

N. 00219/2015 REG.PROV.COLL.

N. 02959/2013 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2959 del 2013, proposto da: Postesarde 1861 S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Maria Fois, con domicilio eletto in Milano, c/o Segreteria T.A.R. Lombardia;

contro

Comune di Pavia in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Milano, Via Larga, 23;

per l'annullamento

della comunicazione del 25/10/2013, prot. n. 43365 e dell'allegata determinazione dirigenziale n. 115/05 del 23/10/2013 di revoca dell'aggiudicazione definitiva e della consegna anticipata del servizio biennale di ritiro, lavorazione e

recapito della corrispondenza in uscita dal Comune di Pavia; di tutti gli atti connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pavia in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2014 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha impugnato la revoca dell'aggiudicazione definitiva e della consegna anticipata del servizio di ritiro e recapito della corrispondenza comunale, disposta per subappalto abusivo, per i seguenti motivi.

I) Violazione dell'art. 10 del bando di gara e degli artt. 9 e 19 del capitolato speciale; violazione degli artt. 118 e 136 del D. Lgs. 163/2006; eccesso di potere sotto vari profili. Secondo la ricorrente, l'indicazione in fase di gara dell'intenzione di subappaltare escluderebbe la necessità di chiedere l'autorizzazione e depositare un contratto di subappalto.

II) Violazione di legge sub specie dell'art. 10 del bando di gara, 9 e 19 del capitolato speciale; Violazione di legge sub specie dell'art. 118 e 136 D.Lgs. 163/2006; Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Eccesso di

potere per sviamento e irragionevolezza. Eccesso di potere per illogicità; Eccesso di potere per contraddittorietà; Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

III) Violazione di legge sub specie degli artt. 3 L. 241/1990 e 136 D.Lgs. 163/2006; Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; Eccesso di potere per illogicità.

IV) Violazione di legge sub specie dell'art. 118 D.lgs. 163/2006; Eccesso di potere per sviamento e irragionevolezza.

V) Violazione di legge sub specie dell'art. 10 del Bando di Gara e 11, comma 8, D.Lgs. 163/2006; Eccesso di potere per sviamento; Eccesso di potere per contraddittorietà.

VI) Violazione di legge sub specie del bando di gara, degli artt. 9 e 19 del capitolato speciale; Eccesso di potere per sviamento; Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

La difesa dell'amministrazione ha eccepito il difetto di giurisdizione ed in subordine ha chiesto la reiezione del ricorso.

All'udienza del 16 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. L'eccezione di difetto di giurisdizione è infondata.

Occorre rilevare che, a seguito dell'aggiudicazione della gara alla ricorrente, il Comune di Pavia, con verbale del 30 agosto 2013 ha disposto la consegna anticipata del servizio nelle more dell'approvazione dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto.

Con successiva determinazione dirigenziale n. 115/05 del 23/10/2013 l'ente revocava l'aggiudicazione definitiva e la

consegna anticipata del servizio biennale di ritiro ai sensi e per gli effetti dell'art. 136 del D. Lgs. 163/2006 per grave inadempimento contrattuale, in quanto la ricorrente avrebbe abusivamente sostituito l'esecutore dell'appalto con violazione della normativa in materia di subappalto.

In merito alla giurisdizione la giurisprudenza ha chiarito che nonostante la provvisoria consegna del servizio, il mancato esaurimento della procedura pubblicistica impedisce l'attrazione della controversia nell'alveo della fase esecutiva, mancando il necessario presupposto dato dalla stipulazione del contratto. Di talchè si desume che l'esecuzione in via d'urgenza del servizio, in assenza della sottoscrizione del relativo contratto, non impedisce alla stazione appaltante di annullare in autotutela l'aggiudicazione definitiva, e ciò ancorchè il rapporto sia ormai volto alla scadenza (Tar Puglia - Bari, Sez. I - sentenza 21 marzo 2013 n. 424; in tal senso anche Consiglio di Stato, Sezione VI, 06/06/2012 n.3320).

La mancanza del contratto in ogni caso non esclude l'esistenza di una situazione di inadempimento contrattuale in quanto "le obbligazioni nascenti a carico delle parti a seguito della consegna anticipata dei lavori, pur se di carattere preparatorio e temporaneo, in quanto destinate a restare definitivamente suggellate nel contratto, sono effettivamente sorte e non potrebbe dubitarsi della loro piena vincolatività, pena altrimenti la frustrazione dell'istituto acceleratorio, finalizzato a soddisfare il prevalente interesse pubblico alla conclusione dei lavori appaltati nel rispetto di termini particolarmente stringenti. E

pertanto, nonostante l'assenza di quello che viene propriamente definito “vincolo contrattuale”, l'inadempimento dell'impresa configura comunque un'ipotesi di inadempimento contrattuale (Consiglio di Stato, Sezione VI, 06/06/2012 n.3320)”.

A ciò si aggiunge, in punto di causa petendi, che il ricorrente afferma la possibilità di eseguire il contratto mediante subappalto. In merito la giurisprudenza ha chiarito che sussiste la giurisdizione del G.A. nelle controversie relative ai presupposti per la stipula dei contratti di subappalto, in quanto la controversia non attiene all'applicazione del regolamento negoziale, ma all'applicazione di disposizioni pubblicistiche che presidiano finalità diverse dall'esecuzione dell'opera, sicché in relazione ad esse la posizione dell'appaltatore non è paritetica (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2007, n. 5906).

