

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 qua

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Sia la fase preliminare che quella successiva alla stipulazione del contratto appartengono alla giurisdizione ordinaria in quanto espressiva di potere paritetico della P.A, così 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 puo' 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 *****à sarebbe venuta meno, ad avviso dell'Amministrazione, al suo dovere di addivenire alla stipulazione del contratto, mentre a sua volta la *****à 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 *****à dell'obbligo di prestarsi alla stipulazione.

Dall'altra parte, la *****à 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 consequenziali
principi di parità di trattamento, non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e
trasparenza è 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 *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato,
in
sede
giurisdizionale,
Sezione Quinta

ANNO
2003

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

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

contro

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

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 ****;

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 ***** 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 **** 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 occorre 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 **** 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 ****. 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 ***** 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 ***** 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 **** 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 *****, 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 *****à sarebbe venuta meno, ad avviso dell'Amministrazione, al suo dovere di addivenire alla stipulazione del contratto, mentre a sua volta la *****à 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'aggiudicatario 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 *****à dell'obbligo di prestarsi alla stipulazione.

Dall'altra parte, la *****à 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 ******, 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. ***** 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

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere

***** estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29 novembre 2004

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

IL
DIRIGENTE

f.to *****

La stipulazione del contratto di appalto di lavori deve aver luogo entro 60 gg dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso

Se
l'Amministrazione non si
attiva per il perfezionamento, decade l'osservanza da parte dell'impresa di qualsiasi adempimento e non
c'è possibilità di escutere la provvisoria

[****]

**Sintesi di Tar Calabria, I Sezione di Catanzaro, sentenza n. 3314 del 21 novembre
2003**

Parole chiave:

Appalto di lavori - obblighi di cui all'109 del D.P.R. 21.12.1999 n°554 - 60 gg di tempo per la stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione - non perentorio - decorso, inutilmente, il termine, l'impresa non ha più l'obbligo di contrarre
- esclusa l'escussione della cauzione provvisoria

Esito del giudizio:

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sez. I, - Catanzaro - definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (R.G. n°1483/2003), lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento

Conseguenze operative:

In sostanza, una volta decorso il termine prescritto per la stipula del contratto senza che l'Amministrazione si sia attivata in tal senso, l'impresa non ha più l'obbligo di contrarre ed acquisisce, per converso, una facoltà di recesso, sicchè, ove eserciti tale facoltà, non incorre in alcun inadempimento o inosservanza degli impegni derivanti dall'aggiudicazione

L'espressa previsione normativa - compendiata all'ultimo comma dell'art. 109 del d.p.r. 554/1999 - di un compenso ulteriore nel caso di anticipata esecuzione dei lavori consegnati in via d'urgenza conferma la suesposta opzione ermeneutica: l'impegno profuso dall'Amministrazione nell'assicurare un rapido inizio dei lavori non la esonera dall'obbligo di promuovere con la dovuta sollecitudine la stipula del contratto.

E' in altri termini la situazione di incertezza negoziale conseguente al ritardo nella formalizzazione dell'intesa contrattuale che, di per se stessa, perfeziona la fattispecie genetica della facoltà di recesso

Di *****

REPUBBLICA
ITALIANA IN NOME POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CALABRIA CATANZARO
1 SEZIONE T.A.R.
CALABRIA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella Camera di Consiglio del 20 Novembre 2003

Visto il ricorso 1483/2003 proposto da:

COSTRUZIONI *** A
R.L.

contro

PROVINCIA DI COSENZA

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione della determinazione n. 3213/03 del dirigente Settore Edilizia di incameramento cauzione provvisoria per appalto lavori, e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

PROVINCIA DI COSENZA

Udito il relatore Ref. ***** e uditi, altresì, gli avvocati delle parti;

Visto l'articolo 21 nono comma della legge 6 dicembre 1971, n.1034, nel testo sostituito dall'art. 3, primo comma, della Legge 21 luglio 2000 n. 205, che facoltizza, in sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, a definire il giudizio nel merito a norma

dell'articolo 26 della legge della legge 6 dicembre 1971, n.1034,.

