

Civile Ord. Sez. U Num. 30712 Anno 2022

Presidente: VIRGILIO BIAGIO

Relatore: FERRO MASSIMO

Data pubblicazione: 18/10/2022



ORDINANZA

sul ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione iscritto al n. 5624/2022 R.G. proposto da:

MANAGEMENT ENGINEERING CONSULTING SPA, INFRASTRUTTURE LAVORI ITALIA AUTOSTRADE SRL, in proprio ed in nome e per conto delle società Egis Projects s.a, Egis Structures et Environments s.a., Egis International s.a., Egis Road Operations s.a., nonché Technip Italy s.p.a., Gefip Holding s.a., Banca Carige s.p.a. e per Infrastrutture Lavori Italia Autostrade s.r.l. elettivamente domiciliati in ROMA VIA DEGLI SCIPIONI 288, presso lo studio dell'avvocato GIUFFRÈ GIUSEPPE (GFFGPP50B06H224E) che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato BIANCHI ALBERTO (BNCLRT54E16G713Z)

-ricorrente-

contro

ANAS SPA, elettivamente domiciliato in ROMA VIA MONZAMBANO 10 (C/O SEDE ANAS SPA), presso lo studio dell'avvocato PACIFICO MARIA (PCFMRA79D52I197L) che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati MALASPINA NICOLETTA (MLSNLT77E62L833F), DI CHIO IVANA ROSA (DCHVRS68A46A662M)

-controricorrente-

nonchè

contro

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA MOBILITA' SOSTENIBILI, MINISTERO DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA, MINISTERO PER LA CULTURA, PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, elettivamente domiciliati in ROMA VIA DEI PORTOGHESI 12, presso lo studio dell'avvocato AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO (ADS80224030587) che li rappresenta e difende

-controricorrenti-

Nel GIUDIZIO PENDENTE avanti al TRIBUNALE AMM. REGIONALE DEL LAZIO n. 7919/2016;

lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del sostituto Procuratore Generale dott. Mauro Vitiello, che ha concluso per la dichiarazione della giurisdizione del giudice amministrativo;

lette la memoria dei ricorrenti;

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 11/10/2022 dal Consigliere MASSIMO FERRO.

FATTI DI CAUSA

1. MANAGEMENT ENGINEERING CONSULTING SPA, INFRASTRUTTURE LAVORI ITALIA AUTOSTRADE SRL, in proprio ed in nome e per conto delle società di cui in epigrafe, ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione nel procedimento a R.G. n. 7919 del 2016 promosso dalle stesse società avanti al TAR Lazio contro MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA MOBILITA' SOSTENIBILI [MISM] e gli altri enti ora controricorrenti, oltre ad

ANAS, chiedendo, previo accertamento di responsabilità precontrattuale, per le modalità di conduzione e mancato completamento della procedura di project financing, la condanna degli stessi in solido al risarcimento dei danni quantificati in 311.284.321 euro o altra somma ritenuta di giustizia, oltre accessori, quale danno emergente e perdita di chances;

2. nel ricorso avanti al TAR le società esponevano che: a) il 30 giugno 2003 avevano avanzato ad ANAS una proposta di finanza di progetto, ai sensi degli artt. 37bis l. n. 109 del 1994 e 8 d.lgs. n. 190 del 2002, per il collegamento stradale Orte-Mestre, opera strategica d'investimento iniziale per 10,5 miliardi euro, inclusa nel programma approvato dal CIPE con delibera n. 121/2001 e suscettibile di affidamento in concessione, secondo l'invito del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti [MIT] del 14 giugno 2003; b) conclusa la prima fase procedurale in sostanziale allineamento con la normativa, avendo il soggetto aggiudicatore proceduto alla dichiarazione di pubblico interesse nel dicembre 2003, erano invece non rispettate le scadenze a seguire, tra cui la sottoposizione al CIPE per le sue determinazioni (nei 180 giorni) e così l'avvio della procedura negoziata tra il (proponente così divenuto altresì) promotore e due eventuali competitori prescelti con gara pubblica, ferma la prelazione del primo, in una – in caso di mancato esercizio – al riconoscimento delle attività compiute; c) la seconda fase istruttoria, infatti, durava ben 8 anni e mezzo (per VIA e localizzazione urbanistica, sino a giugno 2012), con 5 aggiornamenti del progetto e altri rifacimenti del piano economico-finanziario (PEF); d) nonostante due delibere approvative CIPE del progetto e della proposta del promotore, la fase decisionale si protraeva sino al ricorso avanti al giudice amministrativo (2016), stante la inefficacia di una delibera CIPE per rifiuto della Corte dei Conti del visto e ritiro di altra; e) il MIT (subentrato ad ANAS come soggetto aggiudicatore) decise di non realizzare più l'opera in concessione, così rendendo

