Cassazione civile sez. un., 05/10/2018, (ud. 13/02/2018, dep. 05/10/2018), n.24411

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MACIOCE Luigi – Primo Presidente –

Dott. VIVALDI Roberta – Presidente di sez. –

Dott. D'ANTONIO Enrica – Consigliere –

Dott. VIRGILIO Biagio – Consigliere –

Dott. FRASCA Raffaele – rel. Consigliere –

Dott. ACIERNO Maria – Consigliere –

Dott. GIUSTI Alberto – Consigliere –

Dott. CIRILLO Francesco Maria – Consigliere –

Dott. FALASCHI Milena – Consigliere –

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 1621-2017 proposto da:

ELETTRONICA BIO MEDICALE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ENNIO QUIRINO VISCONTI 20, presso lo STUDIO LEGALE RISTUCCIA & TUFARELLI, rappresentata e difesa dagli avvocati LUCA TUFARELLI ed ANTONIO SAITTA;

– ricorrente –

contro

H.C. HOSPITAL CONSULTING S.P.A., in proprio e nella qualità di capogruppo della costituita A.T.I. con PHILIPS S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dagli avvocati ANTONIO AUGUSTO BIVONA e MARIANNA CAPIZZI;
AZIENDA OSPEDALIERA PER L'EMERGENZA OSPEDALE CANNIZZARO DI CATANIA, in persona del Direttore Generale pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato MICHELE ALI';
– controricorrenti –
e contro
AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA POLICLINICO VITTORIO EMANUELE,

SOCIETA' REALE MUTUA DI ASSICURAZIONI, AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI AGRIGENTO, PHILIPS S.P.A.;
– intimati –
per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 797/2016 del TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE di CATANIA;
Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/02/2018 dal Consigliere RAFFAELE FRASCA;
lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale Dott. ZENO IMMACOLATA, il quale chiede dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo.
Fatto

RILEVATO CHE

1. La s.r.l. Elettronica Bio Medicale (di seguito E.B.M.) ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione contro l'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza "Cannizzaro" di Catania (di seguito A.O. Cannizzaro) ed il Raggruppamento Temporaneo di Imprese fra la HC-Hospitale Consulting s.p.a. e la Philips s.p.a. (di seguito R.T.I.) in relazione al giudizio introdotto da essa ricorrente dinanzi al Tribunale Amministrativo per la Sicilia, Sezione Distaccata di Catania, per ottenere l'annullamento della deliberazione D.G. 18 aprile 2016, n. 855, con la quale l'A.O. Cannizzaro aveva disposto la sua decadenza dall'aggiudicazione intervenuta in relazione alla procedura aperta in unione di acquisto con la capofila Azienda Ospedaliera Universitaria Politecnico "Vittorio Emanuele" e l'ASP di Agrigento, per l'affidamento del servizio triennale di gestione e manutenzione full risk delle apparecchiature elettromedicali presso le rispettive strutture ospedaliere. All'esito della procedura la E.B.M. era risultata aggiudicataria in via definitiva del lotto n. 2, di pertinenza dell'A.O. Cannizzaro, come da Delib. capofila 3 febbraio 2015. Con Delib. 16 luglio 2015 la A.O. Cannizzaro aveva recepito detta deliberazione indicando altresì i costi complessi del servizio di assistenza e i canoni mensili da corrispondersi all'aggiudicataria.

2. Dopo aver premesso che il punto 7.5. del Capitolato Speciale di Appalto (di seguito C.S.A.) prevedeva che, "data la presenza di alcune tipologie di apparecchiature, definite ad elevata complessità manutentiva che, per le loro caratteristiche costruttive e funzionali, spesso necessitano di particolari conoscenze e strumentazioni per l'effettuazione degli interventi di manutenzione, quest'ultima dovrà essere affidata al produttore o a Ditta da esso autorizzata che sia in grado di adempiere ai requisiti indicati nel presente capitolato, con la formula contrattuale Full Risk", e dopo aver dedotto che a seguito dell'aggiudicazione l'A.O. Cannizzaro, con nota del 1 ottobre 2015, l'aveva invitata a "dare concreto avvio alle attività manutentive di che trattasi", così dandosi luogo ad un'esecuzione anticipata del rapporto contrattuale, nel ricorso al t.a.r. la E.B.M., esponeva quanto segue:

a) che, con nota del 30 ottobre successivo, essa deducente, sollecitata (a suo dire, atteso che nella deliberazione impugnata si assume il contrario) espressamente dall'Amministrazione ad una rimodulazione del programma manutentivo in funzione della normativa sulla c.d. spending rewiew, aveva prospettato di poter provvedere, per alcune delle apparecchiature più complesse in via diretta, ma la proposta (che

elencava dette apparecchiature) non aveva trovato adesione nella risposta dell'11 novembre 2015 ed anzi, con nota del 9 dicembre 2015 la A.O. Cannizzaro aveva invitato essa ricorrente a produrre entro dieci giorni i contratti stipulati con le aziende produttrici delle apparecchiature o con quelle da esse autorizzate e ciò ai sensi dell'art. 25, punto 12 del C.S.A., ancorchè esso prevedesse tale produzione entro sessanta giorni dalla stipulazione del contratto;

b) che, dopo ulteriore corrispondenza, con nota del 14 marzo 2016, l'A.O. Cannizzaro aveva intimato alla ricorrente, richiamando una precedente nota del 1 marzo, di presentare i contratti di manutenzione anche per gli acceleratori lineari di marca Elekta s.p.a. (non compresi nel predetto elenco), sotto pena di avvio di procedimento di decadenza dall'aggiudicazione per inadempimento e di conseguente scorrimento della graduatoria di aggiudicazione e incameramento della polizza fideiussoria prestata dalla ricorrente, ed essa ricorrente lo stesso giorno aveva trasmesso alla stazione appaltante i contratti di assistenza stipulati con la ditta costruttrice GE Healtcare;

