

Il riparto di giurisdizione in materia di appalti pubblici: i recenti orientamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

di Valeria Aveta

Data di pubblicazione: 12-5-2020

Deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario in relazione agli atti per i quali l'affidatario ha chiesto l'annullamento dinanzi al giudice amministrativo, in quanto attinenti alla fase esecutiva del rapporto avente fonte nell'aggiudicazione della gara d'appalto. Si tratta di una fase in cui non viene in rilievo l'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'ente pubblico, per cui si esula dai limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del Processo Amministrativo), risultando le modifiche richieste dall'Amministrazione riconducibili a specifiche condizioni di legge (art. 106, comma 1, lett. b, n. 2, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50)

Con l'ordinanza in commento, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione tornano a pronunciarsi sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle questioni afferenti la **fase esecutiva dei contratti d'appalto**.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, il soggetto affidatario aveva impugnato innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale tre note adottate dall'amministrazione aggiudicatrice aventi ad oggetto la richiesta di note di credito per la gestione di una R.S.A., chiedendone l'annullamento previa adozione di idonee misure cautelari.

Nel giudizio di merito il ricorrente, che risultava affidatario in regime di proroga tecnica, lamentava che – mediante gli atti impugnati - l'amministrazione aveva di fatto operato una illegittima e unilaterale modifica delle originarie condizioni contrattuali stabilite in forza dell'affidamento, determinando la mancata corresponsione in favore del Consorzio di una consistente somma di danaro, tale da cagionare l'interruzione del servizio e indurre lo stesso ad avviare le procedure di licenziamento per una dozzina di dipendenti. Secondo l'affidatario, gli atti menzionati avrebbero violato la *lex specialis* del bando di gara, oltre che il principio d'immutabilità e il divieto di rinegoziazione. A parere del ricorrente, benché la vicenda giudiziaria fosse stata promossa nella fase esecutiva del contratto, essa traeva origine dall'esercizio di un potere autoritativo e unilaterale e pertanto doveva ritenersi che la vertenza fosse attratta alla giurisdizione esclusiva prevista in favore del giudice amministrativo.

L'amministrazione resistente proponeva **regolamento di giurisdizione ai sensi dell'art. 10 c.p.a. e 41 c.p.c.**, ritenendo viceversa che la competenza a conoscere della vertenza spettasse al giudice ordinario, trattandosi di atti a contenuto meramente patrimoniale adottati nel contesto dell'esecuzione del contratto di appalto.

Con l'ordinanza in commento, le Sezioni Unite hanno stabilito che gli **atti di natura patrimoniale** contestati attengono alla fase esecutiva del rapporto avente fonte nell'aggiudicazione della gara d'appalto. Si tratta, dunque, di una fase in cui non viene in rilievo l'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'ente pubblico, per cui la fattispecie esula dai limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133 c.p.a. e ricade nella giurisdizione ordinaria.

Le modifiche richieste dall'Amministrazione sono infatti riconducibili alle specifiche condizioni di **varianti in corso d'opera** di cui all'art. 106, comma 1, lett. b, n. 2, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cfr., tra le altre, Cass. SS.UU, ord. 21 maggio 2019, n. 13660 e ord. 5 ottobre 2018, n. 24411).

Invero, in materia di appalti pubblici la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205 e, ancor più, del decreto legge 23 maggio 2008, n. 90 (conv. in legge 14 luglio 2008 n. 123) è ormai consolidata nel ritenere che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133 c.p.a. sia limitata alle sole controversie inerenti la fase procedimentale, che corrisponde al momento della **formazione della volontà pubblica** e trova il suo momento conclusivo nella scelta del contraente e, dunque, nell'aggiudicazione. In tale contesto, infatti, la previsione di una giurisdizione esclusiva si giustifica in virtù del particolare intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi nel contesto di un procedimento amministrativo caratterizzato dall'esercizio del potere autoritativo e dalle preminenti esigenze di tutela di interessi pubblici. Da ciò, discende che l'intera fase procedimentale, disciplinata dalle regole dell'evidenza pubblica, vanga attratta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

È pacifico, inoltre, che le particolari circostanze sottese alla scelta legislativa della giurisdizione esclusiva "per materia" vengano meno a seguito della stipula del contratto, momento in cui le parti si pongono su un piano sostanzialmente paritetico e sinallagmatico, governato dai principi che regolano gli ordinari rapporti privatistici derivanti da contratto, sebbene con caratteristiche peculiari dettate dalle esigenze di tutela dei pubblici interessi (sull'argomento, cfr. Cass. SS.UU., 27 febbraio 2007, n. 4425, id. 4 febbraio 2009, n. 2634, id. 9 novembre 2012, n. 1939, id. 8 luglio 2015, n. 14188).