inefficace una delibera CIPE (n.41 del 2014), proponendo una norma *ad hoc* per sciogliersi dal vincolo precontrattuale riducendo gli oneri, procrastinando la procedura, il tutto in violazione dei doveri di buona fede e così senza trasparenza ed anzi esponendo il promotore a spese prive di connessione contrattuale, secondo un importo che lo stesso ANAS aveva quantificato in 180 mln euro a gennaio 2012 per la mancata aggiudicazione al promotore stesso; f) particolare rilievo avevano così assunto la posizione giuridico-soggettiva del promotore, dopo la dichiarazione di pubblico interesse, la violazione dei doveri di corretto svolgimento della fase precontrattuale già per eccesso di durata, oltre che produzione di oneri enormi e ammessi, l'irrelevanza della diversa soggettività giuridica degli enti che avrebbero concorso a determinare il danno, in ogni caso i fatti in sé della revoca per carenza di risorse finanziarie (sotto forma di negata defiscalizzazione dell'opera) e l'attuazione parziale in proprio (da parte della PA, con ANAS), il decorso del tempo per il ritiro della procedura, la mancata tempestiva informazione, la frustrazione dell'affidamento nonostante l'avanzato stadio; da ciò, la richiesta risarcitoria - a ristoro dell'interesse negativo - per le spese inutilmente sostenute per l'inconclusa definizione del contratto e le perdite di ulteriori opportunità contrattuali pariordinate;

3. il ricorso per regolamento di giurisdizione espone che: a) il dedotto comportamento della PA contrario a buona fede e correttezza non cessava a seguito della introduzione nel luglio 2016 del giudizio avanti al TAR, non essendo stata la procedura portata a compimento, ciò giustificando, in una all'apparente mutamento di giurisprudenza sulla giurisdizione, altra azione avanti al giudice ordinario, il Tribunale di Roma, adito a luglio 2021; b) il MIT sottoponeva al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (CSLLPP) un progetto incompleto e non aggiornato, conseguendone un parere negativo e poi provocava una critica analisi di fattibilità tecnico-economica dalla propria Struttura tecnica di Missione, infine

avviando l'iter di non approvazione da parte del CIPE nell'aprile 2017; c) il CIPE, a sua volta, assegnava ad ANAS risorse per eseguire una parte dei lavori in origine compresi nel progetto del promotore, derivando dalla circostanza altra impugnazione con ricorso amministrativo; d) nel marzo 2018 il Ministero, infine, comunicava al CIPE la volontà di concludere la procedura ma in favore di ANAS e non del promotore originario; e) alla vicenda seguiva un accordo a luglio 2019 per la istituzione di un tavolo tecnico partecipato da ANAS e Ministero ma senza avanzamento della proposta iniziale di ANAS come partecipe della compagine del promotore e comunque non definendo altrimenti i rapporti fra le parti, in un contesto procedurale infruttuoso durato 18 anni e mezzo;

