



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

GUIDO RAIMONDI - Primo Presidente f.f. -
- Presidente di Sezione
FELICE MANNA -
LORENZO ORILIA - Consigliere -
ALBERTO GIUSTI - Consigliere -
CHIARA GRAZIOSI - Consigliere -
GIULIA IOFRIDA - Rel. Consigliere -
ANTONELLA PAGETTA - Consigliere -
FRANCESCO TERRUSI - Consigliere -
ROBERTA CRUCITTI - Consigliere -

RIC. CONTRO
DECISIONI DI
GIUDICI SPECIALI

Ud. 13/12/2022 - CC

R.G.N. 874/2022

Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 874-2022 proposto da:

(omissis) S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo
studio dell'avvocato (omissis), rappresentata e difesa
dall'avvocato (omissis);

- ricorrente -

contro



(omissis)

S.P.A. (già

(omissis)

s.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis) , che la rappresenta e difende;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 7217/2021 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 27/10/2021.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/12/2022 dal Consigliere GIULIA IOFRIDA.

FATTI DI CAUSA

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 7217/2021, pubblicata il 27/10/21, ha confermato la decisione di primo grado del TAR per la Toscana, che aveva accolto il ricorso proposto dalla (omissis) spa (Stazione appaltante) contro la società (omissis) srl (già aggiudicataria definitiva, nell'ottobre 2014, di appalto, ma successivamente dichiarata decaduta, con annullamento dell'aggiudicazione, nel febbraio 2015, ed esclusione dalla gara, per mancata consegna di tutta la documentazione amministrativa necessaria ai fini della stipulazione del contratto, provvedimenti amministrativi tutti oggetto di impugnazione da parte della società, respinta con sentenza del TAR del 2015, passata in giudicato, che ne aveva affermata la piena legittimità), al fine di ottenere la condanna della resistente al risarcimento dei danni derivati alla stazione appaltante dalla mancata stipula del contratto di appalto per il servizio di collegamento navetta dall'aerostazione dell'aeroporto di (omissis) fino al parcheggio degli autonoleggi ed al parcheggio di lunga sosta P4, essendo stato necessario procedere a nuova aggiudicazione alla seconda classificata nella gara (la (omissis) srl), sulla base delle condizioni economiche da questa proposte nella gara. In particolare, la



(omissis) srl era stata condannata dal TAR Toscana al pagamento in favore della (omissis) spa dell'importo di € 71.820,00, a titolo di risarcimento danni (per avere dovuto aggiudicare la gara ad un maggior costo e per il minore contenuto tecnico e valore qualitativo della prestazione della (omissis) srl), oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali.

Il Consiglio di Stato, con riguardo alle procedure ad evidenza pubblica, ex art.133, comma 1, lett.e) n. 1, c.p.a., ha affermato che, riguardando la controversia pacificamente diritti soggettivi, 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*». Si osserva, in sentenza, 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» .

Avverso la suddetta pronuncia, la (omissis) srl propone ricorso per cassazione, notificato il 23/12/2021, affidato a due motivi, nei confronti della (omissis) spa (che resiste con controricorso, notificato il 31/1/2022). Entrambe le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente lamenta: a) con il primo motivo, la violazione, ai sensi dell'art.111, comma 8, Cost., per difetto assoluto della giurisdizione amministrativa dovuto a mancanza di tutela giurisdizionale, non essendosi il Consiglio di Stato pronunciato su di un profilo, evidenziato in giudizio, relativo a questione di legittimità costituzionale sulla disparità di trattamento, tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il privato, nell'attivazione dell'azione risarcitoria conseguente alla mancata stipula del contratto di appalto, in quanto il privato subisce limitazioni nel *quantum* del danno liquidabile, ex art.30 c.p.a., tra il 10 ed il 5% del valore del contratto, in relazione al Codice n. 50/2016, applicabile nella specie; b) con il secondo motivo, la violazione, ai sensi dell'art.111, comma 8, Cost., dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, essendosi affermato che l'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di cui all'art.133 , comma 1, lett.e), del c.p.a., si estende anche ai comportamenti fonte di danno, lesivi dell'affidamento, intervenuti nella fase intermedia tra l'aggiudicazione (definitiva), da ritenersi, invece, momento conclusivo della procedura di affidamento dell'appalto, e la stipula del contratto pubblico (nella specie, mancata per sopravvenuta decadenza dell'aggiudicataria).



