

**GIURISDIZIONE: Competenza - Contratti della P.A. - Discrimine - Distinzione di una fase precontrattuale - Responsabilità extracontrattuale che si qualifica precontrattuale - Risarcimento del danno - Giurisdizione del Giudice ordinario.**

**Cass. civ., Sez. Unite, ordinanza 17 giugno 2021, n. 17329**

1. “[...] Se è vero che, ordinariamente, il riparto giurisdizionale trova il suo discrimen nella stipulazione del contratto d’appalto, è altresì vero che sussiste anche una fase prodromica a quella amministrativa, definibile, pur lato sensu, precontrattuale, nella quale la struttura delle posizioni soggettive è affidata da un lato all’adempimento di obbligazioni di buona fede e correttezza e dall’altro dal diritto al loro adempimento che si riverbera, logicamente, nel diritto al risarcimento dei danni derivati dall’inadempimento.

Tale fase, pur essendo appunto prodromica ad una fase amministrativa, a sua volta a monte della stipulazione del contratto da cui scaturiranno posizioni soggettive riconducibili alla giurisdizione ordinaria, non può in effetti non essere fondata su obblighi e diritti soggettivi la cui violazione, considerato proprio lo stadio prodromico in cui interagiscono, va ricondotta alla species della responsabilità extracontrattuale che si qualifica precontrattuale [...]”.

2. “[...] La domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una P.A., in qualità di stazione appaltante, nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza. In tale ipotesi, infatti, il giudice predetto è chiamato a decidere di una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi.”).

E per la sua natura intrinsecamente relazionale la responsabilità precontrattuale è configurabile tanto nei confronti del privato (come è stata riconosciuta nell’arresto appena citato) quanto nei confronti del soggetto pubblico [...]”.

Rilevato che:

Il Ministero dell’Interno e l’Agenzia del Demanio bandirono il 17 luglio 2012 una gara per l’affidamento in ambiti territoriali provinciali del servizio di recupero, custodia e acquisto di veicoli assoggettati a sequestro amministrativo, fermo o confisca. Risultò aggiudicataria provvisoria dell’ambito provinciale di Venezia Coccozza S.r.l., in proprio e quale mandataria di un costituendo RTI includente Autofficina V.C. Vanzetto di Vanzetto Gianfranco & C. s.a.s., che però in seguito fu

esclusa essendone emersa il 9 giugno 2015 una situazione irregolare quanto al rispetto dei contributi Inail e Inps, per cui l'Amministrazione procedette in ordine a incamerare anche la cauzione prestata. L'ex aggiudicataria impugnò la sua esclusione dalla gara e l'incameramento della garanzia, con ricorso respinto in primo grado dal Tar Lazio e in secondo grado dal Consiglio di Stato, quest'ultimo con sentenza della sez. V, 4 maggio 2017 n. 2041. L'Amministrazione peraltro, adducendo di non essere riuscita ad escutere la polizza fideiussoria – essendo questa scaduta il 7 novembre 2015, laddove l'escussione era avvenuta il 12 luglio 2016 -, ricorse in via monitoria al Tribunale di Venezia il 16 marzo 2018 nei confronti di Coccozza S.r.l.

Il Tribunale emise decreto ingiuntivo di pagamento di C 60.000 oltre interessi di L72» mora. Coccozza S.r.l. si oppose, e ottenne autorizzazione a chiamare in causa Autofficina V.C. Vanzetto di Vanzetto Gianfranco & C., che pure si costituì resistendo, e in primis eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario per essere sussistente, invece, giurisdizione amministrativa esclusiva ex articolo 133, lettera e), n.1, c.p.a.

Il Tribunale di Venezia, con sentenza del 3 febbraio 2020, dichiarò nullo il decreto ingiuntivo per difetto di giurisdizione, ritenendone munito il giudice amministrativo giacché “l'escussione della garanzia per mancata stipulazione del contratto ... è atto della stazione appaltante inerente all'aggiudicazione dell'appalto e rientra, pertanto, nella fase procedimentale ad evidenza pubblica” con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi appunto dell'articolo 133, lettera e), n.1 c.p.a.

Con ricorso ex articolo 11 c.p.a. l'Agenzia del Demanio e il Ministero dell'Interno hanno tempestivamente riassunto la causa davanti al Tar del Veneto; si è costituita soltanto Autofficina V.G. Il Tar, con ordinanza del 7 luglio 2020, rilevato che la causa per un disguido era stata erroneamente iscritta al ruolo delle cause di trattazione camerale del 17 giugno 2020, ha fissato per la sua trattazione, ex articolo 73 c.p.a., la udienza del 7 ottobre 2020, nella quale l'ha trattenuta quindi in decisione, emessa poi con ordinanza del 26 ottobre 2020, che ha sollevato conflitto negativo di giurisdizione prospettando la giurisdizione ordinaria. Si sono costituite le due amministrazioni, senza assumere specifica posizione.

Il Procuratore Generale ha concluso per la inammissibilità del conflitto, in quanto sollevato tardivamente, ovvero non nella prima udienza – tenutasi appunto il 7 ottobre 2020 – come esige l'articolo 11, terzo comma, c.p.a.:

“Quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione.”

