Assieme al bianco e al nero, il grigio è a volte classificato come un ossimorico “colore acromatico”… si potrebbe dire che il grigio non ha “colore” in quanto tale, ma è più un intermediario tra chiaro e scuro … è, se si vuole, luce bianca col volume abbassato.

Philip Ball, *Colore*, 2001

La materia dei contratti pubblici è una delle più feconde per il contenzioso sul riparto di giurisdizione tra Giudice ordinario (**G.O.**) e Giudice amministrativo (**G.A.**).

La norma di partenza si rinviene all’art. 133, co. 1, lett. *e*, n. 1 c.p.a., secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva del **G.A.** “*e) le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*”.

Tenendo a mente il riparto della giurisdizione fissato dall’art. 103 Cost., si può affermare che le controversie attinenti alla procedura ad evidenza pubblica, fino all’aggiudicazione, comportano una spendita del pubblico potere da parte della Stazione appaltante, con conseguente situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo in capo al privato-concorrente e giurisdizione del **G.A.** In ogni caso, in forza della norma sopra richiamata, eventuali posizioni di diritto soggettivo risulteranno attratte dalla giurisdizione esclusiva del medesimo **G.A.**

Invece, le controversie inerenti la fase di esecuzione del contratto, ove le parti scendono in posizione di sostanziale parità, riguardano diritti soggettivi e devono essere conosciute dal **G.O.**

Si crea così una “zona grigia”, denominata fase intermedia, nel tempo successivo all’aggiudicazione della gara pubblica, ma anteriore alla stipula del contratto.

Questo iato tra la fase sicuramente pubblicistica e quella sicuramente privatistica è attualmente disciplinato dall’art. 32 d.lgs. 50/2016, il quale configura uno spazio temporale non poi così veloce e ininfluente.

Infatti, l’art. 32, co. 6 cit. afferma che “*l’aggiudicazione non equivale ad accettazione dell’offerta*”, e introduce così un necessario distacco temporale tra l’atto conclusivo della

gara e la stipula del contratto. I successivi commi 9-10 disciplinano il cd. *stand still*, ovvero il periodo dilatorio ai sensi del quale, in determinati casi, “*il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall’invio dell’ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*”. Inoltre, il comma 7 art. cit. colloca nella fase intermedia in esame la verifica, da parte della P.A., della sussistenza dei requisiti in capo all’aggiudicatario (al cui positivo esito è condizionata l’efficacia del provvedimento di aggiudicazione). Nel medesimo *spatium temporis* può altresì verificarsi, in virtù del I periodo del comma 8 art. cit., l’eventuale esercizio dei poteri di autotutela da parte della Stazione appaltante, assoggettati alla l. 241/1990[1].

Ci si interroga allora sul giudice fornito di giurisdizione in detta fase intermedia.

La risposta si rivela segnata da un fervido dibattito giurisprudenziale e deve essere articolata a seconda del rimedio giudiziario azionato e dell’atto o comportamento che viene contestato.

1. ***Argomenti generali a favore dell’una o dell’altra giurisdizione.***

Secondo una prima tesi, sussiste sempre la giurisdizione esclusiva del **G.A.** nella fase che segue l’aggiudicazione, ma precede la stipula del contratto, poiché detta fase viene regolamentata con evidenti rinvii alla normativa pubblicistica, in quanto popolata da numerosi atti o comportamenti espressivi di un potere autoritativo della P.A., in particolare poteri di controllo ed autotutela di natura pubblicistica[2]. I provvedimenti amministrativi successivi all’aggiudicazione costituiscono un proseguimento della fase pubblicistica della procedura e sono adottati in funzione di revisione o di riesame in autotutela, ovvero di verifica della correttezza dell’aggiudicazione e dell’affidabilità dell’aggiudicatario funzionale alla stipulazione del contratto[3].

Secondo una diversa tesi, nella cd. fase intermedia, il riparto di giurisdizione dev’essere effettuato secondo la regola generale fissata dall’art. 7, co. 1 e 4 c.p.a., attribuendo quindi alla cognizione del **G.A.** soltanto le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi[4].