2. Preliminarmente, la controricorrente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, ex art.366 n. 1 c.p.c., per difetto di legittimazione attiva della ricorrente, la nullità del ricorso e della procura speciale, in quanto proposto da un soggetto, la « (omissis) srl», non più esistente dal 29/10/2020, dopo la proposizione dell'appello ma prima della proposizione del presente ricorso per cassazione, essendosi la società trasformata in una società per azioni e sussistendo anche dubbi circa l'individuazione della parte ricorrente, con riferimento alla sede legale indicata in ricorso (omissis), esistendo più di una società con tale nome (« (omissis) srl») anche nella provincia di (omissis).

L'eccezione è infondata.

Quanto alla trasformazione del tipo di società (da società a responsabilità limitata a società per azioni), essa notoriamente non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di uno nuovo in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale comporta soltanto una variazione di assetto e di struttura organizzativa, senza incidere sui rapporti processuali e sostanziali facenti capo all'originaria organizzazione societaria (Cass. n. 10332/2016; Cass. n. 23575/2017; Cass. n. 23030/2020).

Quanto all'incertezza nell'individuazione del soggetto ricorrente, è sufficiente rilevare che nel ricorso sono stati indicati la sede legale (in (omissis)) codice fiscale e partita IVA.

Questa Corte (Cass. n. 5057/2021) da ultimo ha ribadito che « *in tema di ricorso per cassazione, l'errata indicazione del codice fiscale del ricorrente nella procura speciale rilasciata al difensore non ne provoca la nullità, restando esclusa una insuperabile incertezza sull'identità di colui che abbia conferito il mandato, comunque deducibile dai dati anagrafici riportati nell'atto difensivo e nella stessa procura speciale*». Nella specie, tale insuperabile incertezza sulle parti del giudizio e sulla parte ricorrente, nello specifico, non sussiste.



3. La seconda censura, di rilievo pregiudiziale, attinente propriamente alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, è fondata.

Assume la ricorrente che il Consiglio di Stato abbia errato nel sovrapporre i provvedimenti amministrativi adottati nell'ambito di esercizio dei poteri di autotutela con quelli privatistici derivanti dal comportamento delle parti nelle fasi precontrattuali, tanto da attrarre anche questi ultimi e la conseguente controversia in materia di risarcimento del danno, quale quella, nel presente giudizio, promossa dalla Stazione appaltante nella procedura ad evidenza pubblica, alla giurisdizione esclusiva amministrativa. La ricorrente evidenzia come la pretesa risarcitoria di (omissis) si fondi essenzialmente sulla violazione di obblighi di buona fede e correttezza da parte della (omissis), aggiudicataria definitiva, per non avere fornito tutta la documentazione richiesta, e quindi su di un comportamento precontrattuale illecito che ha impedito la stipula del contratto.

Nella sentenza impugnata del Consiglio di Stato n. 7217, si è osservato che: a) 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 perché 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, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.»; b) si doveva dare seguito alla propria giurisprudenza che interpreta l'art.133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., riferendo l'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva a tutte le fasi della procedura di gara ad evidenza pubblica, comprendendovi quella successiva all'aggiudicazione, prima della stipulazione del contratto, ed ascrivendo alla propria cognizione le controversie concernenti anche le conseguenze risarcitorie derivanti dall'annullamento e dalla revoca dell'aggiudicazione, in esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione (Cons. St., Ad.plen., 4 maggio 2018 n. 5; Cons. St. , V, 28 gennaio 2019, n. 697), ovvero dal provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione (Cons. St. , V, 23 febbraio 2015 n. 844; Cons. St. , III, 31 agosto 2016, n. 3755; Cons. St. , V, 29 luglio n. 2019 n. 5354 e Cons. St., 2 agosto 2019, n. 5498; Cons. St., 31 dicembre 2020 , n. 8546); c) invero, trattandosi di giurisdizione esclusiva, la cognizione deve essere estesa alle controversie risarcitorie, riguardante atti ma anche comportamenti «come è tipico per le fattispecie che vengono ricondotte ad 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 per quelle che vengono ricondotte ad ipotesi di c.d. responsabilità precontrattuale di quest'ultimo, quando la mancata stipulazione del contratto sia imputabile al privato aggiudicatario», in quanto «nell'un caso e nell'altro si tratta di giurisdizione esclusiva estesa a posizioni di diritto soggettivo» e tali controversie risarcitorie, attinenti indifferentemente alla lesione di diritti soggettivi e di interessi legittimi, lungi dall'essere solamente «occasionate» dalla procedura di evidenza pubblica, «trovano in questa la loro ragion d'essere, in quanto si originano dalla caducazione di un atto della serie procedimentale pubblica, disposta dall'amministrazione nell'esercizio dei poteri di