c) che la ricorrente invitava l'A.O. Cannizzaro con nota del 31 marzo 2016 ad un incontro per comporre i contrasti, ma con nota dell'8 aprile 2016 l'A.O. Cannizzaro aveva comunicato che, in assenza di documentazione della stipulazione con tutte le case madri (e quindi anche per i detti acceleratori lineari) dei contratti manutentivi, il procedimento, avviato con la nota del 1 marzo e finalizzato alla dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione per inadempimento alle disposizioni di gara, si sarebbe concluso il 14 successivo;

d) che con nota del 13 aprile la ricorrente aveva comunicato "di procedere con la sottoscrizione dei "contratti di manutenzione sui due acceleratori lineari della ditta Elekta (…) fermo restando il diritto di E.B.M. a veder riconosciuto l'adeguamento del canone per il quale verranno seguite le procedure previste dal Capitolato"" e, con successiva nota del 14 aprile aveva comunicato che i suddetti contratti erano in corso di sottoscrizione e sarebbero stati consegnati entro e non oltre il 21 successivo;

e) che effettivamente il giorno 21 copia dei contratti veniva consegnata, ma il giorno precedente l'A.O. Cannizzaro aveva notificato la deliberazione impugnata.

2.1. A sostegno del ricorso la E.B.M. faceva valere: aa) violazione e falsa applicazione degli artt. 7.5. e 25 del C.S.A. sia sotto il profilo che la presentazione dei contratti con le aziende produttrici dei macchinari o con le ditte da esse autorizzate sarebbe dovuta avvenire ai sensi dell'art. 25, punto 12 solo sessanta giorni dopo l'avvio del servizio successivamente alla stipula del contratto con la stazione appaltante,

mentre non poteva avere rilievo che quest'ultima avesse richiesto l'esecuzione anticipata e vi si fosse proceduto, sia sotto il profilo che comunque quella previsione del capitolato non contemplava alcuna sanzione per il caso di inadempimento, nè, d'altro canto, la stazione appaltante poteva invocare la norma dell'art. 24 del C.S.A., avente ad oggetto la "risoluzione del contratto", giacchè quest'ultimo non era stato concluso; bb) l'insussistenza dell'inadempimento o comunque della sua gravità ai sensi dell'art. 1455 c.c.; cc) la violazione dei canoni della buona fede e dell'affidamento ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. con riferimento al fatto che in sede di formulazione della propria offerta in sede di aggiudicazione la E.B.M. aveva proceduto all'esito dell'assicurazione che pendevano contratti manutentivi in ordine agli acceleratori lineari; dd) l'illegittimità della paventata escussione della garanzia fideiussoria; ee) l'illegittimità per violazione del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 140 e dell'art. 1227 c.c. della previsione nel provvedimento impugnato dello scorrimento a favore del R.T.I. secondo classificato. Nel ricorso si chiedeva, altresì, a norma dell'art. 30 cod. proc. amm. la condanna dell'A.O. Cannizzaro alla stipulazione del contratto ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11, comma 9.

3. Al ricorso al t.a.r. catanese resistevano sia l'A.O. Cannizzaro che il RTI e quest'ultimo eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sull'assunto che la fase in cui era insorta la controversia era quella di esecuzione del rapporto negoziale di appalto, consensualmente avviato come da verbale di consegna del 1 ottobre 2015 e la causa petendi ineriva alla pretesa violazione di norme del C.S.A. e non del Bando o del Disciplinare, che regolavano la selezione del contraente, con la conseguenza che il provvedimento impugnato doveva reputarsi atto paritetico con cui l'appaltante aveva, in ragione di gravi inadempienze contrattuali dell'esecutore, disposto la risoluzione del contratto.

4. Al ricorso originario la E.B.M. faceva seguire motivi aggiunti di impugnazione del provvedimento adottato con Delib. D.G. 25 luglio 2016, con cui l'Amministrazione aveva affidato il servizio alla R.T.I. come seconda classificata in sede di aggiudicazione. Quindi proponeva ulteriori motivi aggiunti di impugnazione del verbale di consegna a R.T.I.

5. La proposizione del ricorso per regolamento preventivo da parte della E.B.M. è stata giustificata adducendo che, mentre, provvedendo in sede cautelare, il t.a.r. aveva reputato sussistente la propria giurisdizione, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, accogliendo l'appello cautelare, aveva sollevato dubbi sull'esistenza della giurisdizione amministrativa, il che – nonostante

la ricorrente non li condivida – renderebbe opportuna una decisione di questa Corte regolatrice.

6. Al ricorso per regolamento hanno resistito con separati controricorsi il R.T.I. insistendo per la declaratoria della giurisdizione dell'a.g.o. e l'A.O. Cannizzaro sostenendo che bene sarebbe stata adita l'a.g.a.

7. Il Procuratore Generale presso la Corte, sulla richiesta delle sue conclusioni, ha depositato conclusioni per la declaratoria della giurisdizione dell'a.g.a. ed all'esito del deposito esse sono state notificate agli avvocati delle parti unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza della Corte.

8. La ricorrente e l'A.O. Cannizzaro hanno depositato memoria.

Diritto

CONSIDERATO CHE

1. In via preliminare si rileva che dagli atti pervenuti alla Corte emerge: al) che il ricorso introduttivo del giudizio davanti al t.a.r. risulta proposto, come emerge dalla prima pagina, "contro" l'A.O. Cannizzato e "nei confronti" della R.T.I., nonchè "dandone notizia" alla Società reale Mutua Assicurazioni; a2) che lo stesso ricorso è stato notificato a detti soggetti, nonchè, senza alcuna indicazione nella parte espositiva, all'Azienda Ospedaliera Universitaria Politecnico – Vittorio Emanuele" e all'ASP di Agrigento all'Azienda.

Nessuno di detti soggetti ebbe a costituirsi davanti al t.a.r.

