

Publicato il 10/06/2024

N. 05171/2024REG.PROV.COLL.
N. 00548/2024 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 548 del 2024, proposto dall'-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Carnevale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visto il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2024 il Cons. Raffaello Scarpato e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'-OMISSIS- (-OMISSIS-), in qualità di stazione appaltante, ha impugnato la sentenza n. -OMISSIS- del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia – Sede di Brescia, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da -OMISSIS-. avverso la revoca dell'aggiudicazione del servizio antincendio e di vigilanza antincendio, disposta dall'Amministrazione con la delibera n. -OMISSIS-2023, che ha affidato la commessa alla seconda graduata -OMISSIS-.

2. L'appalto del lotto n. 1 era stato inizialmente aggiudicato dall'-OMISSIS- di -OMISSIS- alla -OMISSIS-, con deliberazione n. -OMISSIS-2023 ed il relativo contratto era stato firmato -OMISSIS- da -OMISSIS- ed -OMISSIS- dall'-OMISSIS-.

Successivamente, -OMISSIS- aveva comunicato alla stazione appaltante di aver ceduto il ramo d'azienda riguardante la prestazione dei servizi alla -OMISSIS- -OMISSIS- (-OMISSIS-), subentrata -OMISSIS- nel rapporto contrattuale in essere con l'-OMISSIS-, ai sensi dell'art. 2558 c.c..

L'-OMISSIS- -OMISSIS- aveva preso atto di tale cessione, ma avendo successivamente appreso -OMISSIS- del coinvolgimento di -OMISSIS- in un'indagine per sfruttamento del lavoro e della nomina in via d'urgenza di un amministratore giudiziario, aveva chiesto alla cessionaria di precisare quali fossero i suoi rapporti con la cedente, al fine di assicurare il perdurare dei requisiti generali di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

A tale richiesta, -OMISSIS- -OMISSIS- aveva risposto di essere “*società terza rispetto a -OMISSIS- S.p.A.*”.

Dopo una fitta interlocuzione, con delibera n. -OMISSIS-2023, l'-OMISSIS- aveva deciso di revocare l'aggiudicazione a -OMISSIS-, ora -OMISSIS-.,

scorrendo la graduatoria ed aggiudicando l'appalto alla seconda classificata, - OMISSIS-, adducendo quale motivazione alcune discrepanze nei dati relativi alla formazione del personale, nonché nell'organizzazione del servizio rispetto a quanto prospettato in offerta.

3. -OMISSIS-. ha quindi impugnato il provvedimento, lamentando l'illegittimo utilizzo, da parte della stazione appaltante, del potere di revoca, non esercitabile dopo la stipula del contratto, contestando analiticamente la fondatezza dei singoli addebiti mossi dall'-OMISSIS- con il provvedimento di revoca.

4. Il T.a.r., respinte le eccezioni preliminari, ha accolto il ricorso, confermando che il potere di revoca dell'aggiudicazione non può più essere esercitato dopo la stipula del contratto, a seguito dei noti arresti dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato n. 14/2014, risultando dopo l'aggiudicazione esperibili i soli rimedi previsti dall'art. 109 del D.Lgs. n. 50/2016 (recesso), ovvero l'annullamento d'ufficio, ma non la revoca.

Per questi motivi il primo giudice ha annullato il provvedimento impugnato e, a cascata, la nuova aggiudicazione in favore della seconda classificata - OMISSIS- ed il contratto successivamente stipulato tra questa e l'-OMISSIS-, ripristinando la validità e l'efficacia del precedente contratto stipulato tra l'-OMISSIS- e la ricorrente.

5. -OMISSIS- ha impugnato la decisione deducendo:

- *“Violazione e falsa applicazione degli Artt. 105 e 106 del d.lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione dell'Art. 100 c.p.c. - Omessa motivazione – inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado;*

- *Difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in punto di nullità della cessione del contratto di appalto e di risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento;*

- *Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'Art. 1454 c.c. Violazione e falsa applicazione dell'Art. 108 D. Lgs. 50/2016. Omessa motivazione.”*

6. Con il primo ordine di motivi, l'appellante ha dedotto che -OMISSIS-, dopo essere stata Commissariata dalla Procura di Milano in seguito a denunce per caporalato, aveva effettuato una cessione di ramo d'azienda in favore di -OMISSIS-, ma non aveva fornito alla stazione appaltante i dati necessari per subentrare nell'appalto, né aveva chiarito i suoi rapporti con la cedente, non potendo la cessione del ramo di azienda comportare un'automatica successione nel contratto di appalto.