autotutela riconosciuti dalla legge»; d) nel caso in esame, l'annullamento dell'aggiudicazione e l'esclusione dalla gara della società (omissis) da parte di (omissis) sono stati disposti per la mancata allegazione di documentazione necessaria ai fini di validare l'aggiudicazione, per procedere alla stipula del contratto, e dalla caducazione dell'aggiudicazione è scaturita l'azione risarcitoria per i danni sofferti dalla Stazione appaltante per il mancato esito fisiologico della procedura, con conseguente ritenuta sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva, che include anche la controversia risarcitoria, autonomamente instaurata dalla Stazione appaltante.

3.1. Il riordino della disciplina del processo amministrativo si è avuto con l'emanazione del d.lgs. 104/2010 (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 mediatamente 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'articolo 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 (lett.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 secondo comma, 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. 163/2006, 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 successivo Codice (d.lgs. 50/2016) 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 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 c.d. «*consolidamento della scelta del contraente*», improntata alla verifica del possesso dei requisiti ed all'esercizio dei poteri di autotutela.

3.2. Si deve anzitutto rammentare che riguardo all'art. 103 Cost., laddove esso prevede la giurisdizione esclusiva «*in particolari materie indicate dalla legge*», la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale identifica i criteri che legittimano tale giurisdizione in riferimento esclusivo alle materie prescelte dal legislatore ed all'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004). Di conseguenza, ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla giurisdizione amministrativa, è necessario che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse, che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di «*blocchi di materie*», ma di materie determinate e che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio (sentenza n. 35 del 2010).

3.3. Dovendosi necessariamente esaminare 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, si osserva quanto segue.

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, comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a., 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. Sez. Un., ord. 8 luglio 2015, n. 14188, nonché Cass. Sez. Un., 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. Sez. Un., ord. 29 gennaio 2018, n. 2144 e Cass. Sez. Un., ord. 13 marzo 2020, n. 7219, in casi entrambi riservati alla cognizione del giudice ordinario perché 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, comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a., 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, comma 1 e 4, c.p.a. e attribuendo quindi alla cognizione del giudice amministrativo soltanto le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi [così Cass. Sez. Un., ord., 4 luglio 2017, n. 16419, in relazione ad azione risarcitoria promossa da una Stazione appaltante, per comportamenti fraudolenti posti in essere dal primato in *«fase prodromica all'affidamento dei lavori»*, 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. Sez. Un.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. Sez. Un. 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 dell'art.11 d.lgs. 163/2006, 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. Sez. Un., 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 lato sensu 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. Sez. Un. 27 febbraio 2007, n. 4425 e id., 4 febbraio 2009, n. 2634, tra le altre). Si deve tuttavia ricordare che, anche in relazione al principio che, in tema di appalti pubblici, afferma spettare alla giurisdizione amministrativa la cognizione dei comportamenti e atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, mentre la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene pienamente operativa nella successiva fase contrattuale afferente all'esecuzione del rapporto, aperta dalla stipula del contratto nella quale si entra a seguito della conclusione, con l'aggiudicazione, di quella pubblicistica (tra le tante, Cass. Sez. Un. n. 104432008, Cass. Sez. Un. n. 19805/2008,



Cass. Sez. Un. n. 6068/2009, Cass. Sez. Un. n. 14188/2015), si trovava affermato che, ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice ordinario, non è indispensabile la stipula del contratto tra amministrazione aggiudicatrice e l'impresa, ma è sufficiente (Cass. Sez. Un. n. 6068/2009) che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione: i contraenti - p.a. e privato - si trovano allora in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto.