Sempre in atti risulta che la qui ricorrente ebbe a proporre sia il primo ricorso con motivi aggiunti, sia il secondo indirizzandoli nella intestazione nei termini di cui al primo ricorso soltanto all'A.O. Cannizzaro ed al R.T.I., ma notificandoli oltre che ad essi alla citata società ed alle altre due amministrazioni che avevano dato corso alla procedura selettiva, cioè all'Azienda Ospedaliera Universitaria Politecnico "Vittorio Emanuele" e all'ASP di Agrigento, e ciò senza nulla dire nei ricorsi a giustificazione di tali notificazioni.

Sempre dagli atti e particolarmente dalle ordinanze cautelari emesse dal t.a.r. sui ricorsi per motivi aggiunti emerge che in relazione ad essi ebbe a costituirsi l'Azienda Ospedaliera Universitaria Politecnico "Vittorio Emanuele", mentre rimasero contumaci la società Reale Mutua Assicurazioni e l'ASP di Agrigento.

1.1. Tanto rilevato, deve ritenersi che la notificazione del ricorso originario al t.a.r., sebbene per "dar notizia", abbia avuto l'effetto di estendere la richiesta di accertamento dell'illegittimità e la richiesta conseguente di annullamento del

provvedimento impugnato anche a detta società, in modo da assoggettarla all'efficacia del giudicato nascente dalla decisione del t.a.r. E ciò a prescindere dall'assenza di un'espressa richiesta in tal senso, giacchè quel "dare notizia" non poteva che avere quell'effetto.

La stessa cosa dicasi della notificazione dei ricorsi per motivi aggiunti sia alla società che all'Azienda Ospedaliera Universitaria Politecnico "Vittorio Emanuele" e all'ASP di Agrigento.

Sicchè, deve ritenersi che tutti tali soggetti siano divenuti parte del giudizio oggetto di regolamento (comprensivo degli apporti dei motivi aggiunti), con la conseguenza che ci si deve interrogare sulle conseguenze della loro mancata evocazione con il ricorso introduttivo del presente giudizio di regolamento preventivo. Al riguardo assume rilievo una circostanza ad esso esterna, cioè che uno dei resistenti, il R.T.I. risulta avere proposto il suo controricorso anche contro i soggetti ai quali parte ricorrente non ha notificato il ricorso, indicandoli come parti, e notificando loro il controricorso (in via telematica e, per quanto riguarda le parti non costituite – cioè l'ASP di Agrigento e la Reale Mutua – utendo dell'art. 3-bis della I. n. 53 del 1994 e dell'art. 16-ter della I. n. 221 del 2012 e delle relative disposizioni attuative).

Ne segue che non si deve far luogo ad un ordine ai sensi dell'art. 371-bis c.p.c. di integrazione del contraddittorio, giacchè il contraddittorio potenziale in questa sede di tutte le parti si deve reputare realizzato in base al principio di diritto secondo cui: "In sede di regolamento di giurisdizione si configura il litisconsorzio necessario cosiddetto processuale relativamente a tutte le parti del processo, cui si riferisce la richiesta di regolamento, e in tale giudizio trova applicazione la norma l'art. 331 c.p.c., in ordine alla integrazione del contraddittorio nel termine all'uopo fissato (con conseguente declaratoria di inammissibilità qualora tale ordine sia rimasto inosservato), essendo il regolamento di giurisdizione soggetto ai principi delle impugnazioni per quanto riguarda l'instaurazione del contraddittorio. La finalità di garantire la presenza di tutte le parti necessarie per il regolamento della giurisdizione, peraltro, può essere assicurata anche attraverso la notifica del controricorso proposto da uno dei soggetti costituiti nel procedimento introdotto da tale istanza. Ne consegue che, ove il ricorso per regolamento non risulti notificato ad una delle parti del giudizio "a quo", ma a detta parte sia stato notificato il controricorso proposto da uno dei soggetti costituiti nel procedimento introdotto dall'istanza di regolamento, tale ultima notifica è di per sè sufficiente a consentire l'intervento della stessa parte nel giudizio per regolamento preventivo e ad escludere la necessità di ordinare l'integrazione del contraddittorio." (Cass., Sez. Un. n. 7179 del 2014).

2. Ciò chiarito, le Sezioni Unite ritengono che la giurisdizione sulla controversia spetti al giudice ordinario.

La vicenda di cui è processo, sotto il profilo del diritto sostanziale che la regola, si colloca pacificamente nella vigenza del D.Lgs. n. 163 del 2006 e, sotto il profilo della disciplina regolatrice della giurisdizione, è soggetta alle norme del Codice del processo amministrativo e, avuto riguardo alla natura di affidamento di un pubblico servizio, alle norme dei suoi art. 7 e art. 133, comma 1, lett. e), n. 1.

Quest'ultima norma, com'è noto, prevede un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, dunque, la regolazione della giurisdizione impone necessariamente in prima battuta il domandarsi se la controversia sia riconducibile alla suddetta ipotesi di giurisdizione esclusiva oppure no.

Qualora fosse fondata la seconda ipotesi, la regolazione della giurisdizione dovrebbe, invece, avvenire con l'applicazione del criterio normale di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, cioè domandandosi se nella vicenda venga in giuoco una situazione di interesse legittimo, come tale giustificante la giurisdizione amministrativa generale di legittimità (il che supporrebbe il ravvisare come causa giustificativa dell'agire dell'Amministrazione, cioè nella specie dell'A.O. Cannizzaro, un potere amministrativo di fronte al quale la situazione della ricorrente si connoterebbe necessariamente come interesse legittimo) oppure venga in rilievo una situazione di diritto soggettivo della ricorrente (il che supporrebbe che l'agire dell'A.O. Cannizzaro non sia stato riconducibile ad un potere amministrativo autoritativo, al di là del nomen iuris prescelto, ma sia stato espressione nei confronti della ricorrente di una posizione, di un potere, riconducibile ad una situazione di natura paritetica).

