

## Per le controversie relative ad affidamenti ed aggiudicazioni di appalti sotto soglia banditi da soggetti che non sono Enti Pubblici, la relativa giurisdizione è quella del giudice ordinario e non del Tar

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Il Tar Toscana, sezione di Firenze, con la sentenza numero 1725 del 20 aprile 2005 ci insegna che:

?

<Orbene, sia la giurisprudenza del Giudice della Giurisdizione (Cass., S.U., 20.11.2003 n. 17635) sia quella del Giudice Amministrativo (C. di S., V, 18.11.2004 n. 7554; T.A.R. Toscana, II, 20.06.2003 n. 2434) si è ormai orientata nel senso dal quale questo Collegio non ritiene di doversi discostare che per gli appalti c.d. sottosoglia banditi da soggetti non aventi natura di enti pubblici, che applicano facoltativamente la normativa pubblicistica (comunitaria o interna) nella scelta dei contraenti, la giurisdizione appartiene al Giudice Ordinario e non al Giudice Amministrativo>

?

?

***precedente giurisprudenza***

?

Appalto sotto soglia e committente S.p.A. pubblica: no all'evidenza pubblica quindi giudice ordinario;

cambiamento anche dei bisogni assicurativi della Società? e dei suoi dipendenti

?

?

Un soggetto con veste societaria di tipo privatistico, non ? tenuta a rispettare le procedure ad evidenza pubblica

?

In caso di affidamento di appalto inferiore alla soglia comunitaria, che l'Ente appaltante abbia liberamente preferito disciplinare con una procedura simile a quelle di evidenza pubblica (e non in quanto obbligato), le relative controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggono alla giurisdizione amministrativa essendo di competenza del giudice ordinario

?

?

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 7554 del 18 novembre 2004? ci insegna che? su di un'impresa pubblica (S.p.A.), in quanto partecipata da soggetti pubblici, per gli appalti di importo complessivo? inferiore al tetto comunitariamente previsto, non sussiste l'obbligo di ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica.

?

Il seguente passaggio si commenta da s?:

?

<< La societ? per azioni , anche se qualificabile come organismo di diritto pubblico (come ritenuto dal TAR) o come impresa pubblica ai sensi dell?art. 2, comma 2, del D. L.vo n. 358/1995, come sostenuto dall?appellante) **non ? neppure tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica di cui alla normativa sulla contabilit? generale dello Stato** (R. D.18.11.1923 n. 2240 e R.D. 23.5.1924 n. 827) che riguardano solo le Amministrazioni statali e gli Enti pubblici per i quali ne ? sta prevista l?estensione per effetto di norme specifiche (V. per gli Enti locali l?art. 56 L. 8.6.1990 n. 142 e per gli Enti pubblici parastatali l?art. 55 del D.P.R. 27.2.2003 n. 97). N? risultano adottate al riguardo specifiche norme regionali.>>

?

?

Tale decisione contrasta con il? giudice di prime cure, TAR Campania, sez. 1?, n. 5868 del 20.5.2003, secondo il quale <<Va infatti ribadito il principio che i soggetti formalmente privati, in quanto societ? di capitali, ma sostanzialmente a rilevanza pubblicistica, perch? il capitale ? in maggioranza in possesso di enti pubblici, come nella specie, sono tenuti a rispettare le regole della concorrenza, anche in caso di appalti di servizi al di sotto della soglia comunitaria>>

?

Non solo.

?

Sebbene <<sulle relative controversie in tanto sussiste la giurisdizione amministrativa in quanto riguardino l?affidamento di lavori, servizi e forniture mediante procedure ad evidenza pubblica nella scelta del contraente da parte di soggetti comunque tenuti all?applicazione della normativa comunitaria ovvero nazionale o regionale>> nella fattispecie emarginata (committente: S.p.A. pubblica, importo di appalto 33.000 euro) **sono insussistenti i presupposti oggettivi per la devoluzione della controversia al giudice amministrativo**

?

Sottolineano infatti i giudici di Palazzo Spada:

<< In altri termini, per radicare la giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una Stazione appaltante sia tenuta, anche per gli appalti sotto soglia, ad osservare i principi fondamentali del Trattato CE (che in materia sono quelli della libera circolazione delle merci, della libertà e della libera prestazione dei servizi, nonché dei conseguenziali principi di parità di trattamento, non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e trasparenza (secondo quanto precisato nel secondo considerando della Direttiva CEE n. 2004/18 del 31.3.2004, la cui attuazione è prevista per gli Stati membri per il 31.1.2006), occorrendo invece l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria.

