

GIURISDIZIONE: Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili - Ordinanza 29 aprile 2022, n. 13595

1. Giurisdizione. Procedura ad evidenza pubblica. Fase procedimentale. Responsabilità della P.A. per il danno derivante dalla lesione dell'affidamento nella correttezza dell'azione amministrativa. Giurisdizione del Giudice ordinario. Sussistenza.

1. In tema di procedure ad evidenza pubblica, la controversia relativa alla responsabilità della P.A. per il danno derivante dalla lesione dell'affidamento del privato nella correttezza dell'azione amministrativa, spetta al giudice ordinario, anche in relazione alla fase procedimentale - in cui la P.A. agisce secondo regole di rilievo pubblicistico - che intercorre tra l'aggiudicazione provvisoria, al termine della procedura di selezione della migliore offerta, e l'aggiudicazione definitiva, cui segue di regola il contratto, laddove a fondamento della domanda risarcitoria sia posta una responsabilità per violazione dei doveri di correttezza e buona fede, senza contestare la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione, atteso che il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione e che la "causa petendi" si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo. (Regola giurisdizione)

Svolgimento del processo

Il Fallimento della (OMISSIS) srl, dichiarato nel 2014, con atto di citazione notificato il 3/11/2020, ha convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Venezia, Sezione Specializzata in materia di Impresa, il Comune di Conegliano per sentirlo condannare, accertarne la responsabilità "da contratto sociale qualificato" per violazione degli obblighi dettati dagli artt. 1173, 2275 e 2375 c.c., al risarcimento del danno (danno emergente e lucro cessante), in relazione alla partecipazione dell'impresa in bonis ad una gara per la concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione, definitiva ed esecutiva, ed il recupero di un edificio da adibire a nuova sede di uffici comunali e i servizi di gestione immobiliare e di spazi pubblicitari, denominato PADUC (Programma Accorpamento Direzione Uffici Comunali), del valore di Euro 8.175.000,00 (di rilevanza comunitaria), oggetto di bando, nel dicembre 2009, cui era seguita l'aggiudicazione provvisoria della concessione alla (OMISSIS), nel luglio 2010, ma non l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, malgrado rassicurazioni da parte dell'Ente (comunicazione del 23/6/2021 del Dirigente dell'Area Servizi al territorio) e diversi solleciti e diffida ad adempiere dell'impresa.

L'attore esprimeva che il Comune, dopo avere selezionato e ritenuto congrua l'offerta formulata dalla (OMISSIS), non aveva più dato seguito agli impegni e ai doveri contrattuali, rimanendo del tutto inerte, malgrado reiterate richieste trasmesse dalla ditta, senza che peraltro il procedimento amministrativo in oggetto fosse mai stato annullato o revocato dall'amministrazione pubblica, con conseguente violazione dei doveri di protezione e correttezza del contraente, nel momento precedente la stipula del contratto, e quindi dell'"affidamento riposto dal privato nella correttezza della pubblica amministrazione".

Il Comune, costituendosi, eccepeva, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

Il giudice istruttore adito, all'esito dell'udienza di prima comparizione delle parti, rinviava la causa per la precisazione delle conclusioni, fissando la data del 26/5/2021.

Il Fallimento ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 41 c.p.c., notificato il 13/5/2021, affidato ad unico motivo, nei confronti del Comune di Conegliano (che resiste con controricorso, notificato il 22/6/2021).

Il PG ha depositato conclusioni scritte, chiedendo dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario, avuto riguardo al petitum sostanziale, da identificare in funzione della causa petendi, avendo la Curatela del Fallimento fatto valere una situazione di diritto soggettivo correlata, non alla violazione di regole di diritto pubblico che avrebbero imposto di dar seguito alla procedura di gara con l'aggiudicazione definitiva e quindi al ritardo della P.A. nel provvedere, ma al comportamento asseritamente contrario a buona fede per avere l'Ente locale, dopo l'aggiudicazione provvisoria, creato un incolpevole e legittimo affidamento (anche per effetto delle assicurazioni fornite, come da comunicazione del 23/6/2011) nell'esito, favorevole per l'impresa, del procedimento (aggiudicazione definitiva e stipula del contratto), poi frustrato dalla scorrettezza dell'azione amministrativa. Invero, secondo un consolidato orientamento di queste Sezioni Unite, la responsabilità della P.A. per il danno conseguente alla lesione del legittimo affidamento nella correttezza dell'azione amministrativa deve inquadrarsi nell'ambito della responsabilità contrattuale, secondo lo schema della responsabilità di tipo relazionale o da "contatto sociale qualificato", non solo quando il danno derivi dall'emanazione e successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso di mancata emanazione di un provvedimento amministrativo (Cass., Sez. U., n. 6236/2020; Cass., Sez. U., n. 28979/2020; Cass. Sez. U., n. 615/2021), ove si contesti un comportamento "diverso dalla mera inerzia o sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo, che abbia cagionato al privato un danno in modo indipendente da eventuali illegittimità di diritto pubblico" (Cass., Sez. U., n. 12428/2021). Pur essendo vero che, di regola, il riparto giurisdizionale trova il suo discrimen nella stipulazione del contratto di appalto, nel senso che, successivamente, sorgono sicuramente posizioni soggettive riconducibili alla giurisdizione ordinaria, anche in relazione alla fase pre-contrattuale, prodromica ad una fase amministrativa, possono nascere obblighi e diritti soggettivi, ai sensi dell'art. 1173 c.c., rientranti sempre nella giurisdizione ordinaria.

