

## **Qualora venga richiesta l'escussione della garanzia provvisoria per mancata stipula del contratto di appalto, la relativa controversia deve essere sottoposta al giudice amministrativo o al giudice civile? qualora si tratti di decidere su di un atto parite**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Il giudice competente è quello civile in quanto il legislatore ha inteso circoscrivere la giurisdizione esclusiva de qua alla fase di evidenza pubblica di scelta del contraente che si conclude con l'aggiudicazione definitiva, escludendo invece la fase successiva, anche quella intercorrente tra detta aggiudicazione e la stipulazione del contratto: in tale fase rientrano, ad esempio, 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, l'eventuale esercizio del potere di autotutela da parte di quest'ultima, e anche l'eventuale recesso dell'aggiudicatario per mancato rispetto del termine prescritto per la stipulazione: In definitiva, anche a voler prescindere dalla questione se col presente ricorso sia stato azionato nella sostanza il (preteso) diritto del ricorrente a non subire l'escussione della cauzione provvisoria, sembra evidente che anche l'impugnazione della prodromica decadenza dall'aggiudicazione è diretta alla tutela di un vero e proprio diritto soggettivo, discendente dall' art. 109 del D.P.R. nr. 554 del 1999

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2553

dell' 11 ottobre

2007 emessa dal Tar Puglia, Bari in tema di diverse competenze del giudice amministrativo rispetto al giudice civile

< La delimitazione della giurisdizione esclusiva va intesa oggi in modo particolarmente rigoroso, anche

alla luce di quanto precisato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza del 6 luglio 2004, nr. 204, che ha escluso 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 difetto di specifica previsione legislativa rientrerebbero nella giurisdizione generale di legittimità, siccome caratterizzate dall'esercizio dei poteri autoritativi tipici della pubblica Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2004, nr. 7772).

Naturalmente, se queste argomentazioni valgono a escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, esse non comportano sic et simpliciter la devoluzione della presente controversia al giudice ordinario, dovendo verificarsi l'atteggiarsi della situazione soggettiva azionata sulla scorta del tradizionale criterio di riparto tra cognizione del giudice ordinario e giurisdizione generale di legittimità.

**Sotto tale profilo, parte ricorrente assume di esser titolare di una situazione di interesse legittimo, avendo impugnato un atto (declaratoria di decadenza dall'aggiudicazione) che sarebbe espressione di poteri autoritativi della stazione appaltante e che solo indirettamente comporterebbe, come conseguenza, la pretesa di quest'ultima all'escussione della cauzione provvisoria: per queste ragioni, la vicenda rientrerebbe nella cognizione di questo Tribunale.**

L'argomentazione non coglie nel segno.>

Vediamo quindi di capire perché l'adito giudice amministrativo ritiene la propria incompetenza a decidere:

< dalla disciplina contenuta nell'art. 109 del D.P.R. 21 dicembre 1999, nr. 554, in tema di stipula del contratto d'appalto e di facoltà di recesso dell'aggiudicatario, **emerge con chiarezza che il legislatore ha inteso porre un limite temporale alla suindicata possibilità per l'Amministrazione di rinunciare alla stipulazione**, nell'interesse dell'aggiudicatario e della stessa certezza delle relazioni giuridiche ed economiche: non casualmente, la stessa ricorrente parla di un vero e proprio "obbligo" della stazione appaltante, discendente dalla norma innanzi citata, di determinarsi in ordine a detta stipulazione entro 60 giorni dall'aggiudicazione.

A tale obbligo non può non corrispondere, in capo all'aggiudicatario, un vero e proprio diritto soggettivo: ciò che è testimoniato dal meccanismo previsto dallo stesso art. 109, con lo scioglimento del medesimo aggiudicatario da ogni vincolo e la sua facoltà di recedere unilateralmente allo scadere dei 60 giorni.

**Nel caso di specie, se è vero che l'atto impugnato è formalmente una dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione, esso risulta intervenuto oltre lo spirare del termine ex art. 109, allorché - come sostenuto dalla stessa ricorrente - la stazione appaltante non era più titolare del relativo potere; dal punto di vista dell'Amministrazione, la quale assume che il decorso del termine e la mancata stipulazione del contratto siano da imputare a responsabilità della ricorrente, esso va considerato atto sostanzialmente paritetico, di presa d'atto della volontà dell'aggiudicataria di non procedere alla stipula del contratto.**

Per converso, la ricorrente assume di aver legittimamente esercitato la propria facoltà di recesso dopo la scadenza del termine suindicato, in un momento in cui la stazione appaltante non era più titolare del potere di dichiarare unilateralmente la sua decadenza dall'aggiudicazione: il contrasto inter partes, a ben vedere, ha ad oggetto l'inadempimento di obblighi preliminari alla stipulazione del contratto, dovendo accertarsi su chi ricada la responsabilità del fatto che a questa non si è pervenuti.

