

Le Sezioni unite, nel riaffermare la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia avente ad oggetto il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione di un pubblico appalto (per inadempimento contestato in sede di anticipata esecuzione del contratto), operano una generale ricognizione dei criteri di riparto di giurisdizione nella materia degli appalti pubblici, giungendo alla conclusione che la giurisdizione esclusiva del g.a. arriva fino all'atto di aggiudicazione definitiva, non potendo estendersi al segmento procedimentale successivo (che precede la stipula del contratto).

**Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 5 ottobre 2018, n. 24411 – Pres. Vivaldi, Est. Frasca**

**Giurisdizione e competenza – Contratti pubblici – Anticipata esecuzione del contratto – Provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione per inadempimento – Giurisdizione del giudice ordinario**

*In materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, nella vigenza del codice del processo amministrativo, ed in relazione a vicende riconducibili alla disciplina dell'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, il riparto di giurisdizione deve ritenersi articolato nel modo seguente:*

- a) sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del cod. proc. amm., sulle controversie relative alla sola fase procedimentale, cioè dall'inizio della procedura sino all'aggiudicazione definitiva, estendendosi detta giurisdizione a qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento tenuto entro quel lasso temporale, nonché in ogni caso ad eventuali provvedimenti dell'amministrazione di annullamento d'ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 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) quanto, invece, alla situazione successiva all'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, e prima del sopravvenire dell'efficacia della conclusione del contratto (ivi compresa la sua anticipata esecuzione), vige 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 è di diritto comune e, dunque, si configura la giurisdizione del giudice ordinario;*
- c) con riferimento alla situazione successiva all'efficacia della conclusione del contratto, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, 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 (1).*

(1) I. – La pronuncia in rassegna è stata emessa dalle Sezioni unite in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, con riferimento ad una controversia in materia di appalti pubblici (assoggettata alla vigenza del vecchio codice dei contratti, di cui al d.lgs. n. 163 del 2006) che, in prima battuta, il ricorrente aveva portato innanzi alla giurisdizione amministrativa.

La vicenda riguarda un provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione, comminato nel 2016 da parte di un'Azienda ospedaliera di Catania nei confronti dell'impresa che si era aggiudicata l'affidamento del servizio triennale di gestione e manutenzione *full risk* di apparecchiature elettromedicali. In particolare, dopo l'aggiudicazione definitiva, e prima ancora di pervenire alla stipula del contratto di appalto, l'azienda ospedaliera aveva invitato l'impresa a dare concreto avvio alle attività manutentive, facendosi così partire un'esecuzione anticipata del rapporto contrattuale; tuttavia, proprio a seguito di tale esecuzione anticipata, l'amministrazione ha contestato alla ditta aggiudicataria di essere incorsa in un inadempimento (in punto di manutenzione di alcune delle apparecchiature più complesse e costose, i c.d. acceleratori lineari) rispetto a quanto era stato previsto nel capitolato speciale d'appalto e, per l'effetto, l'ha dichiarata decaduta dall'aggiudicazione. Di conseguenza, ha provveduto a scorrere la graduatoria ed ha affidato l'appalto alla seconda classificata.

Entrambi i provvedimenti (decadenza e nuova aggiudicazione) sono stati impugnati dall'originaria affidataria dinnanzi al T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, il quale provvedeva in sede cautelare con un'ordinanza di accoglimento (ordinanza 22 settembre 2016, n. 651). In sede di appello cautelare, tuttavia, il C.g.a., nel riformare la decisione cautelare di primo grado, ha per la prima volta sollevato dubbi in ordine alla giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia (ordinanza 21 ottobre 2016, n. 665).

L'originaria ricorrente, in attesa del giudizio di merito, ha pertanto adito le Sezioni unite della Corte di cassazione per dirimere definitivamente, nella sede del regolamento preventivo, i dubbi di giurisdizione sollevati dal giudice d'appello.

La decisione delle Sezioni unite è nel senso di riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario, all'esito del seguente ragionamento:

- a) la fattispecie di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, cod. proc. amm. si riferisce alle "*procedure di affidamento*", ossia al procedimento amministrativo che si conclude con l'atto finale di affidamento, con esclusione, quindi, sia della conclusione del contratto sia di tutti quegli atti che sono emanati dopo l'atto di affidamento; del resto, al momento della sua entrata in vigore, il codice del processo amministrativo non poteva che riferirsi proprio al concetto di "*procedura di affidamento*" quale delineato dall'(allora vigente) art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, mutuandone il significato (qui le Sezioni unite

precisano che la giurisdizione esclusiva sulle “*procedure di affidamento*” non può non comprendere anche la fase del consolidamento dell’efficacia dell’aggiudicazione definitiva, all’esito positivo dei controlli previsti dall’art. 12 del d.lgs. n. 163 del 2006: anche detti controlli, pertanto, vi rientrano);

- b) la giurisdizione esclusiva *ex art.* 133 cod. proc. amm. riguarda anche l’eventuale esercizio da parte dell’amministrazione, sebbene dopo l’aggiudicazione definitiva, del potere di annullamento d’ufficio ai sensi dell’art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, trattandosi di illegittimità intervenuta nell’ambito della procedura di affidamento e, quindi, ad essa direttamente inerente; la stessa cosa è a dirsi per tutte le ipotesi di “vizio genetico” della procedura di affidamento, come accade, ad es., nelle ipotesi di esercizio, da parte della p.a., di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge (come nel caso in cui si manifestino situazioni riconducibili alla criminalità organizzata) che abilitino (o impongano) di dare rilievo a situazioni e vizi verificatisi durante la procedura di affidamento e dunque incidenti sul suo esito finale, cioè sull’aggiudicazione definitiva;
- c) per converso, nella fase successiva all’aggiudicazione definitiva, e sino alla conclusione del contratto, si riepande il criterio di riparto ordinario imperniato sulla tradizionale distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo, da applicarsi a seconda che la domanda sia diretta a tutelare, sotto il profilo del *petitum* sostanziale, una posizione dell’una o dell’altra natura; beninteso, con la precisazione che, a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, è sufficiente l’esistenza in astratto del potere (e dunque la sua invocazione da parte della p.a.), rimanendo la verifica della sua esistenza “in concreto” rimessa alla cognizione della fondatezza, o meno, della posizione soggettiva azionata. Rientrano in questa situazione, ed appartengono quindi alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, secondo gli ordinari criteri di riparto, gli atti di controllo successivi alla stipula del contratto, ossia gli atti di sua approvazione (di cui all’art. 12, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 163 del 2006), caratterizzati dall’intervento di un potere autoritativo da parte dell’amministrazione aggiudicatrice; ma vi rientrano anche – precisano le Sez. unite – gli atti di revoca dell’aggiudicazione, ai sensi dell’art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990;
- d) in assenza di un potere dell’amministrazione previsto dalla legge, e venendosi a configurare quella che le Sezioni unite chiamano “*una relazione precontrattuale tra le parti*”, le situazioni che si verificano tra l’aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto (con esclusione di quelle di cui al precedente paragrafo b) restano quindi soggette alla giurisdizione del giudice ordinario, ivi comprese

