

L'individuazione del contraente è un atto amministrativo

Anche nei casi in cui non si applica una dettagliata disciplina di derivazione comunitaria (quale quella in tema di appalti pubblici sopra soglia di lavori, di forniture o di servizi), il provvedimento di aggiudicazione, ancorché sia collocato all'interno del procedimento (civilistico) preordinato alla conclusione del contratto, ha natura amministrativa per quanto concerne l'individuazione del contraente: infatti, nel caso in cui si sia svolta una gara officiosa, si ravvisano tutte le condizioni del momento procedimentale pubblicistico che può essere controllato in giurisdizione generale di legittimità dal giudice amministrativo

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 4295 del 6 luglio 2006 così ci insegna:

< La Sezione ha di recente ritenuto, con insegnamento che si conferma, che l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. di alcune tipologie di controversie relative alle procedure di evidenza pubblica non svaluta completamente il problema della qualificazione della posizione soggettiva del privato che intende contestare le modalità di scelta del contraente da parte della p.a..

Anche nei casi in cui non si applica una dettagliata disciplina di derivazione comunitaria (quale quella in tema di appalti pubblici sopra soglia di lavori, di forniture o di servizi), il provvedimento di aggiudicazione, ancorché sia collocato all'interno del procedimento (civilistico) preordinato alla conclusione del contratto, ha natura amministrativa per quanto concerne l'individuazione del contraente, contenendo, in primo luogo, un atto (amministrativo) di accertamento (costitutivo) e solo in secondo luogo, quasi sempre, anche la manifestazione di volontà (negoziale) della p.a. in ordine al contratto da stipulare.

La aggiudicazione assume così una valenza procedimentale ed amministrativa ed integra una vera e propria determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare certezze legali privilegiate ed a incidere sulla posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione, qualificabile come di interesse legittimo con conseguente giurisdizione del g.a..>

ma non solo:

< Il lavoro a cottimo fiduciario costituisce una particolare forma di trattativa privata, posta sotto la diretta responsabilità del funzionario, ma ciò non esclude affatto la configurabilità nella specie di interessi legittimi.

Infatti il cottimo fiduciario, proprio perché basato su un rapporto diretto fiduciario, intercorrente tra il competente funzionario dell'amministrazione e il privato contraente, non esclude affatto, ma anzi comprova, la sussistenza di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara del soggetto che ad es., per gli esercizi finanziari precedenti, ha goduto della fiducia dell'amministrazione, essendo stato invitato a presentare un'offerta, risultando più volte aggiudicatario del servizio ed avendolo svolto in modo regolare.

Quindi, sebbene nel caso di cottimo fiduciario, da sempre considerato una forma di trattativa privata, non sussista un obbligo in capo all'amministrazione di invitare tutte le imprese che ne facciano richiesta, nè di illustrare diffusamente le ragioni di ogni mancato invito, è però ravvisabile l'obbligo di motivare il mancato invito di una ditta che versa nelle peculiari condizioni sopra rammentate>

Ed inoltre:

< La peculiare natura del rapporto contrattuale che si instaura, nel cottimo fiduciario, fra il funzionario responsabile nei confronti dell'amministrazione e la impresa, non esclude affatto la caducazione

automatica del contratto, stante la natura pubblicistica della fase procedimentale che precede la conclusione del contratto e la naturale funzione correttiva della giurisdizione amministrativa di legittimità che tende, per quanto possibile, alla reintegrazione delle posizioni giuridiche lese in forma specifica>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dal Ministero Infrastrutture e Trasporti-SIIT rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio eletto in Roma via dei Portoghesi n. 12;

contro

** Srl, non costituita;

e nei confronti

di Casa ** di ** Anna Maria, non costituita;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria sede di Perugia n. 482/2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 21 marzo 2006 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro. Udito l'avv. dello Stato Tortora;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso n. 215 del 2005, notificato in data 5 maggio 2005, la ditta ** srl adiva il Tar Umbria, chiedendo l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento con il quale il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti SIIT Toscana Umbria Settore trasporti, aggiudicava, a seguito di gara officiosa, il servizio di pulizia dei propri locali alla ditta Casa **.

Il ricorrente, con motivi aggiunti, chiedeva altresì l'annullamento del contratto con la medesima concluso dall'amministrazione resistente.

Si costituiva in giudizio l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, che eccepiva, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del giudice adito in considerazione dell'inconfigurabilità della procedura seguita dalla P.A. come evidenza pubblica, e contestava, nel merito, le avverse pretese.

Con sentenza n. 482/2005, depositata il 8 ottobre 2005, e notificata il 10 novembre 2005, il Tar Umbria, disattendendo l'eccezione pregiudiziale proposta dall'amministrazione, ha accolto il ricorso ed ha annullato il provvedimento di aggiudicazione, affermando la caducazione automatica del contratto stipulato con Casa **.

