Circolare n°87/C/2022: Contratti Pubblici: se manca la SOA decide il giudice amministrativo.

1 Marzo 2022

Spetta al giudice amministrativo, e non al giudice ordinario, decidere sulla legittimità dell'intervento autoritativo dell'amministrazione, con cui è stata disposta la risoluzione del contratto di appalto, a causa del venir meno dei requisiti di qualificazione dell'affidatario.

È quanto deciso dal Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2022 n. 590, che, accogliendo l'appello, ha **rimesso al giudice amministrativo di primo grado la decisione sulla legittimità del provvedimento di risoluzione del contratto** di appalto nei confronti dell'impresa aggiudicataria. In particolare, nel caso di specie, l'amministrazione, accertata l'ultra-vigenza dell'attestazione SOA scaduta, aveva stipulato il contratto di appalto nel presupposto (cioè, *sub condicione*) della produzione in un secondo momento della nuova attestazione. Tuttavia, la mancata produzione della stessa, entro il termine di ultra-vigenza della precedente attestazione, aveva comportato la perdita del requisito di partecipazione e, conseguentemente, l'invalidazione in autotutela dell'aggiudicazione.

1. **Confini della giurisdizione ordinaria**

In primo grado, il TAR Toscana aveva dichiarato il ricorso dell'appaltatrice inammissibile per difetto di giurisdizione, poiché **il venir meno dei requisiti di qualificazione riguardava la fase di esecuzione dell'opera** pubblica e quindi incideva su diritti soggettivi (sent. Sez. I, n. 1322/2020). In particolare, nella sentenza, il TAR aveva chiamato a supporto della propria decisione **la giurisprudenza che reputa:**

- ***"estranea** ai confini della giurisdizione amministrativa **la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti (nella veste di contraente) dalla stazione appaltante nella fase di esecuzione del contratto** e non afferenti all'esercizio di potestà autoritative" (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2015, sent. n. 5116*);
- sottoposta alla **giurisdizione del giudice ordinario la controversia**, che verte sulla "***risoluzione anticipata del contratto** autoritativamente disposta dall'Amministrazione committente a causa dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dello appaltatore [...] ciò indipendentemente dalla veste formalmente amministrativa della determinazione adottata dalla committente, la quale non ha natura provvedimentale (Cass. civ. Sez. Unite Ord., 10/01/2019, n. 489)*".

2. Confini della giurisdizione amministrativa

Il Consiglio di Stato ritiene che **la suddetta giurisprudenza non possa essere seguita** nel caso specifico,

confermando la natura provvedimentale della **determinazione che dispone l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione** e nello scioglimento del vincolo contrattuale. Infatti, nella vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio, **mancano** – e quindi non è giustificabile l'intervento del giudice ordinario – sia **la lesione del diritto soggettivo dell'amministrazione alla corretta esecuzione del contratto** (causata dell'inadempimento dell'appaltatore) sia la posizione paritetica delle parti.

Di converso, giustificano l'intervento del giudice amministrativo il fatto che la stazione appaltante abbia adottato **una determinazione con natura** di **provvedimento amministrativo**, non solo in senso formale, **incidente su una posizione di interesse legittimo** dell'impresa appaltatrice; ciò, prescindendo dalle clausole del contratto e quindi dall'eventuale sussistenza di un diritto soggettivo. Inoltre, tale determinazione **consegue alla verifica della correttezza della stessa aggiudicazione** ossia ad una determinazione prodromica della stessa amministrazione in sé considerata (*cfr.* Cass. S.U., 14 maggio 2015, n. 9861). Il Collegio conclude quindi che proprio l'estraneità dell'atto alla sfera del diritto privato e l'esercizio del potere amministrativo (relativo alla corretta selezione del contraente) portano la controversia ad essere soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 Cod. proc. amm. (*cfr.* Cass. S.U., 29 agosto 2008, n. 21929).

Tale posizione appare coerente con la giurisprudenza (richiamata nella sentenza) secondo cui, indipendentemente dalla stipula o meno del contratto di appalto, deve essere riconosciuta la giurisdizione del:

1. **giudice ordinario**, laddove la controversia abbia ad oggetto i fatti dell'**inadempimento delle prestazioni convenute verificatisi a seguito dell'instaurazione del rapporto**, anche in via d'urgenza (*cfr.* Cass. S.U. 21 maggio 2019, n. 13660 e Cons. Stato, V, 13 settembre 2016, n. 3865);
2. **giudice amministrativo**, laddove la controversia si sia determinata a seguito della **verifica della correttezza dell'aggiudicazione** da parte dell'amministrazione (*cfr.* Cons. Stato, V, 2 agosto 2019, n. 5498).

In quest'ultimo caso, osserva il Consiglio di Stato, **il potere dell'amministrazione si origina dalle norme generali in tema di esercizio dei poteri di autotutela** (*cfr.* art. 21 *nonies* della L. 241/1990) **e dal codice dei contratti pubblici**, laddove prevede la risoluzione del contatto di appalto per insussistenza (originaria o sopravvenuta) dei requisiti soggettivi dell'aggiudicatario (*cfr.* art. 108, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50/2016 e Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1° aprile 2016, n. 855). In tal modo, il **codice dei contratti consente l'intervento autoritativo dell'amministrazione anche dopo la stipulazione del contratto** (onde rimuovere il provvedimento di aggiudicazione che risulti affetto da vizi), con conseguente inefficacia di quest'ultimo, stante la consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto (*cfr.* Cons. Stato, Sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310).

Conclude quindi il Consiglio di Stato: **deve essere il giudice amministrativo a decidere sulla legittimità del provvedimento dell'amministrazione**, con il quale si è contestato alla ricorrente il venir meno dei requisiti di qualificazione e si è disposta la risoluzione del contratto di appalto.

47768-Circolare n 87_C_2022.pdfApri