anche quelle derivanti da eventuali divergenze insorte fra le parti circa il contenuto della *lex specialis* di gara, ai fini della determinazione dello specifico contenuto del contratto da stipularsi; stessa sorte tocca all'ipotesi di anticipazione dell'esecuzione del contratto la quale, trovando giustificazione in un accordo fra parte privata e parte pubblica, non può che avere natura convenzionale (senza nemmeno risultare riconducibile ad un potere dell'amministrazione);

- e) una volta, poi, intervenuta la conclusione del contratto, e consolidatasi la sua efficacia a norma dell'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, vi è la giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di situazioni caratterizzate da assoluta pariteticità tra le parti (salva sempre la giurisdizione amministrativa di legittimità per la revoca *ex art. 21-quinquies* della legge n. 241 del 1990, secondo gli ordinari criteri di riparto, e salva sempre la giurisdizione esclusiva del g.a. per l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione *ex art. 21-nonies* della legge n. 241 del 1990);
- f) non è pertanto condivisibile – precisano le Sezioni unite – la diversa soluzione, pur in passato ripetuta più volta dalla stessa Corte regolatrice, secondo cui si configurerebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in generale, nella fase compresa fra l'aggiudicazione e la stipula (*rectius*: l'efficacia) del contratto (vengono citati, in particolare, i precedenti di Cass. civ., sez. un., n. 14354 del 2017, inedito, e di Cass. civ., sez. un., n. 14188 dell'8 luglio 2015, in *Dir. e giustizia*, 2015, con nota di A.M. BASSO, *Spetta al giudice amministrativo il sindacato sulla mancata stipula del contratto da parte della provvisoria aggiudicataria*; come precedente condivisibile, viene invece citato quello di Cass. civ., sez. un., n. 895 del 16 gennaio 2018, sul quale *infra* § III, ultimo cpv.);
- g) nel caso di specie, la decadenza dall'aggiudicazione è stata applicata dall'amministrazione, senza neppure richiamare la norma (eventualmente, anche del capitolato speciale) che prevedeva un simile potere, ma semplicemente adducendo l'inadempimento commesso dalla ditta affidataria; in particolare, il contrasto intervenuto tra le parti, nella fase di anticipata esecuzione, ineriva alla corretta esegesi della *lex specialis* in punto di contenuto da assegnare al contratto di appalto, aspetto sul quale l'amministrazione “non aveva poteri autoritativi”, con conseguente pariteticità del rapporto tra le parti e configurazione dell'atto di decadenza come “atto dichiarativo di un'intervenuta risoluzione per inadempimento”. Precisano qui le Sezioni unite che comunque, anche qualora la fattispecie non fosse stata quella di un'anticipata esecuzione, ma fosse stata, più semplicemente, una contesa tra le parti in ordine al contenuto che avrebbe dovuto assumere il contratto secondo la *lex specialis*,

ebbene la giurisdizione sarebbe stata ugualmente appannaggio del giudice ordinario perché, una volta intervenuta l'aggiudicazione, tra le parti sorge già un "vincolo" (come si evince dallo stesso art. 11, comma 9, secondo periodo, del d.lgs. n. 163 del 2006, dove si dice *"Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto"*) che imposta il rapporto nei binari della pariteticità iscrivendolo nell'ambito delineato dall'art. 1337 c.c., ossia della norma che disciplina la responsabilità precontrattuale per recesso dalle trattative (viene qui richiamato il precedente di Cass. civ., sez. un., n. 10413 del 27 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 3693 ss., che ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario in un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della p.a. per violazione dei principi di correttezza e di buona fede nelle trattative);

- h) conclusivamente, nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario sull'atto di decadenza dall'aggiudicazione, le Sezioni unite stabiliscono, altresì, che *"la giurisdizione si estende ai due ricorsi per motivi aggiunti"* (con i quali era stata impugnata l'aggiudicazione alla seconda classificata in graduatoria), *"poiché essi concernono situazioni dipendenti dalla cognizione dell'oggetto del ricorso originario"*.

II. – L'affermazione centrale della pronuncia in rassegna – ossia che le *"procedure di affidamento"*, cui si riferisce la norma sulla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm., abbraccia la sola fase procedimentale che arriva fino all'atto di aggiudicazione definitiva, senza riguardare la fase che va dall'aggiudicazione alla stipula del contratto – non appare in linea con la giurisprudenza, anche recente, delle stesse Sezioni unite secondo la quale (come la stessa pronuncia rammenta) la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si configura pure, in generale, *"nella fase compresa fra l'aggiudicazione e la stipula (rectius: l'efficacia) del contratto"*:

- i) si veda, in proposito:

- ii) la recente ordinanza delle Sezioni unite, n. 8721 del 9 aprile 2018 (in *Guida al dir.*, 2018, 35, 58), secondo cui spettano al g.a., *"nei contratti ad evidenza pubblica, le questioni insorte nella fase anteriore all'aggiudicazione nonché in quella intermedia, ove prevista, fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto"*, e tale giurisdizione *"trova il proprio fondamento nel rilievo attribuito, in tali periodi, alla preminenza della posizione della p.a., dotata di poteri di natura pubblicistica"* (con tale pronuncia, comunque, le Sezioni unite hanno ritenuto che il criterio di riparto appena menzionato *"si rivela, tuttavia, inadeguato nell'ipotesi in cui, come nella specie, abbia avuto"*

*luogo l'esecuzione anticipata del contratto e la controversia sia relativa all'inesatto adempimento delle relative prestazioni": in tale ipotesi "non viene in considerazione l'esercizio di prerogative pubblicistiche da parte della stazione appaltante, ma una controversia che, avuto riguardo alla matrice negoziale dell'esecuzione anticipata e, quindi, alle posizioni paritetiche assunte dalle parti, coinvolge non già violazioni di regole dell'azione amministrativa, bensì diritti soggettivi inerenti a un rapporto di natura privatistica, riservato alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario");*

- i2) la meno recente decisione del 10 aprile 2017, n. 9149 (inedita), in cui le Sezioni unite hanno mostrato di intendere il riparto di giurisdizione in modo diverso da quanto è sostenuto nell'ordinanza oggetto della presente rassegna: in tale occasione, infatti, si è ribadito (con richiamo ad altri precedenti) che *"rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto"*, individuando, quindi, proprio nella stipulazione del contratto (e non nell'aggiudicazione) il momento-spartiacque della giurisdizione.

