativo, caratterizzata da una maggiore semplificazione , concentrazione in

un unico processo ed effettività della tutela, secondo quanto previsto dalla normativa comunitaria di cui alla direttiva n.66/2007/CEE , comporta il potere del giudice amministrativo di pronunciarsi in ordine all'inefficacia del contratto , con estensione della giurisdizione esclusiva. E' del tutto consequenziale che il sindacato sulla sorte del contratto determini , all'esito della decisione di annullamento dell'aggiudicazione, un assetto del rapporto contrattuale – nel senso della sua inefficacia o del suo mantenimento – che le parti sono obbligate ad osservare e di cui devono tenere conto nei successivi comportamenti.

12. Non può, tuttavia, accedersi alla tesi per cui il giudicato formatosi in ordine alla sorte del contratto produca un obbligo conformativo oltre la fase del perfezionamento del vincolo contrattuale e del momento genetico del rapporto, condizionando l'ulteriore fase dell'esecuzione ed impedendo il verificarsi di eventi modificativi od estintivi del rapporto.

13. Inoltre, l'estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto non comporta alcuna deroga alla regola della devoluzione al giudice ordinario , quale giudice dei diritti, del sindacato sulle controversie afferenti la fase contrattuale dell'esecuzione, successiva alla stipulazione, in cui p.a. e privato si trovano in posizione paritetica e le cui rispettive situazioni soggettive sono qualificate come diritti ed obblighi (Cass. SS.UU. n. 27169/2007; n.6068/2009).

Le controversie aventi ad oggetto la risoluzione del contratto ovvero l'accertamento del diritto dell'appaltatore a proseguire il rapporto con l'amministrazione committente rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, cui spetta "di verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative"(Cons. St. VI, 17.3.2010, n. 1554). Per giurisprudenza consolidata (Cass. SS.UU. n. 21928/2008, n.6068/2009), costituiscono eccezione al principio generale della devoluzione al g.o. delle controversie correlate ad un rapporto contrattuale già costituito solo le ipotesi di esercizio da parte della p.a. appaltante di un potere valutativo discrezionale dei requisiti del contraente, di natura pubblicistica, quale , ad esempio, quello conferito dall'art. 11 del d.P.R. n. 252 del 1998 allo scopo di impedire il mantenimento di rapporti contrattuali con imprese sospettate di collegamenti con la criminalità organizzata.

14. Occorre allora verificare se la nota n. 450 in data 4.8.2010 oggetto di impugnazione sia espressione di poteri autoritativi valutativi oppure se intervenga su di un piano di pariteticità delle parti.

Con essa Eur Congressi, rilevato che con la sentenza del T.a.r. n. 12075/2009, divenuta inoppugnabile, è stata accertata la mancanza in capo all'ATI Drees& Sommer A.G. di un requisito di partecipazione ed è stata annullata l'aggiudicazione, prende atto "della intervenuta

caducazione del contratto di appalto a suo tempo stipulato in ragione della predetta illegittimità di uno dei suoi presupposti indefettibili. Tale conclusione, peraltro, appare conforme allo spirito del contratto, che ricollegava al mantenimento del possesso dei requisiti la permanenza del vincolo convenzionale, disponendo per l'ipotesi di perdita degli stessi da parte del soggetto affidatario l'automatica ed immediata risoluzione del negozio (art. 22 lett. i del contratto di appalto).”

L'art. 22 lett. i) del contratto di appalto prevede il diritto del Committente di risolvere il contratto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 cod. civ., nel caso di “(i) perdita da parte dell’Affidatario dei requisiti previsti dalla vigente normativa in materia di pubblici contratti o dai requisiti richiesti ai fini della Gara;”.

15. L'espressa volontà della Committente manifestata alla controparte di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa di fonte contrattuale indica, secondo il Collegio, la natura negoziale risolutiva dell'atto, attinente alla fase di esecuzione del contratto - efficace sino a quel momento secondo quanto disposto dal T.a.r. - nel preteso esercizio di un diritto riconosciuto dal regolamento contrattuale.

16. La circostanza che il motivo dell'inadempimento considerato dalla clausola risolutiva risieda nel fatto del sopravvenuto accertamento, dopo la stipulazione del contratto, ad opera della sentenza del T.a.r. n. 12075/2009, della insussistenza del requisito di

partecipazione, non incide sulla natura dell'atto, che resta paritetica, non implicando una valutazione discrezionale dei requisiti del contraente.

17. Così precisati i termini della questione e rilevata l'ininfluenza del giudicato sulla sorte del contratto in ordine alle successive vicende risolutorie, attinenti alla fase della sua esecuzione, deve concludersi nel senso che non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia sulla caducazione del contratto per effetto della nota del 4 agosto 2010.

18. Va, pertanto, accolto l'appello e, per l'effetto, va annullata la sentenza di primo grado e dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso di primo grado. Le parti vanno conseguentemente rimesse dinanzi al giudice ordinario, in applicazione dell'istituto della *translatio iudicii*.

19. La novità e complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 1984/2011, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla la sentenza del T.A.R. Lazio Sez.III BIS n. 02122/2011 e dichiara inammissibile il ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ferma l'applicabilità dell'art.11, comma 2 del codice del processo amministrativo.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2012

IL SEGRETARIO

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