3. Ritiene la Corte che la controversia oggetto di regolamento non sia riconducibile all'ipotesi di giurisdizione esclusiva indicata dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 e ciò ancorchè quest'ultima debba essere interpretata al lume della previsione generale dell'art. 7, comma 1 cod. proc. amm., la quale, com'è noto, stabilisce che nelle particolari materie oggetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quest'ultima sussiste anche se si fa questione di diritti soggettivi "concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni".

Ora, la citata lettera e) n. 1 individua l'ambito della giurisdizione esclusiva riferendolo alle controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative".

Poichè la previsione concerne le controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture", essa giustifica la giurisdizione esclusiva se ed in quanto si configuri una controversia che riguardi direttamente la procedura di affidamento dei pubblici lavori, servizi e forniture. Il potere cui fa riferimento l'art. 7, comma 1, ed al quale debbono essere riconducibili i provvedimenti, gli atti, gli accordi ed i comportamenti, sebbene anche mediatamente, dev'essere dunque un potere che alla p.a. sia attribuito o nell'ambito della procedura di affidamento e, quindi, durante il suo espletamento o come potere direttamente incidente su di essa, ancorchè collocantesi dopo il suo espletamento.

Il riferimento alle "procedure" nel citato n. 1 della lettera e) sottende certamente che il successivo concetto di "affidamento" è ad esse collegato e, dunque, le controversie cui si allude, se il riferimento alla nozione di procedura deve avere un senso avuto riguardo al contesto in cui è usata e deve intendersi come evocativo del procedimento amministrativo, ne discende la conseguenza che la procedura di affidamento si identifica nel procedimento amministrativo di affidamento. Con la conseguenza che l'ambito cui allude il disposto normativo è quello che pone capo all'affidamento come esito di un procedimento amministrativo.

Lo conferma la precisazione di natura soggettiva riguardo all'essere la procedura gestita da un soggetto tenuto all'osservanza delle regole indicate nella scelta del contraente: essa palesa senza alcun dubbio che l'oggetto di disciplina concerne la controversia sul procedimento amministrativo che porta alla scelta del contraente, in tal senso dunque dovendosi intendere che l'affidamento si identifica con l'atto che al termine del procedimento finalizzato alla scelta esprime il risultato di essa, cioè identifica il soggetto scelto.

I rilievi svolti impedisce di ritenere che l'espressione "affidamento" e, dunque, la giurisdizione esclusiva, possa valere a ricomprendere sia l'operare dell'Amministrazione in sede di conclusione del contratto e, dunque, la vicenda stessa della conclusione del contratto, sia quell'operare che ha luogo con atti che si collocano dopo la conclusione del procedimento di affidamento come sopra definito, cioè come procedimento che individua il soggetto scelto come contraente e dunque esprime la scelta, e fino alla conclusione del contratto.

D’altro canto, nella stessa norma dell’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, è ulteriormente presente un indice che conferma quanto affermato: nella sua parte finale la norma estende la giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto “a seguito di annullamento dell’aggiudicazione” e tale espressa estensione, essendo ricollegata all’annullamento dell’aggiudicazione e dunque del momento finale della procedura di affidamento, conferma che la previsione della giurisdizione esclusiva concerne il potere dell’Amministrazione con riferimento all’attività procedimentale che serve alla scelta del futuro contraente e con essa si conclude.

4. Avuto riguardo all’intervento del Codice del processo amministrativo nella vigenza del Codice di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006 (cui ora è subentrato quello di cui al D.Lgs. n. 150 del 2016) si rileva che l’evocazione dell’affidamento nella citata lett. e), n. 1, intesa nei sensi su indicati, costituisce un riferimento a quello che nel regime del detto codice rappresentava, giusta l’art. 11 Codice cit., il momento conclusivo del procedimento amministrativo finalizzato all’affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, cioè al momento dell’aggiudicazione definitiva.

Premesso l’integrale richiamo al disposto del citato art. 11, si rileva, in particolare, che: a) dal punto di vista contenutistico il riferimento dell’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 (sebbene, com’è noto, agli effetti dell’individuazione della giurisdizione ripetesse una formula già presente nella L. n. 205 del 2000, art. 6) alle procedure di affidamento riecheggiava, all’atto della sua entrata in vigore il concetto di procedura di affidamento disciplinato dall’art. 11 e lo faceva evidentemente mutuandone il significato per come da esso precisato; b) che l’art. 11 citato, pur parlando di “termine” con riferimento alla aggiudicazione provvisoria, alludendo poi all’efficacia dell’aggiudicazione definitiva dopo la verifica dei requisiti prescritti, in realtà identificava la conclusione della procedura di affidamento con l’effettuazione della verifica dei requisiti prescritti (riguardo alla quale dispose il D.L. n. 69 del 2013, art. 31, comma 4, lett. b in vigore dal 22/06/2013, convertito senza ulteriori modifiche dalla L. n. 98 del 2013).

4.1. Ritengono allora le Sezioni Unite, in forza delle osservazioni sopra svolte sull’esegesi dell’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 al lume dell’art. 7, comma 1 cod. proc. amm., ed all’esito di quanto riscontrato dall’esegesi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11 che, con riferimento a vicende da quest’ultimo disciplinate, come quella di cui è processo, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo concernesse la vicenda fino all’aggiudicazione definitiva o meglio fino al consolidarsi della stessa con la sua efficacia all’esito dei previsti riscontri (sui quali provvedeva il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 12,comma 1), con la conseguenza della sua estensione agli atti,

accordi e comportamenti intervenuti fino a quel momento, ivi compreso il riscontro suddetto.

