Corte di Cassazione, sez. unite civili, 28 novembre 2008, n. 28345

La Corte di Cassazione, sez. un. civili,

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Il 13 dicembre 1990 la s.r.l. F.C., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea costituita con altre imprese, si era resa aggiudicataria dei lavori di ristrutturazione di un terminal per container nel porto di Napoli.

In seguito a una controversia insorta sulla responsabilità per interruzioni e ritardi nella consegna e nell'esecuzione dei lavori, la committente Autorità portuale di Napoli e l'associazione temporanea di imprese stipularono il 17 marzo 1998 un accordo transattivo, integrato il 23 giugno 1998, che riconosceva alle imprese appaltatrici una revisione dei prezzi e fissava un nuovo termine per l'ultimazione dei lavori.

Tuttavia, nel corso della successiva esecuzione dei lavori e dopo che le imprese appaltatrici avevano formulato nuove riserve, la committente Autorità portuale di Napoli, ricevute in data 4 novembre 1999 informazioni prefettizie su possibili infiltrazioni mafiose in due delle imprese associate, dispose in data 1 dicembre 1999 la sospensione dei lavori, invitando le imprese appaltatrici a controdedurre; e il 14 febbraio 2000 comunicò il recesso dal contratto di appalto, a norma del D.P.R. n. 252 del 1998, art. 11.

Le imprese appaltatrici, formulate ulteriori riserve, fecero ricorso a un collegio arbitrale chiedendo la risoluzione dell'accordo transattivo del 1998, con il riconoscimento dei crediti di cui alle riserve già prima formulate e di quelle successivamente aggiunte, e il risarcimento dei danni, sia per la sospensione dei lavori disposta l'1 dicembre 1999 sia per il successivo recesso.

Con il lodo pronunciato il 22 ottobre 2001 il collegio arbitrale decise nei seguenti termini:

a) dichiarò la giurisdizione del Giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento dei danni derivanti dal recesso dell'amministrazione;

b) dichiarò inammissibili le pretese collegate alle riserve formulate prima dell'accordo transattivo;

c) riconobbe le pretese ricollegate ad alcune delle riserve successive alla transazione e in particolare, disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione, riconobbe alle imprese il risarcimento dei danni per la sospensione dei lavori disposta l'1 dicembre 1999 prima del recesso, liquidandoli in L. 375.281.616, oltre rivalutazione e interessi. Contro il lodo cosi formulato interposero appello entrambe le parti. La F.C. s.r.l. in via principale, chiedendo in particolare il riconoscimento delle pretese connesse alle riserve formulate prima della transazione del 1998.

L'Autorità portuale di Napoli in via incidentale, riproponendo tra l'altro l'eccezione di difetto di giurisdizione.

Su tali impugnazioni s'è pronunciata la Corte d'appello di Napoli, che, disatteso l'appello incidentale, ha accolto l'appello principale, dichiarando la natura conservativa, non novativa, della transazione del 1998 e riconoscendo di conseguenza talune delle pretese degli appaltatori dichiarate inammissibili dagli arbitri.

Contro questa decisione ricorre ora per cassazione l'Autorità portuale di Napoli e propone cinque motivi d'impugnazione, illustrati anche da memoria, cui resiste con controricorso la F.C. s.r.l., in proprio e quale rappresentante del raggruppamento temporaneo delle imprese appaltatrici.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. I primi quattro motivi del ricorso censurano la decisione impugnata in relazione alla riconosciuta natura conservativa della transazione del 1998 e alla conseguente reviviscenza delle riserve formulate prima della transazione. E' solo con il quinto motivo che la ricorrente ripropone l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice ordinario, e quindi del collegio arbitrale. In relazione certamente alla dedotta illegittimità della sospensione dei lavori precedente il recesso e alla conseguente pretesa risarcitoria degli appaltatori. Ma anche con riferimento all'intera controversia conseguente al recesso della pubblica amministrazione, come si desume conclusivamente dal quinto quesito di diritto, laddove si deduce appunto il difetto di giurisdizione con riferimento al giusto procedimento promosso con atto n. 189 del 26 novembre 1999.

