

Il sistema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale

di Elena Cogo

Data di pubblicazione: 5-4-2024

1. Ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo assume rilevanza il criterio del petitum sostanziale da identificarsi in funzione non soltanto e non tanto della concreta pronuncia richiesta al giudice ma anche e soprattutto della causa petendi ovverossia nella natura intrinseca della posizione dedotta in giudizio e individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi costituiscono manifestazione (1).

2. Le norme attributive al giudice amministrativo della giurisdizione in particolari materie - nella specie l'[art. 133](#), lett. e) n. 1 [c.p.a.](#), in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - si devono interpretare nel senso che non vi rientra qualsivoglia controversia in qualche modo riguardante una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva non essendo sufficiente la mera attinenza della controversia con la materia ma solo le controversie aventi a oggetto in concreto la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri (2).

3. In tema di riparto di giurisdizione, spetta al giudice ordinario e non al giudice amministrativo la controversia avente a oggetto la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una stazione appaltante nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza. In detta ipotesi, infatti, il giudice ordinario è chiamato a pronunciarsi su una controversia avente a oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente bensì solo occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi (3).

(1) Conformi TAR Sicilia Palermo, Sez. IV, 27.03.2024, n. 1099; Cass. civ., Sez. Un. ord., 22.01.2024, n. 2147; Cass. civ., Sez. Un., Ord., 7.12.2023, n. 34277; Cass. civ., Sez. Unite, ord., 26.06.2019, n. 17123; [Cass. civ., Sez. Un. 31 luglio 2018, n. 20350](#). Cfr. pure, *ex multis* [Cass. civ., Sez. Un. 7 settembre 2018, n. 21928](#); [Cass. civ., Sez. Un. 15 settembre 2017, n. 21522](#); [Cass. civ., Sez. Un. 11 ottobre 2011, n. 20902](#).

(2) Conforme [Cass. civ., Sez. Un. 25 febbraio 2011, n. 4614](#).

(3) Conformi [Cass. civ., Sez. Un. 17 giugno 2021, n. 17329](#); [Cass. civ., Sez. Un. 4 luglio 2017 n. 16419](#).

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE UNITE CIVILE

Composta da:

Dott. D'ASCOLA Pasquale - Presidente Aggiunto

Dott. MANNA Felice- Presidente di Sezione

Dott. FRASCA Raffaele Gaetano Antonio - Presidente di Sezione Dott. LEONE Margherita Maria – Consigliere

Dott. GIUSTI Alberto – Consigliere

Dott. CARRATO Aldo – Consigliere

Dott. DI PAOLANTONIO Annalisa – Consigliere

Dott. LAMORGESE Antonio Pietro – Consigliere

Dott. FALABELLA Massimo - Rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 12066-2023 proposto da:

Geko Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gerolamo Taccogna e Luigi Cocchi;

- ricorrente -

contro

Sacyr Industrial SL, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, piazza d'Ara Coeli 1, presso lo studio legale Osborne Clarke, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi e Federico Banti;

nonché contro

Iren Acqua Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Daniela Anselmi, Alessio Anselmi e Paolo Canepa;

- controricorrenti –

nonché? contro Depuracion de Aguas del Mediterraneo SL, Infratech Consorzio Stabile s.c. a r.l.;

- intime -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 796/2022 del TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE di GENOVA.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 05/12/2023 dal Consigliere MASSIMO FALABELLA; lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale MAURO VITIELLO, il quale ha concluso per l'accoglimento del ricorso e l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

Svolgimento del processo

1. - Iren Spa, quale stazione appaltante, ha espletato per Iren Acqua Spa una procedura di gara per l'aggiudicazione dell'appalto relativo alla progettazione e realizzazione di un nuovo depuratore delle acque di scarico nell'area centrale di Genova.

L'appalto e' stato aggiudicato a un raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria Sacyr Industrial SL e mandanti Geko Spa, Depuracion de Aguas del Mediterraneo SL - DAM S.L. e Infratech Consorzio Stabile s.c. a r.l.

L'aggiudicazione e' stata impugnata innanzi al TAR della Liguria da parte di Veolia Water Technologies Italia Spa che, quale mandataria di altro raggruppamento di imprese, era risultata seconda classificata in esito alla gara. Veolia ha lamentato che Sacyr Industrial avesse perso i requisiti di partecipazione e che, quindi, l'aggiudicazione ad essa ed al suo raggruppamento fosse illegittima.

Prima che tale ricorso fosse deciso, Iren Spa ha revocato l'aggiudicazione al raggruppamento di imprese di cui era mandataria Sacyr, con un atto che non e' stato impugnato.

Ha fatto seguito una nuova aggiudicazione a Veolia ed al suo raggruppamento.