Nella sentenza n. 24411/2018, si è precisato che l'ordinario criterio di riparto, imperniato sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, da individuare con riferimento alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del «*petitum*» sostanziale, rileva per stabilire, ad esempio, la sorte delle controversie vertenti sui provvedimenti di «*decadenza dall'aggiudicazione*», che siano adottati dalla p.a. dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, essendosi affermato essere soggette alla giurisdizione del giudice ordinario, al di là del *nomen iuris* prescelto, quelle fattispecie in cui il provvedimento di decadenza non sia riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo, quanto piuttosto, alternativamente, all'atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in difetto di quest'ultima, ad un sostanziale recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, ipotesi nelle quali la condotta dell'ente pubblico rimane espressione di un potere di natura solo privatistica. Nella fattispecie in esame in quel giudizio, la decadenza dell'aggiudicataria provvisoria era stata motivata per non aver adempiuto alle reiterate richieste di documentazione comprovanti la stipula dei contratti di manutenzione con le Ditte produttrici di particolari apparecchiature di alta tecnologia, necessarie ed indispensabili ai fini della stipula contrattuale,



addebitandosi quindi alla ricorrente di non avere tenuto, nell'economia dell'avvenuta anticipata esecuzione del contratto, un comportamento che essa avrebbe dovuto tenere, cosicché si era contestata un'inadempienza in sede di anticipata esecuzione del contratto e riguardante perciò la fase di esecuzione, con conseguente affermazione della giurisdizione ordinaria.

Devono inoltre essere richiamate le seguenti recentissime pronunce:

a) Cass. Sez. Un.n. 28979/2020, secondo cui « *la controversia avente ad oggetto la domanda risarcitoria proposta dal privato aggiudicatario di una gara per l'assegnazione di un pubblico servizio, successivamente annullata o revocata, il quale deduca la lesione dell'affidamento riposto sull'apparente legittimità del provvedimento amministrativo, è devoluta alla giurisdizione ordinaria, invocandosi l'accertamento, non della legittimità dell'aggiudicazione, ma della responsabilità civile della P.A. (avente natura contrattuale, secondo lo schema della responsabilità da "contatto sociale", o eventualmente ricondotta alla responsabilità extracontrattuale) per i danni derivanti dalle spese effettuate in funzione della partecipazione alla gara poi revocata, dalla rinuncia ad un utile di impresa e dalla perdita di altre "chances" economico-commerciali nell'ambito del mercato imprenditoriale*»; b) Cass. Sez. Un. n. 13595/2022, secondo cui « *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» (in relazione ad azione risarcitoria promossa da un Fallimento di società, risultata aggiudicataria provvisoria in una gara per la concessione di lavori pubblici, che si doleva della lesione del c.d. «affidamento legittimo» correlato alla mancata adozione dell'aggiudicazione definitiva e della conclusione del contratto per essere rimasta l'amministrazione, dall'aggiudicazione provvisoria del 2010 per anni, sino appunto al 2014, epoca del dichiarato fallimento della società aggiudicataria, in posizione di ingiustificata inerzia, non assumendo alcun atto consequenziale ma continuando però a assicurare la ditta circa la prossima stipula del contratto); b) Cass. Sez. Un. n. 11257/2022, che ha affermato che «nei contratti di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività di una società mista, con l'avvenuta cessione delle quote e la conclusione della procedura di selezione, indicata dall'art. 17 del d.lgs. n. 175 del 2016 per l'ingresso del socio privato nella compagine originaria, si attua la fattispecie della società mista pubblico-privata e, contemporaneamente, si chiude la fase involgente la giurisdizione esclusiva; dopo di che niente altro rileva che l'esercizio dei conseguenti comuni poteri di natura privatistica, tali da assoggettare la controversia agli ordinari criteri di riparto in base alla posizione che la domanda, sotto il profilo del "petitum" sostanziale, è diretta a tutelare» (in relazione ad azione risarcitoria promossa da società costituita dalla Provincia di Benevento e controllata al 100% dalla stessa allo scopo di gestire le infrastrutture e le tecnologie di un «Centro basato su un sistema integrato satellitare per il monitoraggio ambientale» e di fornire servizi agli enti interessati, nei confronti della



stessa Provincia per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni, atteso il mancato affidamento di servizi aggiudicati, specificandosi che, nella specifica fattispecie di cui al citato d.lgs. n. 175 del 2016 - c.d. «gara a doppio oggetto» -, l'affidamento dei servizi semplicemente consegue alla selezione del socio privato della società a partecipazione mista, cosicché la fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerente alla formazione della volontà e alla scelta del contraente privato in base alle regole della evidenza pubblica, è anticipata nel momento stesso in cui la selezione si realizza con l'individuazione del socio privato.