III. – La giurisprudenza amministrativa, in generale, sembra seguire un percorso più lineare: si prenda, ad esempio, la ricostruzione di Cons. Stato, sez. V, sentenza 25 novembre 2015, n. 5356 (in *Quotid. giur.*, 2015, con nota di GAVIOLI) che – a margine di una controversia concernente una domanda di declaratoria di nullità o inesistenza del rapporto contrattuale (per contrasto della forma, in concreto utilizzata per la conclusione del rapporto, rispetto alle prescrizioni della *lex specialis*) – ha così riepilogato i casi di sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, *"a mente del combinato disposto degli artt. 11, commi 7, 9 e 13, codice dei contratti pubblici, e 133, co. 1, lett. e), nn. 1 e 2, c.p.a."*:

- j) nel settore dell'attività negoziale della pubblica amministrazione e, in particolare, in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti prima dell'aggiudicazione della gara (compresi tra tali atti anche quelli di autotutela pubblicistica, pur se dopo la conclusione del contratto), e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la conclusione del contratto, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; mentre le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto (salvo quelle, tassativamente indicate, relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione prezzi e ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi) rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria;

- k) appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, essendosi la fattispecie svolta ed esaurita tra l'originaria aggiudicazione e la stipula del contratto, la controversia introdotta dall'aggiudicatario decaduto per ottenere l'accertamento del preteso inadempimento dell'ente agli obblighi contrattuali e la sua condanna alla restituzione delle cauzioni versategli, oltre accessori, nonché al risarcimento del danno asseritamente patito nel corso della trattativa precontrattuale; in tali casi, infatti, alla deliberazione di aggiudicazione dell'appalto non segue la stipula della convenzione di disciplina tra le parti, bensì, all'esito di una fase interlocutoria volta alla eventuale rinegoziazione dell'oggetto dell'instaurando rapporto, la decadenza dalla stessa aggiudicazione;
- l) la cognizione degli atti autoritativi emessi in sede di autotutela – conformemente allo schema disegnato dagli artt. 75 e 113 del d.lgs. n. 163 del 2006, in forza del quale, ai fini dell'incameramento della cauzione provvisoria, va considerato "fatto dell'aggiudicatario" sia il recesso volontario dalle trattative sia il difetto dei requisiti che preclude la stipula, imponendo la caducazione dell'aggiudicazione – appartiene alla cognizione del giudice amministrativo.

La pronuncia appena richiamata del Consiglio di Stato appare particolarmente significativa perché, proprio giudicando su di essa e confermandola, le Sezioni unite hanno ribadito, di recente, i *“principi più volte affermati da queste Sezioni Unite ed ormai consolidatisi, cui si è correttamente conformato il Consiglio di Stato”*, ovvero che, secondo gli insegnamenti della sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa cioè alla cognizione anche dei diritti soggettivi, può configurarsi solo *“in un’area di rapporti nella quale la pubblica amministrazione agisce attraverso poteri autoritativi, ovvero si avvalga della facoltà riconosciuta dalla legge di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 11”*: il che, nell'attività di diritto privato della p.a., *“si verifica soltanto nella fase della formazione della sua volontà, nonché di scelta del contraente privato, che non è libera, ma si snoda attraverso una serie di atti procedimentali caratterizzati dall’esercizio di poteri discrezionali e vincolati, i quali hanno normalmente inizio con la determinazione di contrarre e si concludono (nell’appalto di opere o servizi, che qui interessa) con la stipula del contratto”*, con esplicita riconferma, quindi, che il momento spartiacque della giurisdizione è la stipula del contratto e non l’aggiudicazione (Cass. civ., sez. un., ordinanza 16 gennaio 2018, n. 895, inedita).

E’ interessante notare che, secondo l’ordinanza n. 24411 (qui in rassegna), questa decisione n. 895 del 2018 non sarebbe annoverabile tra quelle ivi definite *“non condivisibili”*, in quanto essa *“ha rilevato la giurisdizione del giudice ordinario su una controversia relativa alla contestazione della stessa avvenuta conclusione del contratto”* (cfr. par. n. 8 dell’ordinanza n. 24411, penultimo capoverso: come a dire, si trattava di una fattispecie particolare, tale da

fuoriuscire dai consueti arresti giurisprudenziali); tuttavia, c'è in contrario da osservare che il tenore della decisione n. 895 del 2018 appare significativamente di ampio respiro, auto-collocandosi essa – per espressa affermazione – proprio nella continuità dell'orientamento della Corte regolatrice che estende la giurisdizione esclusiva del g.a. fino al momento della stipula del contratto.

IV. – Sintetizzando lo stato dell'arte sul riparto di giurisdizione in relazione alle varie fasi delle procedure pubblicistiche di affidamento di contratti, si osserva quanto segue:

m) giurisdizione sulla domanda basata sulla mancanza, in radice, di una procedura di affidamento che si assume, invece, dovuta. Sul punto si evidenziano le conclusioni cui è pervenuto Cons. Stato, sez. V, sentenza 9 luglio 2015, n. 3460 (inedita), secondo cui:

m1) "spetta al giudice amministrativo il compito di stabilire la legittimità del metodo di scelta del contraente e del mancato utilizzo del procedimento di evidenza pubblica;