**In definitiva, anche a voler prescindere dalla questione se col presente ricorso sia stato azionato nella sostanza il (preteso) diritto del ricorrente a non subire l'escussione della cauzione provvisoria, sembra evidente che anche l'impugnazione della prodromica decadenza dall'aggiudicazione è diretta alla tutela di un vero e proprio diritto soggettivo, discendente dal più volte citato art. 109 del D.P.R. nr. 554 del 1999>**

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2553 dell' 11 ottobre 2007 emessa dal Tar Puglia, Bari

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Reg. Sent. 2007

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA N. 1210

Sede di Bari - Sezione Prima Reg. Ric. 2003

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. 1210 del 2003, proposto dalla ALFA -

**C O N T R O**

la BETA -

s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso lo stesso in Bari, alla via Andrea da Bari, 35,

e nei confronti

della Compagnia G.F. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso lo stesso in Bari, alla via Nicolai, 29,

per l'annullamento, previa sospensione,

della dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione dell'appalto, indetto con bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 24 ottobre 2002 e sulla G.U. in data 5 novembre 2002, per la realizzazione unitaria ed integrata del Programma Integrato CER ex art. 18 della legge 12 luglio 1991, nr. 203, nella parte in cui è strumentalmente utilizzata per supportare un'illegittima richiesta di escussione della polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria e per l'accertamento della insussistenza dei presupposti di operatività della suddetta polizza essendo intervenuto tra le parti atto di recesso consensuale dalla stipula del contratto d'appalto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente intimato e della Compagnia G.F. s.p.a.;

Viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 700 del 24 settembre 2003, con la quale è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'atto impugnato;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Referendario dott. Raffaele Greco e uditi alla pubblica udienza del 21 marzo 2007 l'avv. Lagrotta per la ricorrente e l'avv. Matassa per la BETA s.p.a.;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

## F A T T O

Con ricorso notificato il 29 agosto 2003, depositato in Segreteria il giorno successivo, la ALFA - s.p.a., premesso di aver partecipato, quale capogruppo di costituenda associazione temporanea di imprese, alla gara d'appalto indetta dalla BETA - s.p.a. per la realizzazione del Programma Integrato CER ex art. 18 della legge 12 luglio 1991, nr. 203, ha esposto quanto verificatosi all'esito della gara medesima.

In particolare, la ricorrente ha rappresentato:

- di aver depositato, come richiesto dal bando per la partecipazione alla gara, apposita polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo dei lavori, stipulata con la Compagnia G.F. s.p.a.;
- di essere risultata, all'esito delle operazioni di gara, aggiudicataria definitiva dei lavori de quibus;
- che, con nota raccomandata a/r del 26 febbraio 2003, anticipata a mezzo fax il 20 febbraio 2003, nel comunicare la suddetta aggiudicazione, la stazione appaltante invitava la ricorrente a predisporre tutta la documentazione necessaria per la stipula del contratto;

- che la ricorrente provvedeva a quanto richiesto, procedendo già in data 26 febbraio 2003 alla formale costituzione dell'a.t.i., e chiedendo con nota del 25 marzo 2003 una riduzione del 50% dell'importo della cauzione definitiva, ai sensi dell'art. 8, comma XI quater, della legge 11 febbraio 1994, nr. 109;

- che, tuttavia, nel prosieguo nessun invito alla stipulazione del contratto né alla consegna dei lavori le perveniva dalla stazione appaltante, la quale, peraltro, in data 8 maggio 2003 comunicava di non aver ancora provveduto alla nomina del nuovo direttore dei lavori (essendo quello precedente, nel frattempo, venuto meno);

- che, da ultimo, in data 10 giugno 2003 la ricorrente notificava alla stazione appaltante un formale atto di recesso ai sensi dell'art. 109 del D.P.R. 21 dicembre 1999, nr. 554, stante il decorso di cinque mesi dall'aggiudicazione;

- che, con atto notificato il 1 luglio 2003, la BETA s.p.a. accettava formalmente il predetto recesso;

- che, tuttavia, del tutto inopinatamente in data 25 luglio 2003 la stessa BETA s.p.a. notificava alla ricorrente un atto di decadenza dall'aggiudicazione, cui faceva seguito la richiesta, in data 31 luglio, di escussione della polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria.

