

Pubblicato il 11/02/2019

N. 00986/2019REG.PROV.COLL.  
N. 06083/2018 REG.RIC.

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6083 del 2018, proposto da

Edmondo Scarpa, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Brancaccio, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Taranto, n. 18;

***contro***

Comune di Perito, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio Placidi Giuseppe, in Roma, via Tortolini, n. 30;

***nei confronti***

Angelo Saggese, non costituito in giudizio;

***per l'annullamento***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, n. 578/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Perito;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 105, comma 2 e 87, comma 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2019 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Fortunato, su delega di Brancaccio, e Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. L'architetto Edmondo Scarpa propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania – sezione staccata di Salerno, con cui è stato dichiarato inammissibile il suo ricorso contro l'atto (determinazione n. 63 del 4 settembre 2013) con cui il Comune di Perito revocava gli incarichi di collaudo tecnico-amministrativo dei lavori di mitigazione del rischio idrogeologico della frazione Ostigliano precedentemente affidatigli (con determinazioni nn. 172 del 19 dicembre 2014 e 128 del 3 settembre 2015) ed assegnava lo stesso incarico a terzi (nella persona del controinteressato, architetto Angelo Saggese, con determinazione n. 66 del 13 settembre 2013).

2 Il giudice di primo grado ha dichiarato che la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, perché la revoca impugnata, disposta per una supposta situazione di conflitto di interessi ex art. 42, comma 2, dell'attuale codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) dell'architetto Scarpa con il Comune, ha inciso su un contratto di prestazione d'opera intellettuale di natura privatistica, per cui ne segue il relativo regime, anche in punto di riparto di giurisdizione con il giudice amministrativo.

3. Con il proprio appello ex art. 105, comma 2, cod. proc. amm., cui resiste il Comune di Perito, l'architetto Scarpa contesta la qualificazione data dal giudice di primo grado al collaudo come contratto d'opera e

chiede che, affermata la giurisdizione amministrativa sulla presente controversia, la sentenza di primo grado sia annullata con rinvio al Tribunale.

3. A fondamento del proprio appello l'architetto Scarpa deduce che il collaudo tecnico-amministrativo di lavori pubblici ha ad oggetto servizi di architettura ed ingegneria sottoposti alla normativa ad evidenza pubblica. In particolare l'originario ricorrente sottolinea che il collaudo è affidato, secondo le disposizioni vigenti all'epoca dei fatti di causa (in particolare: artt. 91 e 125 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), mediante i moduli autoritativi tipici dell'evidenza pubblica, come avvenuto nel caso di specie, previo esperimento di un'indagine di mercato indetta dal Comune di Perito (con avviso di prot. n. 2082 del 6 agosto 2014). Pertanto, secondo l'originario ricorrente, la determinazione di revoca impugnata (n. 63 del 4 settembre 2018, sopra citata), quale *contrarius actus* rispetto alle precedenti determinazioni autoritative di affidamento (nn. 172 del 19 dicembre 2014 e 128 del 3 settembre 2015, parimenti richiamate in precedenza), è espressione del potere di **autotutela** amministrativa del Comune, per cui partecipa della stessa natura pubblicistica degli atti su cui è intervenuta in via unilaterale.

Per le stesse ragioni sopra esposte l'architetto Scarpa assume che avrebbe natura di provvedimento amministrativo il nuovo affidamento dell'incarico al controinteressato.

4. In ragione di tutto ciò – si conclude nell'appello – la presente controversia rientra nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento di contratti pubblici di servizi, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo amministrativo.

5. Il Comune di Perito sostiene in contrario che il provvedimento di

revoca, al di là della sua autoqualificazione, è intervenuto nella fase privatistica successiva alla «fase autoritativa, relativa alla procedura di scelta del contraente che si conclude con l'affidamento dei lavori o del servizio», ed è qualificabile come recesso dal rapporto contrattuale venutosi ad instaurare con il professionista ricorrente.

6. Così riassunte le contrapposte tesi difensive, la Sezione ritiene innanzitutto corretto l'inquadramento giuridico del collaudo tecnico-amministrativo di opere pubbliche come servizio soggetto alle disposizioni dell'allora vigente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 per quanto concerne le forme di affidamento da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Infatti, pur qualificabile come contratto di prestazione d'opera professionale ex art. 2230 cod. civ., nondimeno, al pari di altre attività indiscutibilmente riconducibili a questa figura civilistica - quali la progettazione, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, la direzione dei lavori e il coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori - il collaudo tecnico-amministrativo è incluso tra i servizi di ingegneria e architettura di cui all'art. 91 del codice dei contratti pubblici vigente all'epoca dei fatti e pertanto soggetto alle forme dell'evidenza pubblica. La disposizione da ultimo richiamata assoggetta in particolare i tipi di servizi di ingegneria e architettura ora richiamati a tali forme con grado di cogenza maggiore al crescere degli importi contrattuali (cfr. i commi 1 e 2), ma con il minimo comune denominatore dato dall'essere la disciplina in questione inquadrabile nei modelli di negoziazione di stampo autoritativo cui l'amministrazione pubblica è tenuta a fare ricorso per l'affidamento di contratti.