E' stata disposta la trattazione camerale ai sensi dell'art. 380-ter c.p.c., come sostituito dal D.L. 31 agosto 2016, n. 168, art. 1-bis, comma 1, lett. g), conv. con modif. dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197.

Motivi della decisione

1. Il Fallimento ricorrente deduce che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in quanto si è invocata, con la domanda introduttiva del giudizio, una responsabilità, di tipo contrattuale, da "contatto sociale qualificato" e la violazione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo e di specifici doveri di protezione del contraente, che assumono rilievo anche nel momento precedente la stipula del contratto, e non una responsabilità da violazione di "regole di diritto pubblico formanti l'atteggiarsi del potere amministrativo", non contestandosi atti o provvedimenti contrari adottati dall'Amministrazione o omissioni e/o ritardi di natura procedimentale.

2. L'Amministrazione comunale deduce, invece, che la controversia, avente ad oggetto una procedura di evidenza pubblica (vale a dire il suo completamento con l'aggiudicazione definitiva), per l'affidamento di lavori pubblici e servizi unitamente alla concessione di un complesso immobiliare, e comportamenti della pubblica amministrazione espressione di potestà pubblicistica (quali descritti dalla stessa attrice: apertura di un procedimento di autotutela per l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, gestione del contenzioso generato dall'impugnativa dell'aggiudicazione, ad opera di un'impresa concorrente, coordinamento delle attività di bonifica dell'area interessata e delle iniziative di espropriazione), è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex artt. 133 c.p.a., comma 1, lett. a) ed e), n. 1 e art. 7 c.p.c., comma 5.

3. Deve essere affermata la giurisdizione ordinaria.

3.1. Risulta, dall'atto di citazione dinanzi al Tribunale di Venezia, che la Curatela del Fallimento (OMISSIS) ha invocato la responsabilità, di tipo contrattuale, da "contatto sociale qualificato" del Comune di Conegliano per violazione degli artt. 1173, 1175 e 1375 c.c., vale a dire gli obblighi

generali di protezione del contraente che assumono autonoma rilevanza, precisando che ciò che si contesta non è la mancata stipula del contratto di affidamento dei lavori (atteso che, in effetti, il contratto non si è potuto stipulare proprio a causa dell'intervenuto fallimento della (OMISSIS), la cui insolvenza sopraggiunta, tuttavia, "è largamente riconducibile al comportamento omissivo del Comune nell'esecuzione dell'importante commessa del PADUC"), quanto l'inerzia dell'Amministrazione, senza che venissero rappresentati dalla stessa elementi che potessero ritardare o impedire l'aggiudicazione definitiva e la conseguente stipula del contratto.

Avuto riguardo al petitum sostanziale e quindi non solo e non tanto alla concreta pronuncia che si chiede al giudice quanto alla causa petendi, ossia all'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio (Cass. 416/2020), la Curatela del Fallimento afferma chiaramente di invocare la lesione dell'affidamento che l'impresa poi fallita, già aggiudicataria provvisoria dal 2010 di contratto avente ad oggetto lavori pubblici e servizi, ha subito per effetto dell'inerzia dell'Amministrazione comunale.

Le questioni di giurisdizione attingono dunque alla lesione dell'affidamento da protratta inerzia dell'amministrazione nell'ambito di una procedura di affidamento di lavori pubblici e servizi.