4.2. Inoltre, l'estensione della giurisdizione esclusiva, al di là di quanto collocantesi fino a quel momento ed in particolare dell'agire della p.a. fino ad esso, comprendeva anche ogni controversia insorta sulla legittimità dell'esercizio da parte della p.a. dopo quel momento di poteri autoritativi di intervento diretto sull'aggiudicazione stessa e dunque anche l'eventuale esercizio da parte dell'amministrazione, sebbene dopo l'aggiudicazione definitiva, del potere di annullamento d'ufficio ai sensi della L. n. 241 del 2000, art. 21-nonies e ciò in quanto il provvedimento, sanzionando una illegittimità intervenuta nella procedura di affidamento, finiva per inerire direttamente ad essa, al di là dei suo collocarsi dopo la chiusura della stessa, sicchè integrava controversia sulla procedura di affidamento, cioè sul suo atto terminale.

La stessa cosa dicasi per le controversie sull'esercizio da parte della p.a. di eventuali altri poteri riconosciuti da normative (come quelle sul rilievo delle situazioni riconducibili alla criminalità organizzata) a che avessero abilitato l'Amministrazione o le avessero imposto di dare rilievo a situazioni e vizi verificatisi nella procedura di affidamento e dunque incidenti sul suo esito finale, cioè sull'aggiudicazione definitiva.

5. Definito l'ambito della giurisdizione esclusiva nei termini indicati, si deve ritenere, secondo quanto già anticipato, che – salvo i poteri di intervento sull'aggiudicazione di cui si è detto, inerenti sostanzialmente a vizi genetici di essa e, dunque, a vizi della procedura di affidamento nella fase successiva all'efficacia dell'aggiudicazione e sino alla conclusione del contratto, la giurisdizione non fosse regolata dall'art. 133, comma 1, lett. e) cod. proc. amm., cioè non fosse attribuita in via esclusiva al giudice amministrativo, con la conseguenza che la giurisdizione del giudice amministrativo non comprendeva indifferentemente situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, ma restava regolata dal criterio di riparto normale imperniato sulla tradizionale distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo, che andava e va applicato individuando, alla stregua dell'art. 386 c.p.c., se la domanda era ed è diretta a tutelare sotto il profilo del petitum sostanziale una posizione dell'una o dell'altra natura. Con l'avvertenza che, a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo bastava e basterà con riferimento all'oggetto della controversia insorta, l'esistenza in astratto del potere (e dunque la sua invocazione da parte della p.a.), mentre la verifica dell'esistenza in concreto del potere esercitato, implicando l'accertamento della sussistenza delle condizioni di esercizio dello stesso,

apparteneva come appartiene alla cognizione della fondatezza o meno della posizione di interesse legittimo che si configura di fronte al potere.

Ciò premesso, si rileva dunque che, nella vigenza della disciplina del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11 – cui è riconducibile, come s'è detto, la vicenda che si giudica – per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo era ed è necessario che l'oggetto della controversia inerisca all'esercizio di un potere autoritativo riconosciuto all'Amministrazione.

La stessa norma dell'art. 11 conteneva previsioni in proposito.

Essa regolava la situazione di mancata stipulazione del contratto nel termine fissato e del mancato esaurimento dei controlli (preventivi) della stessa amministrazione aggiudicatrice in funzione dell'approvazione del contratto ai sensi dell'art. 12, comma 3 (controllo anteriore alla stipula del contratto, a differenza di quello indicato dal comma 2, successivo alla sua stipula), prevedendo un potere dell'aggiudicatario di sciogliersi da ogni vincolo o di recedere dal contratto (rectius dal contratto soggetto all'approvazione di cui all'art. 12, comma 3 e, quindi, pur stipulato, soggetto all'approvazione colà prevista, che evidentemente ne condizionava l'efficacia) e disciplinava le conseguenze dell'una o dell'altra evenienza. Il riferimento al potere del privato di sciogliersi dal vincolo insorto dall'aggiudicazione e al potere di recedere dal contratto soggetto alla suddetta approvazione implicava che la giurisdizione sull'esercizio di tali poteri, trattandosi di poteri del privato correlati alla mera inosservanza di termini da parte della p.a. e dunque ad una vicenda meramente temporale, spettasse all'a.g.o. non venendo in rilievo poteri autoritativi.

Al contrario, nel caso di esito negativo del controllo di cui all'art. 12, comma 3 essendo il controllo espressione di un potere dell'Amministrazione, la giurisdizione sull'esercizio in concreto dello stesso con un determinato esito ineriva alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo e ciò tanto nel caso di esito negativo (ipotesi nella quale l'interesse a ricorrere spettava all'aggiudicatario) quanto nel caso di esito positivo (ipotesi nella quale detto interesse poteva riguardare il controinteressato che fosse rimasto soccombente nella procedura di aggiudicazione).

Identiche considerazioni si giustificano per la controversia sul controllo positivo o negativo di cui all'art. 12, comma 2 che concerneva il controllo c.d. sull'approvazione del contratto e, quindi, incidente sulla stessa conclusione.

6. Al di fuori delle previsioni emergenti dall'art. 11 e dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 12 un potere di intervento autoritativo dell'amministrazione aggiudicatrice sulla

situazione insorta dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva si configurava, altresì, ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 21-quinquies: si trattava del potere di revoca dell'aggiudicazione, certamente esercitabile anche nella fase fra l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e la conclusione del contatto (oltre che, come dimostra il comma 2 della norma) ed anche dopo la conclusione del contratto.

La controversia sulla legittimità dell'esercizio del potere di revoca, soggetto ai rigorosi limiti e presupposti indicati dalla norma, essendo controversia sull'esercizio di un potere astrattamente previsto dalla legge, era riconducibile certamente alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo a norma del D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 7, comma 4, trattandosi di controversia relativa ad un provvedimento dell'amministrazione.

7. Al di fuori delle ipotesi rassegnate la situazione verificatasi dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della conclusione del contratto, in relazione ad atti e comportamenti dell'aggiudicatario e ad atti e comportamenti dell'Amministrazione restava soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario per non essere la vicenda riconducibile ad un potere dell'Amministrazione previsto dalla legge.

