

Massime per Atto Ricercato: Parere sulla Normativa del 26/09/2013 - rif. AG 40/13

Parere sulla Normativa del 26/09/2013 - rif. AG 40/13 d.lgs 163/06 Articoli 239, 244 - Codici 239.1, 244.1

richiesta di parere - Comune di Matera - appalto per l'affidamento del servizio di igiene urbana in parte del territorio della città - annullamento giudiziale dell'aggiudicazione definitiva e subentro del ricorrente - problematiche conseguenti al subentro e possibile ricorso all'istituto della transazione ex art. 239 del D.lgs. n. 163/2006 - Il subentro del ricorrente a seguito dell'annullamento in sede giudiziaria dell'aggiudicazione del contratto di appalto deve operare, come in tutte le ipotesi di successione a titolo particolare nel rapporto negoziale, in relazione alle condizioni del contratto originario dichiarato inefficace, poiché è quel rapporto negoziale che la norma comunitaria e nazionale intende tutelare, in alternativa alla conservazione dell'efficacia del contratto con contestuale risarcimento dei danni dell'impresa pretermessa. Gli eventuali maggiori costi per adeguare le condizioni di esecuzione al progetto del ricorrente, rimarranno a carico di quest'ultimo "poiché il subentro nel contratto è misura alternativa al risarcimento per equivalente e, dunque, non può concorrere con il medesimo" (ex multis cfr. Cons. St., sez. V, sentenza 5.11.2012, n. 5591).

Parere sulla Normativa del 26/09/2013 - rif. AG 40/13 d.lgs 163/06 Articoli 239 - Codici 239.1.1

Oggetto della transazione non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo, e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni ..." (Corte Suprema di Cassazione, Sez. II, sentenza n. 11117 del 6 ottobre 1999). Sicché la soluzione concordata si inserisce "nell'esercizio di un potere pubblicistico che non può sottrarsi al quadro delle regole proprie della spendita di detto potere e perciò oggetto di negoziazione e di formalizzazione nel successivo provvedimento non può essere una illimitata gamma di scelte discrezionali da parte dell'amministrazione, ma solo l'individuazione di una fra più soluzioni comunque idonee ad azionare il soddisfacimento dell'interesse pubblico" (deliberazione Corte dei conti, sez. reg. di controllo per la Lombardia 26/2008/PAR). Per altro verso occorre porre in rilievo che la scelta in ordine all'an della transazione ed alla concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'amministrazione e, secondo la richiamata giurisprudenza della Corte dei conti, la stessa è sottratta al sindacato giurisdizionale, se non limitatamente alla rispondenza delle stesse a criteri di razionalità e congruità rilevabili dalla comune esperienza amministrativa al fine di stabilire se la scelta risponda ai criteri di prudente apprezzamento ai quali deve ispirarsi sempre l'azione amministrativa. In tale ponderazione, tra gli elementi da valutare, si annovera la convenienza economica della transazione in relazione all'alea del giudizio. In ambito pubblicistico, i limiti dello strumento della transazione consistono nel divieto di stipulare la transazione c.d. novativa, "intesa come accordo mediante il quale si instaura con l'appaltatore un nuovo e diverso rapporto contrattuale, per soddisfare un interesse diverso da quello dedotto nel contratto originario" (cfr. Deliberazioni Avcp n. 103 del 5/12/2012, n. 308 del 13/9/2001, n. 56 del 3/12/2008, n. 10 del 19/3/2008).