m2) "la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (prevista dall'art. 133, co. 1, lettere c) ed e), n. 1, c.p.a.), sussiste anche quando si lamenti che da parte dell'amministrazione è mancata una procedura di affidamento dovuta, ossia, vi sia stato un affidamento a trattativa privata fuori dai casi consentiti" (il Collegio, in particolare, ha qui richiamato i "*consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza*" tratti, nello specifico, da: Cass. civ., sez. un., 22 aprile 2013, n. 9689, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013; Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19502; sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2638, in *Dir. e giust.*, 2006, 12, 16; Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2011, n. 6942; Cons. Stato, Sez. IV., 5 aprile 2006, n. 1789 – deve rimarcarsi, peraltro, che la fattispecie decisa afferiva, nello specifico, alla fase esecutiva di una concessione di opera e di servizio pubblico, trattandosi dell'impugnazione di una variante che affidava la realizzazione di un termovalorizzatore nell'ambito del preesistente sistema integrato di smaltimento dei rifiuti solidi urbani già oggetto di precedente convenzione a suo tempo stipulata con la società ricorrente);

n) giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale. Anche in questo ambito è registrabile un certo andamento ondivago delle Sezioni unite:

n1) secondo la già citata Cass. civ., sez. un., n. 10413 del 2017, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie concernenti la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante per recesso ingiustificato dalle trattative *ex art. 1337 c.c.* (nell'ipotesi in cui la p.a. abbia ingenerato, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in

ordine alla conclusione del contratto); ciò in quanto, secondo il consolidato orientamento della Cassazione, l'amministrazione agisce in tal caso *iure privatorum*, senza che possano assumere rilevanza (al fine di spostare la giurisdizione) le ragioni che avrebbero indotto l'amministrazione ad interrompere le trattative; analogamente, Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636 (in *Giur. it.*, 2015, 1963, con nota di G. RACCA – S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*); in senso contrario, nella giurisprudenza amministrativa, si segnala invece T.a.r. per la Toscana, sez. I, sentenza 5 marzo 2014, n. 418 (in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1678, con nota di F. GEUNA, *La responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici sussiste solo in caso di legittimo affidamento*, che richiama, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2008, 2990), secondo la quale il giudizio sulla responsabilità precontrattuale della p.a. richiede di *“valutare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa poiché non viene in rilievo alcun bilanciamento di interessi; ciò che si deve verificare è invece se l'amministrazione si sia comportata da corretto contraente, senza ingenerare falsi affidamenti in terzi e rispettando legittimi affidamenti comunque creati”*, con la conseguenza per cui si tratta *“di un giudizio su un diritto soggettivo che il giudice amministrativo è competente a conoscere in ragione dell'esclusività della sua giurisdizione in tema di procedure di affidamento dei contratti pubblici (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1] c.p.a.;*

- n2) Cass. civ., sez. un., ordinanza 29 maggio 2017, n. 13454 (in *Corr. giur.*, 2017, 1011), che ha invece affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in una fattispecie (sempre concernente la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione) in cui, dopo l'aggiudicazione della gara, non si era mai giunti alla stipulazione del contratto, essendosi solo aperta una fase di provvisoria esecuzione poi conclusasi per effetto della deliberazione di annullamento in autotutela della già dichiarata aggiudicazione (per carenza di copertura finanziaria); secondo la Corte regolatrice, proprio perché il contratto di appalto non era mai stato stipulato, *“si è rimasti nella fase di quel procedimento ad evidenza pubblica connotato da una mera aggiudicazione seguita da annullamento in autotutela”*, con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In tale occasione le Sezioni unite hanno ribadito che *“nelle procedure ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima*

*dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella successiva fase contrattuale riguardante l'esecuzione del rapporto la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario"* (affermazione, invece, come visto, sconfessata dall'ordinanza qui in rassegna), precisando poi, significativamente, quanto segue: *"Il legislatore del 2000 così come quello del cod. proc. amm. (art. 133) prevedono la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica, ovvero sia le pretese di sostanziale responsabilità precontrattuale. Si realizza, infatti, quella situazione d'interferenza tra diritti e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo, [...] riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o, come nella specie, nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto"* (in senso conforme, è richiamata Cass. civ., sez. un., 23 luglio 2013, n. 17858, in *Dir. e giust.*, 24 luglio 2013, con nota di A. PAGANINI, *Competenza esclusiva del giudice amministrativo nelle procedure di evidenza pubblica e sino alla stipula dei singoli contratti*; 21 aprile 2016, n. 8057, in *Foro amm.*, 2016, 1144);

- n3) Cass. civ., sez. un., ordinanza 4 luglio 2017, n. 16419 (in *Guida al dir.*, 2017, 39, 48, nonché oggetto della [News US 14 luglio 2017](#)), secondo cui *"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 aggiudicatrici per condotte asseritamente fraudolente realizzatesi nella fase di affidamento dei lavori e per il conseguente ritardo nell'esecuzione dei lavori"* (si trattava, nella specie, di un caso di responsabilità precontrattuale a danno di una stazione appaltante, pur sempre *"nella fase di affidamento di lavori edili"*). Qui la Corte regolatrice, nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario, ha ragionato in analogia a quanto accade nelle situazioni speculari, *"quelle, cioè, nelle quali è il privato ad invocare tutela risarcitoria precontrattuale nei confronti della P.A."*, situazioni per le quali – si afferma – *"non si è mai dubitato, da parte di questo giudice di legittimità, 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”);*

- n4) T.a.r. per la Lombardia, sez. III, sentenza 12 ottobre 2018, n. 2267, secondo cui *“La domanda risarcitoria proposta in via riconvenzionale dall’Amministrazione, facendo valere la responsabilità precontrattuale del privato per i danni da essa sofferti in conseguenza del coinvolgimento in trattative rivelatesi inutili - avendo partecipato ad una gara senza verificare, alla stregua di elementi che dovevano già essere conosciuti o conoscibili, la propria possibilità di impegnarsi contrattualmente - si colloca al di fuori della giurisdizione del giudice adito, rientrando in quella del giudice ordinario”;*
- o) giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno nell’ambito delle concessioni di beni pubblici o di servizi pubblici. Per queste controversie, come è noto, sussiste la giurisdizione esclusiva del g.a., con il solo limite delle *“controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi”*, a norma dell’art. 133, comma 1, lett. b), c), cod. proc. amm.). Si segnala, di recente:
- o1) Cass. civ., sez. un., ordinanza 30 marzo 2018, n. 8035 (in *Guida al dir.*, 2018, 30, 37 ss.), secondo cui *“Qualora un comune si avvalga dell’opera di un privato in relazione all’illuminazione votiva di un cimitero municipale, il relativo rapporto concreta una concessione di pubblico servizio, con conseguente devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie concernenti il rapporto concessorio, la sua cessazione, nonché eventuali richieste di risarcimento ad esso collegate, qualora esse pongano in discussione aspetti implicanti l’esercizio di potestà pubbliche o, comunque, ad esse riconducibili”* (nella specie, la Corte regolatrice ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda con cui il privato chiedeva l’accertamento dell’avvenuto rinnovo tacito della concessione, per dedotta inidoneità di una mera *“comunicazione del sindaco”* volta a far cessare il rapporto, nonché su quelle afferenti al pagamento di un indennizzo a seguito della successiva intervenuta risoluzione anticipata dal contratto, ovvero, in subordine, in caso di ritenuta tempestività della disdetta, di quelle risarcitorie conseguenti, anche, alla mancata rivalutazione dei canoni, in quanto aventi tutte quale presupposto la verifica dell’esercizio di poteri discrezionali della p.a.);
- o2) diverso è lo scenario per le concessioni di lavori pubblici, ambito nel quale, secondo Cass. civ., sez. un., ordinanza 31 gennaio 2017, n. 2482 (in *Giust. civ. - Mass.*, 2017), il giudizio risarcitorio conseguente ad un inadempimento dell’amministrazione concedente spetta alla

giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di controversia relativa alla fase di esecuzione del contratto: *“La controversia avente ad oggetto la risoluzione, per inadempimento del comune committente, di una convenzione relativa alla costruzione di un impianto sportivo (peraltro in larga parte già eseguita), con conseguente richiesta di risarcimento del danno, appartiene alla giurisdizione ordinaria, attenendo alla fase privatistica di esecuzione del rapporto concessorio, successiva all’aggiudicazione”*. E’ interessante qui notare che le Sezioni unite hanno ribadito (mediante richiamo al precedente di cui all’ordinanza n. 391 dell’11 gennaio 2011, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 495) che, in linea generale, il momento spartiacque della giurisdizione, nelle procedure aventi ad oggetto la conclusione di contratti della p.a., è la stipula del contratto: *“Nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della p.a. spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa [...]. La giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti [...], diviene pienamente operativa nella successiva fase contrattuale afferente l’esecuzione del rapporto, fase aperta dalla stipula, nella quale si è entrati a seguito della conclusione - con l’aggiudicazione - di quella pubblicistica [...]. Sicché è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire l’altro spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria”*;

- o3) conforme a questo indirizzo è Cons. Stato, sez. IV, sentenza 28 ottobre 2016, n. 4539 (inedita), secondo cui, premesso che *“le controversie afferenti alla fase di esecuzione di un contratto sono devolute, salvo tassative eccezioni – non ricorrenti nel caso di specie – stabilite dall’art. 133, co. 1, lett. e), nn. 1 e 2, alla giurisdizione del giudice ordinario”*, rientra nella *“giurisdizione del Giudice Ordinario la controversia relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la ristrutturazione di un complesso immobiliare destinato ad area termale, nonché l’affidamento in gestione al concessionario dell’offerta al pubblico degli impianti e servizi relativi, previa corresponsione al comune di un canone annuo, non avendo rilievo la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell’opera (o di costruzione e gestione congiunti), sussistendo piuttosto l’unica categoria della concessione di lavori pubblici, nella quale la gestione funzionale ed economica dell’opera non costituisce più un*

*accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario”;*

p) giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto il diniego di approvazione del contratto.

p1) Secondo T.a.r. per la Toscana, sez. II, sentenza 31 agosto 2011, n. 1351, *“dovendosi escludere che la P.A. disponga del potere di esercitare i propri poteri di autotutela direttamente sul contratto stipulato e, comunque, di influire in modo unilaterale-autoritativo sull’efficacia dello stesso, ha natura paritetica l’atto mediante il quale una pubblica amministrazione dichiara l’inefficacia di un contratto da essa stipulato avuto riguardo al sopravvenuto diniego di approvazione del contratto stesso: la controversia avente ad oggetto l’impugnazione di tale atto appartiene, pertanto, alla giurisdizione del giudice ordinario nell’ambito dell’accertamento, fra le parti contrattuali, dell’esistenza di eventuali cause di inefficacia del negozio e dell’attualità dei rispettivi diritti ed obblighi”;* sul punto, come visto, l’ordinanza delle Sezioni unite n. 24411 del 2018 (qui in rassegna: cfr. il precedente punto c) ritiene sussistente l’ordinario criterio di riparto, basato sulla situazione soggettiva (diritto o interesse legittimo) fatta valere;

q) giurisdizione sulle controversie insorte successivamente alla stipula del contratto. In generale, appare pacifica, nella giurisprudenza della Corte regolatrice, l’affermazione per cui, 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:

q1) Cass. civ., sez. un., ordinanza 18 novembre 2016, n. 23468 (in *Foro amm.*, 2017, 17, nonché oggetto della News US 29 novembre 2016): in tale occasione le Sezioni unite – nel precisare che permane, comunque, la giurisdizione del giudice amministrativo, secondo le ordinarie regole di riparto, tutte le volte in cui l’amministrazione committente eserciti poteri autoritativi, attraverso provvedimenti espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si attegga a interesse legittimo – hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario per la controversia, promossa dalla concessionaria del ramo di azienda, volta ad 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: si tratta, infatti, di situazione che si colloca nella fase esecutiva del contratto, quindi al di fuori del raggio

d'applicazione della giurisdizione esclusiva *ex art. 133, comma 1, lett. e)*, n. 1, cod. proc. amm., non venendo, inoltre, in rilievo l'esercizio di poteri discrezionali;

