

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. 7772/04 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 11322 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta  
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

**DECISIONE**

Sul ricorso in appello n. 11322/2003, proposto dalla  
**PROVINCIA di COSENZA** rappresentata e difesa dall'Avv.  
Antonella Gentile con domicilio eletto in Roma via Magliano  
Sabina 24, presso l'avv. Maria Gentile,

**contro**

la **COSTRUZIONI PROCOPIO** srl in persona del legale  
rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo  
Gualtieri con domicilio eletto in Roma via Ovidio n. 10 presso la  
dott.ssa Anna Bei (studio Rossati),

**per la riforma**

della sentenza del TAR CALABRIA - CATANZARO Sez.. I n.  
3314/2003, del 21.11.03 resa tra le parti, concernente  
AGGIUDICAZIONE GARA PER LA COSTRUZIONE DEL  
LICEO SCIENTIFICO DI PAOLA;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Costruzioni  
Procopio;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Alla pubblica udienza del 13 Luglio 2004, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed udito, altresì, l'avvocato Gualtieri per la società resistente;

Visto il dispositivo di decisione n. 413 del 14.7.2004;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto:

### **FATTO**

Il TAR, con la sentenza in epigrafe, ha accolto il ricorso proposto dalla società Costruzioni Procopio nei confronti della Provincia di Cosenza per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 3213 del 30.9.2003 di revoca dell'aggiudicazione definitiva e conseguente incameramento della cauzione provvisoria.

Avverso tale sentenza ha proposto appello la Provincia, rilevando che era stata l'impresa aggiudicataria a sottrarsi ai propri obblighi, per cui correttamente si era proceduto alla revoca dell'aggiudicazione.

Ha dedotto quanto segue:

- difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, atteso che rientravano nella giurisdizione amministrativa la fase relativa alla procedura pubblicistica di scelta del contraente ma, una volta avvenuto l'affidamento dei lavori, sia la fase preliminare che quella successiva alla stipulazione del contratto appartenevano alla giurisdizione

ordinaria in quanto espressiva di potere paritetico della P.A.;

- in ogni caso la facoltà dell'impresa di sciogliersi da ogni impegno, ai sensi dell'art. 109, comma 3, D.P.R. n. 554/1999, non poteva avverarsi in modo automatico per il semplice decorso di sessanta giorni dall'aggiudicazione, senza mostrare atteggiamenti o aver compiuto atti significativi di tale volontà, per cui occorreva valutare il complesso della condotta delle due parti coinvolte nella vicenda;
- il TAR non poteva considerare privo di valenza il telegramma del 17.7.2003, avente ad oggetto in modo esplicito l'appalto dei lavori del Liceo di Paola, solo perché l'invito parlava di comunicazioni riguardanti l'oggetto;
- ai fini della stipula, l'Impresa non aveva trasmesso i prescritti documenti di rito;
- l'impresa con il suo atteggiamento aveva manifestato la volontà di sottrarsi agli obblighi derivanti dall'aggiudicazione, per cui correttamente vi era stato l'incameramento della cauzione;
- in via subordinata, comunque il TAR aveva erroneamente condannato la Provincia al rimborso delle spese contrattuali, non essendoci stato nella specie alcun contratto.

Costituitasi in giudizio, la società Procopio ha fatto presente che si era aggiudicato in via definitiva l'appalto con determinazione n. 1643 del 20.5.2003, ma poi l'Amministrazione si asteneva dall'assumere ogni iniziativa per la stipulazione del contratto,

nonostante l'autorizzazione di cui alla stessa determinazione n. 1643/03; che in data 23.5.2003 riceveva notifica di formale diffida da parte della ditta C.C.Imm. che asseriva di essere legittima affidataria dei medesimi lavori, con giudizio pendente presso il Tribunale di Cosenza; che l'inerzia dell'Amministrazione veniva interrotta da un telegramma del 15.7.2003 (pervenuto il 17 successivo) con cui il rappresentante della Società ed il Direttore dei lavori venivano convocati per il 18.7.2003 per "comunicazioni" e da una nota del 18.7.2004 (pervenuta il 24 successivo) con l'invito a presentare entro trenta giorni i documenti necessari per la stipula del contratto, riservandosi l'Amministrazione di comunicare telefonicamente la data ed il luogo della stipulazione; che in risposta a tale nota, la Società con atto del 1°.8.2003 (notificato il 4 successivo) manifestava la propria volontà di sciogliersi da ogni precedente impegno, essendo ormai trascorso il termine di 60 giorni, decorrenti dall'aggiudicazione del 20.5.2003, entro cui procedere alla stipulazione ai sensi dell'art. 109 D.P.R. 21.12.1999 n.554, con l'invito a restituire l'originale della polizza fidejussoria; che trascorso altro mese, l'Amministrazione con raccomandata del 3.9.2003, sul presupposto che l'impresa si fosse sottratta alla stipula del contratto, le rinnovava l'invito a procedere entro 5 giorni agli adempimenti necessari alla stipulazione, pena la revoca dell'aggiudicazione e l'incameramento della cauzione; che