2. In proposito occorre premettere che questa Corte, con la sentenza n. 21928 del 2008, ha riconosciuto che la facoltà di recesso prevista dal D.P.R. n. 252 del 1998, art. 11, comma 2, "è espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto", benchè attenga alla scelta stessa del contraente. Sicchè "tale potere è estraneo alla sfera del diritto privato", perchè "a differenza del recesso previsto dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 345, all. F", non è giustificato da inadempienze contrattuali, ma è destinato a evitare che i soggetti pubblici indicati nel D.P.R. n. 252 del 1998, art. 1, abbiano rapporti contrattuali con imprese nei cui confronti emergano sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata, eventualmente segnalati dalla prefettura competente.

Sicchè, contrariamente a quanto sostengono i Giudici del merito, nel caso in esame il contratto non si sciolse per l'avverarsi di una condizione risolutiva, bensì per l'esercizio di un potere autoritativo della pubblica amministrazione. D'altro canto, come risulta evidente dal testo della norma, che in tal senso viene interpretata dalla prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato, "la stazione appaltante non dispone del potere di sindacare il contenuto dell'informativa prefettizia perchè il D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490, demanda a tale Autorità, in via esclusiva, la raccolta degli elementi e la valutazione circa la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa; di conseguenza, ai sensi del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252,

art. 11, comma 3, la suddetta stazione appaltante può solo deliberare di non revocare l'appalto, sebbene il collegamento dell'impresa con organizzazioni malavitose sia stato accertato, a conclusione di una valutazione di convenienza fondata sul tempo di esecuzione del contratto, sulle difficoltà di trovare un nuovo contraente e sullo stato di esecuzione dei lavori, e sempre al fine di tutelare l'interesse pubblico" (Cons. Stato, sez. 5^, 27 giugno 2006, n. 4135, Cons. Stato, sez. 5^, 29 agosto 2005, n. 84408). Ed è allora plausibile che, pervenuta l'informativa prefettizia, la stazione appaltante avvii un procedimento di acquisizione delle conoscenze necessaria a una ponderata valutazione dell'interesse pubblico, cui può risultare funzionale una sospensione cautelare dei lavori. Nè ha rilievo il fatto, valorizzato dalla corte napoletana, che il potere di sospensione cautelare non sia previsto dalla legge, una volta riconosciuta la discrezionalità del potere di recesso in seguito alla pure insindacabile informativa prefettizia. Infatti "la revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico dev'essere preceduta dalla comunicazione dell'avvio del relativo procedimento amministrativo, ai sensi della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 7", (Cons. Stato, sez. 5^, 24 ottobre 2000, n. 5710). Sicchè deve ritenersi che la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo sia nei confronti del potere di recesso o di revoca previsto dal D.P.R. n. 252 del 1998, art. 11, comma 2, sia in relazione al provvedimento cautelare di sospensione dei lavori in funzione della definitiva decisione sui presupposti del recesso.

E poichè il recesso comporta che l'amministrazione sia tenuta esclusivamente al pagamento delle opere già realizzate, oltre al rimborso delle spese nei limiti dell'arricchimento dell'appaltante, ne consegue che l'intera controversia sui rapporti tra le parti deve essere devoluta al Giudice amministrativo.

In accoglimento del quinto motivo del ricorso la sentenza impugnata va pertanto cassata senza rinvio, previa dichiarazione della giurisdizione del Giudice amministrativo. Si giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

La Corte, in accoglimento del ricorso, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo, cassa senza rinvio la sentenza impugnata e rimette le parti dinanzi al Giudice amministrativo di primo grado competente per territorio. Compensa le spese.

Così deciso in Roma, il 18 novembre 2008.

Depositata in Cancelleria il 28 novembre 2008.