- q2) anche la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere la giurisdizione del giudice ordinario qualora si faccia questione di diritti discendenti dal contratto (già stipulato) di appalto; Cons. Stato, sez. III, sentenza 18 dicembre 2015, n. 5778 (in *Urb. e appalti*, 2016, 435, con nota di D'ANGELO), ha affermato la giurisdizione del g.o. su un atto di "revoca" (*recte*: recesso) dal contratto, giustificato da fatti sopravvenuti dopo la sua conclusione, che la parte assumeva essere stato adottato in carenza di potere;
- q3) si veda in tema lo studio dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione Rel. n. 170 Roma, 28 settembre 2012;
- r) giurisdizione sull'inefficacia del contratto e sulle conseguenti azioni restitutorie:
- r1) Cass. civ., sez. un., 5 maggio 2017, n. 10935 (in *Giust. civ.- Mass.*, 2017) secondo cui va affermata *"la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a conoscere non solo della controversia inerente alla legittimità della revoca del bando di gara d'appalto ed alla conseguente efficacia del contratto, ma anche di quella volta ad ottenere il pagamento del corrispettivo"*: invero, – hanno precisato le Sezioni unite – *"benché atto successivo alla stipula del contratto d'appalto, la revoca involge pur sempre il legittimo esercizio, da parte della p.a., di poteri autoritativi incidenti sul rapporto contrattuale, e la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento non può non riguardare anche gli atti di secondo grado, ossia quelli incidenti su provvedimenti assunti nell'ambito delle suddette procedure (quali, appunto, gli atti di ritiro) e le relative conseguenze"*;
- r2) in precedenza, cfr. soprattutto Cass. civ., sez. un., ordinanza 8 agosto 2012, n. 14260 (in *Urb. e appalti*, 2013, 24, con nota di FANTINI), la quale, all'esito di un *excursus* delle ipotesi nelle quali il giudice amministrativo ha il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto, ha così motivato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo per la controversia concernente l'inefficacia del contratto conseguente all'annullamento (in autotutela) di un affidamento disposto in via diretta, laddove tale annullamento sia stato confermato, in sede giurisdizionale, da una sentenza dello stesso giudice amministrativo passata in giudicato: *"Così, se è previsto che la giurisdizione del giudice amministrativo ricorra quando si tratti di dichiarare l'inefficacia del contratto"*

*a seguito dell'annullamento della aggiudicazione (art. 133, comma 1, lett. e), ad eguale conclusione deve giungersi anche nella situazione - di gran lunga più grave - in cui la inefficacia del contratto consegue all'annullamento di un affidamento diretto, senza alcuna previsione di gara, in violazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici. Nel caso in esame, va, in particolare, sottolineato che vi è una sentenza passata in giudicato del giudice amministrativo che ha confermato il provvedimento di annullamento emesso dalla pubblica amministrazione. Per effetto di tale pronuncia si consolida l'effetto dell'annullamento emesso in sede di autotutela. In questo contesto riconoscere la giurisdizione del giudice civile sul contratto, oltre a contraddire i principii comunitari indicati, comporterebbe il duplice, pernicioso effetto di moltiplicare i procedimenti e di porre le condizioni per un possibile conflitto di pronunce. La conclusione cui deve necessariamente giungersi è, allora, che, se è vero che la norma testualmente non prevede il caso, in quanto limita il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle ipotesi di inefficacia del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, è altrettanto vero che non ci si deve fermare al solo criterio ermeneutico testuale in quanto, in base all'art. 12 preleggi, questo deve essere integrato dal criterio della ratio legis";*

- r3) con la pronuncia di cui alla lettera che precede le Sezioni unite sono giunte ad affermare la giurisdizione del g.a. "anche in ordine alle domande di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa, proposte dall'attuale ricorrente nel giudizio di merito": ciò, in quanto, "Ai sensi del d.lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le 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. Ora, l'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda di dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto - per le ragioni già evidenziate - postula, inevitabilmente, che le domande conseguenti ad una tale declaratoria debbano essere conosciute dallo stesso giudice al quale è riconosciuta la giurisdizione sul contratto. Le domande di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa, infatti, si presentano come effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di inefficacia (o nullità) de

*contratto di fornitura. E se le controversie di natura risarcitoria rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi del d.lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, a maggior ragione, un tale riconoscimento meritano quelle restitutorie che, non solo sono connesse, ma sono strettamente conseguenti alla declaratoria d'inefficacia del contratto. D'altra parte, la soluzione del problema deriva da un evidente argomento logico (cd. argomento a fortiori): se la giurisdizione esclusiva si applica alle questioni legate da connessione indiretta ed eventuale alla declaratoria d'inefficacia del contratto, a maggior ragione deve applicarsi a quelle connesse direttamente, cioè conseguenti. Ed una tale conclusione s'impone anche sulla base dei principii di concentrazione dei processi e di effettività della tutela" (sui rilevanti aspetti in punto di spostamento di giurisdizione per connessione, evidenziati da questa pronuncia, si tornerà anche infra, § z3);*

- r4) Cons. Stato, sez. VI, sentenza 21 maggio 2014, n. 2624 (in *Foro amm.*, 2014, 1456), secondo cui è devoluta alla giurisdizione amministrativa la declaratoria di inefficacia del contratto *"quale conseguenza immediata e diretta dell'annullamento dell'aggiudicazione (si tratta di un corollario del principio di concentrazione delle tutele che ha trovato una coerente declinazione normativa dapprima nell'art. 7 del d.lg. 20 marzo 2010 n. 53 e, successivamente, nell'art. 133 c. proc. amm.)*. Si deve, tuttavia, ritenere che tale giustificazione sistematica resti limitata ai casi in cui fra l'annullamento dell'aggiudicazione e la perdita di efficacia del contratto sussista un rapporto di immediata presupposizione, nel senso che il secondo rappresenta conseguenza immediata e diretta del primo, sì da suggerire la richiamata conclusione quale corollario del principio di concentrazione. Al contrario, la medesima giustificazione non risulta applicabile alle diverse ipotesi in cui la richiesta perdita di efficacia del contratto di appalto rappresenterebbe una conseguenza solo mediata e indiretta dell'annullamento intervenuto in sede giurisdizionale e – circostanza dirimente – rappresenterebbe l'effetto di una pronuncia *resa inter alios"*;
- r5) per l'affermazione, invece, della giurisdizione del giudice ordinario, la già menzionata ordinanza n. 9149 del 2017 delle Sezioni unite, secondo cui *"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”;*

- r6) Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28342 (in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2012, 259), secondo cui *“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”;*
- s) giurisdizione sulla pretesa inadempienza della stazione appaltante in punto di esecuzione dell’appalto.
- s1) Per questa peculiare fattispecie, cfr. Cass. civ., sez. un., 23 novembre 2012, n. 20729 (in *Foro it.*, 2013, I, 1997), secondo cui *“Spetta all’autorità giudiziaria ordinaria la giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto le pretese inadempienze di un comune al contratto di appalto di un’opera pubblica, relative al ritardo nell’esecuzione dell’opera determinato da carenze strutturali del progetto esecutivo posto a base della gara d’appalto, e la condanna del comune al pagamento delle «riserve di contabilità» formulate dall’appaltatore”;* nella motivazione della decisione, peraltro, si legge ancora una volta che *“secondo l’orientamento consolidato di questa Corte in tema di contratti di opere pubbliche, mentre spetta al giudice amministrativo la cognizione di comportamenti e ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella ulteriore fase compresa tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nella successiva fase contrattuale afferente l’esecuzione del rapporto, nella quale invero i contraenti si trovano in posizione paritetica ed in cui le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto, cosicché è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire lo spartiacque tra le due giurisdizioni”;*
- t) giurisdizione su cessione del contratto d’appalto:
- t1) secondo Cass. civ., sez. un., 31 luglio 2018, n. 20347 (in *Giust. civ.- Mass.*, 2018), *“La controversia relativa alla validità e all’efficacia della cessione di un*