Nella fattispecie, pertanto, -OMISSIS-. non aveva soddisfatto i criteri di selezione qualitativa stabiliti dalla *lex specialis*, in quanto la cessione del ramo d'azienda, come emerso dalle indagini della Procura di Milano, risultava finalizzata ad aggirare i provvedimenti di commissariamento adottati dalla Procura di Milano nei confronti della cedente.

Sulla base di tali presupposti, l'appellante ha concluso che -OMISSIS-. non aveva stipulato con l'-OMISSIS- -OMISSIS- alcun valido contratto d'appalto, né era divenuta titolare del contratto stipulato dalla medesima -OMISSIS- con -OMISSIS-, con l'ulteriore conseguenza che solo quest'ultima sarebbe stata legittimata all'impugnazione della revoca.

Avrebbe pertanto errato il primo giudice a non dichiarare inammissibile il ricorso presentato da -OMISSIS-. per carenza di interesse ad agire, nonché per omessa notifica dell'impugnazione a -OMISSIS-

7. Con il secondo motivo, l'appellante ha eccepito il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in relazione alla declaratoria di nullità della cessione del contratto di appalto e di risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento, sostenendo che il giudizio promosso dal-OMISSIS-. non rientrerebbe nella giurisdizione del Giudice Amministrativo, in quanto avrebbe come presupposto l'accertamento e la declaratoria di legittimità della cessione del rapporto contrattuale da -OMISSIS- a -OMISSIS-. e, quindi, il passaggio del contratto d'appalto da -OMISSIS- a -OMISSIS-., laddove invece tale contratto si era risolto ai sensi dell'art. 1454 c.c..

Pertanto, secondo la tesi sostenuta dall'appellante, l'accertamento sulla vigenza del contratto di appalto stipulato da -OMISSIS- con l'-OMISSIS- -OMISSIS- sarebbe sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto devoluta al giudice ordinario.

8. Infine, con il terzo motivo di appello, l'-OMISSIS- ricorrente ha ribadito che nel caso di specie non si sarebbe perfezionata alcuna cessione del ramo di azienda, né alcun subentro nel contratto tra -OMISSIS- e -OMISSIS-., in assenza di una valida e necessaria approvazione da parte del RUP.

Pertanto, del tutto correttamente la stazione appaltante avrebbe revocato l'aggiudicazione dell'appalto, dovendosi il contratto ritenere risolto a seguito del mancato rispetto di quanto contenuto nella diffida ad adempiere formulata dall'amministrazione, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto di cui agli artt. 1454 c.c. e 108 del D. Lgs. 50/2016.

Peraltro, secondo le prospettazioni dell'appellante, -OMISSIS- avrebbe operato un "recesso di fatto" dal contratto di appalto, con la conseguenza che legittimamente l'-OMISSIS- avrebbe disposto la revoca dell'aggiudicazione di un contratto di appalto irrimediabilmente risolto.

In aggiunta, l'appellante ha precisato di non aver mai accordato a -OMISSIS- un differimento dell'avvio del servizio all'1.10.2023, concedendole un ulteriore termine per dimostrare di avere i requisiti necessari per subentrare nel contratto di appalto stipulato da -OMISSIS-

9. Il -OMISSIS- ha proposto ricorso incidentale, deducendo che il provvedimento impugnato non è assimilabile a una mera revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ma rappresenta un provvedimento plurimotivato, fondandosi anche sulla modifica dell'offerta tecnica da parte dell'Impresa subentrante, sul mancato rispetto delle prescrizioni del Capitolato e sulla inaffidabilità del contraente subentrato, nonché sulla necessità di garantire il tempestivo avvio del servizio.