A questo punto, la ricorrente è insorta col ricorso in epigrafe, deducendo i seguenti profili di illegittimità:

1) eccesso di potere; illogicità manifesta; sviamento della causa tipica; carenza di potere; violazione di legge; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 della legge 11 febbraio 1994, nr. 109, e successive modifiche e integrazioni; carenza di motivazione; ingiustizia manifesta: del tutto illegittimi sono sia la dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione sia la richiesta di escussione della cauzione provvisoria, atteso che la mancata stipula del contratto d'appalto era da imputare esclusivamente alla stazione appaltante, la quale aveva contravenuto all'obbligo di procedere a detta stipulazione entro sessanta giorni dall'aggiudicazione, determinando lo scioglimento della ricorrente da ogni vincolo ai sensi dell'art. 109 del D.P.R. nr. 554 del 1999, e quindi lo svincolo della polizza fideiussoria (per la quale la presenza

della garanzia di pagamento “a semplice richiesta” non poteva precludere la possibilità per il garante di eccepire l’inesistenza di inadempimento del debitore principale);

2) violazione e falsa applicazione dell’art. 30 della legge 11 febbraio 1994, nr. 109, e successive modifiche e integrazioni; eccesso di potere; illogicità manifesta; sviamento della causa tipica; carenza di potere; violazione di legge; carenza di motivazione; ingiustizia manifesta; illegittimità propria e derivata: la responsabilità della ricorrente nella mancata stipulazione del contratto era dimostrata dalla condotta della stessa stazione appaltante, che aveva accettato formalmente la dichiarazione di recesso dal contratto.

Pertanto, la ricorrente ha chiesto annullarsi l’atto impugnato, previa sospensione della sua efficacia.

Costituitasi in data 8 settembre 2003, la BETA s.p.a. ha preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, e nel merito ha comunque affermato l’infondatezza delle censure articolate in ricorso, chiedendo altresì la reiezione della domanda di sospensiva.

In data 22 settembre 2003 si è altresì costituita la Compagnia G.F. s.p.a., associandosi alla domanda di parte ricorrente, sulla base di argomentazioni esposte nella successiva memoria del 23 settembre 2003.

In tale ultima data anche la ricorrente e la BETA s.p.a. hanno prodotto memorie, ciascuna insistendo, con ulteriori argomentazioni, per l’accoglimento delle proprie richieste.

Alla camera di consiglio del 24 settembre 2003, questa Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati, ritenendone sussistenti i presupposti.

Fissata l’udienza di discussione, la ricorrente, con memoria depositata il 16 marzo 2007, ha ulteriormente argomentato a sostegno della domanda di accoglimento dell’impugnazione, replicando altresì all’eccezione di difetto di giurisdizione; in pari data, anche la Compagnia G.F. s.p.a. ha depositato breve



memoria, concludendo per l'accoglimento del ricorso.

Il 17 marzo 2007, infine, anche l'Ente intimato ha prodotto memoria conclusionale, insistendo nell'eccezione preliminare di inammissibilità, e comunque nel merito per il rigetto del gravame.

All'udienza del 21 marzo 2007, la causa è stata ritenuta per la decisione.

## DIRITTO

Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di inammissibilità sollevata da parte resistente, la quale assume l'insussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

L'eccezione è fondata.

Al riguardo giova evidenziare, anzi tutto, come la controversia in oggetto non possa rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, né in base all'art. 6, comma I, della legge 21 luglio 2000, nr. 205, né ai sensi dell'art. 33, comma II, del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 della stessa legge nr. 205 del 2000.

Dette disposizioni, con terminologia sostanzialmente analoga, riferiscono la giurisdizione esclusiva a "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 alle controversie "aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale".

Secondo l'interpretazione ormai prevalente in giurisprudenza (cfr. ex plurimis Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2006, nr. 39), con siffatte formule il legislatore ha inteso circoscrivere la giurisdizione esclusiva de qua alla fase di evidenza pubblica di scelta del contraente che si conclude con l'aggiudicazione definitiva, escludendo invece la fase successiva, anche quella intercorrente tra detta aggiudicazione e la stipulazione del contratto: in tale fase rientrano, ad esempio, 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, l'eventuale esercizio del potere di autotutela da parte di quest'ultima, e anche l'eventuale recesso dell'aggiudicatario per mancato rispetto del termine prescritto per la stipulazione.

Tale delimitazione della giurisdizione esclusiva va intesa oggi in modo particolarmente rigoroso, anche alla luce di quanto precisato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza del 6 luglio 2004, nr. 204, che ha escluso 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 difetto di specifica previsione legislativa rientrerebbero nella giurisdizione generale di legittimità, siccome caratterizzate dall'esercizio dei poteri autoritativi tipici della pubblica Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2004, nr. 7772).

Naturalmente, se queste argomentazioni valgono a escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, esse non comportano sic et simpliciter la devoluzione della presente controversia al giudice ordinario, dovendo verificarsi l'atteggiarsi della situazione soggettiva azionata sulla scorta del tradizionale criterio di riparto tra cognizione del giudice ordinario e giurisdizione generale di legittimità.