Appella l'amministrazione.

Nessuno si è costituito.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Il primo motivo di appello che ripropone la questione di giurisdizione è infondato.

La Sezione ha di recente ritenuto, con insegnamento che si conferma, che l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. di alcune tipologie di controversie relative alle procedure di evidenza pubblica non svaluta completamente il problema della qualificazione della posizione soggettiva del privato che intende contestare le modalità di scelta del contraente da parte della p.a.. Anche nei casi in cui non si applica una dettagliata disciplina di derivazione comunitaria (quale quella in tema di appalti pubblici soprassoglia di lavori, di forniture o di servizi), il provvedimento di aggiudicazione, ancorché sia collocato all'interno del procedimento (civilistico) preordinato alla conclusione del contratto, ha natura amministrativa per quanto concerne l'individuazione del contraente, contenendo, in primo luogo, un atto (amministrativo) di accertamento (costitutivo) e solo in secondo luogo, quasi sempre, anche la manifestazione di volontà (negoziale) della p.a. in ordine al contratto da stipulare. La aggiudicazione assume così una valenza procedimentale ed amministrativa ed integra una vera e propria determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare certezze legali privilegiate ed a incidere sulla posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione, qualificabile come di interesse legittimo con conseguente giurisdizione del g.a.. (Consiglio Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368).

Il lavoro a cottimo fiduciario costituisce una particolare forma di trattativa privata, posta sotto la diretta responsabilità del funzionario, ma ciò non esclude affatto la configurabilità nella specie di interessi legittimi.

Infatti il cottimo fiduciario, proprio perché basato su un rapporto diretto fiduciario, intercorrente tra il competente funzionario dell'amministrazione e il privato contraente, non esclude affatto, ma anzi comprova, la sussistenza di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara del soggetto che ad es., per gli esercizi finanziari precedenti, ha goduto della fiducia dell'amministrazione, essendo stato invitato a presentare un'offerta, risultando più volte aggiudicatario del servizio ed avendolo svolto in modo regolare. Quindi, sebbene nel caso di cottimo fiduciario, da sempre considerato una forma di trattativa privata, non sussista un obbligo in capo all'amministrazione di invitare tutte le imprese che ne facciano richiesta, nè di illustrare diffusamente le ragioni di ogni mancato invito, è però ravvisabile l'obbligo di motivare il mancato invito di una ditta che versa nelle peculiari condizioni sopra rammentate.

Inoltre, nel caso in cui si sia svolta una gara officiosa, si ravvisano tutte le condizioni del momento procedimentale pubblicistico che può essere controllato in giurisdizione generale di legittimità dal giudice amministrativo.

L'art. 5 del DPR 20/08/2001 n. 384 nel suo testo storico regolava lo svolgimento della procedura del cottimo fiduciario prevedendo: "1. Per l'esecuzione a cottimo fiduciario le amministrazioni richiedono almeno cinque preventivi redatti secondo le indicazioni contenute nella lettera d'invito. Quest'ultima di norma contiene: l'oggetto della prestazione, le eventuali garanzie, le caratteristiche

tecniche, la qualità e le modalità di esecuzione, i prezzi, le modalità di pagamento nonché la dichiarazione di assoggettarsi alle condizioni e penalità previste e di uniformarsi alle vigenti disposizioni.

2. Il cottimo fiduciario può essere regolato da scrittura privata semplice, oppure d'apposita lettera con la quale il committente dispone l'ordinazione delle provviste e dei servizi. Tali atti devono riportare i medesimi contenuti previsti dalla lettera d'invito.

3. Si prescinde dalla richiesta di pluralità di preventivi nel caso di nota specialità del bene o servizio da acquisire, in relazione alle caratteristiche tecniche o di mercato, ovvero quando l'importo della spesa non superi l'ammontare di 20.000 euro, con esclusione dell'IVA.

4. Il limite di importo di cui al comma 3 è elevato a 40.000 euro, con esclusione dell'IVA, per l'acquisizione di beni e servizi connessi ad impellenti ed imprevedibili esigenze di ordine pubblico.

5. Con decreto del Ministro dell'interno sono individuate le categorie di beni e servizi per la cui acquisizione od esecuzione si ricorre a trattativa diretta in relazione alla dichiarazione di segretezza nell'interesse della sicurezza interna dello Stato, nonché le eventuali, ulteriori formalità procedurali da pretermettere.”