Peraltro, secondo le prospettazioni dell'appellante incidentale, il contratto -OMISSIS- non sarebbe intercorso tra la -OMISSIS- e la -OMISSIS- (-

OMISSIS-), ma tra -OMISSIS- e la cedente -OMISSIS-, con la conseguenza che il cessionario non sarebbe mai subentrato nel contratto, rendendo così ammissibile un provvedimento di revoca.

In via subordinata, il -OMISSIS-, ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la revoca sarebbe assimilabile ad un atto negoziale, emanato in carenza di poteri autoritativi.

10. -OMISSIS-. ha resistito all'appello chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

11. All'udienza pubblica del 4 aprile 2024 l'appello è stato introitato per la decisione.

12. In via preliminare, in tema di ammissibilità del ricorso, va confermata l'interesse ad agire in capo a -OMISSIS- -OMISSIS-, destinataria del provvedimento impugnato e concretamente incisa dalla revoca.

-OMISSIS-. ha acquistato il ramo di azienda da -OMISSIS- con atto notarile -OMISSIS-, quando il contratto di appalto era già stato stipulato (-OMISSIS-), subentrando in tale contratto e non nella precedente aggiudicazione, che aveva ormai esaurito i propri effetti.

Di tale subentro ha preso atto la stessa stazione appaltante, laddove, con la delibera n. -OMISSIS- "*Preso atto cessione di ramo d'azienda di -OMISSIS- SpA a -OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l.*", ha rilevato come, in virtù di tale operazione, la deducente fosse *ex lege* subentrata "*in tutti i rapporti e contratti facenti parte e relativi al ramo d'azienda ceduto*", tra cui anche quello intercorrente con -OMISSIS-, la quale, peraltro, non ha mai esplicitamente negato il subentro in ragione degli esiti negativi delle relative verifiche, e ciò fino alla revoca impugnata nel presente giudizio.

13. Sempre in via preliminare, anche le statuizioni del primo giudice in punto di giurisdizione meritano conferma.

Oggetto del giudizio è il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, che costituisce effettivamente

manifestazione di autotutela pubblicistica, radicando la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7, 1° comma, c.p.a.

Nel provvedimento impugnato la stazione appaltante ha rappresentato che tali sopravvenuti motivi di interesse pubblico sono consistiti in *“comportamenti scorretti/inadempianti e/o dilatori dell'aggiudicatario manifestati successivamente all'aggiudicazione definitiva”*, precisazione che, oltre a confermare che la stazione appaltante ha errato nel non utilizzare gli strumenti di autotutela privatistica contemplati dagli articoli 108 e 109 del D.Lgs. n. 50/2016, fa emergere chiaramente la natura marcatamente autoritativa del provvedimento, frutto di uno scorretto esercizio del potere di autotutela pubblicistica, piegato impropriamente a fini di autotutela contrattuale, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

E' appena il caso di ricordare, richiamando gli oramai noti arresti della Corte regolatrice della giurisdizione, che *“Ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il petitum sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione”*. Pertanto, *“La giurisdizione del giudice ordinario si configura in tutte le controversie in cui si denunci un comportamento della P.A. privo di ogni interferenza con un atto autoritativo, non potendosi reputare neanche mediatamente espressione dell'esercizio del potere autoritativo, o quando l'atto o il provvedimento di cui la condotta dell'amministrazione sia esecuzione non costituisca oggetto del giudizio, facendosi valere unicamente l'illiceità del comportamento del soggetto pubblico ex art. 2043 c.c., suscettibile di incidere su posizioni di diritto soggettivo del privato”* (Cass. Sez. U. 29 dicembre 2016, n. 27455; Cass. Sez. U., 01/03/2023, n.6100).

Né la giurisdizione di questo plesso potrebbe essere negata sulla base della considerazione che, per decidere sulla legittimità o meno della revoca, il giudice amministrativo avrebbe impropriamente preso cognizione della

efficacia del contratto di appalto tra l'-OMISSIS- e -OMISSIS-, contratto in tesi oramai risolto ai sensi dell'art. 1454 c.c., ben potendo il giudice amministrativo, soprattutto in sede di giurisdizione esclusiva, conoscere, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale (cfr. art. 8 comma 1 c.p.a.).

14. Nel merito, l'appello non è fondato e la sentenza impugnata merita conferma per le seguenti ragioni.

14.1. Emerge dagli atti che la stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, dopo la stipula del contratto, allorquando cioè, esaurita la fase pubblicistica, la revoca non poteva più essere disposta, come notoriamente affermato dalla decisione n. 4/2014 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato.