2. - Con successivo ricorso Iren Acqua ha agito innanzi al TAR della Liguria nei confronti di Sacyr e delle mandanti. Ha domandato, in particolare, la declaratoria del diritto della ricorrente al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata stipula del contratto (visto che l'appalto era stato definitivamente aggiudicato al raggruppamento di imprese facente capo a Veolia a un corrispettivo superiore) e la conseguente condanna delle convenute, nonché, in via subordinata, l'accertamento del proprio diritto ad ottenere il pagamento della somma dovuta per cauzione, con relativa condanna.

Geko, Sacyr e le altre imprese del raggruppamento aggiudicatario, in origine, dell'appalto, si sono costituite, resistendo al ricorso ed eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

3. - Prima dell'udienza pubblica fissata per la discussione del ricorso Geko ha proposto un regolamento preventivo di giurisdizione.

Avanti a questa Corte hanno rassegnato difese Iren Acqua e Sacyr. Il Pubblico Ministero ha concluso chiedendo la declaratoria di giurisdizione del giudice ordinario. Sono state depositate memorie.

Motivi della decisione

1. - La ricorrente assume che l'azione di controparte avrebbe dovuto essere proposta avanti al giudice ordinario. Deduce, in sintesi, che la controversia non inerisce alla fase pubblicitica della gara ma a una fase precontrattuale, in cui i contendenti si trovavano su di un piano di assoluta parità.

2. - Il ricorso per regolamento e? fondato.

Come e? noto, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (Cass. Sez. U. 31 luglio 2018, n. 20350; cfr. pure, tra le tante: Cass. Sez. U. 7 settembre 2018, n. 21928; Cass. Sez. U. 15 settembre 2017, n. 21522; Cass. Sez. U. 11 ottobre 2011, n. 20902).

Col ricorso al TAR della Liguria Iren Acqua ebbe a fondare le proprie pretese di risarcimento del danno e di incameramento della cauzione provvisoria sulla mancata stipula del contratto per fatto imputabile all'aggiudicataria, la quale, a suo avviso, aveva mancato di adempiere l'obbligo di mantenere per tutta la durata della procedura il possesso dei requisiti dichiarati, oltre che di informare l'Amministrazione del venir meno di tali requisiti (pag. 11 dell'atto in questione). L'odierna ricorrente fece dunque valere una responsabilità precontrattuale della controparte.

Ciò detto, il fatto che le domande proposte presentassero un collegamento con una procedura di evidenza pubblica - posto che, come si e? visto, il raggruppamento di imprese di cui era mandataria Sacyr risulterebbe aggiudicatario dell'appalto e proprio in conseguenza della condotta delle imprese risultate vincitrici della gara l'odierno istante intese procedere alla revoca dell'aggiudicazione - non appare decisivo ai fini che qui interessano.

Non rileva, in particolare, che abbia avuto luogo l'aggiudicazione, e nemmeno che si sia provveduto alla revoca della stessa, dal momento che il giudizio non verte sull'accertamento della legittimità o illegittimità di tali atti.

E' da ricordare, in linea generale, che ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, le norme che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione in particolari materie - nella specie che qui interessa: l'art. 133, lett. e1), c.p.a., in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - si devono interpretare nel senso che non vi rientra ogni controversia che in qualche modo riguardi una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza della controversia con la materia, ma soltanto le controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri (Cass. Sez. U. 25 febbraio 2011, n. 4614).

In fattispecie analoga a quella in esame, in cui veniva in questione la decadenza di un'aggiudicazione per mancata consegna di tutta la documentazione amministrativa necessaria ai fini della stipulazione del contratto, queste Sezioni Unite si sono pronunciate nel

senso che la vicenda attinente alla scelta dell'aggiudicatario contraente nella procedura ad evidenza pubblica rimaneva sullo sfondo rispetto alla controversia risarcitoria introdotta dalla stazione appaltante, la quale aveva lamentato il comportamento precontrattuale illecito della società aggiudicataria domandando il risarcimento dei danni derivati dalla mancata stipula del contratto e dalla assegnazione del servizio, con scorrimento della graduatoria, all'impresa seconda classificata, a condizioni ritenute peggiorative per la medesima committente. In tal senso si è ritenuto che la domanda non inerisse alla fase pubblicistica della gara, ma a un ambito precontrattuale, in cui le parti di trovavano su un piano di perfetta parità (Cass. Sez. U. 4 gennaio 2023, n. 111, non massimata in CED).

Le stesse considerazioni possono svolgersi con riguardo alla presente lite, nella quale non è implicato, come si è detto, alcun giudizio circa la legittimità dell'esercizio di potestà pubblicistiche.