3.2. Il quadro normativo. Gli interventi della Corte Costituzionale.

Con il D.Lgs. n. 80 del 1998, artt. 33 e 34 (nel testo modificato dalla L. n. 205 del 2000, art. 7) si sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi e quelle aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti "e i comportamenti" delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia, prevedendosi, con l'art. 35, che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34, disponesse, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

L'intervento del legislatore, nell'ottica di un'estensione delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo secondo un nuovo criterio di riparto della giurisdizione costituito da interi blocchi di materie, in luogo del tradizionale criterio fondato sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive di cui si chiedeva tutela (diritto soggettivo o interesse legittimo), è stato oggetto di censura da parte della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 204/2004, dichiarò l'illegittimità costituzionale delle suddette disposizioni, art. 33, commi 1 e 2, e art. 34, precisando che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo)" e che nella giurisdizione esclusiva non possono essere ricompresi, oltre "gli atti e i provvedimenti" attraverso i quali le pubbliche amministrazioni svolgono le loro funzioni pubblicistiche - in materia urbanistica ed edilizia, oggetto di esame - anche "i comportamenti", così estendendo la giurisdizione a controversie nelle quali "la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere". La Corte Costituzionale affermò che l'art. 103 Cost., comma 1, non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi, un potere, che non è né assoluto né incondizionato e che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, secondo il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie: l'art. 103 Cost., esige che vi sia un "necessario rapporto di species a genus" allorché "contempla, come "particolari", rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". La Consulta ha chiarito

che la dichiarazione di incostituzionalità non investiva in alcun modo la L. n. 205 del 2000, art. 7, nella parte in cui (lettera c) sostituiva il D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 35, riconoscendo il potere al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto: tale intervento infatti non costituiva sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, "bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

In definitiva, anche se l'art. 103 Cost., consente al legislatore ordinario di attribuire al giudice amministrativo la cognizione di diritti soggettivi in particolari materie, oggetto di giurisdizione esclusiva quindi, deve trattarsi comunque di materie nelle quali la pubblica amministrazione agisce come "autorità", vale a dire come titolare di un potere amministrativo in senso proprio.

Tali principi sono stati riaffermati dalla Corte Costituzionale in più occasioni (Corte Cost. n. 191/2006, n. 140/2007, n. 35/2010). Nella sentenza n. 191/2006, in particolare, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 325, art. 53, comma 1, trasfuso nel D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 53, comma 1, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non escludeva "i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere", si è affermato che, ai fini del riparto di giurisdizione, nell'ambito dell'azione risarcitoria, è "conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a "comportamenti"... collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto", poichè l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria non si giustifica quando la pubblica amministrazione "non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico".

Il riordino della disciplina del processo amministrativo si è avuto con l'emanazione del D.Lgs. n. 104 del 2010 (Codice del Processo Amministrativo), che ha abrogato le disposizioni legislative precedenti in materia. L'art. 7 sancisce: al comma 1, che sono devolute alla giurisdizione amministrativa "le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni"; al comma 4, che, nella prima delle tre articolazioni della giurisdizione amministrativa (giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito), sono incluse "le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma"; al comma 5 che "nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi"; al comma 7, che il principio di effettività è realizzato "attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi". In forza dell'art. 133 c.p.a. sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra le altre, le controversie in materia di (a. 1) "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo" e (e.1) 1 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".

L'art. 30 stabilisce poi, al comma 2, che può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria e "nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi".

In ultimo, occorre rilevare che, nella fattispecie nel presente giudizio in esame, opera ratione temporis il Codice dei contratti pubblici, quale disciplinato dal D.Lgs. n. 163 del 2006, che, all'art. 11, contemplava, nella procedura di affidamento dei contratti pubblici, una prima fase di selezione dei partecipanti, al termine della quale era dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente, soggetta ad approvazione dell'organo competente, cui seguiva l'aggiudicazione definitiva, che non equivaleva "ad accettazione dell'offerta" e che diveniva efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti, e, fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto. L'art. 32 del Nuovo Codice (D.Lgs. n. 50 del 2016) ha eliminato, all'art. 28, nella procedura di affidamento, la fase dell'aggiudicazione provvisoria.