Sotto tale profilo, parte ricorrente assume di esser titolare di una situazione di interesse legittimo, avendo impugnato un atto (declaratoria di decadenza dall'aggiudicazione) che sarebbe espressione di poteri autoritativi della stazione appaltante e che solo indirettamente comporterebbe, come conseguenza, la pretesa di quest'ultima all'escussione della cauzione provvisoria: per queste ragioni, la vicenda rientrerebbe nella cognizione di questo Tribunale.

L'argomentazione non coglie nel segno.

E invero, come autorevolmente ritenuto in fattispecie analoga (cfr. Cons. Stato, nr. 7772/04, cit.), l'assunto da cui muove l'odierna ricorrente, e cioè che l'aggiudicatario non sarebbe titolare di una situazione di diritto soggettivo nei confronti dell'Amministrazione prima della stipulazione del contratto, ancorché piuttosto comune, non è sempre corretto.

Esso è senz'altro vero in presenza di una mera aggiudicazione provvisoria (ma, in tal caso, appare evidente la sussistenza della giurisdizione esclusiva per le ragioni innanzi evidenziate, e quindi il problema non dovrebbe porsi), ed implica certamente l'inesistenza di un diritto dell'aggiudicatario alla stipulazione del contratto, ben potendo la stazione appaltante decidere di non procedervi, ferma restando l'esigenza di esternare le ragioni di interesse pubblico di tale scelta; non implica, però, che nella fase intermedia di che trattasi l'aggiudicatario non sia titolare di alcun diritto.

Infatti, dalla disciplina contenuta nell'art. 109 del D.P.R. 21 dicembre 1999, nr. 554, in tema di stipula del contratto d'appalto e di facoltà di recesso dell'aggiudicatario, emerge con chiarezza che il legislatore ha inteso porre un limite temporale alla suindicata possibilità per l'Amministrazione di rinunciare alla stipulazione, nell'interesse dell'aggiudicatario e della stessa certezza delle relazioni giuridiche ed economiche: non casualmente, la stessa ricorrente parla di un vero e proprio "obbligo" della stazione appaltante, discendente dalla norma innanzi citata, di determinarsi in ordine a detta stipulazione entro 60 giorni dall'aggiudicazione.

A tale obbligo non può non corrispondere, in capo all'aggiudicatario, un vero e proprio diritto soggettivo: ciò che è testimoniato dal meccanismo previsto dallo stesso art. 109, con lo scioglimento del medesimo aggiudicatario da ogni vincolo e la sua facoltà di recedere unilateralmente allo scadere dei 60 giorni.

Nel caso di specie, se è vero che l'atto impugnato è formalmente una dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione, esso risulta intervenuto oltre lo spirare del termine ex art. 109, allorché - come sostenuto dalla stessa ricorrente - la stazione appaltante non era più titolare del relativo potere; dal punto di vista dell'Amministrazione, la quale assume che il decorso del termine e la mancata stipulazione del contratto siano da imputare a responsabilità della ricorrente, esso va considerato atto sostanzialmente paritetico, di presa d'atto della volontà dell'aggiudicataria di non procedere alla stipula del contratto.

Per converso, la ricorrente assume di aver legittimamente esercitato la propria facoltà di recesso dopo la scadenza del termine suindicato, in un momento in cui la stazione appaltante non era più titolare del potere di dichiarare unilateralmente la sua decadenza dall'aggiudicazione: il contrasto inter partes, a ben vedere, ha ad oggetto l'inadempimento di obblighi preliminari alla stipulazione del contratto, dovendo accertarsi su chi ricada la responsabilità del fatto che a questa non si è pervenuti.

In definitiva, anche a voler prescindere dalla questione se col presente ricorso sia stato azionato nella sostanza il (preteso) diritto del ricorrente a non subire l'escussione della cauzione provvisoria, sembra evidente che anche l'impugnazione della prodromica decadenza dall'aggiudicazione è diretta alla tutela di un vero e proprio diritto soggettivo, discendente dal più volte citato art. 109 del D.P.R. nr. 554 del 1999.

Così stando le cose, s'impone una pronuncia di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione.

Sussistono, in ogni caso, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe nr. 1210 del 2003.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari, nella Camera di Consiglio del 21 marzo 2007 con l'intervento dei Signori:

Corrado Allegretta - Presidente

Vito Mangialardi - Componente

Raffaele Greco - Componente, est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Pubblicata mediante deposito

in Segreteria l' 11 ottobre 2007

(Art. 55, Legge 27 aprile 1982 n.186)

ricorso n. 1210/03

<https://www.diritto.it/qualora-venga-richiesta-l-escussione-della-garanzia-provvisoria-per-mancata-stipula-del-contratto-di-appalto-la-relativa-controversia-deve-essere-sottoposta-al-giudice-amministrativo-o-al-giudice-civ/>