4. il ricorso prospetta: a) la responsabilità precontrattuale o da contatto sociale qualificato nella quale la parte pubblica è incorsa, per violazione dell'art. 1337 c.c., non avendo questa osservato i propri doveri di lealtà e correttezza nella fase formativa del contratto e così ingenerando nel promotore un affidamento frustrato dall'inerzia complessivamente tradotta in non conclusione del progetto di opera, ledendo la autodeterminazione negoziale e patendo il danno da interesse negativo, cioè a non essere coinvolto in trattative inutili; b) il richiamo al generale dovere di solidarietà sociale, gravante anche sulla PA e divenuto dovere di correttezza e protezione in ragione dell'intensità della relazione procedimentale instaurata; c) la possibile appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario, ove il danno non sia causalmente collegato alla illegittimità di un atto amministrativo della PA, dunque versandosi nell'opposta ipotesi solo allorché la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione, così radicandosi la *causa petendi* nella modalità di (cattivo) esercizio del potere amministrativo; d) la mancata emanazione di un provvedimento amministrativo e, pertanto, l'imputazione della responsabilità della PA ad una sua condotta mera;

5. al ricorso, resistendo con controricorsi, le PA in epigrafe e ANAS contrappongono l'appartenenza della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, così come radicata nella presente vicenda avanti al TAR.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Considerato che:

1. il ricorso, in primo luogo, è ammissibile, posto che, come recentemente ribadito da Cass. s.u. 5102, 5103, 5104, 5105 e 5106/2022, *«la natura oggettiva dell'interesse alla corretta soluzione della questione di giurisdizione comporta la legittimazione a ricorrere, ai sensi dell'art. 41, comma 1, cod. proc. civ., anche del soggetto che, avendo instaurato il giudizio di merito non ancora definito, abbia poi, spontaneamente o su eccezione della controparte, ragionevolmente dubitato della correttezza della originaria scelta da lui effettuata. E' infatti ravvisabile nella specie quel "ragionevole dubbio" sulla giurisdizione – inteso come interesse concreto ed immediato alla risoluzione della questione da parte delle Sezioni Unite, anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole – in guisa del quale si reputa ammissibile l'istanza di che trattasi anche se a farsene interprete sia lo stesso soggetto che ha adito il giudice della cui giurisdizione si chiede di riconoscere o di negare la sussistenza»*;

2. osservano poi queste Sezioni Unite, a fronte della introduzione, a luglio 2021 e ad opera delle medesime ricorrenti, di analogo giudizio avanti al Tribunale civile di Roma (pag. 9 ricorso) che può farsi applicazione del principio per il quale *«qualora una parte abbia promosso il medesimo giudizio innanzi a due distinte giurisdizioni, dubitando soggettivamente quale di esse fosse quella effettivamente esistente, la contestazione della giurisdizione sollevata dal convenuto anche in uno solo dei giudizi fonda l'interesse della parte proponente ad avvalersi del regolamento preventivo di giurisdizione con riguardo ad entrambi i processi, trattandosi della medesima*

questione, il cui apprezzamento è unitario e riguarda ambedue i giudizi pendenti» (Cass. 14345/2015); ciò fonda la disposta trattazione alla medesima udienza odierna anche del ricorso sub R.G. 5633/2022 promosso dalle stesse società;

3. il regolamento è infondato, conseguendone la declaratoria di giurisdizione del giudice amministrativo, già adito dalle società ricorrenti; dall'esame delle conclusioni con cui le ricorrenti hanno rappresentato la propria domanda al TAR Lazio, si evince con chiarezza che il titolo che vien fatto valere è la responsabilità risarcitoria di natura precontrattuale *"nella conduzione e per il mancato completamento a tutt'oggi della procedura di project financing"*; la condotta delle PA non appare, dunque, né propria di un'attività meramente materiale avulsa dall'esercizio di un potere pubblico, né solo occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento dell'opera;

