

GIURISDIZIONE: Cassazione civile., Sez. Unite, Ord. 29/02/2024, n. 5441

1. Appalto pubblico - Domanda risarcitoria - Mancata stipula del contratto per fatto dell'aggiudicatario – Istanza risarcitoria della stazione appaltante - Giurisdizione del giudice ordinario –

2. Art. 133, lett. e1) CPA - Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – Portata – Individuazione.

1. Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda risarcitoria avanzata dalla pubblica amministrazione appaltante nei confronti del concorrente aggiudicatario di un appalto di progettazione e lavori, derivante dalla mancata stipula del contratto, con conseguente incameramento della cauzione e relativa domanda di condanna al pagamento, nel caso in cui l'accordo negoziale non si sia perfezionato per fatto imputabile al medesimo aggiudicatario, il quale ha mancato di adempiere l'obbligo di mantenere, per tutta la durata della procedura concorrenziale, il possesso dei requisiti dichiarati, oltre che di informare l'Amministrazione del venir meno di tali requisiti.

2. In tal caso, infatti:

a) non rileva che abbia avuto luogo l'aggiudicazione, e nemmeno che si sia provveduto alla revoca della stessa, dal momento che il giudizio non verte sull'accertamento della legittimità o illegittimità di tali atti, ma sulla responsabilità precontrattuale;

b) le norme che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione in particolari materie - nella specie che qui interessa: l'art. 133, lett. e1), c.p.a., in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture si devono interpretare nel senso che non vi rientra ogni controversia che in qualche modo riguardi una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza della controversia con la materia, ma soltanto le controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri.

1. – [omissis], quale stazione appaltante, ha espletato per [omissis] una procedura di gara per l'aggiudicazione dell'appalto relativo alla progettazione e realizzazione di un nuovo depuratore delle acque di scarico [omissis].

L'appalto è stato aggiudicato a un raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria [omissis].

L'aggiudicazione è stata impugnata innanzi al TAR della Liguria da parte di [omissis] che, quale mandataria di altro raggruppamento di imprese, era risultata seconda classificata in esito alla gara. [omissis] ha lamentato che [omissis] avesse perso i requisiti di partecipazione e che, quindi, l'aggiudicazione ad essa ed al suo raggruppamento fosse illegittima.

Prima che tale ricorso fosse deciso, [omissis] ha revocato l'aggiudicazione al raggruppamento di imprese di cui era mandataria [omissis], con un atto che non è stato impugnato.

Ha fatto seguito una nuova aggiudicazione a [omissis] ed al suo raggruppamento.

2. - Con successivo ricorso [omissis] ha agito innanzi al TAR della Liguria nei confronti di [omissis] e delle mandanti. Ha domandato, in particolare, la declaratoria del diritto della ricorrente al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata stipula del contratto (visto che l'appalto era stato definitivamente aggiudicato al raggruppamento di imprese facente capo a Veolia a un corrispettivo superiore) e la conseguente condanna delle convenute, nonché, in via subordinata, l'accertamento del proprio diritto ad ottenere il pagamento della somma dovuta per cauzione, con relativa condanna.

[omissis] e le altre imprese del raggruppamento aggiudicatario, in origine, dell'appalto, si sono costituite, resistendo al ricorso ed eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

3. - Prima dell'udienza pubblica fissata per la discussione del ricorso [omissis] ha proposto un regolamento preventivo di giurisdizione.

Avanti a questa Corte hanno rassegnato difese I[omissis]. Il Pubblico Ministero ha concluso chiedendo la declaratoria di giurisdizione del giudice ordinario. Sono state depositate memorie.

Motivi della decisione

1. - La ricorrente assume che l'azione di controparte avrebbe dovuto essere proposta avanti al giudice ordinario. Deduce, in sintesi, che la controversia non inerisce alla fase pubblicistica della gara ma a una fase precontrattuale, in cui i contendenti si trovavano su di un piano di assoluta parità.

2. - Il ricorso per regolamento è fondato.

Come è noto, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva il petitum sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura

della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (Cass. Sez. U. 31 luglio 2018, n. 20350; cfr. pure, tra le tante: Cass. Sez. U. 7 settembre 2018, n. 21928; Cass. Sez. U. 15 settembre 2017, n. 21522; Cass. Sez. U. 11 ottobre 2011, n. 20902).

