

## CORTE DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE 10705/2017

### RITENUTO CHE

il Comune di *omissis* ha indetto, con bando approvato mediante determinazione dirigenziale n. 307 del 31 dicembre 2013, una procedura di gara per l'affidamento dell'appalto relativo al servizio di vigilanza armata, guardiania e portierato degli edifici giudiziari siti in via *omissis* per il triennio 2014/2017. L'aggiudicazione è intervenuta, con determinazione dirigenziale n. 148 del 17 giugno 2014, a favore dell'A.T.I. , formata da *omissis* *omissis* e da *omissis* ed è stato concluso il relativo contratto relativo ai servizi di quibus.

Avverso la suddetta aggiudicazione la seconda classificata *omissis* ha proposto ricorso (R.G. 1914/2014), il quale è stato respinto nel merito dal T.A.R. Puglia, con sentenza n. 1343/2015.

Successivamente la Giunta Comunale del Comune di *omissis* con provvedimento n. 174 del 22 giugno 2015 ha adottato plurime determinazioni fra cui la revoca dell'aggiudicazione e la risoluzione del contratto d'appalto con incameramento della cauzione prestata a garanzia dell'esecuzione dello stesso, la sua aggiudicazione alla *omissis* (collocatasi seconda in graduatoria), l'esclusione di *omissis* e di *omissis* dalle future gare d'appalto indette dal Comune nonché la segnalazione delle medesime all'A.N.A.C.

Il Comune ha fondato il provvedimento, in particolare, sull'accertata inesistenza dei presupposti per la concessione di benefici fiscali, collegati a requisiti del personale dipendente, poi ritenuti insussistenti, e sull'omessa comunicazione relativa a cessione di ramo d'azienda (da *omissis* a *omissis*).

Il suddetto provvedimento è stato impugnato per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia dinanzi al T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. III, da *omissis*, *omissis* e da *omissis*.

La controinteressata *omissis*, costituitasi in giudizio, ha sollevato eccezione di difetto di giurisdizione del T.A.R. adito, ritenendo competente l'Autorità giudiziaria ordinaria.

*Omissis* ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, davanti alle Sezioni Unite di questa Corte.

Le parti intimare non hanno svolto difese e il Procuratore generale chiedeva dichiararsi la giurisdizione del Tar adito.

### CONSIDERATO CHE

Costituisce principio generale che nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, spetta alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, mentre la giurisdizione spetta al giudice ordinario nella successiva fase contrattuale, concernente l'esecuzione del rapporto.**(Cass., ss.uu., 27169/07, 10443/08, 19805/08, 20596/08, 391/11, 12902/13).

La giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene difatti pienamente operativa nella fase aperta dalla stipula del contratto, nella quale si è entrati a seguito della conclusione - con l'aggiudicazione - di quella pubblicistica: questa seconda fase, pur strettamente connessa con la precedente, e ad essa consequenziale, ha **inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione**, infatti, i contraenti - p.a. e privato - si trovano 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.

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, nel cui am-

Riparto di giurisdizione nelle procedure ad evidenza pubblica.
--

bito rientra con la disciplina posta dall'art. 1321 c.c. e segg.; e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 c.c. e segg.) e gli effetti (art. 1372 c.c. , e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute (Cass. S.U., n. 27169/07; Cass. S.U. 17/12/2008, n. 29425; Cass. S.U. 13/03/2009, n. 6068; Cass. S.U. 29/08/2008, n. 21928; Cass. S.U. 18/07/2008, n. 19805; Cass. S.U. 23/04/2008, n. 10443).

Spettano, **inoltre**, in base ai criteri generali del riparto di giurisdizione, alla **giurisdizione ordinaria** solo quelle controversie sui profili in esame che abbiano contenuto **meramente patrimoniale**, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di ipotesi generali, mentre restano nella **giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgano l'esercizio di poteri discrezionali inerenti all'accordo concluso**.

Rientrano, **invece**, nella giurisdizione del **giudice amministrativo** quelle controversie che incidono sull'esercizio dei **poteri discrezionali valutativi della pubblica amministrazione** nella scelta del contraente dovendosi ritenere che dove c'è sindacato sull'esercizio di un "potere", c'è anche la giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. Cass., ss.uu., 2418/11, 21928/08, 22554/14).

Orientamento  
delle Sezioni  
Unite della Corte  
di Cassazione.

Si è affermato, in proposito, **da parte di queste Sezioni Unite** che *"in tema di appalti pubblici, l'annullamento in autotutela di un atto amministrativo prodromico alla stipulazione del contratto ha natura autoritativa e discrezionale, sicché il relativo vaglio di legittimità spetta al giudice amministrativo, la cui giurisdizione esclusiva si estende - con necessità di trattazione unitaria - alla conseguente domanda per la dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto (Cass., ss. uu., 2906/10, 5291/10). Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, invece, quando la domanda attinga alla fase esecutiva del rapporto contrattuale (nella specie, risoluzione per inadempimento) o quando la P.A., dietro lo schermo dell'annullamento in autotutela, intervenga direttamente sul contratto per vizi suoi propri, anziché sulle determinazioni prodromiche in sé considerate"* (Cass. Sez. U, **Ordinanza n. 9861 del 14/05/2015**).