Il testo vigente, avendo aggiornato gli importi massimi di ricorso consentito al cottimo fiduciario, recita: “Per l'esecuzione a cottimo fiduciario le amministrazioni richiedono almeno cinque preventivi redatti secondo le indicazioni contenute nella lettera d'invito. Quest'ultima di norma contiene: l'oggetto della prestazione, le eventuali garanzie, le caratteristiche tecniche, la qualità e le modalità di esecuzione, i prezzi, le modalità di pagamento nonché la dichiarazione di assoggettarsi alle condizioni e penalità previste e di uniformarsi alle vigenti disposizioni.

2. Il cottimo fiduciario può essere regolato da scrittura privata semplice, oppure d'apposita lettera con la quale il committente dispone l'ordinazione delle provviste e dei servizi. Tali atti devono riportare i medesimi contenuti previsti dalla lettera d'invito.

3. Si prescinde dalla richiesta di pluralità di preventivi nel caso di nota specialità del bene o servizio da acquisire, in relazione alle caratteristiche tecniche o di mercato, ovvero quando l'importo della spesa non superi l'ammontare di 20.000 euro, con esclusione dell'IVA.

4. Il limite di importo di cui al comma 3 è elevato a 40.000 euro, con esclusione dell'IVA, per l'acquisizione di beni e servizi connessi ad impellenti ed imprevedibili esigenze di ordine pubblico.

5. Con decreto del Ministro dell'interno sono individuate le categorie di beni e servizi per la cui acquisizione od esecuzione si ricorre a trattativa diretta in relazione alla dichiarazione di segretezza nell'interesse della sicurezza interna dello Stato, nonché le eventuali, ulteriori formalità procedurali da pretermettere. “

Tale procedimento particolare non esclude affatto la giustiziabilità degli interessi delle imprese innanzi al giudice amministrativo, non potendosi concludere che il sistema riposi solamente sulla lealtà ed onestà dei funzionari che, per la scelta dei contraenti, nelle procedure inferiori e superiori a 20.000 euro, rimangono comunque astretti alle regole generali di motivazione degli atti amministrativi e di legittima erogazione delle spese pubbliche.

In sostanza può condividersi la conclusione accolta dalla sentenza impugnata secondo la quale il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato priva di rilevanza pubblicistica.

Le regole procedurali anche minime che l'amministrazione si dia per concludere il cottimo fiduciario implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità coerenza della motivazione ecc.

In conseguenza di ciò sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

Nel merito l'appello è infondato.

Infatti, come statuito in precedente analogo (CdS VI n. 7192/2005), l'aggiudicazione è illegittima avendo l'amministrazione valutato a favore della originaria controinteressata Casa ** una certificazione scaduta di validità.

A nulla rileva la discrezionalità amministrativa che consentirebbe . in caso di offerte di identico contenuto, di fondare la scelta su un elemento ulteriore anche non previsto dal bando o dalla lettera di invito poiché, non v'è dubbio che tale elemento ulteriore in tanto sia valutabile in quanto si tratti di un elemento considerabile secundum tenorem rationis cosa che può negarsi nel caso in cui venga valorizzato un certificato scaduto di validità , anche quando, in epoca posteriore alla conclusione della gara, la ditta ne acquisisca uno valido.

Quanto poi alla pretesa illegittima della statuizione di annullamento del contratto, in quanto si sarebbe di fronte a cottimo fiduciario, il Consiglio di Stato ritiene che la prospettiva interpretativa dalla quale muove l'appello della difesa erariale non possa accogliersi.

Ritiene la Sezione di potersi allineare, in tema di sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione, all'insegnamento per cui in un appalto pubblico, l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione comporta la caducazione automatica del contratto stipulato, "sub specie" di inefficacia successiva dichiarata dal giudice amministrativo, in quanto il negozio pienamente efficace al momento della nascita, diviene inefficace per il sopravvenire di una inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza esterna di interessi giuridici preminenti, incompatibili con l'interesse interno negoziale (ex plurimis Consiglio Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3463).

La peculiare natura del rapporto contrattuale che si instaura, nel cottimo fiduciario, fra il funzionario responsabile nei confronti dell'amministrazione e la impresa, non esclude affatto la caducazione automatica del contratto, stante la natura pubblicistica della fase procedimentale che precede la conclusione del contratto e la naturale funzione correttiva della giurisdizione amministrativa di legittimità che tende, per quanto possibile, alla reintegrazione delle posizioni giuridiche lese in forma specifica.

Sicché , una volta ammessa la sussistenza di una posizione tutelabile di interesse legittimo, ne discendono le ordinarie conseguenze in termini di tutela reintegratoria, fra cui la caducazione automatica del contratto che sia stato stipulato dal funzionario con responsabilità diretta verso l'amministrazione,

Ne deriva il rigetto dell'appello.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di questo grado del giudizio stante la novità delle questioni trattate nella presente controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello.

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

Così deciso in Roma, il 21 marzo 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il.06/07/2006

(