4. la qualificazione della controversia deve infatti procedere, per un verso, dal principio per cui *«la giurisdizione si determina in base alla domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, 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 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. s.u. 20350/2018, 12635/2019); inoltre, va ribadito che, in ordine alle questioni di giurisdizione, *«le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono anche giudice del fatto, sicché possono e devono esaminare l'atto negoziale la cui valutazione incida sulla determinazione della giurisdizione, tenendo conto ... che le risultanze fattuali vanno apprezzate, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., per come emergenti dalla domanda giudiziale e dalla sua eventuale*

precisazione, avuto riguardo alla "causa petendi" e al "petitum" sostanziale della stessa, non assumendo rilevanza la successiva attività istruttoria diretta a verificare il fondamento degli elementi dedotti ed allegati» (Cass. s.u. 156/2020);

5. per altro verso, viene in rilievo la norma speciale dell'art. 133, comma 1, lett. e) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che, nel fissare le materie della giurisdizione esclusiva devolute al giudice amministrativo, con la riserva di legge di *ulteriori previsioni*, individua con ampia latitudine 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*; la regola di riparto si compendia poi nell'art. 30 del medesimo CPA che, al secondo comma, statuisce che *può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi*;

6. orbene, nella vicenda appare evidente la circostanza di un sicuro avvio, con la fase amministrativa di cui all'art. 37bis legge quadro sui lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109) *ratione temporis* applicata, proprio di un procedimento amministrativo volto alla concessione globale ad un unico soggetto proponente-promotore della realizzazione dell'opera con risorse (in tutto o anche in parte) a proprio carico; il successivo coinvolgimento del MIT, dell'ANAS (in precedente veste di soggetto per la declaratoria di pubblico interesse), del CIPE (per delibere e pareri), del Consiglio superiore

dei Lavori Pubblici, della Struttura tecnica ancora del MIT e, dall'altro lato, il non superamento positivo della prima fase pur volta, ove compiuta, all'affidamento della concessione, integrano l'esercizio di poteri amministrativi del tutto interni, al di là della contestazione di legittimità, ad un'attività provvedimentale e pubblicistica; in ciò appare condivisibile anche la prospettazione offerta in requisitoria dal Procuratore Generale;

7. confortano tale conclusione proprio i precedenti di asserito *revirement* che, nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite, avrebbero giustificato il dubbio sul radicamento invece della giurisdizione ordinaria nello scrutinio della dedotta attività della PA, in violazione dei doveri di correttezza e buona fede nell'ambito di un contatto sociale qualificato; siffatta formula definitoria del rapporto privato-PA non può, in realtà, sovrapporsi ad una relazione procedimentale già in essere e tipizzata nelle fasi, più o meno avanzate, di un sicuro e formalizzato procedimento amministrativo, ancorché inconcluso, altrimenti indulgendo l'evocazione del danno e della matrice fattuale del pregiudizio ad uno scambio logico della valutazione quale illecita della condotta della PA con il disconoscimento, già per questa circostanza, dell'assenza dell'esercizio di un potere pubblico; la conseguenza sarebbe allora quella di poter provocare, inammissibilmente, una semplice inversione eccezzuativa della portata generale del citato art. 133 sol definendo siccome fattuale la condotta della PA (benché afferente ad un procedimento o a sue parti) ovvero illecito il suo agire esterno (nonostante esso sia la proiezione di singole fasi del procedimento amministrativo in essere); restano così irrilevanti i mutamenti della disciplina del *project financing*, quali descritti negli artt. 183 e 216 co. 23 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n.50) rispetto all'art. 165 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ovvero le integrate specificazioni delle prerogative assunte nel tempo dai vari soggetti pubblici coinvolti (come il CIPE secondo gli artt. 3 e 8 d.lgs. 20 agosto

2002, n. 190), sul punto nella sostanza versandosi in un aggiornamento evolutivo di un istituto comunque appartenente alla più ampia nozione di procedure di affidamento di lavori pubblici;

8. si tratta di un sistema, non cambiato nelle sue linee originarie, in cui è permessa l'attribuzione ad un unico soggetto di progettazione, realizzo e gestione di un'opera pubblica con valorizzazione del capitale così investito consentendo al privato, che appunto finanzia il complesso del lavoro senza oneri tendenziali della PA, di autoremunerarsi in prospettiva ed entro certi limiti temporali dalla conduzione diretta dell'opera anche per la parte commerciale del servizio erogato a regime; l'unitarietà del procedimento, per parte sua, non ne preclude – all'esito dell'individuazione di una fase organizzativa volta alla scelta del promotore distinta da una fase esecutivo-contrattuale – una generale qualificazione pubblicistica che, per il suo avvio, non è certo attenuata, se non nei moduli organizzativi, dalla più ampia discrezionalità delle scelte della PA (per lo scrutinio dell'interesse pubblico e di ogni aspetto di impatto e congruità di costi e benefici attesi ed altresì di passaggio alla gara di affidamento) rispetto alla maggiore rigidità della fase attuativa del progetto una volta pervenuto ad una convenzione stipulatoria;

9. non contrasta infatti con tale conclusione il portato di Cass. s.u. 8236/2020 per la quale spetta alla giurisdizione ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata *«sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che 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 tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) 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.»; la giurisdizione, infatti, resta così regolata «non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione»; né sono irrilevanti le profonde differenze di fattispecie su cui la citata ordinanza 8236/2020 è intervenuta, un caso di mera proposta, da parte del privato, di realizzo di un albergo e poi un piano attuativo comunale ed infine la richiesta di costruire in deroga alle norme urbanistiche con verifica, dal Comune, della sopravvenuta incompatibilità con il regime permesso e comunque criticità rispetto a norme di assetto idrogeologico regionali; la vicenda di causa, all'opposto, integra l'immediata qualificazione dell'iniziativa delle società all'interno di un istituto (il project financing) che si articola in atti e fasi amministrative, per margini di discrezionalità e progressiva evoluzione possibile del progetto mediante definizione dell'attività della PA; sulla scia del precedente, comunque, Cass. s.u. 7515/2022 ha puntualizzato che, per converso, la giurisdizione del giudice amministrativo si afferma, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, allorché «la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione; occorre, cioè, che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo, il che non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì... in un comportamento (nel cui ambito l'atto di esercizio del potere amministrativo - provvedimento o adottato secondo moduli convenzionali - rileva come mero fatto storico) la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e venga prospettata come violazione di

regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato»; ne risulta che, per l'opzione affidata al giudice amministrativo, «è richiesto che la P.A. agisca, in tali ambiti predefiniti (le "particolare materie" devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi»;

10. siffatte conclusioni trovano supporto nella linea assunta dalla Corte costituzionale, con le pronunce nn. 204 del 2004 e 191 del 2006, ad enunciazione del perimetro di compatibilità della giurisdizione esclusiva con l'art. 103 co. 1 Cost., il quale non ha conferito al legislatore una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie così devolute, *«ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi»*, laddove il citato collegamento - intervenendo su un presupposto di discriminare rispetto alla giurisdizione ordinaria - va inteso in modo peculiare; le materie *«devono partecipare della loro medesima natura... contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo»* per cui *«è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo»* e nemmeno risulta *«sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo»*; superato dunque, con l'espunzione della norma incostituzionale, il limite attributivo di una materia *«in blocco»* (così Corte cost. n. 204 del 2004 per la materia edilizia e urbanistica ex art. 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 a significazione del censurato impiego della locuzione *«i comportamenti»* e, poi, Corte cost. n. 35 del 2010 per la materia

della gestione dei rifiuti, nonché le pronunce nn. 371 del 2010, 54 e 167 del 2011, 179 del 2016), il completamento della cesura si è compiuto con Corte cost. n. 191 del 2006 che, intervenendo sull'art. 53 dello stesso d.lgs. n. 80 del 1998, ha scongiurato ogni permanenza della giurisdizione amministrativa in relazione all'ipotizzata natura processuale della norma (in tema di occupazione appropriativa); la seconda norma è stata tuttavia conservata, nell'unico profilo di compatibilità costituzionale, allorché *«i "comportamenti" causativi di danno ingiusto ... costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi ... e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione ... costituendo anche tali "comportamenti" esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione»*;

