

N. 05356/2015REG.PROV.COLL.  
N. 08860/2015 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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 8860 del 2015, proposto dalla società Cema Costruzioni Edili Marittimi Autostradali s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Selvaggi, Isabella Cocito e Cristina Loiaconi, con domicilio eletto presso Marco Selvaggi in Roma, Via Nomentana 76;

*contro*

Metropolitana Milanese s.p.a.(Mm Spa), rappresentata e difesa dagli avv.ti Lorenzo Lamberti e Maurizio Corain, con domicilio eletto presso Maurizio Corain in Roma, Via Emilia 86/90;

*per la riforma*

della sentenza resa in forma semplificata dal T.A.R. per la LOMBARDIA – MILANO - Sezione I, n. 2043 del 30 settembre 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Metropolitana Milanese s.p.a. (Mm Spa);  
Vista la memoria difensiva depositata dalla parte appellata;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2015 il Cons. Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Marco Selvaggi e Lorenzo Lamberti;  
Acquisito il consenso delle parti presenti alla definizione dell'incidente cautelare ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Preso atto che:

- a) l'oggetto del presente giudizio è costituito:
- I) dalla nota prot. n. 75058 in data 21 luglio 2015 recante il rifiuto della stazione appaltante Metropolitana Milanese di prendere atto del recesso dall'aggiudicazione esercitato ex art. 11, co. 9, d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), dalla ditta Cema - a cagione dell'asserita mancata tempestiva stipula del contratto di appalto di lavori pubblici (all'esito della gara indetta per la realizzazione dell'allacciamento della rete delle acque reflue della città di Milano) - tanto nel decisivo presupposto che il contratto si sarebbe invece perfezionato in data 17 marzo 2015;
- II) dalla nota prot. n. 78563 in data 31 luglio 2015 recante la contestazione, da parte della stazione appaltante, dell'inadempimento degli obblighi contrattuali da parte della aggiudicataria Cema;

b) l'impugnata sentenza ha declinato la giurisdizione del giudice amministrativo nel decisivo presupposto che la controversia concerne la fase di esecuzione del contratto;

c) la ditta Cema ha interposto rituale appello lamentando che nel caso di specie, non potendo ritenersi stipulato il contratto secondo l'*ordo procedendi* stabilito dalla *lex specialis* (in particolare punto 8 del bando che ha richiesto la stipula del contratto secondo le forme dello schema allegato), la controversia rientrerebbe nella cognizione del giudice amministrativo;

d) nelle more del giudizio è sopravvenuta la risoluzione del rapporto contrattuale per inadempimento della ditta Cema (cfr. nota MM s.p.a. prot. n. 91918 in data 5 ottobre 2015 recante, inoltre, lo scorrimento della graduatoria ai sensi dell'art. 140 del codice dei contratti pubblici, l'incameramento della cauzione definitiva e la segnalazione all'Autorità di settore);

Ritenuto che tutte le censure poste a sostegno del gravame (pagine 5 – 11 del ricorso in appello) non sono suscettibili di favorevole esame atteso che:

e) è pacifico, a mente del combinato disposto degli artt. 11, commi 7, 9 e 13, codice dei contratti pubblici, e 133, co. 1, lett. e), nn. 1 e 2, c.p.a., nonché in base ai consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr. da ultimo Cass. civ., Sez. I, 25 maggio 2015, n. 10743; Sez. I, 30 aprile 2015, n. 8842; Sez. un., 23 luglio 2013, n. 17858; Sez. un., 24 maggio 2013, n. 12901; Sez. un., 3 maggio 2013, n. 10298; Sez. un., 23 novembre 2012, n. 20729; Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14; Sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455) che:

I) nel settore dell'attività negoziale della pubblica amministrazione e, in particolare, in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e

forniture, la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti prima dell'aggiudicazione della gara (compresi tra tali atti anche quelli di autotutela pubblicistica e questi ultimi pure dopo la conclusione del contratto), e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la conclusione del contratto, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; mentre le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto (salvo quelle, tassativamente indicate, relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione prezzi e ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi) rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria;

II) appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, essendosi la fattispecie svolta ed esaurita tra l'originaria aggiudicazione e la stipula del contratto la controversia introdotta dall'aggiudicatario decaduto per ottenere l'accertamento del preteso inadempimento dell'ente agli obblighi contrattuali e la sua condanna alla restituzione delle cauzioni versategli, oltre accessori, nonché al risarcimento del danno asseritamente patito nel corso della trattativa precontrattuale; in tali casi, infatti, alla deliberazione di aggiudicazione dell'appalto non segue la stipula della convenzione di disciplina tra le parti, bensì, all'esito di una fase interlocutoria volta alla eventuale rinegoziazione dell'oggetto dell'instaurando rapporto, la decadenza dalla stessa aggiudicazione;

III) la cognizione degli atti autoritativi emessi in sede di autotutela - conformemente allo schema disegnato dagli artt. 75 e 113 del codice contratti pubblici, in forza del quale, ai fini dell'incameramento della cauzione provvisoria, va considerato «fatto dell'aggiudicatario» sia il recesso volontario dalle trattative sia il difetto dei requisiti che

preclude la stipula, imponendo la caducazione dell'aggiudicazione - appartiene alla cognizione del giudice amministrativo;

IV) nel sistema disegnato dal codice dei contratti pubblici, il contratto deve essere necessariamente concluso in forma scritta non potendosi attribuire al provvedimento di aggiudicazione definitiva il valore di conclusione del contratto medesimo;

f) nel particolare caso di specie deve ritenersi che il contratto sia stato concluso nella forma della scrittura privata, forma ammessa espressamente dall'art. 11, co. 13, del codice dei contratti pubblici in quanto:

I) la stazione appaltante ha inviato alla ditta Cema (in data 12 marzo 2015) una nota (prot. n. 29993 in pari data) denominata lettera di aggiudicazione - recante oltre che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva tutta una serie di elementi concernenti il contenuto essenziale del contratto - restituita dall'impresa firmata per benestare e accettazione (in data 17 marzo 2015);

II) l'impresa ha posto in essere tutti gli adempimenti connessi alla stipulazione del contratto (fra cui la costituzione della polizza definitiva e della garanzia fideiussoria);

III) i lavori sono stati consegnati in data 14 maggio 2015 senza che dal verbale di consegna (di pari data) emerga che tale consegna sia avvenuta in via d'urgenza e in anticipo rispetto alla stipula del contratto, in applicazione della norma sancita dall'art. 11, co. 9, del codice dei contratti pubblici; si badi che la menzione del carattere urgente e anticipato (rispetto alla stipula del contratto) della consegna dei lavori, deve risultare espressamente dal medesimo verbale di consegna ai sensi del combinato disposto degli artt. 153, co. 4, e 154, co. 3, del d.P.R. n. 207 del 2010 (regolamento di attuazione del

codice dei contratti pubblici); come per altro ribadito dall'art. 4.1., co.1, del capitolato speciale di appalto, secondo cui <<*I lavori verranno consegnati indicativamente entro 20 (venti) giorni naturali e consecutivi dalla data della lettera di aggiudicazione. In ragione dell'urgenza dell'intervento oggetto del presente appalto si precisa che il Verbale di Consegna dei lavori potrà essere anteriore alla data di firma del Contratto...*>>; il che dimostra che per la stazione appaltante – e per la ditta Cema che vi ha espressamente aderito – nel caso di specie la conclusione del contratto è coincisa con la sottoscrizione della lettera di comunicazione dell'aggiudicazione;

IV) è assodato, pertanto, che nel particolare caso di specie vi sia stato l'incontro del consenso delle parti nell'ambito di un contesto documentale scritto recante gli elementi essenziali del regolamento contrattuale;

g) in conclusione, dall'esame in astratto della *causa petendi* della domanda proposta in primo grado emerge che, nella sostanza, è stata introdotta una azione contrattuale *sub specie* di declaratoria di nullità o inesistenza del rapporto contrattuale per contrasto della forma in concreto seguita con le prescrizioni, che si assumono vincolanti, dettate dalla *lex specialis* e che non consentirebbero la stipula fra assenti; tale controversia, per le ragioni dianzi esposte, deve ritenersi attribuita alla cognizione del giudice ordinario.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso in appello meglio indicato in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2015

IL SEGRETARIO

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