*ramo d'azienda conclusa tra l'aggiudicatario di un appalto pubblico ed un soggetto terzo, durante la fase di esecuzione dello stesso, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto l'atto con il quale la P.A. dà il suo nulla-osta al subentro del cessionario nell'esecuzione dell'appalto non ha natura autoritativa, ma è deputato a verificare, su basi di parità, che la vicenda soggettiva del rapporto integri uno dei casi in presenza dei quali, ai sensi dell'art. 116 del d.lgs. n. 163 del 2006, la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto”;*

- t2) T.a.r. per la Campania, sez. I, sentenza n. 4480 del 2016, secondo cui *“l'iter procedimentale finalizzato a consentire il subentro di un'impresa alla precedente affidataria dell'appalto, pur intervenendo, dal punto di vista dello sviluppo temporale, nella fase esecutiva del contratto, riveste una connotazione pubblicistica ed è caratterizzato da poteri valutativi discrezionali di tipo autoritativo del tutto simili a quelli esercitati dalla stazione appaltante durante la procedura di gara, finalizzati alla verifica del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria richiesti dal bando; [...] la posizione di diritto soggettivo connessa alla fase esecutiva del contratto, che esclude la giurisdizione del giudice amministrativo, è rinvenibile solo con riferimento alla posizione dell'originaria aggiudicataria, mentre con riguardo alla posizione della società cessionaria del ramo d'azienda che intende subentrare nel contratto stipulato dalla cedente, è rinvenibile una posizione di interesse legittimo che incardina la giurisdizione del giudice amministrativo, conseguendo a tale cessione del ramo d'azienda ed alla richiesta di subentro nel contratto una fase discrezionale finalizzata all'accertamento dei relativi presupposti, del tutto simile a quella di affidamento del servizio, a fronte della quale non sono rinvenibili posizioni di tipo paritetico”;*
- u) giurisdizione sull'escussione della cauzione provvisoria e/o definitiva:
- u1) T.a.r. per il Lazio, sez. staccata di Latina, sentenza 23 dicembre 2015, n. 858 (in *Foro amm.*, 2015, 3185), secondo cui *“Mentre le controversie circa la riscossione della cauzione definitiva rientrano, per pacifica giurisprudenza, nella giurisdizione del G.O., la questione del giudice deputato a decidere in ordine all'impugnativa dell'atto di escussione della cauzione provvisoria è stata risolta dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., che attribuisce al G.A. la giurisdizione esclusiva sulle controversie in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture; detta disposizione copre anche la fase che va dall'aggiudicazione alla stipula del contratto, in cui rientra la contestazione della determinazione di incamerare la cauzione provvisoria; inoltre, il carattere esclusivo della giurisdizione — che non si spiegherebbe, ove*

*la norma fosse riferita solo al procedimento di aggiudicazione — supera il problema della qualificazione della posizione soggettiva che viene in rilievo”;*

- u2) *contra*, T.a.r. per il Lazio, sez. II, sentenza 2 ottobre 2014, n. 10160 (in *Foro amm.*, 2014, 2637), secondo cui *“La condanna al pagamento della cauzione provvisoria per partecipare ad una gara d’appalto di lavori pubblici, riguarda un diritto soggettivo del ricorrente, indipendente dal procedimento di affidamento dei lavori, per cui non trova applicazione l’art. 6, l. n. 205 del 2000. La cognizione, pertanto, è del g.o.”;*
- v) per un caso particolare, concernente la giurisdizione su una controversia relativa alla stipulazione di contratti di derivati (c.d. *swaps*), si veda:
- v1) la decisione dell’Adunanza plenaria n. 13 del 2014 (in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 825, con nota di MASSERA, nonché in *Riv. neldiritto*, 2014, 1381, con nota di AIELLO), secondo cui *“Esula dalla giurisdizione del g.a. la controversia avente ad oggetto la deliberazione di Giunta regionale con la quale era stata parzialmente annullata d’ufficio, ai sensi dell’art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990 n. 241, una precedente autorizzazione alla stipulazione di contratti di derivati, cosiddetti swaps, laddove sia mancato un procedimento amministrativo di evidenza pubblica ‘a monte’ della stipula dei contratti di finanza derivata, finalizzato alla valutazione dei contenuti dei medesimi”;*
- v2) in continuità con la pronuncia della plenaria di cui al punto che precede ma con affermazioni di portata generale, si veda Cass. civ., sez. un., ordinanza, 23 ottobre 2014, n. 22554 secondo cui *“quando, però, l’amministrazione abbia inteso (non accertare essa stessa la nullità, bensì) annullare in via di autotutela atti qualificati come prodromici alla stipulazione di un contratto con controparti private, spetterà al giudice amministrativo decidere sulla legittimità dell’esercizio dell’autotutela solo a condizione che, come già sopra osservato, si sia in presenza di atti realmente prodromici rispetto alla successiva contrattazione, e non anche quando si tratti invece di atti dietro i quali si cela - per riprendere un’espressione adoperata dalla citata Ad. plen. n. 13 del 2014 - un “mero artificio che non impedisce di riconoscere che la materia del contendere ... è costituita non dal sindacato sulla legittimità di un atto d’imperio ma dal giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti”;* la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla legittimità dell’annullamento in via di autotutela, da parte dell’amministrazione, di atti definiti come prodromici rispetto alla successiva stipulazione di un contratto di diritto privato postula, d’altronde, che il vizio in conseguenza del quale la medesima amministrazione si è avvalsa del suo potere di autotutela attenga al modo in cui l’atto prodromico è stato posto in essere, o comunque sia

*esclusivamente ad esso proprio, non potendo viceversa costituire la mera proiezione di un vizio destinato in realtà ad inficiare la validità dello stesso contratto”;*