l'Impresa replicava a quest'ultima nota con atto del 9.9.2003, ma ciò nonostante le veniva comunicata in data 29.10.2003 per conoscenza la richiesta dell'Amministrazione rivolta alla società assicuratrice per il versamento della cauzione provvisoria, il cui incameramento era stato disposto dalla determinazione dirigenziale n. 3213 del 30.9.2003; che di conseguenza adiva il TAR Calabria, che con la sentenza appellata accoglieva il ricorso e condannava l'Amministrazione al rimborso delle spese contrattuali.

Ha concluso richiamando la motivazione della sentenza del TAR ed ha in particolare rilevato l'infondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione, atteso che nella specie non era stato sottoscritto alcun contratto e perciò la posizione della Ditta aggiudicataria non poteva che essere di interesse legittimo con giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia.

Con ordinanza n. 326/2004, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Con memoria conclusiva, l'Amministrazione ha insistito sul difetto di giurisdizione ed in subordine ha chiesto l'accoglimento dell'appello:

## **DIRITTO**

1. Con sentenza TAR Calabria-Catanzaro n. 3314 del 21.11.2003 è stato accolto il ricorso proposto dalla società Costruzioni Procopio nei confronti della Provincia di Cosenza per

l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 3213 del 30.9.2003 di revoca dell'aggiudicazione definitiva, mediante asta pubblica, dell'appalto per la costruzione del liceo scientifico di Paola, e conseguente incameramento della cauzione provvisoria.

Avverso detta sentenza ha proposto appello l'Amministrazione provinciale.

2. L'appello è fondato.

Va condivisa l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dall'appellante.

2.1. Occorre precisare che la revoca dell'aggiudicazione definitiva (e conseguente incameramento della cauzione provvisoria) è avvenuta in data 30.9.2003 in quanto la Società sarebbe venuta meno, ad avviso dell'Amministrazione, al suo dovere di addivenire alla stipulazione del contratto, mentre a sua volta la Società sostiene che si sarebbe sciolta da ogni impegno per effetto dell'atto notificato all'Amministrazione in data 4.8.2003, con il quale manifestava tale volontà, per essere trascorso il termine di 60 giorni dall'aggiudicazione (20.5.2003), entro cui occorreva procedere alla stipulazione del contratto ai sensi dell'art. 109 D.P.R. 21.12.1999 n. 554.

2.2. Così ricostruita la vicenda, la controversia sfugge alla giurisdizione amministrativa per essere di competenza del giudice ordinario in quanto nella specie le situazioni soggettive coinvolte (sia dell'aggiudicataria definitiva che

dell'Amministrazione provinciale) sono di diritto soggettivo ed è insussistente in materia una giurisdizione esclusiva di questo giudice.

2.2.1. Invero, da una parte l'Amministrazione, al fine di revocare l'aggiudicazione, non ha inteso esercitare il potere di autotutela (a fronte del quale il privato non potrebbe che vantare una posizione di interesse legittimo) ma si è limitata a prendere atto della volontà della società di sottrarsi alla stipulazione del contratto (a prescindere dalla sussistenza o meno di tale presupposto) e di conseguenza ha in effetti posto in essere un atto paritetico di decadenza dall'aggiudicazione definitiva per asserita inosservanza da parte della Società dell'obbligo di prestarsi alla stipulazione.

Dall'altra parte, la Società ha esercitato, ritenendo che l'Amministrazione fosse rimasta inerte per 60 giorni dall'aggiudicazione ai sensi dell'art. 109 D.P.R. n. 554/1999, il diritto (potestativo) di scioglimento da ogni impegno notificando apposito atto in tal senso (a prescindere della sussistenza o meno del relativo presupposto), a fronte del quale l'Amministrazione non potrebbe che trovarsi in una posizione di soggezione.