Rilevato che, nella specie, il presente giudizio può essere definito con decisione in forma semplificata ai sensi dell'articolo 26 della legge della legge 6 dicembre 1971, n.1034, come modificato dall'art. 9 della Legge 21 luglio 2000 n. 205, stante anche la completezza del contraddittorio e della documentazione di causa;

Sentiti sul punto i difensori delle parti costituite, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto:

FATTO e DIRITTO

Con determinazione n°1643 del 20.5.2003, il dirigente del settore edilizia della Provincia di Cosenza ha aggiudicato, in via definitiva, alla società Costruzioni *** a r.l. i lavori di costruzione del liceo scientifico G. Galilei di *****.

Con atto del 22.5.2003, la detta Amministrazione Provinciale, all'uopo compulsata dalla società ricorrente, ha autorizzato quest'ultima ad accedere all'area di intervento, onde effettuare le preliminari operazioni per l'impianto del cantiere.

Con successivo telegramma spedito il 15.7.2003 ha, quindi, convocato la ditta aggiudicataria per comunicazioni concernenti i lavori de quibus.

Successivamente, con nota del 18.7.2003, ricevuta dalla società *** il 24.7.2003, ha invitato la suddetta

impresa a presentare, nel termine di 30 gg., la documentazione necessaria per la stipula del contratto, riservandosi di convocarla per il perfezionamento dell'accordo.

Viceversa, la ditta aggiudicataria, con atto stragiudiziale dell'1.8.2003, ha dichiarato di volersi sciogliere dal vincolo dell'aggiudicazione, a ragione della mancata stipula del contratto nel termine di 60 giorni.

La menzionata società ricorrente ha mantenuto ferme le determinazioni assunte anche a seguito di espressa diffida spedita dalla Provincia di Cosenza con raccomandata del 3.9.2003.

Da ultimo, con l'atto impugnato - determina n°3213 del 30.9.2003 - il Dirigente del Settore Edilizia della Provincia di Cosenza ha deliberato di revocare l'aggiudicazione definitiva di cui alla determina del 20.5.2003 e di dare mandato all'ufficio contratti di procedere con urgenza all'incameramento della cauzione.

Avverso il suddetto provvedimento, con il ricorso in epigrafe, la parte ricorrente ha articolato le seguenti censure: violazione dell'art. 109 del d.p.r. 21.12.1999 n°554 - eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Ha, inoltre, richiesto la condanna dell'Ente intimato al rimborso delle spese contrattuali.

Vale premettere che, ai sensi dell'art. 109 del D.P.R. 21.12.1999 n°554, la stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ... Se la stipula del contratto o la sua approvazione, ove prevista, non avviene nei termini fissati dai commi precedenti, l'impresa può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni impegno o recedere dal contratto.

Orbene, anche se al suddetto termine va riconosciuta natura non perentoria, nel senso che è, comunque, ammessa la successiva stipulazione del contratto, non può essere revocato in dubbio che, decorsi 60

giorni dall'aggiudicazione, senza che l'Amministrazione procedente si attivi per il perfezionamento della fattispecie negoziale, si concretizza una specifica facoltà nella sfera giuridica dell'impresa aggiudicataria, che può provocare - con atto unilaterale - lo scioglimento dagli impegni rinvenienti dall'affidamento dei lavori.

In sostanza, una volta decorso il termine prescritto per la stipula del contratto senza che l'Amministrazione si sia attivata in tal senso, l'impresa non ha più l'obbligo di contrarre ed acquisisce, per converso, una facoltà di recesso, sicchè, ove eserciti tale facoltà, non incorre in alcun inadempimento o inosservanza degli impegni derivanti dall'aggiudicazione.

Tale disposizione è posta, invero, a presidio dell'interesse della ditta cui sono stati affidati i lavori ad una sicura e sollecita esecuzione dell'appalto aggiudicato.

All'esercizio della facoltà di recesso si accompagna, inoltre, il riconoscimento del diritto al rimborso delle spese contrattuali, con espressa esclusione di ogni ulteriore forma di compenso o di indennizzo.