- v3) in precedenza, Cons. Stato, sez. V, sentenza 7 settembre 2011, n. 5032 (in *Foro it.*, 2012, III, 69 ss., con nota di A. TRAVI; *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 8-9, 825 nota di MASSERA, cui si rinvia per ogni approfondimento), secondo la quale, in particolare, *“La riconducibilità alla giurisdizione amministrativa della controversia relativa alla legittimità dell’esercizio concreto del potere di autotutela e alla sorte del contratto, in quanto vertente su interessi legittimi ed in quanto caratterizzata da una inestricabile commissione tra interessi pubblici e privati, implica l’irrelevanza della clausola contenuta nel contratto di swap che assoggetta detto contratto alla giurisdizione inglese. Ciò in forza dell’art. 4 l. 31 maggio 1995 n. 218, che riserva i diritti indisponibili alla giurisdizione italiana”;*
- w) giurisdizione sulla domanda risarcitoria proposta da un privato contro un altro privato relativamente alle procedure di affidamento di appalti:
- w1) si evidenzia la posizione assunta dalla Adunanza plenaria 12 maggio 2017, n. 2 (in *Foro it.*, 2017, III, 433, con nota di TRAVI; *Guida al dir.*, 2017, fasc. 24, 95, con nota di PONTE; *Corriere giur.*, 2017, 1252, con nota di SCOCA; *Nuovo notiziario giur.*, 2017, 684, con nota di GIANI, nonché oggetto della News US in data 16 maggio 2017, cui si rimanda per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), circa l’estensione e i limiti della giurisdizione del G.A. in materia risarcitoria (si trattava, in particolare, di decidere sulla domanda che la parte privata danneggiata dall’impossibilità di ottenere l’esecuzione in forma specifica del giudicato, che le aveva riconosciuto il bene della vita dell’appalto, proponga nei confronti dell’altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo). In tale occasione l’Adunanza plenaria, tra le altre cose, ha ricordato che, secondo le Sezioni unite, in base agli artt. 103 Cost. e 7 cod. proc. amm., *“il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparata; con la conseguenza che esula dalla sua giurisdizione la domanda di risarcimento del danno proposta da un privato contro un altro privato, ancorché connessa con una vicenda provvedimentale (nella specie, si trattava della domanda di risarcimento del danno contro il funzionario autore materiale del provvedimento illegittimo)”* (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanza 3 ottobre 2016, n. 19677). Nell’escludere che una simile controversia possa appartenere alla giurisdizione del giudice

amministrativo, l'Adunanza plenaria, in particolare, ha affermato che in senso contrario non possono di certo invocarsi ragioni di connessione, in quanto, *“salvo deroghe normative espresse, nell'ordinamento processuale vige il principio generale della inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione”* (in termini cfr. Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2013, n. 9534; 7 giugno 2012, n. 9185);

w2) l'orientamento da ultimo richiamato è particolarmente interessante se applicato alla fattispecie decisa dall'ordinanza n. 24411 del 2018 (qui in rassegna), in cui, quasi con un *obiter dictum* (proprio nella parte finale), le Sezioni unite ammettono che la giurisdizione del giudice ordinario possa pure estendersi all'atto di aggiudicazione (con deroga, quindi, della giurisdizione esclusiva che la legge rimette al giudice amministrativo), almeno tutte le volte in cui tale atto sia adottato dalla stazione appaltante all'esito dello scorrimento della graduatoria, una volta comminata la decadenza per inadempimento nei confronti del primo classificato (originario affidatario). In tal modo, all'evidenza, viene avallato un caso di spostamento della giurisdizione per connessione, posto che le Sezioni unite lo giustificano richiamando un presunto rapporto di *“dipendenza”* di tale aggiudicazione rispetto alla precedente decadenza (letteralmente le Sezioni unite, al par. n. 10, dopo aver affermato *“la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia introdotta con il ricorso originario al t.a.r. catanese”*, avente ad oggetto l'atto di decadenza, di seguito aggiungono: *“La giurisdizione si estende ai due ricorsi per motivi aggiunti [aventi ad oggetto la successiva aggiudicazione all'impresa seconda classificata, n.d.r.], poiché essi concernono situazioni dipendenti dalla cognizione dell'oggetto del ricorso originario”*);

w3) a conclusione opposta, nel senso cioè dell'attrazione per connessione (semmai) al giudice amministrativo, e non al giudice ordinario, si è in passato pronunciata proprio la giurisprudenza delle Sezioni unite: si veda l'ordinanza n. 14260, dell'8 agosto 2012, cit., in cui, nel richiamare altri precedenti conformi della stessa Corte regolatrice, si è (come già visto *supra*: § r1) affermata *“la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 244 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, in ordine alle domande di dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto di fornitura alla p.a., nonché di ripetizione di indebito e di arricchimento senza causa, conseguenti all'annullamento in autotutela, confermato in sede giurisdizionale, delle deliberazioni di affidamento diretto, senza indizione di gara, attuato in violazione delle norme comunitarie e nazionali, imponendo*

*tanto il medesimo diritto comunitario quanto il vigente sistema interno la trattazione unitaria delle domande di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto concluso per effetto dell'illegittima aggiudicazione, come anche delle domande restitutorie direttamente connesse alla declaratoria di inefficacia o di nullità del contratto stesso";*

- w4) giova rimarcare che, allo stato, quando la Corte regolatrice e l'Adunanza plenaria si sono pronunciati in via immediata e diretta sulla questione specifica, hanno tenuto fermo il principio consolidato secondo cui la connessione fra cause non sposta la giurisdizione; cfr. da ultimo e fra le tante: Ad. plen. n. 2 del 2017 cit.; Cass. civ. sez. un., 15 novembre 2016, n. 23228 (*Mass.*, 2016, 808); 3 ottobre 2016, n. 19617 ( in *Foro it.*, 2016, I, 3422); Ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *Foro it.*, 2014, III, 518).

V. – In dottrina, per un'ampia analisi del concetto e della possibile estensione della giurisdizione esclusiva del g.a. nelle "*procedure di affidamento*", ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm., con ampia casistica applicativa e ricostruzione dell'intero panorama dottrinario, si rimanda allo studio di R. De NICTOLIS, in *Il riparto di giurisdizione*, a cura di CARINGELLA – DE NICTOLIS – GAROFOLI – POLI, Milano, 2008, 522 ss., spec. 554 ss., della stessa autrice, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, 1990 ss. e 2001 ss.; *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 2352 ss. e 2418 ss.