D'altra parte, a fronte dei menzionati principi fondamentali del Trattato CE la posizione della Stazione appaltante è di soggezione, mentre la correlativa posizione del soggetto privato che ne lamenta la violazione è di diritto soggettivo, non avendo la stazione appaltante alcun potere autoritativo di disciplina di dette situazioni soggettive. Per cui non vi è alcuna ragione per ritenere che la giurisdizione sulle relative controversie 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.>>

?

### **Conseguenze assicurative:**

?

Se la violazione è in materia di libera circolazione delle merci, di libertà e di libera prestazione dei servizi,

nonch? dei consequenziali principi di parit? di trattamento, non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalit? e trasparenza ? di diritto soggettivo, questo significa che legittimato passivo davanti al giudice ordinario potrebbe diventare anche il dipendente del committente.

?

Ma anche potrebbe esserci una maggior possibilit? di condanna al risarcimento del danno per <<perdite patrimoniali>> intese quale <pregiudizio economico che non sia conseguenza di un danno materiale (morte, lesione personale e danneggiamenti a cose)>

?

?

?????????

?

La giurisdizione del giudice amministrativo non arriva fino alla sottoscrizione del contratto, ma si ferma all?aggiudicazione definitiva oltre la quale l?aggiudicatario puo? invocare il giudice ordinario per la lesione dei propri diritti soggettivi in quanto espressiva di potere paritetico della P.A.

?

Sia la fase preliminare che quella successiva alla stipulazione del contratto appartengono alla giurisdizione ordinaria in quanto espressiva di potere paritetico della P.A, cos? come la mancata presentazione sia della garanzia definitiva che della polizza CAR? (con conseguente sottoposizione della? controversia sull?escussione della garanzia provvisoria davanti al giudice civile)

?

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 7772 del 29 novembre 2004 distingue fra l'aggiudicatario provvisorio il quale può vantare nei confronti della Stazione Appaltante una posizione di interesse legittimo e l'aggiudicatario definitivo che invece è titolare di una posizione di diritto soggettivo

?

In pratica:

?

**aggiudicazione provvisoria = lesione di interessi legittimi**

?

in quanto sussiste solo un'aggiudicazione provvisoria e che prima della stipulazione del contratto, l'aggiudicatario della gara non potrebbe vantare nei confronti dell'Amministrazione l'esecuzione del contratto, quindi competenza del

?

**giudice amministrativo**

?

mentre

?

?

## **aggiudicazione definitiva = lesione di diritti soggettivi**

?

in quanto l'aggiudicatario in via definitiva, a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione per la durata di 60 giorni dall'intervenuta aggiudicazione, può 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, quindi competenza del

## **giudice ordinario**

?

?

### **I fatti:**

?

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

?

### **I comportamenti delle parti coinvolte:**

?

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.

?

E quindi, concludono i giudici di Palazzo Spada:

?

<<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>>

?

?

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.>>

?

**Conseguenze assicurative:**

?

Il commento alla decisione numero 7554 del 18 novembre 2004 del Consiglio di Stato ci ha portato le seguenti conclusioni:

?

<<Se la violazione in materia di libera circolazione delle merci, di libertà e di libera prestazione dei servizi, nonché dei conseguenziali principi di parità di trattamento, non discriminazione, di riconoscimento

reciproco, di proporzionalità e trasparenza? di diritto soggettivo, questo significa che legittimato passivo davanti al giudice ordinario potrebbe diventare anche il dipendente del committente.

?

Ma anche potrebbe esserci una maggior possibilità di condanna al risarcimento del danno per <<perdite patrimoniali>> intese quale <pregiudizio economico che non sia conseguenza di un danno materiale (morte, lesione personale e danneggiamenti a cose)>>

?

Ora a seguito dell'emarginata sentenza possiamo aggiungere che, anche tutte le controversie che potrebbero sorgere fra l'aggiudicazione definitiva e la sottoscrizione del contratto, saranno soggette al giudice ordinario, con ancora un ulteriore incremento di <rischio> di condanna dell'Amministrazione (e di tutte le Stazioni Appaltanti nonché dei propri operatori) al pagamento delle perdite patrimoniali, e con conseguente (e sempre più urgente) necessità che l'Assicuratore prenda in considerazione l'assunzione di tale copertura

?

?

A cura di Sonia LAZZINI

- qui la sentenza

<https://www.diritto.it/per-le-controversie-relative-ad-affidamenti-ed-aggiudicazioni-di-appalti-sotto-soglia-bandidi-da-soggetti-che-non-sono-enti-pubblici-la-relativa-giurisdizione-e-quella-del-giudice-ordinario-e-non-del/>