Orientamento  
del Consiglio di  
Stato.

Anche il **Consiglio di Stato** ha espresso un analogo orientamento, evidenziando la necessità di **distinguere in questa materia gli atti prodromici**, afferenti al processo decisionale, **dai successivi atti negoziali** con cui l'ente pubblico spende la sua capacità di diritto privato ponendo in essere il contratto con la controparte privata (**Ad. Plen. n. 10 del 2011**) precisando che, **ove non sia possibile individuare una "determinazione autoritativa procedimentalizzata"**, cioè un autonomo e ben distinto procedimento decisionale in grado di sintetizzare le valutazioni discrezionali in base alle quali l'amministrazione manifesta poi la propria volontà negoziale, **l'annullamento dell'atto amministrativo in via di autotutela si prospetta come un mero artificio non idoneo a mascherare la realtà di un giudizio volto a sindacare direttamente i requisiti di validità del contratto**, come tale esulante dalla giurisdizione amministrativa (**Ad. Plen n. 13 del 2014**).

Secondo la costante giurisprudenza di queste Sezioni Unite l'Amministrazione, **una volta concluso il contratto, è del tutto carente del potere di sottrarsi unilateralmente al vincolo** che dal contratto medesimo deriva: ipotizzare che essa abbia la possibilità di far valere unilateralmente eventuali vizi del contratto, semplicemente imputando quei medesimi vizi agli atti prodromici da essa posti in essere in vista dell'assunzione del predetto vincolo negoziale, equivarrebbe a consentire **una sorta di revoca del consenso contrattuale** (sia pure motivato con l'esercizio del potere di annullamento in via di autotutela) **che la pariteticità delle parti negoziali esclude per il contraente pubblico non meno che per il contraente privato**; intervenuta la stipulazione del contratto, la

pubblica amministrazione non può più spendere pertanto alcun potere d'imperio, neppure in via di autotutela (ex multis Cass., SS. UU., 22554/14, 12901/13, 19046/10, 26792/08).

I rilievi formulati dal Comune di ... attengono, principalmente, alla fase esecutiva del contratto concernendo la mancata comunicazione della cessione di ramo di azienda, avvenuta in costanza di rapporto contrattuale, circostanza che avrebbe posto la stazione appaltante nell'impossibilità di controllare l'adeguatezza del nuovo contraente ceduto. **Anche se sono stati anche prospettati vizi genetici attinenti al momento antecedente la stipulazione dell'accordo negoziale** con la controparte privata, relativi agli atti amministrativi prodromici alla stipulazione di quell'accordo (non veritiera informazione sulle agevolazioni fiscali concernenti i lavoratori dipendenti), **l'Amministrazione si è avvalsa del potere, di natura privatistica, di risoluzione del contratto per inadempimento con riferimento alla fase esecutiva del contratto.**

Il mero riferimento alla non veritiera comunicazione di dati relativi alle agevolazioni fiscali per la forza lavoro impiegata, sono stati utilizzati dall'Ente pubblico, unitamente ad altri elementi relativi alla fase esecutiva del rapporto, per la risoluzione del contratto per inadempimento e non ai fini dell'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela, lasciando chiaramente propendere per la natura privatistica e non di rilievo pubblico della determinazione assunta, dovendosi escludere che la posizione dei controinteressati abbia natura di interesse legittimo.

La controversia, nel caso di specie, ha ad oggetto, come già evidenziato, la risoluzione per inadempimento del contratto di appalto (e non la valutazione della legittimità dell'esercizio del potere dell'Ente appaltante), è caratterizzata da contenuto puramente patrimoniale e non si estende anche al potere d'intervento riservato alla pubblica amministrazione per la tutela di interessi generali, (cfr. Cass., ss.uu., 411/07, 22661/06, 15217/06). Il *petitum* sostanziale di tale controversia - che è quello al quale occorre aver riguardo ai fini del riparto di giurisdizione - appare infatti chiaramente incentrato sulla fase dell'esecuzione dell'appalto e non incide sull'esercizio dei poteri discrezionali-valutativi della Pubblica Amministrazione nella determinazione dell'aggiudicatario.

**La prevalente sussistenza di profili attinenti la fase esecutiva del contratto** (mancata comunicazione della cessione di ramo d'azienda) e di rilievo privatistico (violazione degli obblighi di correttezza e buona fede ed obblighi informativi nei confronti della stazione appaltante) **sono assorbenti dei profili minori attinenti la fase della aggiudicazione e non sono idonei a modificare la giurisdizione** che deve essere **unitaria e globale**, come desumibile dall'art. 133, comma 1, lett e n. 1 c.p.a.

Va conseguentemente accolto il ricorso, dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario davanti al quale rimette la causa, anche per la regolamentazione delle spese del giudizio.