Infatti, una volta appurato che la proposta domanda si fonda, come si è visto, sulla prospettata responsabilità precontrattuale di Sacyr, la quale aveva taciuto il venir meno di alcune condizioni richieste per addivenire alla conclusione del contratto, deve trovare applicazione il principio per cui la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una stazione appaltante nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza: in tale ipotesi, infatti, il giudice predetto è chiamato a decidere di una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi (Cass. Sez. U. 4 luglio 2017 n. 16419; in tema cfr. pure Cass. Sez. U. 17 giugno 2021, n. 17329).

Ne assume rilievo, ai presenti fini, la modifica dell'art. 124 c.p.a.. Quale che sia la portata di tale norma, invocata da Iren Acqua, è certo che, *ratione temporis*, essa non possa regolare la giurisdizione della presente causa. Infatti, l'art. 209 D.lgs. n. 36/2003, con cui è stato modificato il cit. art. 124, ha acquistato efficacia il 1° luglio 2023: dopo, quindi, l'introduzione del giudizio avanti al TAR.

3. - Le spese del regolamento sono rimesse al merito.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; rimette al giudizio di merito le spese del regolamento di giurisdizione.

Conclusione

Così? deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili, in data 5 dicembre 2023. Depositato in Cancelleria il 29 febbraio 2024.

Guida alla lettura

Nell'ordinanza in commento le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione si confrontano con tre temi:

- a. quello del sistema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo;
- b. quello dell'interpretazione delle norme che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione in particolari materie, precipuamente l'art. 133 lett. e) n. 1 c.p.a. in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture;
- c. quello dell'appartenenza alla giurisdizione del giudice ordinario ovvero del giudice amministrativo delle controversie aventi ad oggetto le domande proposte da una stazione appaltante sia di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata stipula del contratto, atteso che l'appalto dopo essere stato aggiudicato e successivamente revocato è stato definitivamente affidato a un corrispettivo superiore, sia di incameramento della cauzione provvisoria.

Le prime due questioni ermeneutiche sulle quali le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono chiamate a pronunciarsi sono teleologicamente orientate alla disamina della terza, costituendone una necessaria premessa logica prima ancora che giuridica.

Prendendo le mosse dal primo dei summenzionati temi, merita rilevare che le Sezioni Unite sono chiamate a confrontarsi ancora una volta con l'annosa **questione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e dei relativi criteri discretivi**.

Senza soffermarsi in maniera diffusa sulla *quaestio iuris* le Sezioni Unite si limitano a rammentare il principio consolidato della Corte secondo cui la giurisdizione si determina in base alla domanda e ai fini del predetto riparto rileva non già la prospettazione delle parti in sede di atto introduttivo del giudizio bensì il “**petitum**” **sostanziale**, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della “**causa petendi**”, ossia nell'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio e individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione.

Salve le ipotesi eccezionali di giurisdizione esclusiva del G.O. e del G.A., il sistema di riparto della giurisdizione è dunque imperniata sulla regola generale desumibile dagli artt. 103 Cost. e 7 c.p.a. e consolidato nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, rappresentata dalla consistenza sostanziale della posizione soggettiva in coerenza alla quale al giudice amministrativo sono devolute le controversie nelle quali si faccia questione della tutela di un interesse legittimo e al giudice ordinario le controversie nelle quali si faccia questione di un diritto soggettivo.

Giova rilevare che tale criterio di riparto declina la *causa petendi* ossia la consistenza della posizione soggettiva secondo lo schema carenza di potere, ricorrente nelle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione non venga in rilievo come autorità e non eserciti alcun *poisson publique*, devolute al G.O., e cattivo uso del potere involgente le liti aventi a oggetto il corretto esercizio del potere pubblico da parte di un soggetto pubblico, devolute al G.A.. Dal che si evince che il criterio discretivo operante al fine di stabilire il riparto di giurisdizione *de quo* è quello, pienamente conforme ai principi sanciti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004, della **spendita di poteri autoritativi da parte della Pubblica Amministrazione**.

Identificato il criterio oggi dirimente ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, le Sezioni Unite ne fanno applicazione al caso che occupa.

Ebbene, anzitutto rilevano che IREN Acqua s.p.a. nel promosso ricorso al TAR aveva avanzato pretese di risarcimento del danno e di incameramento della cauzione provvisoria fondandole sulla mancata stipula del contratto per fatto imputabile al raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario, il quale, a suo avviso, aveva mancato di adempiere l'obbligo di mantenere per tutta la durata della procedura il possesso dei requisiti dichiarati oltre che di informare l'Amministrazione del venir meno di tali requisiti. Sicché, la ricorrente aveva fatto valere una **responsabilità precontrattuale della controparte**.

