

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ribadiscono la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie aventi ad oggetto il diritto al subentro nel contratto di appalto di opera pubblica a seguito di cessione di azienda della mandataria del raggruppamento aggiudicatario

Cass. civ., s.u., ordinanza 18 novembre 2016, n. 23468 – Pres. Amoroso, Rel. Giusti

1. Giurisdizione e competenza – Giurisdizione in materia di contratti della P.A. – Controversie relative alla fase di esecuzione del contratto – Sono dell’A.G.O. a meno che la stazione appaltante non eserciti poteri autoritativi.

2. Giurisdizione e competenza – Giurisdizione in materia di contratti della P.A. – Controversie relative al subentro nel contratto a seguito di cessione di azienda – Giurisdizione dell’A.G.O.

Successivamente alla stipula del contratto, conseguente ad un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto, rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato, a meno che l’Amministrazione committente non eserciti poteri autoritativi attraverso provvedimenti espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo (1).

La controversia promossa dalla cessionaria del ramo di azienda per ottenere l’annullamento del provvedimento con cui la stazione appaltante ha respinto la richiesta di sostituzione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese affidatario dell’appalto, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario. Collocandosi nella fase esecutiva del contratto, tale controversia esula dalla giurisdizione esclusiva riconosciuta al giudice amministrativo in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lettera e), numero 1), cod. proc. amm., non venendo, inoltre, in rilievo l’esercizio di poteri discrezionali.(2).

(1) Si tratta di affermazione pacifica nella giurisprudenza della Corte regolatrice della giurisdizione (cfr., da ultimo, tra le tante, Cass., Sez. Un., 8 novembre 2016, n. 22649; sulla giurisdizione amministrativa in materia di provvedimenti di secondo grado incidenti sull’originaria aggiudicazione ancorché intervenuti durante la fase di esecuzione del rapporto Cass. civ., Sez. un., 11 giugno 2011, n. 391, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 420, con nota di PROIETTI)

Circa la giurisdizione in materia di recesso dal contratto a seguito di informativa antimafia, si segnala:

a) Cass. civ., Sez. Un., ordinanza 27 gennaio 2014, n. 1530, secondo cui in tema di appalti di opere pubbliche, ove l'appaltatore agisca per la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni, sul presupposto dell'illiceità del recesso operato dall'amministrazione in conseguenza delle verifiche disposte dal prefetto ai sensi dell'art. 10 d.p.r. 3 giugno 1998 n. 252, deducendo l'avvenuto rilascio dell'informazione antimafia a sé favorevole, la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario poiché - avuto riguardo al criterio del *petitum* sostanziale - attiene all'esecuzione di un contratto di diritto privato, senza che venga in questione l'illegittimo esercizio di un potere amministrativo;

b) quanto al possibile esercizio di poteri di valutazione discrezionale nella fase di esecuzione del contratto, a partire da Cass. civ., Sez. Un., 29 agosto 2008, n. 21928 è stato riconosciuto che tale ipotesi ricorre nel caso di adozione della determina di recesso dal contratto di appalto, consequenziale all'informativa prefettizia che accerta l'esistenza di infiltrazioni mafiose nell'impresa appaltatrice, resa ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, sicché, trattandosi di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto, la relativa controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo;

c) sulla appartenenza al giudice ordinario delle controversie aventi ad oggetto azioni contrattuali (nullità, annullamento, rescissione), anche se proposte prima dell'inizio della fase di esecuzione del rapporto, ma dopo la stipula del contratto di cui si contesta l'avvenuto perfezionamento, Cons. Stato, Sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5778, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 435; Sez. V, 9 luglio 2015, n. 5356;

d) sulla giurisdizione in materia di atti prodromici alla stipula di contratti commerciali (nella specie *swap*), Ad. plen., 5 maggio 2014, n. 13, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 825 con nota di MASSERA, cui si rinvia per ogni approfondimento.

(2) Secondo le Sezioni Unite la verifica da parte della stazione appaltante circa la riconducibilità della modifica soggettiva tra le fattispecie consentite dall'art. 116 del d. lgs. n. 163/2006 ai fini della prosecuzione del contratto, non costituisce esplicazione di un potere e non implica ponderazione di interessi sicché la posizione giuridica soggettiva in capo all'impresa che si vede negare il subentro nella esecuzione del contratto è di diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla cognizione del giudice ordinario (nello stesso senso cfr. Cass, Sez. Un., ordinanza, 24 aprile 2014, n. 9252 e Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3502 nonché Sez. V, ordinanza 7 dicembre 2011, n. 5368).

La pronuncia delle Sezioni Unite, resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, è stata occasionata da una vicenda in cui, risolto il contratto di affitto di ramo di azienda stipulato in favore di impresa mandataria di RTI costituendo, poi risultato aggiudicatario di una gara per l'affidamento di servizi indetta da Expo 2015 s.p.a., la nuova cessionaria del compendio aziendale ha chiesto di subentrare nella posizione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese affidatario dell'appalto stesso, ai sensi dell'art. 116 d. lgs. n. 163/2006, vedendosi opporre un diniego dalla stazione appaltante, su conforme parere

dell'ANAC, sul presupposto che le vicende risolutorie dei contratti non rientrerebbero tra le fattispecie tassative legittimanti il subentro nei contratti pubblici ai sensi del predetto art. 116; seguiva la risoluzione del contratto da parte di Expo 2015 spa in applicazione di clausola risolutiva espressa per sopravvenuta inidoneità dell'aggiudicataria, divenuta priva di un requisito di capacità tecnica. La società aspirante al subentro impugnava, quindi, il diniego opposto dalla stazione appaltante dianozi al TAR e, nella pendenza del giudizio, veniva proposto regolamento preventivo di giurisdizione deciso nei sensi di cui alla massima.

Si segnala che il pubblico ministero ha concluso nel senso della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto, non condiviso dalla Corte, che la controversia si colloca al di fuori del caso dell'adempimento dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto ed involge l'esercizio di poteri e valutazioni proprie della fase della gara, connotati dal carattere pubblicistico, di fronte ai quali la posizione della subentrante è di interesse legittimo; in particolare ha ritenuto che *<<..la richiesta di subentro si innesta nell'esecuzione del rapporto, ma richiede valutazioni che costituiscono un riflesso della procedura pubblicistica svolta a monte e che, in buona sostanza, danno luogo ad una sorta di riapertura, quanto al soggetto subentrante, della fase di verifica della sussistenza dei requisiti di qualificazione, con correlato esercizio di poteri tipicamente pubblicistici sostanzialmente omologhi a quelli della fase della gara, che non rileva siano attenuati. In altri termini, le esigenze pubblicistiche che informano la fase della gara ritornano immutate nel corso dell'esecuzione, sia pure limitatamente al caso della modificazione soggettiva del contraente, e rendono palese che l'accertamento dei relativi presupposti è effettuato nell'esercizio di un potere che è appunto pubblicistico e viene esercitato al di fuori degli schemi dell'autonomia privata, allo scopo di scongiurare eventuali elusioni della disciplina della gara...la risoluzione del contratto invocata da Expo non è conseguita all'esercizio di poteri privatistici, bensì è derivata dall'esercizio del potere di riscontro dei requisiti soggettivi>>.*