



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1269 del 2009, proposto da:
Comune di Polinago, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Della Fontana, con
domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N.2;

contro

Cooperativa Sociale Quadrifoglio Sc Onlus, rappresentato e difeso dagli avv.
Franco Enoch, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma,
via F. Confalonieri, 5;

per la riforma

della sentenza del TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA :Sezione II n.
00026/2009, resa tra le parti, concernente PROSECUZIONE GESTIONE CASA
PROTETTA PER ANZIANI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2010 il Cons. Gianpiero Paolo Cirillo e uditi per le parti gli avvocati l'avv. Petretti, su delega dell'avv. Della Fontana, e gli avv. ti Enoch e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il comune di Polinago, all'esito del espletamento di apposita licitazione privata, ha affidato in concessione alla Cooperativa Sociale L'arciere Assistenza, poi incorporata nella Cooperativa Sociale Quadrifoglio, la gestione della casa protetta per anziani per un numero di 24 ospiti e per la durata di 10 anni.

2. Successivamente il Comune ha deliberato un ampliamento, per ulteriori 18 posti, della suddetta struttura, affidando in concessione alla medesima cooperativa sociale la gestione della struttura e del relativo ampliamento per la durata di 20 anni, decorrente dalla data di consegna delle opere di ampliamento, munito delle autorizzazioni edilizie e sanitarie occorrenti al funzionamento, e stipulando apposito contratto integrativo.

3. Con lettera dell'8 gennaio 2007, la Cooperativa Sociale Quadrifoglio ha comunicato l'intenzione di risolvere ex lege il contratto integrativo del 4 maggio 2004, in forza del disposto di cui all'articolo 113, comma 15 bis, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in quanto stipulato senza alcuna procedura ad evidenza pubblica. Alla prima lettera seguiva uno scambio di note con il comune, culminate con la lettera del 10 settembre 2008, con la quale la cooperativa Quadrifoglio ha comunicato che, stante l'improrogabile cessazione della concessione decennale di cui al contratto originario, si vedeva impossibilitata ad agire contro la legge nel proseguire una gestione contraria a norme imperative.

4. Il comune di Polinago, ritenendo non applicabile la normativa invocata dalla cooperativa a giustificazione della preannunciata risoluzione di diritto del

contratto, è insorto innanzi al tribunale amministrativo regionale per l' Emilia-Romagna, affinché, previa declaratoria della validità e della perdurante vigenza ed efficacia del contratto, si pronunciasse nel senso di “ dirsi tenuta e condannarsi la società resistente a prestare ottemperanza e a dare esecuzione a tale contratto garantendo la prosecuzione della gestione della struttura per anziani, che ne forma oggetto, sino alla scadenza del termine ventennale ivi pattuito”.

5. Il tribunale ha dichiarato improcedibile l'appello incidentale proposto dalla Cooperativa Sociale Quadrifoglio e rigettato il ricorso principale, ritenendo che il contratto accessivo alla concessione fosse nullo, in quanto l'affidamento senza gara configura una causa di nullità del contratto per violazione di norme imperative, ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, del codice civile.

6. Ha proposto appello il comune di Polinago, deducendo l'erroneità della sentenza, laddove ha ritenuto applicabile alla fattispecie l'articolo 1418, comma 1, del codice civile.

6. Si è costituita la Cooperativa Sociale Quadrifoglio, proponendo, così come aveva fatto nel giudizio di primo grado, appello incidentale.

7. La causa stata discussa all'udienza del 26 gennaio 2010, ed il collegio se ne è riservata la decisione.

DIRITTO

1. L'appello principale è fondato.

2.1. E' necessario premettere, in punto di fatto, che la concessione per la gestione decennale (23 /9/1998-22/9/2008) della casa protetta per anziani con un numero di 24 ospiti è stata aggiudicata alla Cooperativa Sociale L'arciere Assistenza, poi incorporata dalla Cooperativa Sociale Quadrifoglio, a seguito di gara pubblica a mezzo di licitazione privata, indetta dal comune di Polinago, cui è seguita la stipula del contratto rep. 1853 del 23/ 9/1998.

A seguito della delibera del comune di procedere all'ampliamento della casa di riposo, con la creazione di ulteriori 18 posti, si è proceduto alla stipulazione di un contratto integrativo con il medesimo soggetto - tale va considerato sul piano giuridico il soggetto incorporante, ma su ciò non vi è questione - cui era stato affidato la gestione della casa di cura, liberamente sottoscritto in data 4/5/2004; e quindi in costanza di concessione, atteso che essa veniva a scadere il 23/9/2008. A ciò va aggiunto che con il contratto integrativo è stata prevista una nuova scadenza, ventennale, a partire dalla realizzazione dell'ampliamento della struttura. Infine, come già riferito in narrativa, in data 8 gennaio 2007 la società appellata ha cominciato a contestare il rapporto, culminato poi con la lettera del 10 settembre 2008, con la quale, in buona sostanza, l'appellata intendeva far valere il termine finale di scadenza della prima concessione e risolvere la nuova, invocando la risoluzione ex lege, in quanto, quella da essa stessa qualificata come nuova concessione, si era svolta senza gara, in contrasto con l'articolo 113, comma 15 bis, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni e integrazioni.