Né appare del tutto condivisibile la tesi della parte resistente secondo cui l'aggiudicatario in via definitiva di una gara ad evidenza pubblica non sarebbe titolare di una posizione di diritto soggettivo nei confronti dell'Amministrazione prima della

stipulazione del relativo contratto, atteso che tale assunto, anche se piuttosto comune (cfr. le decisioni di questo Consiglio, sez. V n. 258 del 16.3.1999 e Sez. IV n.41 del 9.1.1996 ), è alquanto descrittivo della situazione ed è senz'altro corretto finchè sussiste solo un'aggiudicazione provvisoria o si voglia evidenziare che prima della stipulazione del contratto l'aggiudicatario della gara non potrebbe vantare nei confronti dell'Amministrazione l'esecuzione del contratto (cfr., in tal senso, Cass. S.U. 26.6.2003 n. 10160). Ciò però non significa che l'aggiudicatario in via definitiva, a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione per la durata di 60 giorni dall'intervenuta aggiudicazione, non possa pretendere lo scioglimento da ogni impegno e tale posizione non può che qualificarsi di diritto soggettivo, in quanto il suo esercizio è rimesso unicamente al proprio potere potestativo, con conseguente soggezione dell'Amministrazione (cfr. Cass. S. U. n. 1962 del 16-5-1977, sia pure con riferimento all'analogia disposizione di cui all'art. 4, comma 4°, del Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del ministero dei lavori pubblici, approvato con D.P.R. 16.7.1962 n. 1063).

2.2.2. Per quanto concerne la mancanza a favore del giudice amministrativo di una giurisdizione esclusiva in materia è sufficiente richiamare le disposizioni di cui all'art 6, comma 1, L. 21.7.2000 n. 205 ed all'art. 33, comma 2 lett. d. D. L.vo

31.3.1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 L. n. 205/2000.

Dette disposizioni, con formulazione sostanzialmente identica riferiscono la giurisdizione esclusiva per “tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale” oppure in materia di pubblici servizi “aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione della norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale”.

Con la conseguenza che la relativa giurisdizione esclusiva si limita alla fase di evidenza pubblica di scelta del contraente che si conclude con l'aggiudicazione definitiva (ed eventuale approvazione), senza riguardare anche la fase successiva (riguardante per es. il deposito della cauzione definitiva e della polizza assicurativa per danni di esecuzione o di documentazione supplementare da parte dell'aggiudicatario, la verifica del possesso dei requisiti da parte dell'Amministrazione, tra cui anche l'assenza delle cause ostative previste dalla normativa antimafia ai sensi dell'art. 4 D. L.vo 8.8.1994 n. 490 e successive modificazioni, l'eventuale recesso dell'aggiudicatario per il mancato rispetto del termine prescritto per la stipulazione,

l'eventuale esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione) la quale termina con la stipulazione del contratto (ed eventuale approvazione). Per le controversie relative a quest'ultima fase occorre di volta in volta accertare la consistenza della relativa posizione coinvolta, essendo il criterio di riparto ancorato alla tradizionale distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

In conclusione, nella fattispecie non vi sono motivi per ritenere che la giurisdizione spetti al giudice amministrativo, anche in considerazione di quanto recentemente precisato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 204 del 6.7.2004) che ha escluso che sia sufficiente, nel vigente assetto costituzionale, il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia per poterla devolvere in via esclusiva al giudice amministrativo, dovendo essere particolari le materie da attribuire a tale giudice, nel senso che, in assenza della specifica previsione legislativa, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione come autorità, la giurisdizione generale di legittimità.

3. Per quanto considerato, l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR che va annullata senza rinvio, deve essere dichiarato inammissibile il ricorso originario per difetto di giurisdizione.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di

entrambi i gradi di giudizio in relazione alla complessità della questione trattata.

**P.Q.M.**

**Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Sez. V)**, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, dichiara inammissibile il ricorso originario.

Spese compensate.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 13.7.2004  
con l'intervento dei signori:

Presidente	Emidio Frascione
Consigliere	Rosalia Maria Pietronilla Bellavia
Consigliere	Chiarenza Millemaggi Cogliani
Consigliere	Cesare Lamberti
Consigliere	Aniello Cerreto estensore

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Agatina Maria Vilardo

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**  
**Il 29 novembre 2004**  
**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

***IL DIRIGENTE***  
***f.to Antonio Natale***