In tale ultima pronuncia (n. 11257) si è, in particolare, evidenziato, che nellac.d. fase intermedia tra l'aggiudicazione e il contratto, vi possa essere un'ampia gamma di situazioni *«che possono collocarsi in una fase sì prenegoziale, ma nella quale l'esercizio di poteri discrezionali pubblicistici non viene (più) in rilievo»* e che *«ove si discuta dell'affidamento di un pubblico servizio, la giurisdizione amministrativa esclusiva indicata dall'art. 133, primo comma, lett. e), n. 1, cod. proc. amm. concerne le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, debbono di necessità seguire l'ordinario criterio di riparto»* .

3.4. Ora, nella fattispecie, la decadenza (sulla cui legittimità è calato il giudicato) dall'aggiudicazione definitiva della (omissis) srl è intervenuta per comportamenti della aggiudicataria consistenti nella mancata tempestiva produzione della documentazione amministrativa (in relazione a tutti i mezzi di trasporto offerti per l'espletamento del servizio e dichiarati in gara, riguardo alla piena disponibilità di tali mezzi ed alla documentazione relativa, tra cui carta di circolazione, foglio di via, tipo di alimentazione), necessaria per addivenire alla stipula del contratto stesso, concernente il servizio di collegamento



navetta dall'aerostazione dell'aeroporto di (omissis) fino al parcheggio degli autonoleggi e al parcheggio di sosta lunga (omissis)

Se è vero che la decadenza dall'aggiudicazione definitiva è stata pronunciata dall'amministrazione nel pieno esercizio di poteri autoritativi concernenti ancora la fase di selezione del contraente privato nella procedura di evidenza pubblica di affidamento del contratto di diritto pubblico, tuttavia, tale vicenda, attinente propriamente alla scelta dell'aggiudicatario contraente nella procedura ad evidenza pubblica, già oggetto del giudizio amministrativo e definita con statuizione del TAR Firenze n. 1119/2015, passata in giudicato, rimaneva solo sullo sfondo rispetto alla presente controversia meramente risarcitoria introdotta dalla (omissis) in via autonoma, volta ad ottenere, sulla base di un asserito comportamento precontrattuale illecito della (omissis), congrua riparazione dei danni derivati dalla mancata stipula del contratto con la (omissis) e dalla assegnazione del servizio, con scorrimento della graduatoria, alla ditta seconda classificata, a condizioni ritenute peggiorative per la committente.

Essa rappresenta quindi «*nel complesso della vicenda dedotta in giudizio ... solo un presupposto fattuale non rilevante in funzione della determinazione della giurisdizione sulla domanda proposta*» (Cass. Sez. Un. n. 28979/2020). Nel presente giudizio, la (omissis) agisce per il risarcimento del danno derivante da comportamenti inquadrabili nell'ambito della responsabilità pre-contrattuale della contraente privata e dalla mancata stipula del contratto con il soggetto originariamente individuato come vincitore della gara pubblica, non dall'annullamento dell'aggiudicazione in sé, vicenda questa ormai chiusa, non rilevando in alcun modo l'esercizio di poteri autoritativi dell'amministrazione.

La domanda di risarcimento si proietta e parametra, quindi, non nella fase pubblicistica della gara ma in un ambito pienamente contrattuale



ovvero pre-contrattuale, in fase successiva all'aggiudicazione definitiva, in cui i soggetti, (omissis) e (omissis), si ritrovano su un piano di perfetta parità, con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

4. Il primo motivo (con il quale si denuncia l'omessa pronuncia da parte del Consiglio di Stato su questione di legittimità costituzionale dell'art.30 c.p.a., disposizione questa applicata dal Consiglio di Stato, con riferimento agli artt.3 e 111 Cost. sollevata in grado di appello dalla (omissis) e rilevante ai fini della decisione della controversia) risulta, di conseguenza, assorbito.

5. Per tutto quanto sopra esposto, in accoglimento del secondo motivo di ricorso, assorbito il primo motivo, va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario e cassata la sentenza n. 7217/2021 del Consiglio di Stato; le parti vanno, di conseguenza, rimesse dinanzi al giudice ordinario competente, anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

PQM

La Corte, a Sezioni Unite, accoglie il secondo motivo del ricorso per cassazione, assorbito il primo motivo, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, cassa la sentenza impugnata n. 7217/2021 del Consiglio di Stato e rimette le parti dinanzi al giudice ordinario competente, anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso, in Roma, nella Camera di Consiglio del 13 dicembre 2022.

Il Presidente