In ogni caso, sia il D.Lgs. n. 163 del 2006 sia il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016 prevedono che l'aggiudicazione "non equivale ad accettazione dell'offerta" e che quindi tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto vi sia una fase procedimentale rivolta al cd. "consolidamento della scelta del contraente", improntata alla verifica del possesso dei requisiti ed all'esercizio dei poteri di autotutela. Si è così rilevato (Cons. St. Sez. V, n. 7217/2021) che, mentre l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del codice del processo amministrativo (giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture) riflette la costruzione cd. bifasica tradizionale, per la quale nella formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le procedure di affidamento si collocano in una fase pubblicistica perchè consistono in peculiari procedimenti amministrativi, che si concludono con il provvedimento di aggiudicazione, cui segue la stipulazione del contratto che comporta la formale assunzione degli impegni negoziali e dà luogo alla fase esecutiva del rapporto, la quale, ponendo le parti in posizioni sostanzialmente paritetiche, è rimessa alla cognizione del giudice ordinario, la disciplina codicistica sugli appalti pubblici presenta anche "una terza fase, intermedia alle due tradizionalmente delineate (cioè collocata tra i due confini "esterni" dell'aggiudicazione e della stipula del contratto), alla quale vanno riferite le segnalate oscillazioni interpretative dell'art. 133 c.p.a, comma 1, lett. e), n. 1".

3.3. La giurisprudenza delle Sezioni Unite, in tema di giurisdizione nelle pretese risarcitorie da lesione dell'affidamento nel rapporto con la pubblica amministrazione.

Con tre coeve ordinanze (Cass., Sez. U., nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011) queste Sezioni Unite hanno ritenuto rientrate nella giurisdizione del giudice ordinario: a) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie, una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela (sent. n. 6594/2011); 2) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata (sent. n. 6595/11); 3) la controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione (definitiva) in una gara per l'appalto di un pubblico servizio, successivamente annullata dal giudice amministrativo, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo (sent. n. 6596/11).

Alla base delle suddette pronunce è stata decisiva la considerazione che i privati che avevano instaurato i giudizi in cui le medesime sono state emesse non mettevano in discussione l'illegittimità degli atti amministrativi, ampliati della loro sfera giuridica, annullati in via di autotutela o

opejudicis, ma lamentavano la lesione del loro affidamento sulla legittimità degli atti annullati e chiedevano il risarcimento dei danni da loro subiti per aver orientato le proprie scelte negoziali o imprenditoriali confidando, fino all'annullamento di tali atti, nella relativa legittimità. L'esigenza di ottenere il risarcimento era quindi derivata non dall'emanazione di un provvedimento (anzi favorevole per la stessa parte che agiva in giudizio) ma dall'affidamento da esso ingenerato.

La giurisprudenza successiva è stata ben descritta dalla recente pronuncia n. 8236/2020 di queste Sezioni Unite, con la quale, in giudizio risarcitorio instaurato dinanzi al giudice ordinario da parte di una società che lamentava il comportamento "ondivago" tenuto in relazione alle possibilità edificatorie di un terreno dall'Ente pubblico locale, il quale aveva protratto per anni l'esame della pratica edilizia, in vario modo inducendo a confidare ragionevolmente nel positivo esito della stessa, ha chiarito che rientra nella giurisdizione ordinaria la domanda con cui si chiede il risarcimento del danno a causa di lesione non derivata dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione, regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità del tipo contrattuale.

Si è altresì evidenziato che: a) i principi fissati nelle tre ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, rese con riferimento alla disciplina dettata dal D.Lgs., n. 80 del 1998, non hanno perso attualità a causa dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. n. 104 del 2010, con riferimento sia al disposto dell'art. 7, comma 1, che comunque anche quando la controversia riguarda meri comportamenti postula che si tratti di "comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere" amministrativo, sia all'art. 30, comma 2, là dove stabilisce che al giudice amministrativo, nei casi di giurisdizione esclusiva, "può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi", atteso che il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre "che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione" e "che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo"; b) la nozione di affidamento presa in considerazione nelle sentenze coeve del 2011 non è quella, generalmente definita come "affidamento legittimo", la cui forma tipizzata di tutela si rinviene nella disciplina dell'annullamento di ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo dettata dalla L. n. 241 del 1990, art. 21 nonies (comma 1, "per ragioni di interesse pubblico", "ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo"), che "prescinde da considerazioni legate all'elemento soggettivo della condotta dell'amministrazione e delle parti private (colpa, diligenza, buona fede etc.) e si risolve nella verifica della legittimità degli atti formali attraverso cui si esprime il potere discrezionale dell'amministrazione di ponderare l'interesse pubblico alla rimozione di un atto illegittimo con gli interessi privati del beneficiario di tale atto e degli eventuali controinteressati", ma rappresenta "una situazione autonoma, tutelata in sè, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulle ... regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui la pubblica amministrazione si deve uniformare come qualunque altro soggetto", non sulla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo; 3) la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato, a causa delle violazioni dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa, non rientra nella responsabilità aquiliana, che presuppone l'assenza di un rapporto, ma sorge da "un rapporto tra soggetti - la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione - che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione" e "va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da

contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto"; 4) i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 valgono quindi non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma "anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'amministrazione", cosicché "il rapporto tra la stessa ed il privato si gioca, allora, interamente sul piano del comportamento..., nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo".