Ad esempio, laddove nella “zona grigia” intervenga l’esecuzione anticipata dello stipulando contratto, in genere giustificata da ragioni di urgenza, l’instaurazione di un rapporto contrattuale (che trae, comunque, titolo nell’esito della fase selettiva) prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva, ove le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità da eventuale

inadempimento, con conseguente giurisdizione del **G.O.**[5].

2. ***Gli atti emanati nella fase intermedia che incidono sulla scelta del contraente.***

Vi è una certa concordia nel ritenere che spettino al **G.A.** le impugnazioni degli atti che, pur collocandosi dopo l’aggiudicazione, determinano le sorti o incidono sull’individuazione del contraente e comunque sono originate dall’adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi[6].

Ciò perché ove la P.A., in virtù dell’art. 30, co. 8 d.lgs. 50/2016, adotti misure intese alla rimozione di atti in autotutela, si è in presenza di una “coda autoritativa” della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione o di riesame, con conseguente giurisdizione del **G.A.**

Ad esempio, ove la P.A. proceda alla verifica di correttezza dell’aggiudicazione a causa dell’inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della *lex specialis* di procedura o di un precetto normativo vincolante, può essere disposto la decadenza dell’aggiudicazione, con conseguente legittimo rifiuto di stipulare il contratto, le cui controversie spettano alla giurisdizione amministrativa esclusiva[7].

Diverso è se è stata data esecuzione anticipata dello stipulando contratto.

In quel caso, il provvedimento che dichiara la decadenza dell’aggiudicazione, pur in difetto di stipulazione in via ordinaria del contratto, trova la sua giustificazione in un rapporto convenzionale, poiché la legge regolatrice dello stesso è riconducibile al capitolato. Perciò, qualora detta decadenza sia in realtà una reazione di fronte all’inadempimento dell’appaltatore, si tratta di un comportamento che, al di là della sua formale espressione come provvedimento, ha la sostanza di atto dichiarativo di un’intervenuta risoluzione per inadempimento. La relativa controversia, perciò, appartiene al **G.O.**[8].

3. ***Le azioni risarcitorie nei confronti di atti di revisione o di autotutela dell’aggiudicazione.***

Secondo un primo orientamento, vi è giurisdizione esclusiva del **G.A.** nelle controversie risarcitorie aventi ad oggetto l’adozione o la caducazione degli atti successivi all’aggiudicazione, adottati in funzione di revisione o di riesame in autotutela ovvero di verifica della correttezza dell’aggiudicazione e dell’affidabilità dell’aggiudicatario funzionale alla stipulazione del contratto, ivi comprese le domande di risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento del privato nella legittimità di detti atti, inclusi l’annullamento e la

revoca dell’aggiudicazione *ex* art. 32, co. 8 d.lgs. 50/2016[9].

Secondo altro orientamento, che propende per la giurisdizione del **G.O.**, la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell’affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell’azione amministrativa sorge da un rapporto inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex* art. 1173 c.c., qualora si assuma che il relativo danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo[10].

4. ***Le azioni risarcitorie per responsabilità pre-contrattuale della P.A.***

Si è affermata la giurisdizione del **G.A.** per le domande di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale della P.A. in caso di revoca, pur legittima, degli atti di gara e/o dell’aggiudicazione[11].

Si è argomentato che dette controversie hanno per oggetto atti o provvedimenti della procedura concorsuale obbligatoria, nonché relativi all’individuazione del contraente a seguito dell’aggiudicazione, e comunque inerenti alla fase antecedente alla stipulazione del contratto di appalto[12].

Sebbene le controversie risarcitorie possano apparire soltanto “occasionate” dalla procedura di evidenza pubblica, in realtà esse trovano in questa la loro ragion d’essere, in quanto si originano dalla caducazione di un atto della serie procedimentale pubblica, disposta dalla P.A. nell’esercizio di poteri di autotutela riconosciuti dalla legge[13].