2.2. In tale contesto si è inserita la domanda proposta dal comune di Polinago, con la quale è stato chiesto al giudice di accertare la validità e la perdurante vigenza del contratto integrativo e della conseguente condanna della cooperativa appellata a dare esecuzione al medesimo, garantendo la prosecuzione della gestione della struttura per anziani.

2.3. La sezione, in via preliminare, rileva che il giudice di primo grado ha statuito in ordine alla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sulla quale si è formato il giudicato, non essendo stato proposto l'apposito motivo di gravame.

2.4. In ordine alla proponibilità della domanda, la sezione ne ritiene l'ammissibilità, essendo perfettamente compatibile con la struttura del processo amministrativo in materia di giurisdizione esclusiva l'azione generale di accertamento, che, peraltro,

nel caso di specie, è solo propedeutico alla domanda di condanna ad eseguire il contratto.

2.5. Così come è perfettamente legittimo che l'amministrazione, anziché azionare i propri poteri di autotutela, faccia ricorso al giudice per salvaguardare la posizione soggettiva che gli deriva dall'esecuzione del contratto accessivo alla concessione.

2.6. Sicché il punto centrale della controversia è costituito dalla valutazione se il concessionario debba o meno eseguire il contratto liberamente sottoscritto, e se a giustificazione della propria intenzione di non adempiere possa invocare la violazione da parte dell'amministrazione dell'articolo 113, comma 15 bis, del decreto legislativo n. 267 del 2000; e comunque la nullità del contratto, in quanto stipulato in contrasto con norme imperative, ai sensi dell'articolo 1418, primo comma, del codice civile.

2.7. La sezione osserva che l'accertamento va fatto in concreto, tenuto conto dell'interesse ad agire delle parti e della situazione di fatto e di diritto registrabile al momento in cui la domanda è stata proposta.

In proposito è sufficiente osservare che la presenza di un contratto accessivo alla concessione di gestione della casa per anziani, regolarmente sottoscritto dalle parti, che hanno accettato le condizioni economiche - peraltro oggettivamente congrue, ma sul punto non vi è contestazione - e i nuovi termini di durata della convenzione, induce a ritenere che l'assenza di vizi inficianti gli elementi costitutivi dell'atto integrativo porti all'affermazione della validità ed efficacia del contratto medesimo.

Tanto più che l'amministrazione, quando è addivenuta alla stipulazione del contratto integrativo, era ancora vincolata dal contratto originario in corso, stipulato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica. E pertanto, adottando una regola di buona amministrazione fondata sul calcolo delle conseguenze vuoi di una risoluzione anticipata del contratto originario vuoi della possibile gestione

affidata a due soggetti distinti (nel caso in cui la gara fosse stata aggiudicata a soggetto diverso dall'attuale gestore), ha preferito optare per una prosecuzione dell'originaria concessione con il medesimo soggetto che già gestiva il servizio, sia pure adeguandone le condizioni economiche e i tempi di durata.

Il collegio non ignora il fatto che costituisce motivo di contrasto tra le parti se ci si trovi di fronte ad una prosecuzione della vecchia concessione o ad una nuova. Tuttavia è del tutto irrilevante stabilire ciò, in quanto è risolutivo il fatto che la cooperativa appellata ha omesso di impugnare la determinazione con la quale l'amministrazione ha deciso di stipulare il contratto con il soggetto che era già titolare della concessione in corso, ossia l'appellata, che, evidentemente, in quel momento non aveva nessun interesse, anzi aveva l'interesse contrario; tant'è che ha sottoscritto il contratto integrativo, nonostante il mancato esperimento della gara.

In conclusione, nel momento in cui è stata proposta l'azione di accertamento il contratto integrativo era perfettamente valido e vincolante, non potendosi ritenere che l'omessa o viziata procedura di evidenza pubblica possa ridondare automaticamente sul contratto successivo, in assenza di una pronuncia giurisdizionale che ne statuisca l'illegittimità. In definitiva, il vizio denunciato non è funzionale in quanto non afferisce al rapporto, ma è genetico in quanto relativo alla scelta del contraente con il quale è stato stipulato il contratto, ma il relativo provvedimento non è più sindacabile essendo divenuto inoppugnabile per omessa impugnazione nei termini di decadenza.

3. Il ricorso incidentale è infondato.

4.1. L'azione di accertamento proposta dall'amministrazione ha costituito l'occasione per proporre l'eccezione di nullità da parte della cooperativa appellata, consegnata nel ricorso incidentale, per motivi diversi dai vizi strutturali della convenzione, ossia per violazione di norme espresse di legge o per violazione di norme imperative.

Quindi nel presente giudizio si è proposto lo stesso meccanismo che normalmente si registra nel giudizio civile, dove, a fronte di una domanda di risoluzione per inadempimento o di adempimento, si contrappone l'azione riconvenzionale di nullità del contratto da cui sono sorte le reciproche prestazioni.