I principi sono stati successivamente ribaditi (Cass. Sez. U., nn. 19677/2020, 615 e 1778/2021).

In particolare con la pronuncia n. 12428/2021, queste Sezioni Unite hanno affermato che la controversia relativa alla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede (nell'esecuzione di una convenzione urbanistica per la concessione di un diritto di superficie), in quanto concernente diritti soggettivi, può essere risolta mediante arbitrato rituale di diritto, mentre una controversia relativa alla mancata adozione di provvedimenti (nella specie, una variante al Programma di Recupero Urbano e l'approvazione dei progetti per le opere di urbanizzazione) che abbia determinato la non eseguibilità (per pronunciata decadenza) della convenzione urbanistica è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo afferente ad interessi legittimi (precisamente un interesse "pretensivo" all'esercizio del potere amministrativo) e non può essere risolta quindi mediante arbitrato rituale di diritto. Questa Corte a Sezioni Unite ha, quindi, chiarito, ulteriormente, cosa debba intendersi per comportamento della P.A., soggetto alla normativa civilistica di correttezza: a) esso corrisponde "a quell'area in cui l'Amministrazione dismette i panni dell'autorità, o perchè manchi una norma attributiva del potere, come nel caso del tempo del procedimento - della L. n. 241 del 1990, art. 2 bis, comma 1, (risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento) - o perchè la stessa Amministrazione assuma una condotta che acquista rilevanza al di là del regime degli atti formali del procedimento amministrativo, entrando in un'area disciplinata dal diritto comune"; b) la responsabilità relativa della P.A. "non è da procedimento, che resta regola dell'azione di un'autorità che esercita un potere, ma da comportamento", indipendente quindi da una violazione procedimentale, tanto che "potrebbe aversi un comportamento in violazione della regola di responsabilità civile nonostante la validità dell'atto sul piano del diritto pubblico"; c) deve pertanto "intervenire un quid pluris rispetto alla mera inerzia o alla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo", l'Amministrazione deve avere "dismesso i panni dell'autorità che agisce sulla base di norme di azione per avere assunto dei comportamenti, formali ed informali, eccedenti il significato dell'esercizio fisiologico della funzione amministrativa, entrando così in una sfera suscettibile di essere apprezzata, alla luce della normativa di correttezza, alla stregua di un comune rapporto paritario", deve avere posto in essere un comportamento "che abbia indotto il privato a non promuovere le iniziative a tutela del proprio interesse legittimo pretensivo ed a confidare ragionevolmente sul soddisfacimento della sua aspettativa", non essendo sufficiente "la mera inerzia, suscettibile di essere compulsata nelle forme previste dall'ordinamento, la quale potrebbe pure risultare legittima all'esito dell'eventuale esercizio degli strumenti di tutela, ma contegni positivi, formali ed informali".

Identici principi sono stati riaffermati dalle Sezioni Unite nell'ordinanza n. 7515/2022, resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione in relazione ad un giudizio avviato da un'impresa, aggiudicataria provvisoria di un appalto, volto alla condanna della Regione Veneto, previo accertamento della responsabilità della medesima per comportamenti integranti violazione del

legittimo affidamento ingenerato nel privato e contrari ai doveri di buona fede e correttezza (al di fuori di una contestazione della legittimità della comunicazione di avvio del procedimento di rimozione, in autotutela, degli atti di procedura di affidamento e/o di altri atti interlocutori adottati dalla P.A. ad evidenza pubblica).

3.4. La giurisprudenza delle Sezioni Unite con particolare riferimento alla tutela dell'affidamento nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione.