Sin dall’entrata in vigore della l. 205/2000, è prevalso un modello ricostruttivo della fase compresa fra l’aggiudicazione e la stipulazione del contratto, considerata a valenza “pubblicistica”, in termini tali da ricomprendere nella giurisdizione esclusiva anche le controversie risarcitorie da responsabilità precontrattuale. Si realizza, infatti, quella situazione d’interferenza tra diritti e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del **G.A.**, riguardo ad atti e comportamenti assunti nella successiva fase compresa tra l’aggiudicazione e la mancata stipula del contratto[14].

Una diversa tesi sostiene invece sul punto la giurisdizione del **G.O.**

Ciò perché si tratterebbe di domande risarcitorie afferenti non alla fase pubblicistica della gara, ma a quella prodromica nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona

fede e correttezza, con conseguente rilevanza del criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla natura e sulla consistenza della situazione soggettiva dedotta in giudizio[15].

5. ***L’escussione della polizza fideiussoria.***

In una recente vicenda, l’aggiudicatario chiedeva di accertare l’insussistenza dei presupposti per l’escussione della polizza fideiussoria che la Stazione appaltante intendeva effettuare stante la mancata stipula del contratto conseguente al rifiuto del privato alla conclusione del negozio in ragione delle mutate condizioni del mercato e della conseguente eccessiva onerosità della prestazione promessa con l’offerta formulata in gara.

Il TAR Milano ha affermato in merito la giurisdizione del **G.O.**, poiché la controversia verte non su questioni afferenti al potere amministrativo, ma su una richiesta di accertamento negativo dei presupposti della pretesa indennitaria fatta valere dalla Stazione appaltante, intendendosi la polizza fideiussoria una *species* del *genus* caparra confirmatoria[16].

La posizione delle Sezioni Unite appare più articolata.

La Suprema Corte ha affermato che la controversia avente ad oggetto l’escussione di una polizza fideiussoria a cui una Stazione appaltante abbia proceduto a seguito dell’esclusione di un concorrente dalla gara – per non avere il medesimo fornito la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara – rientra nella giurisdizione del **G.O.** ove si discuta esclusivamente dei diritti derivanti dalla polizza, con riguardo, esemplificativamente, all’entità delle somme dovute, ai tempi e modalità del pagamento, all’individuazione dei soggetti obbligati; rientra, per contro, nella giurisdizione del **G.A.** ove si discuta della sussistenza dei presupposti di esclusione del concorrente dalla gara[17].

Giusto per dare atto della complessità dell’istituto della giurisdizione, si segnala che spetta alla Corte dei conti conoscere della domanda, promossa dall’agente contabile nei confronti dell’Ente pubblico o Amministrazione dello Stato, relativa alla declaratoria di illegittimità dell’atto di incameramento della polizza fideiussoria e alla condanna del risarcimento del danno per carenza dei presupposti, in quanto rientrante nel più ampio *genus* del giudizio di conto[18].

6. ***La domanda risarcitoria della Stazione appaltante conseguente alla violazione dell’obbligo di rinnovare la polizza fideiussoria scaduta prima dell’aggiudicazione.***

Si è affermato che spetta al **G.O.** la *regiudicanda* sull’adempimento dell’obbligo del concorrente di ricostituire la garanzia da esso prestata nel caso in cui ne termini la durata anteriormente all’aggiudicazione stessa, per preservare l’esercizio del diritto all’escussione della garanzia della Stazione appaltante. Ciò perché si è in una posizione esterna al procedimento amministrativo, non avendo la P.A. alcun potere affinché il privato provveda a stipulare la garanzia, perché ciò richiede un contratto di diritto privato tra quest’ultimo e chi possa assumere la funzione di garante. Se si agisce in giudizio affermando che il concorrente avrebbe inadempiuto al proprio specifico obbligo di fornire nuovamente la garanzia scaduta, riconducibile all’obbligo generale di comportarsi secondo buona fede precontrattuale, la Stazione appaltante attiva come *petitum* sostanziale il correlato diritto soggettivo al risarcimento del danno derivato dall’inadempimento dell’obbligo precontrattuale suddetto[19].