Considerato che:

1. Occorre anzitutto verificare se, in effetti, il conflitto è stato sollevato tempestivamente. Nella motivazione dell'ordinanza con cui solleva il conflitto (precisamente, a pagina 5) il Tar afferma che "il conflitto viene sollevato alla prima udienza fissata alla data del 7 ottobre 2020 (come sopra precisato la causa era stata per un disguido iscritta al ruolo degli affari da trattare in camera di consiglio e prima del maturare dei termini per la costituzione in giudizio delle parti convenute, come risulta dall'ordinanza collegiale n. 574 del 7 luglio 2020)".

Invero, è indiscusso ed emerge dagli atti che la prima udienza ai sensi dell'articolo 71 c.p.a. è stata tenuta il 7 ottobre 2020 e che l'ordinanza che ha sollevato il conflitto costituisce il diretto esito – senza interposizione di nessun altro segmento della procedurale sequenza, e neppure dell'assunzione di una riserva specifica in ordine alla giurisdizione – di tale udienza.

2. La giurisprudenza di queste Sezioni Unite, invero, più volte si è espressa in conformità alle conclusioni del Procuratore Generale, in particolare affermando – come già era avvenuto ai fini dell'applicazione dell'articolo 59, terzo comma, L. 18 giugno 2009 n. 69 – che la prima udienza fissata per la trattazione del merito costituisce, pena inammissibilità, il limite temporale per l'elevazione del conflitto (tra gli arresti massimati, S.U. ord. 13 dicembre 2016 n. 25515; S.U. ord. 15 maggio 2017 n. 11988; S.U. ord. 11 aprile 2018 n. 8981; S.U. ord. 20 aprile 2018 n. 9916; S.U. ord. 24 gennaio 2020 n. 1611; e cfr. da ultimo S.U. ord. 28 ottobre 2020 n. 23749 – che ha ritenuto inammissibile per tardività il conflitto sollevato nella seconda udienza pur avendo il giudice rilevato l'insussistenza della giurisdizione amministrativa della domanda proposta in ordinanza riservata all'esito della prima udienza – per cui, appunto, "l'art. 11, comma 3, c.p.a., che consente al giudice amministrativo, davanti al quale la causa sia stata riassunta, di sollevare anche d'ufficio il conflitto negativo di giurisdizione "alla prima udienza", deve essere inteso nel senso che il limite temporale entro il quale il conflitto può essere sollevato è dato dall'udienza di discussione, fissata ai sensi dell'art. 73 c.p.a., ove ha luogo la reale trattazione e decisione della causa, intendendo il legislatore evitare, con la previsione di (17) tale barriera, che la questione di giurisdizione si trascini oltre la soglia di ingresso del giudizio").

3. Recentemente, peraltro, S.U. ord. 29 ottobre 2020 n. 23904 ha in effetti ravvisato la natura eccessivamente restrittiva – e dunque formale -, di tale interpretazione, giungendo a dichiarare che, incamerata la causa per la decisione a seguito della prima udienza, il giudice amministrativo può sollevare conflitto di giurisdizione per quanto "nel riservarsi non abbia manifestato alle parti l'intenzione di pronunciarsi al riguardo, esternando dubbi in proposito, né abbia indicato la questione di giurisdizione, dandone atto a verbale, ex art. 73, comma 3, c.p.a."; e tale posizione evolutiva è stata condivisibilmente attinta anche dai principi del giusto processo di cui agli articoli 2

c.p.a. e 111 Cost., sottolineando tra l'altro la necessità di onerare il giudice amministrativo ad quem dell'immediata manifestazione del suo eventuale dissenso suscitando l'intervento risolutore di queste Sezioni Unite.

4. D'altronde, non si può non rilevare che, anche a prescindere dall'esigenza acceleratoria, collocare la "barriera" per l'elevazione del conflitto nella decisione in cui sfocia la prima udienza di effettiva trattazione corrisponde alla conformazione intrinseca dell'attività del giudice qualora rivesta il ruolo del giudice *ad quem*.

La giurisprudenza di queste Sezioni Unite ha ben chiarito gli effetti della *translatio iudicii* in forza di diniego della giurisdizione da parte del primo giudice adito. Se la riassunzione è infatti tempestiva, e se la domanda proposta davanti al giudice ad quem è la medesima rispetto a quella che era stata proposta davanti al giudice che ha declinato la giurisdizione, si crea una unitarietà della causa, onde per le parti è già esaurito il potere di metterla in discussione sotto il profilo della giurisdizione con un regolamento preventivo ex articolo 41 c.p.c. (di cui possono invece avvalersi se l'unitarietà non sussiste, per essere proposta al giudice ad quem una domanda differente o per essere la riassunzione avvenuta oltre i limiti temporali del termine, così scindendo il fenomeno processuale: cfr. da ultimo S.U. ord. 3 novembre 2017 n. 26155 e S.U. ord. 5 aprile 2019 n. 9683).