In relazione alle più recenti pronunce, intervenute dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), si rinviene: a) un primo gruppo di decisioni che, interpretando sistematicamente la previsione della giurisdizione esclusiva dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, affermano che, nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione, spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, nella fase successiva afferente l'esecuzione del rapporto (così, tra le altre, Cass. S.U., ord. 8 luglio 2015, n. 14188, nonché Cass. S.U., 23 luglio 2013, n. 17858 e id., 25 maggio 2018, n. 13191, che hanno affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, la prima, in un caso di mancata stipulazione del contratto imputabile al privato e, le altre due, in casi di mancata stipulazione del contratto di appalto, dopo l'aggiudicazione; nonché Cass. S.U., ord. 29 gennaio 2018, n. 2144 e Cass. S.U., ord. 13 marzo 2020, n. 7219, in casi entrambi riservati alla cognizione del giudice ordinario perchè attinenti all'adempimento di obbligazioni successive alla stipulazione del contratto e di fonte contrattuale, ma ai quali la Corte Suprema ha affermato contrapporsi la cognizione del giudice amministrativo per tutta la fase precedente la stipulazione del contratto); b) un altro gruppo di pronunce che, all'opposto, interpretando restrittivamente l'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, escludono dal suo ambito di applicazione i comportamenti e gli atti che si collocano nella c.d. fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, reputando che, in tale fase, il riparto di giurisdizione vada effettuato secondo la regola generale fissata dall'art. 7 c.p.a., comma 1 e 4 e attribuendo quindi alla cognizione del giudice amministrativo soltanto le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi (così Cass. S.U., ord., 4 luglio 2017, n. 16419 e id., 17 dicembre 2020, n. 28979, che hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in controversie risarcitorie introdotte rispettivamente dalla pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale del privato affidatario, "per condotte fraudolente che avevano cagionato grave ritardo nell'affidamento definitivo e nell'esecuzione dei lavori", e da quest'ultimo per responsabilità della P.A. per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità degli atti di gara, poi revocati o annullati; Cass. 15640/2017, con la quale si è affermato la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ai danni subiti dall'aggiudicatario in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva da parte del giudice amministrativo; Cass. S.U. 5 ottobre 2018, n. 24411, che ha ritenuto vertente in materia di diritti soggettivi, quindi rientrante nella giurisdizione ordinaria, la controversia avente ad oggetto un provvedimento di "decadenza dall'aggiudicazione" - non di revoca adottato dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione definitiva, momento questo conclusivo del procedimento amministrativo finalizzato all'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, nella vigenza del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11 e prima della stipulazione del contratto, in quanto intervenuto in relazione ad "un'anticipata esecuzione del contratto", in assenza di poteri autoritativi, affermando sussistere, invece, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella fase antecedente, dall'avvio della procedura di affidamento dei lavori sino all'adozione dell'aggiudicazione definitiva efficace; di recente, Cass. S.U., ord., 17 giugno 2021, n. 17329, che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alla domanda risarcitoria della stazione appaltante, solo "occasionata dalla procedura di evidenza pubblica", conseguente alla violazione dell'obbligo di

rinnovare la polizza fideiussoria scaduta prima dell'aggiudicazione definitiva e della stipulazione del contratto, in una fase definita "prodromica a quella amministrativa o latusensu precontrattuale"). Queste ultime decisioni sono espressione di un indirizzo, esplicitato nella sentenza n. 24411/2018, che intende superare la diversa ricostruzione dei rapporti tra le giurisdizioni in materia di pubblici appalti in passato seguita in via prevalente dalla stessa Corte di Cassazione. Invero, era prevalso un modello ricostruttivo della fase compresa fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, considerata a valenza "pubblicistica", in termini tali da ricomprendere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie risarcitorie da responsabilità, appunto, precontrattuale in materia di appalti pubblici (da ultimo, si veda, in tal senso, Cass., Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454, che richiama altri precedenti che fecero quell'affermazione, reputata espressione di un "vasto orientamento delle Sezioni Unite in materia di appalti pubblici": Cass. S.U. 27 febbraio 2007, n. 4425 e id., 4 febbraio 2009, n. 2634, tra le altre).

Il nuovo indirizzo espresso dalle Sezioni Unite concerne proprio gli atti e i comportamenti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue l'aggiudicazione e precede il contratto.

3.5. La giurisprudenza del Consiglio di Stato.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 20 del 29/11/2021, pronunciando su alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo (un permesso di costruire) illegittimamente emanato e poi annullato, ha ritenuto sussistere la giurisdizione amministrativa tanto sulle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, in base all'art. 7, comma 1, c.p.a. (che include nella stessa i "comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni"), quanto nel caso in cui la domanda risarcitoria sia proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione nella materia "urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio", devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), del codice del processo amministrativo, che si manifesta proprio "attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela", anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione.