Dalla *ratio* sottesa al riparto di giurisdizione, le Sezioni Unite fanno derivare taluni corollari.

Il primo e più rilevante è che, dopo la chiusura del procedimento di aggiudicazione, vengono ugualmente attratte alla giurisdizione esclusiva tutte le controversie attinenti al legittimo esercizio di poteri autoritativi nell'ambito dei rapporti con il contraente afferenti al momento genetico dell'aggiudicazione. È il caso dei poteri derivanti dalla normativa antimafia e di prevenzione della corruzione, dei vizi procedimentali sottesi all'annullamento d'ufficio del procedimento o dell'aggiudicazione *ex art. 21 nonies* legge 241/1990.

In altri termini, nella fase procedimentale, anche le fattispecie che integrano posizioni di diritti soggettivi verranno devolute al giudice amministrativo in virtù della ripartizione per materia; viceversa, nella fase di esecuzione del contratto non sussiste una forza attrattiva verso la giurisdizione ordinaria, ma si osserva l'ordinario criterio di ripartizione in base al *petitum* sostanziale.

La distinzione, sebbene in linea di principio appaia netta e ben delineata, nella pratica è piuttosto sottile, in quanto la fase dell'esecuzione del contratto è regolata, in via prevalente, dalle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e, solo ove compatibili, dalle disposizioni generali contenute nel codice civile. L'applicazione di una normativa *ad hoc*, che tiene conto - in ogni momento del rapporto contrattuale - dell'esistenza di interessi pubblici che, di fatto, impediscono la formazione di un rapporto pienamente paritetico, rende incerto il confine tra esercizio del potere autoritativo ed esercizio di facoltà derivanti dal rapporto contrattuale.

Ciò accade in maniera frequente in materia di determinazione e variazione di corrispettivi, canoni e prezzi.

Nel caso in esame, il labile perimetro delineato dalla giurisprudenza ha condotto la Sezione Unite a ritenere che le fattispecie riguardanti le varianti in corso d'opera non attengono all'esercizio di poteri autoritativi, bensì si inseriscano nelle modifiche del rapporto contrattuale che - benché regolate dalla normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici – sono riconducibili a vicende di matrice privatistica.

In particolare, **in materia di indennità, canoni e corrispettivi**, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario solo le vertenze aventi ad oggetto pretese di carattere meramente patrimoniale, che derivano dall'attuazione del rapporto instauratosi tra il privato e la pubblica Amministrazione e rispetto alle quali non è stato esercitato alcun potere autoritativo a tutela di interessi generali; viceversa, è riconosciuta la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo quando la controversia coinvolga l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altro corrispettivo, ovvero investa l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del canone che incidono sull'economia dell'intero rapporto concessorio, e non semplicemente la verifica dei presupposti fattuali dello stesso e la quantificazione delle somme (in termini, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2015, n.4857).

Parimenti, sono attratte alla giurisdizione amministrativa le controversie aventi ad oggetto la revisione dei prezzi, in quanto riconducibili a fattispecie connotate da profili di discrezionalità (in termini, Consiglio di Stato, Sez. II, 18 novembre 2019, n.7859; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 18 novembre 2019, n.13239).

La giurisprudenza, tuttavia, ha anche sottolineato che – nel riparto di giurisdizione – è necessario scrutinare il contenuto dell'atto o del provvedimento contestato, a prescindere dalla denominazione adottata dall'amministrazione e valutare – sotto il profilo sostanziale – se la sua adozione è frutto dell'esercizio di un potere unilaterale, autoritativo e discrezionale o se, come nel caso in esame, trattasi di una semplice facoltà derivante dal rapporto contrattuale.

LEGGI L'ORDINANZA

CORTE DI CASSAZIONE

ORDINANZA

sul ricorso 14614-2019 proposto da:

A.S.L. NAPOLI 2 NORD, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA AMITERNO 3, presso lo studio dell'avvocato GIOVANNA BUONAVOGLIA, rappresentata e difesa dagli avvocati ALBERTO PIRONTI ed AMALIA CARRARA;

- ricorrente -

contro

IL NESTORE CONSORZIO DI COOPERATIVE SOCIALI SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE ONLUS;

- intimato -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 1782/2019 del TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE di NAPOLI.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 25/02/2020 dal Consigliere LUCIO NAPOLITANO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale PAOLA MASTROBERARDINO, il quale chiede che le Sezioni Unite della Corte di cassazione accolgano il ricorso, affermando la giurisdizione del giudice ordinario.