In mancanza della previsione di un tale potere, la situazione insorta dall'aggiudicazione definitiva divenuta efficace si configurava come situazione di esistenza di una relazione precontrattuale, non essendo stato ancora concluso il contratto, ed anzi – come emergeva dall'uso da parte del legislatore del termine "sciogliersi da ogni vincolo" nel ricordato comma 9 per la posizione dell'aggiudicatario – come situazione nella quale quella relazione risultava vincolata, attesa la forza e l'efficacia dell'aggiudicazione. Come tale restava soggetta alle regole del diritto comune, con la conseguenza della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, salva, come sì è detto, la possibile configurabilità e manifestazione di un potere autoritativo dell'amministrazione nei sensi indicati.

La giurisdizione ordinaria sotto il profilo indicato non poteva che comprendere anche eventuali divergenze insorte fra le parti circa il contenuto della lex specialis del rapporto espressa nel C.S.A. in funzione della determinazione dello specifico contenuto del contatto da stipularsi. L'eventuale accertamento di tale contenuto, inerendo alla valutazione della posizione precontrattuale delle parti, sempre in mancanza di configurabilità di un potere autoritativo, ineriva alla situazione paritetica fra le parti e dunque spettava alla cognizione dell'a.g.o.

E tanto valeva a maggior ragione anche nel caso di esecuzione anticipata del rapporto per i profili non disciplinati, come s'è veduto, dall'art. 11: la situazione di

anticipazione dell'esecuzione in via d'urgenza prima della conclusione del contatto e della sua efficacia, d'alto canto, poichè trovava giustificazione in un accordo fra parte privata e parte pubblica, non poteva che avere natura convenzionale e, d'altro canto, non risultava nemmeno mediatamente riconducibile al potere dell'Amministrazione oggetto della giurisdizione esclusiva siccome definito in precedenza.

In fine, si rileva che, una volta intervenuta la conclusione del contratto e verificatasi la sua efficacia, a norma del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 12, comma 3, le controversie insorte sulla sua applicazione e comunque sulla sua interpretazione, nonchè quelle sui poteri discendenti dal regolamento contrattuale, ivi comprese quelle sulla lex specialis del rapporto desumibile dal Capitolato Speciale di Appalto erano, in ragione della regolazione di tali situazioni sulla base del regolamento privatistico, soggette alla giurisdizione del giudice ordinario, stante l'esistenza di una situazione di assoluta pariteticità delle parti contrattuali.

Alla giurisdizione ordinaria restava sottratta per quanto sopra osservato, la cognizione del potere di revoca dell'aggiudicazione di cui all'art. 21-quinquies, ancorchè esso incidesse sulla permanenza del rapporto contrattuale.

Mentre, pure a contratto concluso, si configurava – come s'è già veduto – la giurisdizione esclusiva sull'eventuale esercizio di atti di autotutela di annullamento della stessa aggiudicazione.

8. In base alle considerazioni svolte si deve affermare che, nella vigenza del codice del processo amministrativo ed in relazione a vicende riconducibili alla disciplina del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11 il riparto di giurisdizione:

a) era ed è disciplinato con la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 cod. proc. amm., sulle controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolti dai soggetti colà indicati, da intendersi comprensive della fase procedimentale dall'inizio della procedura sino al suo esito con l'efficacia del suo provvedimento conclusivo, cioè con l'aggiudicazione definitiva, estendendosi detta giurisdizione a qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento tenuto entro quel lasso temporale, nonchè in ogni caso ad eventuali provvedimenti dell'amministrazione di annullamento d'ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 21-octies o comunque previsti da norme di legge, in quanto direttamente incidenti sulla stessa genesi dell'aggiudicazione all'atto della sua effettuazione e, dunque, riconducibili alla relativa procedura;

b) era ed è regolato, invece, quanto alla situazione successiva all'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima del sopravvenire dell'efficacia della conclusione del contratto, ivi compresa la sua anticipata esecuzione, secondo il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo di modo che si configurava la giurisdizione del giudice amministrativo solo in presenza di una controversia inerente all'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere astratto previsto dalla legge, mentre, al di fuori di tal caso (e, dunque, in assenza di riconducibilità dell'agire dell'Amministrazione ad un potere di quel genere), la situazione era di diritto comune e, dunque, si configurava la giurisdizione del giudice ordinario;

c) era regolato dall'attribuzione al giudice ordinario con riferimento alla situazione successiva all'efficacia della conclusione del contratto, salvo sempre il caso di esercizio di poteri di autotutela di annullamento ovvero di revoca dell'aggiudicazione pregressa, sussistendo sul provvedimento nel primo caso la giurisdizione esclusiva dell'a.g.a. e nel secondo la sua giurisdizione di legittimità.

Le precisazioni appena formulate si intendono svolte per chiarire che non è condivisibile nella sua radicalità l'affermazione spesse volte ripetuta da decisioni di queste Sezioni Unite ed invocata dalla parte ricorrente, nonchè dal Pubblico Ministero nelle sue conclusioni scritte, che si configurerebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in generale nella fase compresa fra l'aggiudicazione e la stipula (rectius: l'efficacia) del contratto (da ultimo, si veda, in tal senso Cass., Sez. Un., n. 14354 del 2017, che richiama altri precedenti che fecero quell'affermazione, mentre, pur alludendo come spartiacque fra le due giurisdizioni al "momento di costituzione (del) rapporto di diritto comune", non è ascrivibibile al novero di quelle decisioni Cass., Sez. Un., n. 895 del 2018, che ha rilevato la giurisdizione del giudice ordinario su una controversia relativa alla contestazione della stessa avvenuta conclusione del contratto).

Affermazioni che, per la verità, si sono succedute nel tempo ma non con riferimento a situazioni alle quali trovava applicazione alla vicenda il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11 nella vigenza del codice del processo amministrativo (fa eccezione il caso giudicato da Cass., sez. Un., n. 14188 del 2015, nel quale, peraltro, in concreto la Corte ha giudicato in una situazione nella quale ha ritenuto che non vi fosse stata l'aggiudicazione definitiva ed ha solo incidentalmente alluso, senza motivare, alla fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto).