L'Adunanza Plenaria ha evidenziato, in particolare, che: a) rispetto alla dicotomia interessi legittimi-diritti soggettivi, l'affidamento "non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi", trattandosi di un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata; b) nell'ambito del diritto amministrativo, esso "è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività" ovvero l'"aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato", che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima; c) la giurisdizione amministrativa va affermata quando l'affidamento abbia, per l'appunto, ad oggetto "la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva" perchè la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce "non già ad un comportamento privato o materiale - a un "mero comportamento" ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo"; d) la giurisdizione è devoluta al giudice ordinario solo a fronte di comportamenti "meri", non riconducibili al pubblico potere, a fronte dei quali le contrapposte situazioni giuridiche dei

privati hanno consistenza di diritto soggettivo, non anche là dove si agisca per i danni conseguenti all'annullamento del provvedimento favorevole, che non può essere "degradato a mero fatto"; e) non è possibile, nel definire il riparto di giurisdizione, circoscrivere la rilevanza dei doveri di correttezza e buona fede al "diritto comune", dal momento che gli stessi sono ormai, invece, propri sia del diritto civile sia del diritto amministrativo (richiamandosi la regola, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, ai sensi dell'art. 97 Cost., comma 2, dettata, ora, alla L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 2-bis, ("(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"), comma aggiunto dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, art. 12, comma 1, lett. a), recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertito, con modificazioni, con L. 11 settembre 2020, n. 120), ovverosia tanto ai rapporti paritetici di diritto soggettivo quanto a quelli originati dall'esistenza e dall'esercizio in concreto del pubblico potere, e quindi "la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere".

In altra sentenza n. 21 del 29/11/2021, l'Adunanza Plenaria ha specificamente definito i limiti entro cui può essere riconosciuto. Dal giudice amministrativo, il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, sempre ribadendo che l'affidamento "è un principio generale dell'azione amministrativa", che, pur sorto nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata, è ormai considerato "canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo".

Tale definizione dei limiti dell'affidamento del privato "sul legittimo esercizio del potere pubblico e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede" è stata ribadita anche nella sentenza n. 19 adottata dall'Adunanza Plenaria nella stessa udienza del 29/11/2021, con la precisazione che esso può configurarsi non solo per "comportamenti contrari a canoni di origine civilistica ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso giurisdizionale di terzi", caso diverso (ai fini della definizione della non colpevolezza dell'affidamento del privato) rispetto a quello in cui l'annullamento sia stato disposto d'ufficio dall'amministrazione in sede di autotutela.

Con riguardo, poi, alle procedure ad evidenza pubblica, ex art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, il Consiglio di Stato afferma, con orientamento maggioritario, che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia le controversie che attengono ad atti che, pur collocandosi dopo l'aggiudicazione, riguardano comunque ancora la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull'individuazione del contraente e comunque sono originate dall'adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi, sia le controversie risarcitorie, in relazione ad "atti o comportamenti", anche se concernono ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A., originate da violazione delle regole di correttezza e buona fede e dalla lesione del legittimo affidamento del privato, ovvero ipotesi di c.d. responsabilità precontrattuale di quest'ultimo quando la mancata stipulazione del contratto sia imputabile al privato aggiudicatario. Si afferma la giurisdizione esclusiva, estesa quindi anche a posizioni di diritto soggettivo, in quanto anche tale sub-fase (quella tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto di appalto) ha carattere pubblicistico, essendo "ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante" (Cons. St., Sez. V, n. 5498/2019; Cons. St., Sez. V, n. 7217/2011). Come il giudice amministrativo "conosce dei provvedimenti amministrativi successivi

all'aggiudicazione, costituenti un proseguimento della fase pubblicistica della procedura (adottati in funzione di revisione o di riesame in autotutela ovvero di verifica della correttezza dell'aggiudicazione e dell'affidabilità dell'aggiudicatario funzionale alla stipulazione del contratto), la sua giurisdizione esclusiva include le controversie risarcitorie (attinenti indifferentemente alla lesione di diritti soggettivi o di interessi legittimi), la cui instaurazione trova fondamento e ragion d'essere nell'adozione o nella caducazione di detti atti" (Cons. St. n. 7217 cit.).

