

Le Sezioni unite della Corte di cassazione affermano la giurisdizione del giudice ordinario nei casi di azione risarcitoria proposta dalla stazione appaltante nei confronti delle imprese appaltatrici per condotte asseritamente fraudolente realizzatesi durante la procedura di scelta del contraente e per il conseguente ritardo nell'esecuzione dei lavori

Cass. civ., s.u., ordinanza 4 luglio 2017, n. 16419 – Pres. Canzio, Est. Travaglino

Giurisdizione e competenza – Appalti pubblici – Azione di risarcimento danni proposta dalla stazione appaltante contro le imprese aggiudicatarie per condotte scorrette poste in essere nella fase di affidamento dei lavori – Giurisdizione dell'A.G.O.

Rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. l'azione di risarcimento danni, a titolo di responsabilità precontrattuale, proposta dalla stazione appaltante nei confronti delle imprese aggiudicatarie per condotte asseritamente fraudolente realizzatesi nella fase di affidamento dei lavori e per il conseguente ritardo nell'esecuzione dei lavori (1)

(1) I. - La pronuncia è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione proposto da un'impresa convenuta dinanzi al giudice ordinario, adito da un'azienda regionale per l'edilizia residenziale pubblica che aveva chiesto la condanna al risarcimento del danno - a titolo di responsabilità precontrattuale e contrattuale - per condotte asseritamente fraudolente tenute da alcune ditte appaltatrici di lavori edili, durante la procedura di gara, che avevano comportato un grave ritardo nell'affidamento definitivo e nell'esecuzione dei predetti lavori.

La Corte, rilevata l'assenza di precedenti di legittimità e la sussistenza di un contrasto nella giurisprudenza dei TAR, attribuisce, lapidariamente, al giudice ordinario la cognizione della domanda risarcitoria attraverso un percorso argomentativo che oblitera l'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a. (che riserva alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie in tema di "procedure di affidamento di lavori pubblici, ivi incluse quelle risarcitorie"), sebbene espressamente invocato dalla impresa ricorrente per giustificare la devoluzione della cognizione della controversia al giudice amministrativo.

Il ragionamento della Corte lascia sullo sfondo le circostanze di fatto relative alla materia del contendere, anche in ordine alla loro collocazione temporale rispetto al provvedimento di aggiudicazione ed alla stipula del contratto, e si incentra sulle seguenti motivazioni:

a) premette la peculiarità del caso concreto ravvisata nella circostanza che parte attrice è una pubblica amministrazione (si veda tuttavia [Corte cost. 15 luglio 2016, n. 179](#), in *Foro it.*, 2016, I, 3407, con nota di TRAVI e oggetto della [News US in data 20 luglio 2016](#), che

ha sancito il divieto di “giurisdizione frazionata” e conseguentemente ha ammesso la proponibilità, nei casi di giurisdizione esclusiva, della domanda da parte della P.A. nei confronti del privato, conformandosi per altro ad un consolidato indirizzo della giurisprudenza civile ed amministrativa, tra cui si richiama Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4683 che ha confermato Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28 e Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6358 in *Dir. e pratica amm.*, 2008, fasc. 2, 15 (m), con nota di DI BENEDETTO in materia di concessioni ex art. 5, l. Tar);

b) rammenta che, in situazioni perfettamente speculari - allorché cioè è il privato ad invocare la tutela risarcitoria precontrattuale nei confronti della P.A. - non si è mai dubitato della competenza giurisdizionale del G.O., trattandosi di domanda risarcitoria afferente non alla fase pubblicistica della gara, ma a quella prodromica nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, con conseguente rilevanza del criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla natura e sulla consistenza della situazione soggettiva dedotta in giudizio (la giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di responsabilità precontrattuale è però stata affermata – almeno nei casi di annullamento e revoca dell’aggiudicazione - a partire da Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro it.*, 2009, III, 124, con nota di A. TRAVI, e successivamente ribadita dal giudice amministrativo – cfr. tra le tante Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, in *Foro it.*, 2015, III, 106 con nota da di G. GALLI cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza – con l’avallo della medesima Corte regolatrice della giurisdizione, cfr. Cass. civ., sez. un., 30 luglio 2008, n. 20596);

c) evidenzia che il giudice ordinario è chiamato a decidere ogni controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata – come nel caso di specie -, da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi;

d) esistono orientamenti contrastanti nella giurisprudenza amministrativa di primo grado; sul punto deve tuttavia evidenziarsi che Cons. Stato, sez. V, 21 dicembre 2014, n. 6455 ha ammesso la domanda riconvenzionale a titolo di responsabilità precontrattuale proposta dalla stazione appaltante nei confronti dell’impresa; inoltre Cons. Stato, sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 40, 84, con nota di MEZZACAPO, ha affermato che <<La controversia instaurata da una stazione appaltante contro un soggetto privato per il risarcimento del danno derivante dalla mancata stipula, in difetto di idonea giustificazione, del contratto da parte del privato aggiudicatario rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo >> (nella specie, si trattava di gara finalizzata alla stipula di contratto di mutuo).

II. - Sulla giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici si segnalano in dottrina e giurisprudenza:

e) nel senso dell'ampia portata della clausola sulla giurisdizione esclusiva del g.a., R. DE NICTOLIS, in *Codice del processo amministrativo commentato*, 2017, IV ed., Milano, 1998 ss.; della stessa autrice, *Il riparto di giurisdizione*, in CARINGELLA -DE NICTOLIS - GAROFOLI - POLI, Milano, II ed., 2008, 531 ss.; per una ricostruzione delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in punto di ammissibilità dell'ampliamento dell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a. fino a comprendere le cause introdotte dalla P.A., cfr. V. POLI, *ibidem*, 371 ss.;

f) la posizione assunta dalla recente pronuncia della Adunanza plenaria 12 maggio 2017, n. 2, oggetto della [News US in data 16 maggio 2017](#), circa l'estensione e i limiti della giurisdizione del G.A. in materia risarcitoria relativamente alle procedure di affidamento di appalti;

g) sui criteri generali di riparto della giurisdizione in materia di contratti della P.A., Cass. civ, sez. un., ordinanza 10 aprile 2017, n. 9149, secondo cui appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario «*la cognizione delle domande di risoluzione o di nullità di un contratto d'appalto pubblico (Cass., sez. un., 31/1/2017, n. 2482, Cass., sez. un., 14/5/2015, n. 9861), perchè "rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo" (Cass., sez. un., 5/4/2012, n. 5446, Cass., sez. un., 31/5/2016, n. 11366). Anche "la controversia in tema di appalto pubblico, avente ad oggetto la valutazione di una clausola penale, la quale si configura come strumento di commisurazione del danno, comunque riducibile ove ecceda in misura palese dalla concreta entità del pregiudizio, e che presuppone l'esistenza dell'inadempimento, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto inerente ai diritti derivanti dal predetto contratto" (Cass., sez. un., 22/12/2011, n. 28342), come la controversia "relativa all'inadempimento degli obblighi di collaborazione nascenti dal contratto d'appalto" (Cass., sez. un., 3/5/2013, n. 10301)»;*

h) sulla giurisdizione in materia di esecuzione del contratto, Cass. civ., sez. un., ordinanza 18 novembre 2016 n. 23468 (oggetto della [News US 29 novembre 2016](#)), secondo cui «*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. 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».