Col ricorso al TAR della Liguria [omissis] ebbe a fondare le proprie pretese di risarcimento del danno e di incameramento della cauzione provvisoria sulla mancata stipula del contratto per fatto imputabile all'aggiudicataria, la quale, a suo avviso, aveva mancato di adempiere l'obbligo di mantenere per tutta la durata della procedura il possesso dei requisiti dichiarati, oltre che di informare l'Amministrazione del venir meno di tali requisiti (pag. 11 dell'atto in questione). L'odierna ricorrente fece dunque valere una responsabilità precontrattuale della controparte.

Ciò detto, il fatto che le domande proposte presentassero un collegamento con una procedura di evidenza pubblica - posto che, come si è visto, il raggruppamento di imprese di cui era mandataria [omissis] risultò aggiudicatario dell'appalto e proprio in conseguenza della condotta delle imprese risultate vincitrici della gara l'odierna istante intese procedere alla revoca dell'aggiudicazione - non appare decisivo ai fini che qui interessano.

Non rileva, in particolare, che abbia avuto luogo l'aggiudicazione, e nemmeno che si sia provveduto alla revoca della stessa, dal momento che il giudizio non verte sull'accertamento della legittimità o illegittimità di tali atti.

E' da ricordare, in linea generale, che ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, le norme che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione in particolari materie - nella specie che qui interessa: l'art. 133, lett. e1), c.p.a., in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - si devono interpretare nel senso che non vi rientra ogni controversia che in qualche modo riguardi una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza della controversia con la materia, ma soltanto le controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri (Cass. Sez. U. 25 febbraio 2011, n. 4614).

In fattispecie analoga a quella in esame, in cui veniva in questione la decadenza di un'aggiudicazione per mancata consegna di tutta la documentazione amministrativa necessaria ai fini della stipulazione del contratto, queste Sezioni Unite si sono pronunciate nel senso che la vicenda attinente alla scelta dell'aggiudicatario contraente nella procedura ad evidenza pubblica rimaneva sullo sfondo rispetto alla controversia risarcitoria introdotta dalla stazione appaltante, la quale aveva lamentato il comportamento precontrattuale illecito della società aggiudicataria domandando il risarcimento dei danni derivati dalla mancata stipula del contratto e dalla assegnazione del servizio, con scorrimento

della graduatoria, all'impresa seconda classificata, a condizioni ritenute peggiorative per la medesima committente. In tal senso si è ritenuto che la domanda non inerisse alla fase pubblicistica della gara, ma a un ambito precontrattuale, in cui le parti di trovavano su un piano di perfetta parità (Cass. Sez. U. 4 gennaio 2023, n. 111, non massimata in CED).

Le stesse considerazioni possono svolgersi con riguardo alla presente lite, nella quale non è implicato, come si è detto, alcun giudizio circa la legittimità dell'esercizio di potestà pubblicistiche.

Infatti, una volta appurato che la proposta domanda si fonda, come si è visto, sulla prospettata responsabilità precontrattuale di [omissis], la quale aveva taciuto il venir meno di alcune condizioni richieste per addivenire alla conclusione del contratto, deve trovare applicazione il principio per cui la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una stazione appaltante nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza: in tale ipotesi, infatti, il giudice predetto è chiamato a decidere di una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi (Cass. Sez. U. 4 luglio 2017 n. 16419; in tema cfr. pure Cass. Sez. U. 17 giugno 2021, n. 17329).

Né assume rilievo, ai presenti fini, la modifica dell'art. 124 c.p.a.. Quale che sia la portata di tale norma, invocata da [omissis], è certo che, *ratione temporis*, essa non possa regolare la giurisdizione della presente causa. Infatti, l'art. 209 D.Lgs. n. 36/2003, con cui è stato modificato il cit. art. 124, ha acquistato efficacia il 1 luglio 2023: dopo, quindi, l'introduzione del giudizio avanti al TAR.

3. - Le spese del regolamento sono rimesse al merito.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; rimette al giudizio di merito le spese del regolamento di giurisdizione.

Conclusione

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili, in data 5 dicembre 2023.

Depositato in Cancelleria il 29 febbraio 2024.