9. Sulla base dei chiarimenti effettuati può ora procedersi allo scrutinio della questione di giurisdizione posta dal ricorso.

9.1. E' opportuno riferire la motivazione con cui l'A.O. Cannizzaro ha adottato il provvedimento impugnato con il ricorso originario al t.ar., la quale, dopo l'enunciazione dello scambio di note fra essa e la ricorrente di cui si è riferito sopra, e dopo una premessa nel senso che "… che le disposizioni previste all'art. 7.5 del CSA prevedevano chiaramente: "…le apparecchiature definite ad elevata complessità manutentiva, necessitano di particolari e che fa stessa dovrà essere affidata al produttore o alla ditta da esso con formula contrattuale full risk. Tali contratti dovranno essere stipulati almeno per le apparecchiature sotto riportate: (prima in elenco) Acceleratori Lineari…"", risulta così motivata: "pertanto, le apparecchiature denominate Acceleratori Lineari Marca ELEKTA s.p.A. risultavano incluse nell'elenco facente parte della documentazione di gara; che la pretesa dell'esclusione dal canone offerto in sede di gara del costo della manutenzione degli Acceleratori Lineari (circa Euro 400.000) sulla base di una(sic) asserito pseudo chiarimento fornito, posta elettronica ordinaria, attraverso l'indirizzo mail del dipendente della AOU Policlinico OVE di Catania risulta essere a parere di questa Amministrazione ininfluente atteso che, tra l'altro, il pseudo chiarimento ottenuto sembrerebbe essere stato fornito solo alla EBM s.r.l., in quanto non risulta tra gli altri avvisi di gara ufficiali per essere esteso anche agli eventuali ulteriori concorrenti; che, sono facilmente ipotizzabili gli estremi di una sostanziale turbativa della par condicio atteso che la pretesa della validità di tale informale chiarimento avrebbe creato un indebito vantaggio in favore della società EBM srl che per tale ragione – ha potuto prevedere un ribasso del 32,96% sulla base d'asta annuale a fronte delle esigue riduzioni degli ulteriori concorrenti (3,13% e 7,00%); che, con ultima nota prot. n. 018/CDIT-FS del 14/04/2016, la citata ditta EBM srl, ha inutilmente e nuovamente manifestato solo una generica intenzione di procedere alla stipula del contratto degli Acceleratori Lineari, lasciando tuttavia indeterminata la inclusione di tali costi nell'ambito della offerta presentata in sede di gara; che, alla luce di quanto premesso e per le motivazioni suindicate, si può ritenere concluso il procedimento avviato da questa Azienda Ospedaliera Cannizzaro con nota prot. n. 0003568 dell'1/03/2016 nei confronti della società EBM srl e finalizzato alla dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione del "Servizio triennale di gestione e manutenzione futi risk delle apparecchiature elettromedicali", disposta con Delib. 16 luglio 2016, n. 2945 conseguente alla indisponibilità della società in questione a procedere all'applicazione di quanto prescritto all'art. 7.5 del Capitolato Speciale d'Appalto; che, pertanto, occorre procedere con il presente atto a tutela dell'interesse pubblico alla stipula del contratto tempestivamente entro i tempi previsti dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11 e conseguentemente: 1) dichiarare la decadenza dell'aggiudicazione con Delib. 16 luglio 2016, n. 2945 disposta nei

confronti delta società EBM srl per non aver adempiuto alle reiterate richieste di documentazione comprovanti la stipula dei contratti con le Ditte produttrici delle apparecchiature di Alta Tecnologia, come richiesto e previsto all'art. 7.5 del CSA e con particolare riferimento agli Acceleratori lineari marca ELEKTA in dotazione alla U.O.C. di Radioterapia, necessari ed indispensabili ai fini della stipula contrattuale; 2) prevedere lo scorrimento della relativa graduatoria di merito e dunque l'aggiudicazione del Servizio in questione alla seconda in graduatoria, ed eventualmente alla susseguente, e segnatamente al RTI "HC Hospital Consulting S.p.A. – Philips S.p.A.", al costo annuo di Euro 1.881.700,00 Iva esclusa; 3) trarre la differenza triennale di Euro 1.316.172,00 dall'escussione della polizza fidejussoria n. (OMISSIS) presentata dalla EBM srl ed emessa dalla Reale Mutua S.p.A. in data 16/09/2015 e per un valore di Euro 993.921,87 riservandosi di porre a carico della medesima ditta le maggiori somme occorrenti.".

9.2. La lettura della motivazione del provvedimento evidenzia che esso commina quella che chiama "decadenza dall'aggiudicazione" senza individuarne in primo luogo il referente normativo e, dunque, senza individuare la norma che avrebbe attribuito il relativo potere autoritativo all'Amministrazione ed anzi senza nemmeno invocare alcuna disposizione pattizia di attribuzione del potere in quanto prevista dal Capitolato Speciale di Appalto.

La motivazione si risolve nell'imputare alla ricorrente di avere regolato il suo comportamento assumendo un'esegesi erronea dell'art. 7.5. del Capitolato, in particolare, quanto alla ricomprensione nel rapporto degli acceleratori lineari. Il comportamento assunto a giustificazione della decadenza si risolve inoltre in una sorta di addebito alla ricorrente di non avere tenuto, nell'economia dell'avvenuta anticipata esecuzione, un comportamento che essa avrebbe dovuto tenere, particolarmente quanto alla presentazione dei contratti di manutenzione. L'art. 7.5., peraltro, impone alla ditta appaltatrice di produrre i contratti "prima dell'avvio del servizio", evidentemente alludendo all'avvio del servizio successivo alla conclusione del contratto, ma, ancorchè nemmeno lo si dica nel provvedimento, in presenza di esecuzione anticipata, l'onere di produzione appariva ragionevole.