L'eccezione va quindi respinta.

3. Il primo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente sostiene che il subappalto con Poste Italiane, da essa stipulato, non andava autorizzato in quanto già in sede di gara aveva dichiarato che intendeva subappaltare con quella impresa, è infondato.

Infatti ai sensi dell'art. 118 del Codice dei contratti l'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alla condizione che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo.

In merito la giurisprudenza ha chiarito che l'art. 118 del d. lgs. n. 163/2006 e l'art. 109 del d.p.r. n. 207/2010 non impongono di indicare già in sede di qualificazione l'appaltatore, rimandando anche il controllo dei requisiti al momento in cui verrà depositato il contratto di subappalto (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 25.07.2013 n. 3963).

Da questo consegue che la dichiarazione di subappalto presentata in gara, pur completa dell'indicazione del subappaltatore, non vale a sostituire la procedura di autorizzazione al subappalto.

Infatti mentre l'indicazione dell'intenzione di subappaltare in sede di gara risponde all'esigenza di verificare che colui che partecipa alla gara abbia anche i requisiti e le capacità per eseguirlo, l'autorizzazione al subappalto ha il fine di preservare l'intuitu personae che connota i contratti pubblici, nonché lo scopo di prevenire il rischio che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali sia svolta da soggetti (i subappaltatori appunto) privi dei requisiti di ordine generale e speciale necessari per contrarre con la pubblica amministrazione ed è il solo momento in cui l'amministrazione provvede a verificare la sussistenza dei requisiti soggettivi del subappaltatore.

Dalla differenza di funzione dei due atti consegue che l'indicazione dell'impresa subappaltatrice in sede di gara non sostituisce la procedura di autorizzazione al subappalto.

A ciò si aggiunge che l'autonomia dei due procedimenti e la necessità del procedimento autorizzatorio del subappalto era indicata anche nel capitolato di gara.

Il motivo è quindi infondato.

4. Il secondo e terzo motivo di ricorso, con i quali la ricorrente contesta la sussistenza dei requisiti per la risoluzione per inadempimento ed il difetto di motivazione dell'atto di risoluzione, è infondato.

In merito occorre rilevare che il subappalto non autorizzato è penalmente sanzionato come reato contravvenzionale dall'art. 21, della legge 13.09.1982, n. 646, recante: 'Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alla L. 27.12.1956, n. 1423, alla L. 10.02.1962, n. 57 e alla L. 31.05.1965, n. 575, che riconosce espressamente alla stazione appaltante 'la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto'.

In merito la giurisprudenza (C. Cass., sez. I, sentenza 16.07.2003, n. 11131; C. Cass., sez. II, sentenza 18.11.1997, n. 11450) ha chiarito che il subappalto stipulato in violazione di tale norma imperativa è nullo ai sensi dell'art. 1418, c.c., perché in contrasto con una norma imperativa, e costituisce nel contempo grave inadempimento dell'appaltatore, che legittima la stazione appaltante a chiedere la risoluzione del contratto.

I motivi vanno quindi respinti.

5. Il quarto motivo di ricorso, con il quale la ricorrente contesta l'art. 9 del capitolato speciale di gara, in quanto norma superflua

e limitativa della libertà economica privata, è, a prescindere dai profili di irricevibilità, infondato.

Il suddetto articolo prevede che “Costituisce comunque subappalto la corrispondenza- come spedizione, affrancatura o altro- fatta gestire da Poste Italiane, qualora non relativa a servizi ad essa riservati da espressa disposizione normativa. La stessa può quindi essere autorizzata solo a seguito di espressa dichiarazione fatta all' atto dell'offerta ex art. 118 co 2 punto 1) del D. Lgs. 163/2006 e con l'osservanza della procedura indicata dall' art. 116 del D. Lgs. 163/2006”.

In sostanza la norma chiarisce che ogni sub affidamento a Poste italiane, al di fuori del servizio universale, costituisce subappalto e tale regola è pienamente conforme al dettato normativo.

Il motivo va quindi respinto.

6. Il quinto motivo, con il quale la ricorrente contesta la mancata comunicazione dell'efficacia dell'aggiudicazione prima del verbale di consegna del servizio, è infondato in quanto, se la ricorrente non si riteneva ancora in grado di eseguire il contratto, tanto da ricorrere ad un subappalto abusivo, poteva legittimamente rifiutare l'esecuzione anticipata del medesimo.

Il motivo è quindi infondato.

7. Il sesto motivo, con il quale la ricorrente contesta che le procedure di autorizzazione al subappalto potrebbero essere solo successive alla stipula del contratto è infondata.

Infatti il procedimento amministrativo di autorizzazione al subappalto è istituito che attiene alla fase esecutiva della prestazione ed ha una funzione preventiva volta a garantire sia

la corrispondenza tra contraente ed esecutore dell'appalto, sia la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla legge per l'esecuzione della prestazione.

Ne consegue che è istituto che si applica anche all'esecuzione anticipata del contratto.

In definitiva quindi il motivo e l'intero ricorso vanno respinti.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali a favore della stazione appaltante, che liquida in euro 2.500,00 oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Valentina Santina Mameli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2015

IL SEGRETARIO

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