7. A questo schema non sfuggono nemmeno gli incarichi di collaudo originariamente attribuiti all'odierno appellante arch. Scarpa, attribuiti ai sensi dell'art. 91, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 mediante moduli

autoritativi, in particolare con atti unilaterali del Comune di Perito (determinazioni nn. 172 del 19 dicembre 2014 e 128 del 3 settembre 2015, più volte citati), preceduti ai sensi dell'art. 125, comma 11, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici da previa indagine di mercato (indetta con avviso di prot. n. 2082 del 6 agosto 2014, parimenti menzionata in precedenza), così da assicurare il rispetto dei principi, propri dell'agire autoritativo, di trasparenza, rotazione e parità di trattamento sanciti per essi sanciti.

8. I principi in questione, tipici dell'evidenza pubblica, conferiscono agli atti che di essi sono espressione sostanza di provvedimento autoritativo, la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento di contratti pubblici di servizi prevista dal sopra citato art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo amministrativo, nell'ambito della quale – come sottolinea l'appellante – ai sensi dell'art. 120, comma 1, del medesimo codice sono «*comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori*».

9. Su tale profilo non vi è contestazione nemmeno del Comune di Perito che infatti nella sua memoria conclusionale ha fatto riferimento alla «*fase autoritativa*», da cui la costituzione del rapporto di collaudo tecnico-amministrativo è preceduta, salvo poi contestare che la revoca impugnata sia riconducibile al potere, parimenti autoritativo, di **autotutela** ed affermare invece che lo stesso è espressione della facoltà privatistica di recesso dal contratto.

10. Sul punto la tesi dell'amministrazione è fondata.

11. L'atto impugnato, dopo avere in premessa richiamato i doveri di astensione del pubblico dipendente – quale suppone essere il collaudatore - in caso di situazione di conflitto di interesse con

l'amministrazione (artt. 7 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici e 42, comma 2, del codice dei contratti pubblici attualmente vigente, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), e dopo avere dato atto dei rapporti di collaborazione professionale tra l'appellante e l'impresa appaltatrice dei lavori oggetto di collaudo, perviene alla conclusione che tra questi due soggetti vi siano «*ragioni di convenienza tra controllore e controllato*». Sulla base di tali premesse nell'atto di revoca si assume che le richieste avanzate dall'arch. Scarpa al r.u.p. «*nello svolgimento della mansione di Collaudatore Tecnico Amm.vo per le opere di cui in oggetto sono state, in taluni casi inappropriate (...) ed ostative (...) per il raggiungimento del risultato finale della sua azione tecnica – amministrativa, lasciando percepire la minaccia dell'imparzialità de suo operato per potenziali personali condizioni di convenienza*».

12. Dall'esame della motivazione si ricava pertanto che, al di là della sua auto-qualificazione, l'atto impugnato non riguarda la fase pubblicitica di affidamento dell'incarico di collaudatore, ma quella privatistica di attuazione dello stesso, nella quale – come condivisibilmente rilevato dal Tribunale – le parti sono titolari di posizioni giuridiche soggettive di diritto privato, la cui cognizione è devoluta al giudice ordinario.

13. Sulla base di tale inquadramento la declinatoria di giurisdizione impugnata è conforme all'orientamento delle Sezioni unite della Cassazione assolutamente consolidato, secondo il quale in tema di appalti pubblici l'annullamento in **autotutela** di un atto amministrativo prodromico alla stipulazione del contratto ha natura autoritativa e discrezionale, per cui il relativo vaglio di legittimità spetta al giudice amministrativo, la cui giurisdizione esclusiva si estende alla conseguente domanda per la dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto, mentre è attribuita al giudice ordinario la giurisdizione sulle domande

attinenti alla fase esecutiva del rapporto contrattuale o quando la pubblica amministrazione, anche dietro lo schermo dell'annullamento in **autotutela**, intervenga direttamente sul contratto, anziché sulle determinazioni prodromiche in sé considerate (tra le altre: Cass. SS.UU., ord. 20 dicembre 2018 n. 33013, 5 ottobre 2018, n. 2441, 3 maggio 2017, n. 10707, 14 maggio 2015, n. 9861).

14. In base ai principi affermati dal giudice regolatore della giurisdizione occorre dunque avere riguardo all'effettiva sostanza dell'atto impugnato relativo al contratto in esse, a prescindere dalla qualificazione datane dall'amministrazione, per cui se attinente alla fase esecutiva del rapporto esso deve ritenersi espressione di una facoltà di carattere privatistico la cui cognizione è devoluta al giudice ordinario. In questa ipotesi rientra anche l'atto di revoca impugnato dall'architetto Scarpa nel presente giudizio, poiché, come rilevato in precedenza, con esso il Comune di Perito ha ritenuto ostative alla prosecuzione del rapporto contrattuale fatti e circostanze verificatesi nel corso di tale fase esecutiva e non già di quella prodromica di affidamento dell'incarico.

15. Da ultimo va ricordato che in linea con il proprio orientamento con una recente pronuncia le Sezioni unite della Cassazione, concernente un caso analogo risoluzione anticipata del contratto per inadempimento autoritativamente disposta dall'amministrazione, hanno affermato che la giurisdizione del giudice ordinario si estende in questo caso al provvedimento di riaffidamento dell'appalto a terzi. (Cass., SS.UU., ord. 10 gennaio 2019, n. 489). Per queste ragioni anche sulla determinazione di affidamento del collaudo all'architetto Saggese va confermata la declinatoria di giurisdizione amministrativa emessa dal giudice di primo grado.

16. L'appello deve pertanto essere respinto ma la peculiarità delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Fabio Franconiero**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**