Rilevato che:

L'Azienda sanitaria Locale (ASL) Napoli 2 Nord, convenuta in giudizio dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) della Campania da Nestore Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale ONLUS (di seguito Consorzio) - il quale ha chiesto al giudice amministrativo, previa l'adozione di misure cautelari, pronunciarsi l'annullamento dei seguenti atti: 1. nota del 27.2.2019 dell'ASL Napoli 2 Nord avente ad oggetto: "servizio di gestione inerente la R.S.A. Villa Mercede sita nel comune di Serrara Fontana - Ischia - richiesta note di credito"; 2. Nota del 7.2.2019 dell'ASL Napoli 2 Nord avente ad oggetto: "servizio di gestione inerente la R.S.A. Villa Mercede sita nel comune di Serrara Fontana - Ischia; 3. Nota dell'11.3.2019 dell'ASL Napoli 2 Nord avente ad oggetto: "servizio di gestione inerente la R.S.A. Villa Mercede sita nel comune di Serrara Fontana - Ischia. Provvedimenti", nonché di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale - ha proposto, in pendenza del giudizio dinanzi al TAR, regolamento preventivo di giurisdizione notificato alla controparte il 16 maggio 2019, chiedendo dichiararsi la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, osservando che gli atti impugnati attengono alla fase esecutiva del rapporto conseguito all'appalto del servizio, vertendo dunque la controversia su questioni di natura meramente patrimoniale, che non investono modalità di esercizio dei pubblici poteri.

Il Consorzio non ha svolto difese.

Il Procuratore Generale ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

L'ASL Napoli 2 Nord ha altresì depositato memoria.

Considerato che:

1. Nel giudizio di merito il Consorzio ha dedotto l'illegittima unilaterale modifica, da parte dell'ASL Napoli 2 Nord, delle originarie condizioni contrattuali stabilite in forza dell'affidamento al Consorzio, quale aggiudicatario del relativo appalto, del servizio di gestione della RSA (Residenza Sanitaria Assistenziale) e del servizio semiresidenziale del CDA (Centro Diurno Anziani), entrambi ubicati nel Comune di Serrara Fontana.

1.1. Ciò avrebbe comportato, secondo il Consorzio, in regime di "proroga tecnica" del precedente appalto, non solo «una decurtazione economica retroattiva delle prestazioni rese [...] sulla base dell'effettiva occupazione dei posti letto» - ciò che aveva provocato non solo la mancata corresponsione in favore del Consorzio, per il periodo dal dicembre 2017 al gennaio 2019, della somma di Euro 711.365,20 - ma anche l'interruzione del servizio CDA dal primo aprile 2019, la qualcosa aveva indotto il Consorzio a comunicare

l'imminente licenziamento di una dozzina di dipendenti.

1.2. Gli atti plurimi menzionati avrebbero violato, secondo parte ricorrente nel giudizio di merito, la *lex specialis* del bando di gara, del principio d'immutabilità e del divieto di rinegoziazione.

2. La domanda di cui al regolamento preventivo di giurisdizione proposta dall'ASL Napoli 2 Nord è fondata.

2.1. Gli atti dei quali il Consorzio ha chiesto l'annullamento dinanzi al giudice amministrativo attengono certamente alla fase esecutiva del rapporto avente fonte nell'aggiudicazione della gara d'appalto, rapporto anzi addirittura in regime di proroga tecnica nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara. Si tratta, pertanto, di fase nella quale non viene in rilievo, come chiarito da queste Sezioni Unite in fattispecie similari, (cfr., tra le altre, Cass. SU ord. 21 maggio 2019, n. 13660; Cass. SU ord. 5 ottobre 2018, n. 24411), l'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'ente pubblico, per cui si esula dai limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del Processo Amministrativo), risultando le modifiche richieste dall'Amministrazione riconducibili a specifiche condizioni di legge (art. 106, comma 1, lett. b, n. 2, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

3. Deve essere, pertanto, dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario e le parti vanno rimesse dinanzi al Tribunale competente per territorio, il quale provvederà altresì sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e rimette le parti dinanzi al tribunale competente per territorio, anche per le spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili il 25 febbraio 2020

Il Presidente

Dott. Giovanni Mammone