11. ed infatti, la successiva Cass. s.u. 21971/2021 ha chiarito che, proprio nella materia delle procedure di finanza a progetto, è la controversia relativa alla fase successiva all'aggiudicazione ad inerire alla giurisdizione ordinaria, proprio perché essa involge *«questioni relative alla delimitazione del contenuto del rapporto e all'adempimento delle relative obbligazioni, le quali si mantengono nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti e non implicano, pertanto, di regola, l'esercizio di un potere autoritativo pubblico»*; coerentemente Cass. s.u. 13595/2022, in altra procedura ad evidenza pubblica, ha ribadito la giurisdizione ordinaria *«anche in relazione alla fase procedimentale - in cui la P.A. agisce secondo regole di rilievo pubblicistico - che intercorre tra l'aggiudicazione provvisoria, al termine della procedura di selezione della migliore offerta, e l'aggiudicazione definitiva, cui segue di regola il contratto»*, mentre *«presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre che la controversia inerisca ad una situazione di potere*

dell'amministrazione e che la "causa petendi" si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo»;

12. ancor di recente, le cit. Cass. s.u. 5102, 5103, 5104, 5105 e 5106/2022 hanno statuito che il fondamento della giurisdizione esclusiva si declina *«nell'inestricabile compenetrazione che in relazione a "particolari materie", strettamente disciplinate dalla legge, si realizza tra diritti ed interessi, tra momenti di diritto comune e momenti esplicazione di poteri pubblicistici»*; mentre a sua volta la giurisprudenza costituzionale nemmeno ha escluso che, oltre al più fisiologico *«intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive»*, il legislatore possa conferire al giudice amministrativo *«anche soltanto diritti soggettivi»* (oltre alla ricordata Corte cost. n. 35 del 2010, anche la sent. n. 259 del 2009, in materia elettorale) purché vi sia determinazione della materia e, in tali ambiti predefiniti, la PA agisca come autorità, cioè con la spendita di poteri amministrativi, atti o comportamenti (non meri) che siano;

13. nella vicenda di causa, il versante organizzativo dell'attività della PA si può senz'altro predicare come estraneo all'atto d'identificazione della controparte contrattual-aggiudicataria, ancora essendo interno alla fase prodromica di una procedura già tuttavia organizzata per la finalizzazione di un affidamento ad evidenza pubblica; mancano pertanto, come anticipato, quei presupposti di mera occasionalità del procedimento amministrativo che altra giurisprudenza di queste Sezioni Unite ha censito quale contesto di produzione di una possibile responsabilità precontrattuale (Cass. s.u. 17329/2021) ed altresì quella *«mera inerzia o ... sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo»* che a loro volta costituiscono un limite esterno al *«comportamento della pubblica amministrazione»* che, se adottato in difformità dai principi comuni della correttezza e buona fede, può condurre a giustificare una pretesa risarcitoria fondata sulla *«lesione dell'affidamento del*

privato nell'emanazione di un provvedimento non più adottato» (Cass. s.u. 12428/2021);

14. con chiarezza, ancora sul punto, Cass. s.u. 21768/2021 ha infine a sua volta precisato – e al di là della qualificazione della situazione soggettiva fatta valere in quel giudizio – che *«essendo, al contrario, fondata la pretesa risarcitoria esclusivamente sull'omesso compimento dell'attività provvedimentale necessaria ad evitare l'insorgenza del dedotto pregiudizio»* la controversia è devoluta alla giurisdizione amministrativa; la conclusione appare coerente con la ricordata Corte cost. n. 191 del 2006 che, più ampiamente, nel ricordare che l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria in date materie si fonda sull'esigenza, secondo i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di *«concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione»*, ne esclude la giustificazione solo *«quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico»*;

conclusivamente, il regolamento deve essere rigettato, va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, avanti al quale le parti sono rimesse per la prosecuzione del giudizio, nonché per la determinazione delle spese del presente procedimento.

P.Q.M.

la Corte dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo, avanti al quale le parti sono rimesse, anche per la determinazione delle spese del presente procedimento.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 11 ottobre 2022