Il contrasto sia sull'esegesi della norma del capitolato sia quanto all'obbligo di esibizione dei contratti integrava ed integra una questione che ineriva alla posizione delle parti nella fase di anticipata esecuzione del contratto e in funzione dei contenuti da assegnare all'atto integrante la sua conclusione, cioè al contratto.

Ebbene, sull'esegesi della lex contractus discendente dal capitolato l'Amministrazione non aveva poteri autoritativi e, pertanto, la controversia sulla sua esegesi si collocava su un piano paritetico, come tale soggetto alle regole di diritto

comune e ciò a maggior ragione in relazione alla decisione di far corso all'esecuzione anticipata. In particolare, sull'esegesi del Capitolato l'Amministrazione non aveva certo poteri autoritativi e parimenti no li aveva in ordine all'onere di produzione dei contratti manutentivi, essendo la sua regolamentazione prevista dal Capitolato.

L'anticipazione concordata dell'esecuzione del contratto connotava la posizione delle parti in modo non diverso da quella che sarebbe stata in presenza dell'insorgenza della stessa questione di interpretazione nell'esecuzione del contratto.

Per mera completezza si rileva che il riferimento all'interesse pubblico alla stipula del contratto entro i tempi previsti dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11 non può in astratto essere considerato idoneo a qualificare il provvedimento decadenziale come provvedimento di revoca ai sensi dell'art. 21-quinquies non essendo la situazione addotta un motivo di interesse pubblico.

9.3. In realtà, avuto riguardo al fatto che il provvedimento che ha dichiarato la decadenza dell'aggiudicazione è intervenuto in una situazione in cui vi era stata l'anticipata esecuzione del contratto, poichè tale anticipata esecuzione è attività che, pur in difetto di stipulazione in via ordinaria del contratto, trova la sua giustificazione in un rapporto convenzionale e poichè la legge regolatrice dello stesso pur sempre è riconducibile al capitolato, posto che l'anticipata esecuzione è tale rispetto al contratto e trova, non diversamente da esso, nel capitolato la legge regolatrice, il potere esercitato dall'A.O. Cannizzaro di fronte all'ingiustificata interpretazione a suo dire del capitolato con riferimento alle apparecchiature lineari si è risolto in una reazione di fronte ad un preteso inadempimento della ricorrente e, dunque, è stata una manifestazione dichiarativa della risoluzione del rapporto all'esito di una diffida ad adempiere espressa con la concessione di termini per la produzione.

Come tale il comportamento dell'A.O. Cannizzaro, una volta individuata la "legge" regolatrice dell'anticipata esecuzione del contratto pur sempre nel C.S.A., come in ogni caso i cui nell'accordo di esecuzione non si provveda specificamente, risulta riconducibile all'art. 25 C.S.A., che disciplina la risoluzione del contratto.

Si tratta, dunque, di comportamento che, al di là della sua formale espressione come provvedimento, ha la sostanza di atto dichiarativo di un'intervenuta risoluzione per inadempimento.

La relativa controversia, anche al di là delle precisazioni che si sono sopra svolte, dovendo l'anticipata esecuzione del contratto essere trattata allo stesso modo di

come la posizione delle parti sarebbe stata da trattare a contratto concluso, è soggetta alla giurisdizione dell'a.g.o.

9.4. Ma alla stessa soluzione si perviene, sempre al lume delle considerazioni e precisazioni sul riparto sopra effettuate, se la controversia oggetto di regolamento si apprezza a prescindere dall'esecuzione anticipata, cioè se si considera come contesa tra le parti in ordine al contenuto che in base al C.A.P. avrebbe dovuto assumere il contratto.

Si è già detto che il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11 quando nel comma 9, allude alla posizione delle parti dopo l'aggiudicazione come oggetto di un "vincolo" ed anche al di là di tale previsione non è discutibile che, intervenuta l'aggiudicazione le posizioni delle parti, al di fori dell'eventuale esistenza di poteri autoritativi specifici riconosciuti all'Amministrazione, risulta paritetica e si iscrive nella legge comune civile regolatrice della posizione delle parti in vista della conclusione del contratto e, dunque, nell'ambito della fattispecie dell'art. 1337 c.c. (su cui, in riferimento alle problematiche del riparto di giurisdizione si veda Cass., sez. Un. n. 10413 del 2017). Ed anzi, stante la tipizzazione delle scansioni della vicenda, che risulta dalla stessa legge regolata nell'art. 11 e nell'art. 12 D.Lgs. citato con una certa precisione, risulta assegnata al precetto di riferimento nel codice civile, espresso nell'art. 1337 c.c., una serie di specifici contenuti.

Ne segue che il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione adottato dal'A.O. Cannizzaro, fermo che per quel che si è detto non è riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo, appare espressione di un sostanziale recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione e, dunque, di un potere di natura privatistica, come tale da apprezzare alla stregua dell'art. 1337 c.c. quanto alla sua giustificazione e tenendo conto che la posizione delle parti nella cornice di detta norma si muoveva in un ambito segnato sia dall'art. 11 e dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 12 sia gradatamente dalla lex specialis del futuro contratto, siccome specificata dal Capitolato Speciale di Appalto, in relazione al quale il contenuto del futuro contratto doveva essere determinato.

10. Conclusivamente dev'essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia introdotta con il ricorso originario al t.a.r. catanese. La giurisdizione si estende ai due ricorsi per motivi aggiunti, poichè essi concernono situazioni dipendenti dalla cognizione dell'oggetto del ricorso originario.

11. Le spese del giudizio di regolamento possono compensarsi attesa che la presente motivazione entro certi limiti segna un mutamento della giurisprudenza.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario. Compensa le spese del regolamento.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 13 febbraio 2018.

Depositato in Cancelleria il 5 ottobre 2018