Il congegno processuale è compatibile con la struttura del processo amministrativo - o almeno il giudice ha l'onere di adattarlo, in attesa dell'approvazione del nuovo codice sul processo amministrativo, il cui schema prevede l'azione generale di accertamento della nullità - in quanto l'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, prevede talune ipotesi di nullità del provvedimento, e l'articolo 11 della medesima legge prevede che agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento si applichino i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

4.2. A proposito dell'invocazione da parte della ricorrente incidentale dell'applicabilità dell'articolo 113, comma 15 bis, del decreto legislativo n. 267 del 2000, introdotto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legge 30/9/2003 n. 269, convertito con modificazioni dall'articolo 1 della legge 24/11/2003 n. 326, la sezione osserva che la disposizione ha un chiaro carattere transitorio ed ha come scopo quello di sanare le concessioni conferite senza l'esperimento della gara in corso al momento dell'entrata in vigore della legge e di prefissare il termine cessazione, salvo possibili proroghe e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Essa non è applicabile al caso di specie. Infatti, se l'atto integrativo si considera una prosecuzione dell'originario rapporto si tratta di una concessione che comunque ha avuto origine da una gara pubblica; se invece la si qualifica come una nuova concessione, la norma è inapplicabile in quanto il contratto integrativo, preceduto dalla delibera comunale di procedere senza la gara, è stato stipulato in epoca successiva all'entrata in vigore della legge.

Pertanto, l'unico modo di renderla applicabile al caso di specie è quello di considerarla come ipotesi di nullità testuale, così come dedotto dall'appellante incidentale.

La Sezione osserva che la norma non commina espressamente la sanzione della nullità per l'ipotesi in cui l'amministrazione proceda all'affidamento di un servizio pubblico senza il previo esperimento del procedimento ad evidenza pubblica. Pertanto il vizio procedimentale può essere dedotto solamente come vizio di legittimità attraverso l'esperimento dell'azione di annullamento, nei tempi e nei modi previsti dall'ordinamento.

4.3. Il giudice di primo grado ha rigettato il ricorso principale e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla cooperativa appellata, ritenendo nella sostanza che il contratto integrativo, così come aveva controdedotto la Cooperativa Sociale Quadrifoglio, era stato comunque stipulato in violazione di norme imperative di legge - ossia in contrasto con i noti principi comunitari del necessario ricorso al mercato delle imprese nella scelta del contraente pubblico, penetrato peraltro nella legislazione nazionale con una certa cautela - ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, del codice civile. Pertanto, essendo il vizio di nullità deducibile in ogni stato e grado del processo da chiunque vi abbia interesse ed essendo l'azione imprescrittibile, il contratto integrativo può essere invalidato in ogni tempo con effetto retroattivo, nonostante l'assenza di vizi strutturali e nonostante la mancata impugnazione dell'omissione della procedura dell'evidenza pubblica, che normalmente costituisce il modo per rendere inefficace o far dichiarare nullo il contratto, secondo i noti meccanismi dell'invalidità derivata.

La sezione non condivide quanto ritenuto dal giudice di primo grado.

La nullità del provvedimento amministrativo trova la sua disciplina dell'articolo 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, che stabilisce: «1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato

da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. 2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo>>.

La norma, introdotta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, tra le varie opzioni possibili - ossia tra quella di inserire nel sistema della patologia dell'atto amministrativo tutte le ipotesi di nullità (testuale, strutturale e virtuale) previste dall'articolo 1418 del codice civile e quella di ritenere sufficiente la categoria dell'annullabilità per quanto riguarda i rapporti amministrativi - ha scelto la soluzione di compromesso, ossia quella di escludere la nullità per contrasto con norme imperative di legge, giudicando tale categoria particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa.

In altri termini, le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso, così come peraltro già ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. St.,VI, 13 giugno 2007, n. 3173; V, 26 novembre 2008, n. 5845) .

Pertanto, le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c. d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione. Quindi esse si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza, a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo.

Va da sé, quindi, che il rapporto amministrativo dedotto nel giudizio, in mancanza dell'impugnativa della deliberazione dell'amministrazione a procedere senza gara con l'accordo integrativo, si è stabilizzato e non può essere invalidato attraverso lo strumento prescelto dalla cooperativa appellata.

4.4. Infondati sono anche gli altri motivi proposti con l'appello incidentale, in quanto essi sono generici e si sostanziano in una elencazione degli strumenti

civilistici astrattamente idonei a far risolvere il contratto integrativo, senza che però vengano fornite le prove dei fatti posti a base delle varie domande.

4.5. In conclusione l'appello incidentale va rigettato.

5. La novità e la difficoltà delle questioni trattate costituiscono giusti motivi per compensare le spese del grado del giudizio, avendo il giudice di prima istanza già disposto la compensazione delle spese di quel grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso originario e per l'effetto dichiara valido il rapporto concessorio di cui al contratto rep. 1853 del 23/ 9/1998. così come integrato con il contratto del 4 maggio 2004.

Rigetta il ricorso incidentale.

Compensa le spese del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stenio Riccio, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere, Estensore

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione