Riparto di giurisdizione nei contratti pubblici e natura della cauzione provvisoria. (Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 4 febbraio 2009, n. 2634)

DI DANIELA GIANNUZZI

SOMMARIO: 1. Il fatto. 2. La giurisdizione in materia di appalti nel Codice dei contratti pubblici. 3. La decisione delle Sezioni Unite in punto di giurisdizione. 4. La questione della natura giuridica della cauzione provvisoria.

1. *Il fatto.*

A seguito dello svolgimento di una gara di appalto di lavori per l'imbrecciatura di strade comunali, un Comune affida il relativo servizio al titolare di una impresa di costruzioni stradali, risultato aggiudicatario della procedura.

Successivamente, l'aggiudicatario rifiuta di sottoscrivere il contratto e di procedere all'esecuzione delle opere appaltate, lamentando l'inadeguatezza del corrispettivo; il Comune si rivolge, quindi, al Tribunale competente per chiedere la risoluzione del rapporto ed il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento.

Instauratosi il contraddittorio, il convenuto preliminarmente eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice adìto, chiedendo, in via subordinata, il rigetto delle domande proposte dal Comune e altresì presentando domanda riconvenzionale per l'annullamento del contratto di appalto instaurato, a motivo dell'errore essenziale in cui sarebbe incorso relativamente al costo dei materiali occorrenti per eseguire le opere.

Il Tribunale, rigettata l'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione, accoglie il ricorso promosso dal Comune, pronunciando la risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento del convenuto, con contestuale condanna al risarcimento dei danni.

In modo analogo si pronuncia anche la Corte di Appello, adìta dall'impresa, la quale osserva che la normativa vigente al tempo dell'aggiudicazione definitiva dei lavori (16 febbraio 1999) collegava proprio all'aggiudicazione il perfezionamento del rapporto contrattuale tra le parti, rivestendo la successiva stipulazione del contratto d'appalto una funzione meramente riproduttiva di quanto già concordato.

Con l'entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica del 21 dicembre 1999, n. 554, il vincolo contrattuale viene invece instaurato solo a seguito della formale stipulazione; tuttavia, la conclusione del procedimento ad evidenza pubblica resta fissata al momento dell'aggiudicazione definitiva.

Alla luce di quanto sopra, se è vero che, nel caso di specie, il contratto non è stato formalmente stipulato, è vero pure che la fase dell'evidenza pubblica deve ritenersi conclusa. Pertanto, ove sorgano controversie relative a vicende successive all'aggiudicazione definitiva, queste andranno devolute alla cognizione del giudice

ordinario e non alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, né può concludersi diversamente nell'ipotesi di inadempimento dell'aggiudicatario dell'obbligo di sottoscrivere il contratto, con conseguente incameramento della cauzione da parte dell'amministrazione, posto che, in un caso siffatto, non viene in rilievo l'esercizio di alcuno dei poteri di autotutela a spettanti alla P. A.
La Corte rigetta quindi l'appello; avverso tale sentenza, l'impresa aggiudicataria propone ricorso per Cassazione.
La sentenza in commento, resa dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, verrà di seguito approfondita sotto un duplice profilo.
In primo luogo, dopo una breve rassegna delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza sul tema del riparto di giurisdizione negli appalti pubblici, anche alla luce della normativa introdotta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, si darà conto nel dettaglio delle considerazione rese dalle sezioni unite relativamente al caso di specie; successivamente, si tratterà della natura giuridica da attribuire alla cauzione provvisoria, che l'impresa partecipante alla gara presenta a garanzia della propria offerta.

2. *La giurisdizione in materia di appalti nel Codice dei contratti pubblici.*
La prima questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella vicenda in esame, è certamente annoverabile tra i "grandi classici" del diritto amministrativo, che tuttavia non perdono mai di attualità.
Il nodo problematico è quello dell'individuazione dei limiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici.
Attualmente, il riparto di giurisdizione in materia è disciplinato dalla parte IV del Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ed, in particolare, dagli articoli 244, 245 e 246, i quali precisano i limiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici e gli strumenti di tutela giurisdizionale applicabili.
In parziale analogia con quanto previsto dall'abrogato articolo 6, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n. 205[1], l'art. 244 del Codice dei contratti pubblici devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle "*procedure di affidamento*" di contratti pubblici, 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.

[1] Si riporta il testo dell'art. 6, comma 1, della l. n. 205/2000, abrogato ad opera dell'art. 256 del d. lgs. n. 163/2006: "*1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o 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*".

Il criterio di radicamento della giurisdizione esclusiva del G.A. è quindi duplice, essendo connesso ad un profilo oggettivo (procedure di "*affidamento*" di lavori, servizi e forniture) e ad un profilo soggettivo (la procedura deve essere svolta da un soggetto tenuto applicazione delle norme comunitarie ovvero al rispetto delle norme statali e regionali in materia di evidenza pubblica).
La disposizione in esame devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. anche le controversie "*risarcitorie*" ; tale previsione, che amplia l'ambito di applicazione del previgente art. 6, comma 1, l. n. 205/2000, non interviene però sulla giurisdizione, posto che tali controversie erano ricomprese nella giurisdizione esclusiva del G.A. già in base alla previsione dell'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.
In via di estrema sintesi, si può quindi affermare che, sotto un profilo soggettivo, l'art. 244 si applica non solo alle amministrazioni pubbliche tradizionalmente intese ma anche ai soggetti privati obbligati a seguire le regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente; è il caso dei privati che fruiscano di pubblici finanziamenti, delle società a partecipazione pubblica, delle imprese pubbliche e degli organismi di diritto pubblico[2].
Sotto il profilo oggettivo, il riferimento alle "*procedure di affidamento*" porta a ricomprendere nell'ambito di applicazione della norma, accanto agli appalti, anche le concessioni, il cottimo fiduciario e la trattativa privata procedimentalizzata *ex* art. 56 del d. lgs. n. 163/2006, il dialogo competitivo, l'accordo quadro, le aste elettroniche, il *project financing* ed i sistemi dinamici di acquisizione[3].
Quanto, poi, al momento nel quale situare lo spartiacque tra giurisdizione esclusiva del G.A. e giurisdizione ordinaria, il riferimento all'affidamento dei lavori, dei servizi e delle forniture è conferma dell'impostazione tradizionale, che individua nella

---

[2] La nozione di organismo di diritto pubblico, di matrice comunitaria, è stata recepita nel nostro ordinamento ad opera dell'art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e dell'art. 2 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157. Come di recente ribadito dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 24722 del 7 ottobre 2008, deve intendersi per organismo di diritto pubblico qualunque ente dotato di personalità giuridica, sottoposto a dominanza pubblica attraverso il finanziamento o controllo della gestione o l'ingerenza nella nomina degli organi ed istituito per soddisfare finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.
Attualmente, la nozione di organismo di diritto pubblico è stata positivizzata dall'art. 3, comma 26, del Codice dei contratti pubblici, che recita: " *L'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria:*
- istituito per soddisfare specificamente esigenze di carattere generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- dotato di personalità giuridica;
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

[3] R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici,* Milano, 2007, 59.

stipula del contratto il "fatto storico" al quale fare riferimento per radicare la giurisdizione.

Appartengono, quindi, alla giurisdizione del G.A. le controversie insorte nella fase precedente alla stipula del contratto e relative alla scelta del contraente o del socio, da parte di soggetti comunque tenuti al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica prescritti dalla normativa comunitaria e nazionale, mentre sono devolute al G.O. le controversie che sorgano nella fase successiva all'esecuzione del contratto, nelle quali vengono in rilievo diritti soggettivi e che, comunque, non vedono l'esercizio dei poteri discrezionali ed autoritativi della pubblica amministrazione[4].

Alcune pronunce giurisprudenziali[5] hanno sostenuto, in senso contrario, che dopo l'introduzione, ad opera dell'articolo 4, l. 205/2000, dell'articolo 23 *bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, anche le controversie insorte nella fase di esecuzione dei contratti pubblici sarebbero sottoposte alla cognizione del G.A.

Ciò in quanto l'articolo 23 *bis* prevede un rito speciale, instaurato innanzi agli organi di giustizia amministrativa, per alcuni tipi di controversie, tra i quali include i "*provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti*".

La tesi non ha trovato però seguito e la prevalente giurisprudenza assegna all'articolo 23 *bis* esclusivamente la funzione di norma sul rito, non idonea ad introdurre modifiche alla giurisdizione in quanto presuppone, e non fonda, la giurisdizione del giudice amministrativo[6].

Un discorso a parte deve farsi per gli atti adottati dalla pubblica amministrazione in via di autotutela. La giurisprudenza, in questo caso, osserva come l'esercizio dei poteri di autotutela in senso tecnico, idonei a conferire la giurisdizione al G.A., è configurabile solo con riguardo agli atti amministrativi costituenti il presupposto dell'aggiudicazione e del successivo contratto, i quali rientrano nella nozione di "procedure di affidamento" *ex* art. 244, d. lgs. n. 163/2006, e ciò sia che essi siano esercitati prima della stipulazione sia che intervengano a contratto già sottoscritto ma siano comunque relativi ad elementi o requisiti ostativi all'aggiudicazione dell'appalto[7].

Quando, invece, la pubblica amministrazione agisce per la rescissione o risoluzione del contratto o per la revoca del medesimo, esercitando le proprie prerogative negoziali, ad esempio a fronte dell'inadempimento dell'aggiudicatario-contraente,

[4] Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4309; Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 39; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6.

[5] Per tutte, Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4167.

[6] Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1544; Cass., sez. un., 22 luglio 2002, n. 10726.

[7] Cass., sez. un., 1 marzo 2006, n. 4508; Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2003, n. 3995; T. A. R. Milano, sez. III, 19 marzo 2007, n. 444.

non può parlarsi di autotutela in senso tecnico, non venendo in rilievo l'esercizio di poteri autoritativi; in tali ipotesi, la giurisdizione spetterà al giudice ordinario[8].

3. *La decisione delle Sezioni Unite in punto di giurisdizione.*

Alla luce di quanto sopra, si può affermare che la sentenza in commento si pone nel solco della giurisprudenza assolutamente prevalente nella misura in cui afferma che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende a tutte le controversie legate alla fase pubblicistica dell'appalto, quella fase, cioè, che intercorre tra la pubblicazione del bando di gara e l'aggiudicazione definitiva, mentre restano attribuite alla giurisdizione del G. O. le controversie relative alla fase esecutiva dell'appalto.

Le conclusioni sin qui enunciate sono confermate dalle sezioni unite nonostante la circostanza che, nel caso di specie, manchi un contratto di appalto sottoscritto dalle parti.

La Corte, infatti, non considera fondata la tesi espressa dall'impresa ricorrente, secondo cui, non essendo stato sottoscritto alcun contratto d'appalto con l'amministrazione comunale, nessun vincolo contrattuale si sarebbe mai perfezionato, con la conseguente impossibilità di individuare, nella specie, una controversia vertente su diritti soggettivi derivanti dal preteso contratto (o dall'inadempimento di esso) ed il radicamento della giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo.

Nel caso di specie, infatti, posto che l'aggiudicazione definitiva è intervenuta in data 16 febbraio 1999, trova applicazione l'art. 16 del Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, che dispone: "*…i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto*".

Non assume quindi alcun rilievo, in punto di giurisdizione, la circostanza che il contratto non sia stato stipulato, come è confermato dalla giurisprudenza richiamata dalle sezioni unite[9]: "*…Nella stipulazione di appalti con la pubblica amministrazione, realizzata attraverso il sistema dell'aggiudicazione a seguito di incanti pubblici o di licitazioni private, non è dalla formale sottoscrizione del contratto, avente valore meramente riproduttivo dell'incontro dei consensi già realizzatosi con la conclusione della procedura di aggiudicazione, bensì appunto dalla definitiva aggiudicazione con cui si conclude detta procedura che deriva il perfezionarsi del vincolo contrattuale".*

In base a tali premesse, i Giudici affermano che la mancanza di un formale contratto non osta a considerare la vicenda già rientrante nella fase esecutiva dell'appalto, essendosi il rapporto negoziale già perfezionato, con conseguente attrazione della controversia nella competenza giurisdizionale del G. O.

---

[8] Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2006, n. 8070.

[9] Cass., 27 marzo 2007, n. 7481; Cass., 26 maggio 2006, n. 12629; Cass., 21 giugno 2000, n. 8420.

Né può attribuirsi rilievo alla circostanza che l'art. 109 del d. P. R. 21 dicembre 1999, n. 554[10], preveda l'obbligo di stipula del contratto successivamente all'aggiudicazione, stabilendo, al comma 3, che ove la stipulazione stessa non intervenga nei termini, "…*l'impresa può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni impegno o recedere dal contratto*".
Tale normativa è infatti intervenuta successivamente alla data di aggiudicazione definitiva dell'appalto e non è quindi applicabile né alle obbligazioni derivanti da contratti stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore, né alle modalità di svolgimento delle procedure di gara già bandite.

4*. La questione della natura giuridica della cauzione provvisoria.*
La pronuncia in esame si segnala anche per le conclusioni rese in ordine ad un ulteriore nodo problematico.
Le sezioni unite si interrogano, risolvendolo positivamente, sul seguente quesito: può la stazione appaltante, che abbia legittimamente incamerato la cauzione provvisoria a fronte dell'inadempimento dell'aggiudicatario dell'obbligo di sottoscrivere il contratto, ottenere, oltre al rimborso delle spese sostenute per indire una nuova procedura di gara, anche il risarcimento degli ulteriori danni costituiti dal maggior prezzo di aggiudicazione risultante dalla nuova procedura di gara espletata?
Sul punto, i Giudici richiamano un proprio, risalente, precedente[11] nel quale si forniva risposta negativa a tale interrogativo e ciò in base a quanto previsto dalla normativa allora vigente[12], secondo la quale con la cauzione provvisoria si sarebbe risarcito forfettariamente l'ammontare del danno secondo le valutazioni discrezionali dell'amministrazione, restando invece escluso il ristoro dei danni ulteriori, rivenienti all'amministrazione dal comportamento tenuto con frode o grave negligenza dall'appaltatore, consistenti nei maggiori oneri sostenuti per la stipulazione di un nuovo contratto o per l'esecuzione d'ufficio e risarciti solo nella diversa ipotesi di inadempienze inerenti l'esecuzione del contratto.
Affermano le sezioni unite che, con l'introduzione dell'art. 30 della l. n. 109/1994[13], oggi abrogato ad opera del Codice dei contratti[14], la funzione della cauzione

---

[10] Si riporta il testo dell'art. 109, comma 1, d. P. R. n. 554/1999: "*La stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ed entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario*".

[11] Il riferimento è a Cass., 19 novembre 1979, n. 6033.
[12] Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F. Si veda, in particolare, il contenuto degli articoli 332 e 340.
[13] Prevedeva l'art. 30, comma 1, l. 109/1994, nel testo modificato dall'art. 145, comma 50, della legge n. 388/2000: "*L'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della*

provvisoria è radicalmente mutata, assumendo la natura giuridica di vera e propria caparra confirmatoria e non già di semplice clausola penale o pegno irregolare.
Ed infatti, l'art. 1382 del codice civile dispone che la clausola penale, con la quale le parti convengono che in caso di inadempimento o di ritardato adempimento, uno dei contraenti sia tenuto ad effettuare una determinata prestazione, ha lo scopo di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.
Del pari, con il pegno irregolare, disciplinato espressamente dal codice civile a proposito dell'anticipazione bancaria con l'articolo 1851 ma del quale non è controversa l'utilizzabilità generale, si prevede che delle cose date in pegno il creditore dovrà restituire, in caso di inadempimento, esclusivamente la parte eccedente l'ammontare del credito garantito.
Evidente appare allora, osservano le sezioni unite, la differenza tra queste fattispecie e la caparra confirmatoria, che invece "*consente al contraente beneficiario non solo di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione, che vengono incamerate, ma altresì di richiedere che venga risarcito il maggior danno da inadempimento*"[15].
Deve sottolinearsi come la posizione espressa dalle sezioni unite si ponga nel solco dell'orientamento prevalente in giurisprudenza; non sono tuttavia mancate pronunce, in verità attribuibili alla giurisprudenza di merito[16], nelle quali la cauzione provvisoria è stata qualificata come clausola penale o ne è stata rimarcata la natura sanzionatoria.
Meno pacifica appare invece la posizione della dottrina, divisa tra coloro che accomunano la cauzione provvisoria alla caparra penitenziale, di cui all'art. 1386 del codice civile, valorizzando la circostanza che essa funge da corrispettivo per il recesso volontario dall'impegno a contrarre connesso all'intervenuta aggiudicazione dell'appalto[17], e coloro invece che osservano, al contrario, come la volontà dell'aggiudicatario di non sottoscrivere il contratto non è elemento determinante, se è vero che l'incameramento della cauzione è stato esteso anche all'ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, anche non dipendente dalla sua volontà[18].
Infine, si segnala che sul tema in esame ha avuto modo di esprimersi anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici che, con la deliberazione del 21 luglio 2004, n. 138, aderendo all'impostazione della prevalente giurisprudenza, ha

---

programmazione economica e dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario. La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. Ai non aggiudicatari la cauzione è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione".
[14] La cauzione provvisoria è attualmente disciplinata dall'art. 75 del d. lgs. n. 163/2006.
[15] Cons. Stato, 29 marzo 2001, n. 1840.
[16] T. A. R. Lazio, sez. III, 29 marzo 2000, n. 2443; T. A. R. Milano, sez. III, 18 ottobre 2001, n. 6919.
[17] In tal senso MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Roma, 2005, 212.
[18] GRASSO, *La cauzione provvisoria e definitiva negli appalti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, 2001, 801.

operato un discrimine tra il caso in cui la mancata stipula del contratto sia imputabile al fatto dell'aggiudicatario, ipotesi nella quale troverebbe applicazione l'articolo 1385 codice civile, e l'ipotesi in cui ad essere inadempiente sia la stazione appaltante, caso invece nel quale troverebbero applicazione le norme che limitano il risarcimento del danno al rimborso delle spese sostenute.