

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 [...] cioè indipendentemente dalla veste formalmente amministrativa della determinazione adottata dalla committente, la quale non ha natura provvedimento (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 provvedimento 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 dall'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 contratto 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.

Fonte: ANCE