4. La fattispecie in esame.

Il Fallimento (OMISSIS), nell'azione risarcitoria proposta, non si duole, in realtà, della lesione del cd. "affidamento legittimo" correlato alla mancata adozione dell'aggiudicazione definitiva e della conclusione del contratto avente ad oggetto la progettazione ed il recupero di un edificio da adibire a nuova sede degli uffici comunali, oltre ulteriori servizi, del valore di Euro 8.175.000,00, da ascrivere a varie cause, non ultimo il sopraggiunto fallimento di detta impresa (dichiarato nel febbraio 2014), ma lamenta che l'amministrazione comunale, dopo l'aggiudicazione, in via provvisoria, della commessa all'impresa in bonis, con determina del luglio 2010, sia rimasta per anni, sino appunto al 2014, in posizione di ingiustificata inerzia, non assumendo alcun atto consequenziale ma continuando però a assicurare la ditta circa la stipula del contratto (come con comunicazione del 23/6/2011, a seguito di formale diffida ad adempiere inoltrata dalla (OMISSIS), del Dirigente competente, dell'Area Servizi al Territorio, secondo il quale l'aggiudicazione poteva avere luogo "senza indugio"), con un continuo "rimpallo di responsabilità" tra le varie articolazioni dell'Ente pubblico (tanto che: era stato prima, nel febbraio 2011, avviato "motu proprio" e poi archiviato, nell'aprile 2011, un procedimento di autotutela per l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione provvisoria; mai nessuna contestazione o richiesta di integrazione documentale era stata avanzata da parte dell'ente; la procedura di aggiudicazione è rimasta tuttora pendente) e violazione delle "minimali regole di correttezza e buona fede dettate a protezione degli interessi del contraente privato".

Nella citazione, si evidenzia, proprio che il procedimento di assegnazione dei lavori pubblici "sia stato lasciato morire in assoluto silenzio...e ciò verosimilmente onde non provocare reazioni di sorte da parte della ditta".

Viene quindi invocata, a sostegno della pretesa risarcitoria, la lesione dell'affidamento, che si assume incolpevole, per effetto, non dello scorretto esercizio del potere ma, del comportamento amministrativo sleale e quindi la lesione di una posizione giuridica di diritto soggettivo. Ci si duole, dunque, non dell'illegittimità del potere amministrativo per violazione delle regole di diritto pubblico che ne disciplinano l'esercizio ma della violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare anche il comportamento dell'amministrazione.

Ora, il tradimento della fiducia riposta dall'impresa nella condotta amministrativa, per effetto dell'inerzia dell'Ente locale, protratta negli anni e accompagnata da positive rassicurazioni circa la positiva definizione della procedura con l'aggiudicazione definitiva, non si traduce, secondo la ricostruzione di questa Corte a Sezioni Unite, nella doglianza circa l'illegittimità per violazione delle regole di diritto pubblico nel provvedere da parte dell'Autorità ma dà vita ad una responsabilità patrimoniale da "contatto qualificato" che sfugge alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Non viene invocato la L. n. 241 del 1990, art. 2-bis, comma 1, introdotto con la L. n. 120 del 2020, che rappresenta un danno da comportamento scorretto (il ritardo), nello svolgimento dell'attività autoritativa, lesivo di un diritto soggettivo (la libertà di autodeterminazione negoziale) e che rientra oggi nella previsione dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. a), n. 1, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento" (cfr. Cons. Stato Adunanza Plenaria 23/04/2021 n. 7).

Vero che tale asserita inerzia ingiustificata ha riguardato un'impresa aggiudicataria, in via provvisoria, di un'importante commessa relativa a lavori pubblici e quindi si colloca all'interno di una procedura di evidenza pubblica, ma, richiamando i principi da ultimo affermati da queste Sezioni Unite (Cass., Sez.U., n. 8236/2020 e 12428/2021), va ribadito che il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre "che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione" e "che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo". Quindi, anche, in relazione alla fase procedimentale - in cui la Pubblica amministrazione agisce secondo regole di rilievo pubblicistico (norme di azione) - che intercorre, vigente il D.Lgs. n. 163 del 2006, tra l'aggiudicazione provvisoria, al termine della procedura di selezione della migliore offerta, e l'aggiudicazione definitiva cui segue, di regola, la stipulazione del contratto, può essere dedotta (Cass. 15260/2014; Cass. 9636/2015), a fondamento di una domanda risarcitoria, la responsabilità (precontrattuale o contrattuale o da contatto qualificato) della Pubblica Amministrazione non da provvedimento, ma da comportamento, per violazione dei doveri di correttezza e buona fede (norme di relazione), là dove non si contesti la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione.

E la giurisdizione, in tale ipotesi, spetta al giudice ordinario.

6. Per tutto quanto sopra esposto, va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario, cui è rimessa la decisione sulle spese della presente fase.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, cui rimette la decisione sulle spese.