Ed infatti, l'aggiudicazione conclude la fase a carattere pubblicistico, retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza, mentre quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche (Corte costituzionale, sentenze n. 53 e n. 43 del 2011; Cassazione, Sez. un. civ. n. 391 del 2011; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 450 del 2009). Nella fase privatistica l'amministrazione si pone quindi con la controparte in posizione di parità che però, è stato anche precisato, è solo "tendenziale" (Corte Cost. n. 53 e n. 43 del 2011; Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 4/214), con tale aggettivo volendosi intendere che nel contesto di un rapporto paritetico sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Ad. Plen. n. 6 del 2014); ciò, evidentemente, perché l'attività dell'amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte e con l'ulteriore

conseguenza che non ogni controversia che concerna atti emanati in questa fase può essere attratta, *tout court*, alla giurisdizione del giudice ordinario.

Pertanto, dopo la stipula del contratto, possono trovare applicazione solo le norme che disciplinano il rapporto su di un piano di pariteticità, ovverossia le norme sul recesso contrattuale, che si pongono in rapporto di specialità rispetto all'art. 21 *quinques* della L. n. 241/1990, prevalendo su tale ultima disposizione.

Tali statuizioni, affermate sotto il vigore del D.Lgs. n. 163/2006, hanno mantenuto la propria validità anche a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016, che regola la fattispecie oggetto del presente giudizio.

L'art. 109 del codice, infatti, ha esteso la facoltà di recesso, prima specificamente prevista solo per gli appalti di lavori, anche agli appalti di servizi e forniture, candidandosi a regola generale di tute le ipotesi di recesso dal contratto già concluso.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'-OMISSIS- e dalla -OMISSIS- – -OMISSIS- -OMISSIS-, la cessione del ramo di azienda, che ha prodotto il subentro di -OMISSIS- -OMISSIS- nel contratto, pur implicando la verifica sulla sussistenza dei requisiti di selezione qualitativa stabiliti inizialmente ai sensi dell'art. 106 del D.lgs. n. 50/2016, non consente alla stazione appaltante di revocare l'aggiudicazione, caducando a cascata anche il contratto.

La fase pubblicistica deve, infatti, irrimediabilmente ritenersi conclusa all'atto della stipula del contratto, con la conseguenza che il potere di revoca non può più essere esercitato, e ciò anche nell'ipotesi in cui le verifiche sul cessionario non dovessero concludersi favorevolmente.

14.2. L'appellante principale ha cercato di giustificare la legittimità del proprio operato deducendo che la revoca sarebbe conseguita alla presa d'atto dell'avvenuta risoluzione del contratto, derivante dal mancato rispetto della diffida ad adempiere formulata dall'amministrazione, ciò che avrebbe determinato un vero e proprio "recesso di fatto", legittimando la staziona

appaltante alla revoca dell'aggiudicazione di un contratto di appalto irrimediabilmente risolto.

La tesi, nell'operare un'evidente inversione logica dei termini della questione, conferma una volta di più l'infondatezza delle deduzioni dell'appellante, facendo emergere l'erroneità della decisione amministrativa di adoperare strumenti di autotutela pubblicistica per porre rimedio a questioni afferenti alla fase privatistica del rapporto.

Dopo la stipula del contratto il potere di autotutela pubblicistica *ex* art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990 non può più essere utilizzato ed un'eventuale risoluzione del contratto o un recesso, peraltro nel caso di specie mai esternato mediante provvedimenti espliciti, non può avere l'effetto di attribuire nuovamente all'Amministrazione il suddetto potere, al fine di far valere supposti inadempimenti dell'aggiudicatario, ovvero del contraente eventualmente subentrato nel contratto.

15. Per queste ragioni, l'appello principale e quello incidentale devono essere respinti, con conferma della decisione impugnata.

16. La peculiarità delle questioni oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 548 del 2024, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge l'appello incidentale.

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 le parti del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola D'Angelo, Presidente FF

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaello Scarpato

IL PRESIDENTE
Nicola D'Angelo

IL SEGRETARIO

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