Osservano, poi, che nelle domande proposte dalla stazione appaltante era sì presente un **collegamento con una procedura di evidenza pubblica**, tanto è vero che proprio in conseguenza della condotta tenuta dalle imprese del raggruppamento risultato vincitore della gara pubblica IREN Acqua s.p.a. aveva inteso procedere alla revoca dell'aggiudicazione. Tuttavia, detto collegamento a loro avviso **appare affatto decisivo** a nulla rilevando, in particolare, che abbia avuto luogo l'aggiudicazione né tantomeno che si sia provveduto alla revoca della stessa **poiché il giudizio non verte sull'accertamento della legittimità o illegittimità di detti atti**.

Strettamente correlato al primo e? il secondo tema poc'anzi individuato. A tale riguardo le Sezioni Unite ritengono opportuno ricordare in via generale che, ai fini del riparto di giurisdizione, le norme attributive al giudice amministrativo della **giurisdizione in particolari materie** - nella specie **l'art. 133, lett. e) n. 1 c.p.a.** in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - si devono interpretare nel senso che vi rientrano solo **le controversie aventi a oggetto in concreto la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri** e non invece ogni controversia in

qualche modo riguardante una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva **poiché non è sufficiente la mera attinenza della controversia con la materia.**

Ancora, nel loro percorso argomentativo le Sezioni Unite rammentano di essersi pronunciate in una fattispecie analoga a quella di cui trattasi, in cui veniva in considerazione la decadenza di un'aggiudicazione per mancata consegna di tutta la documentazione amministrativa necessaria ai fini della stipulazione del contratto, nel senso che **la vicenda attinente alla scelta dell'aggiudicatario contraente nella procedura ad evidenza pubblica rimaneva sullo sfondo rispetto alla controversia risarcitoria** introdotta dalla stazione appaltante. Controversia nella quale la stazione appaltante aveva lamentato il comportamento precontrattuale illecito della società aggiudicataria domandando il risarcimento dei danni derivati dalla mancata stipula del contratto e dall'assegnazione del servizio, con scorrimento della graduatoria, all'impresa seconda classificata, a condizioni ritenute peggiorative per la committente. E rammentano di aver ritenuto **la domanda**, in quella sede, **affacente non alla fase pubblicistica della gara bensì a un ambito precontrattuale** in cui le parti si trovano su un piano di perfetta parità.

Ad avviso delle Sezioni Unite analoghe considerazioni possono parimenti svolgersi con riguardo alla **vicenda oggetto dell'ordinanza in commento, nella quale non è implicato**, come si è poc'anzi detto, **alcun giudizio sulla legittimità dell'esercizio di potestà pubblicistiche.**

Infatti, una volta accertato il fondamento della domanda proposta nella ritenuta responsabilità precontrattuale della mandataria del RTI aggiudicatario, la quale aveva taciuto il venir meno di talune condizioni richieste per addivenire alla conclusione del contratto, deve trovare applicazione **il principio** secondo cui **la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una stazione appaltante nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario**, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza. In detta ipotesi, infatti, il giudice ordinario è chiamato a pronunciarsi su una **controversia avente a oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente bensì solo occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi.**

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione risolvono, dunque, la *quaestio iuris* relativa al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle liti afferenti alla domanda risarcitoria di una stazione appaltante nei confronti del soggetto affidatario della progettazione e della realizzazione di un nuovo depuratore di acque di scarico dell'area centrale di un Comune nel senso che **a essere invocato sia l'accertamento non della legittimità dell'aggiudicazione ma della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione** per i danni derivanti da una gara pubblica prima aggiudicata e successivamente revocata, infine affidata a un RTI diverso dal primo aggiudicatario a un corrispettivo superiore.

Ebbene, chi ha subito un danno per effetto della violazione degli obblighi di buona fede e correttezza gravanti sulle parti nel corso delle trattative prodromiche alla conclusione di un contratto di appalto pubblico ha un diritto soggettivo al risarcimento del danno del medesimo. **È dunque irrilevante** a questo proposito **che l'atto**, in particolare il provvedimento di aggiudicazione della gara e di revoca della medesima, **abbia concretizzato l'esercizio di un potere pubblico**.

Infine, secondo le Sezioni Unite non assume rilievo alcuno ai presenti fini la modifica dell'[art. 124 c.p.a.](#). Quale che sia la portata di tale norma invocata da IREN Acqua, senza dubbio essa non può *ratione temporis* regolare la giurisdizione della presente causa. Infatti, l'art. 209, [d.lgs. n. 36/2003](#), con cui è stato modificato l'art. 124, ha acquistato efficacia il 1° luglio 2023, indi dopo l'introduzione del presente giudizio innanzi al TAR.