7. ***Conclusioni.***

Il tasso di incertezza che avvolge questa fase intermedia, o zona grigia, oggetto della presente trattazione è tale da rendere ardua qualunque presa di posizione.

Né la Corte di cassazione – quale supremo organo regolatore della giurisdizione *ex* artt. 111, co. 7 Cost. e 65 l. ord. giud. – sembra offrire considerazioni dirimenti.

Invero, si può concordare sul fatto che la giurisdizione esclusiva del **G.A.** abbia, tra le sue funzioni di rango costituzionale, quella di semplificare la domanda di giustizia del cittadino ed evitare il “*flipper*” tra le Autorità giudiziarie, a seconda della domanda azionata.

In merito, la Corte costituzionale ha ricordato che, nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva del **G.A.**, in linea con le ragioni storiche di tale giurisdizione, anche se è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell’ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, è ammissibile che la cognizione del **G.A.** possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti della determinatezza della materia assegnata e della spendita di potere amministrativo da parte della P.A., anche soltanto diritti soggettivi[20].

Pertanto, è forse auspicabile che l’art. 133, co. 1, lett. *e*, n. 1 c.p.a. venga riscritto, così da fugare ogni dubbio e – pur nei limiti costituzionalmente imposti – portare maggiore chiarezza sui confini, potenzialmente da dilatarsi, della giurisdizione amministrativa esclusiva.

Alberto Antico

[1] Per questa ricostruzione, cfr. sent. TAR Lombardia – Milano, Sez. IV, 11 febbraio 2022, n. 326.
[2] Sentt. Cons. St., Sez. V, 02 agosto 2019, n. 5498; TAR Lombardia – Milano, Sez. IV, 11 febbraio 2022, n. 326.
[3] Sent. TAR Lombardia – Milano, Sez. IV, 11 febbraio 2022, n. 326.
[4] Sent. Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7217.
[5] Sentt. Cons. St., Sez. V, 02 agosto 2019, n. 5498; TAR Campania – Napoli, Sez. VIII, 15 ottobre 2020, n. 4528.
[6] Sentt. Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7217; 02 febbraio 2022, n. 722.
[7] Sent. Cons. St., Sez. V, 02 agosto 2019, n. 5498.
[8] Ord. Cass., SS.UU., 05 ottobre 2018, n. 24411; sent. TAR Toscana, Sez. I, 22 ottobre 2020, n. 1255.
[9] Cfr. sentt. Cass., SS.UU., 29 maggio 2017, n.13454; Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7217; TAR Lombardia – Milano, Sez. IV, 11 febbraio 2022, n. 326.
[10] Ordd. Cass., SS.UU., 23 marzo 2011, n. 6596; 04 settembre 2015, n. 17586; 22 maggio 2017, n. 12788; 28 aprile 2020, n. 8236; 17 dicembre 2020, n. 28979; Id., sent., 21 novembre 2011, n. 24438.
[11] Hanno ritenuto di poter decidere nel merito la controversia le sentt. Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697; 13 luglio 2020, n. 4514; 26 aprile 2021, n. 3303; 12 luglio 2021, n. 5274; 27 ottobre 2021, n. 7217. La responsabilità pre-contrattuale nella materia dei pubblici appalti è stata approfondita dalla sent. Cons. St., Ad. plen., 04 maggio 2018, n. 5.
[12] Ord. Cass., SS.UU., 30 luglio 2008, n. 20596; Id., sent., 25 maggio 2018, n. 13191.
[13] Sent. Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7217
[14] Sentt. Cass., SS.UU., 29 maggio 2017, n. 13454; Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7217.
[15] Ordd. Cass., SS.UU., 04 luglio 2017, n. 16419; 17 dicembre 2020, n. 28979.
[16] Sent. TAR Lombardia – Milano, Sez. II, 14 marzo 2022, n. 598.
[17] Sent. Cass., SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9005.
[18] Ord. Cass., SS.UU., 12 gennaio 2022, n. 760.
[19] Ord. Cass., SS.UU., 17 giugno 2021, n. 17329.
[20] Sent. Corte cost., 05 febbraio 2010, n. 35.