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, le censure attoree appaiono manifestamente fondate: le acquisizioni processuali rendono, invero, evidente il dedotto inadempimento dell'Amministrazione procedente, che non ha curato tutti gli adempimenti preliminari necessari per addivenire, nei termini suindicati, alla stipula del contratto d'appalto.

In merito, vale osservare che, ai fini della qualificazione del comportamento tenuto dalle parti contraenti, vengono in rilievo solo quelle iniziative oggettivamente strumentali al conseguimento di siffatto obiettivo.

Sotto il profilo in esame, assume, pertanto, valenza neutra l'autorizzazione di accesso all'area di cantiere, rilasciata alla ditta aggiudicataria con atto del 22.5.2003.

D'altronde, l'espressa previsione normativa - compendiata all'ultimo comma dell'art. 109 del d.p.r. 554/1999 - di un compenso ulteriore nel caso di anticipata esecuzione dei lavori consegnati in via d'urgenza conferma la suesposta opzione ermeneutica: l'impegno profuso dall'Amministrazione nell'assicurare un rapido inizio dei lavori non la esonera dall'obbligo di promuovere con la dovuta sollecitudine la stipula del contratto.

E' in altri termini la situazione di incertezza negoziale conseguente al ritardo nella formalizzazione dell'intesa contrattuale che, di per se stessa, perfeziona la fattispecie genetica della facoltà di recesso.

Parimenti, in assenza di ulteriori e più significative allegazioni, idonee a disvelare lo scopo della convocazione disposta con il telegramma del 17.7.2003, che reca il generico riferimento a non meglio precisate comunicazioni, non può riconnettersi a tale atto un effetto di interruzione del termine di cui al richiamato art. 109.

Tanto più che la stessa Amministrazione resistente ha evidenziato l'esistenza di contatti con l'impresa *** miranti ad agevolare l'inizio dei lavori prima della stipula del contratto, sicchè non può escludersi che la convocazione suddetta fosse volta alla cura di adempimenti diversi da quelli afferenti alla stipula del contratto.

D'altronde, solo con nota del 18.7.2003, recapitata il 24.7.2003, la Provincia di Cosenza ha formalmente invitato la ditta aggiudicataria a depositare i documenti necessari per il perfezionamento della fattispecie negoziale, assegnandole un termine di 30 giorni e rinviando, comunque, la formale stipula del contratto ad un momento ancora successivo da comunicare telefonicamente.

La programmazione di siffatto adempimento, fatta palese dalla piana lettura della suindicata nota, appare, in definitiva, oggettivamente incompatibile con il termine di 60 gg. fissato dalla normativa di settore.

Pertanto, ai sensi dell'art. 109, comma 1, D.P.R. n. 554/1999, all'impresa *** andava riconosciuta, fin dal 20 luglio 2003, la facoltà di sciogliersi dagli impegni assunti con l'ulteriore conseguenza che l'esercizio

della suddetta facoltà, mediante l'atto stragiudiziale all'uopo notificato alla Provincia di Cosenza, vale sia ad esonerare la ditta stessa dall'obbligo di contrarre sia ad escludere il colpevole inadempimento posto, invece, a fondamento dell'impugnato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e di incameramento della cauzione.

Per le medesime ragioni suesposte è, altresì, fondata la richiesta di condanna dell'Amministrazione intimata al rimborso delle spese contrattuali, che vanno liquidate - alla stregua delle allegazioni attoree ed in assenza di specifiche contestazione
- nella misura indicata dalla parte ricorrente, vale a dire in € 3.115,42.

Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sez. I, - Catanzaro - definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (R.G. n°1483/2003), lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento.

Condanna la Provincia di Cosenza al pagamento, in favore della parte ricorrente, della somma indicata in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 20 novembre 2003.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il

21 NOV. 2003

<https://www.diritto.it/la-giurisdizione-del-giudice-amministrativo-non-arriva-fino-alla-sottoscrizione-del-con-tratto-ma-si-ferma-all-aggiudicazione-definitiva-oltre-la-quale-l-aggiudicatario-puo-invocare-il-giudice-ordina-2/>