Tale fattispecie di stabilizzazione rispetto all'attività difensiva delle parti è stata ricondotta anche al paradigma del giudicato interno (tra gli arresti massimati, S.U. ord. 18 giugno 2010 n. 14828 e S.U. 27 ottobre 2020 n. 23599). Peraltro, a ben guardare, *rectius* il giudicato sarebbe da definirsi relativo, giacché stabilizza nei confronti delle parti, ma non verso il giudice *ad quem*.

Quest'ultimo invero, se appunto il trasferimento della regiudicanda è perfetto in termini di tempestività e di contenuto, non è vincolato da un giudicato interno, al contrario essendo abilitato a sollevare il conflitto negativo di giurisdizione. Il che, pur non sopprimendo l'esercizio del diritto di difesa da parte dei litigantes, concretamente ne diminuisce il calibro nella formazione della decisione sulla giurisdizione come esito del contraddittorio.

5. Deve dunque considerarsi che il giudice ad quem è chiamato a decidere anche sulla giurisdizione, benché la sua eventuale decisione di diniego non possa rivestire effetti di completezza e di autonomia al pari di quella del giudice a quo, dovendo invece costituire la richiesta alle Sezioni Unite di questa Suprema Corte di identificare – definitivamente nel processo – il giudice cui spetta la giurisdizione. In un siffatto quadro strutturale, non è contestabile che per il giudice *ad quem* la trattazione del merito che si effettua nella prima udienza successiva alla perfetta *translatio* include logicamente e ineludibilmente la decisione su tutto quello che è stato apportato mediante la "ripartenza" tempestiva.

Ne consegue che la decisione sulla giurisdizione deve intendersi come il compimento di tale trattazione, e, dal punto di vista specifico, essendo una decisione (pur con le peculiarità sopra evidenziate), la protrazione conclusiva dell'udienza.

6. Che la decisione del giudice *ad quem* di sollevare il conflitto assunta senza preventivo avvertimento in termini di contraddittorio nell'udienza costituisca prosecuzione di questa e quindi ne condivida teleologicamente la medesima natura, senza incorrere dunque in un vizio di tardività per pregressa consumazione della potestà di sollevare il conflitto, in precedenza è stato negato in riferimento appunto alla decisione vera e propria, riconoscendo ciò tempestivo soltanto nel caso in cui si sia espressamente assunta in riserva la questione della giurisdizione all'esito appunto della udienza di trattazione.

La tematica è stata esaminata ex professo in un recente arresto – S.U. ord. 11 aprile 2018 n. 8981 -, che, proprio riguardo al rito amministrativo, in primis ribadisce, sulla scorta di un anteriore costante flusso nomofilattico, che “prima udienza” significa “udienza di discussione”, la quale, fissata ai sensi dell'articolo 71 c.p.a., “dà luogo alla reale trattazione e decisione della causa e, quindi, è ammissibile il conflitto sollevato all'esito della stessa”, onde “la ragione ispiratrice di tale disposizione è evidente: si vuole evitare il più possibile ogni inutile dispendio di attività processuale, di modo che la competenza giurisdizionale già individuata nella precedente sentenza è destinata a divenire incontestabile” qualora il giudice successivamente adito “non evidenzi immediatamente le ragioni del proprio eventuale dissenso provocando l'intervento risolutore delle sezioni unite della Cassazione”.

Peraltro, la rilevazione della questione della giurisdizione potrebbe valere come prosecuzione della prima udienza “solo se il giudice amministrativo in detta udienza manifestasse alle parti un dubbio sulla questione e, ... dopo aver dato sfogo al contraddittorio delle parti in udienza su tale dubbio, si riservasse di decidere in ordine ad esso”; se, invece, il giudice amministrativo “non ha dichiarato in prima udienza di dubitare della giurisdizione ... su cui ha poi sollevato conflitto”, pur avendo appunto assunto “la causa in decisione senza esternare alcun dubbio al riguardo” e neppure dichiarato di volersi riservare soltanto a norma dell'articolo 186 c.p.c. (applicabile anche nel processo amministrativo in quanto principio generale) così “conservando i poteri di cui alla prima udienza e, quindi, quello di elevare il conflitto”, in questo arresto si è ritenuto che “la riserva in decisione non si può considerare come attività che risultava come prosecuzione e completamento dell'attività da svolgersi in prima udienza” per cui l'esercizio del potere di conflitto è “avvenuto tardivamente, cioè oltre il limite della prima udienza, di cui all'art. 11, comma 3”, c.p.a.

7. In effetti, considerato che rispetto alle parti, ut supra evidenziato, la questione della giurisdizione si è consolidata, non si comprende perché il giudice ad quem sia obbligato a decidere con un'ordinanza specificamente riservata in udienza dopo avere suscitato discussione al riguardo, e non possa invece avvalersi della decisione in senso proprio, quale prosecuzione appunto della trattazione, che, in quanto tale, è riconducibile al logico principio che il più contiene il meno. In questa condizione infatti parzialmente stabilizzata, cioè stabilizzata dalla parte dei *litigatores*, la decisione del giudice è agevolmente qualificabile come, appunto, completamento della propria attività cognitiva in relazione al vaglio della giurisdizione, non occorrendo prelievi esternazioni difensive cui la precedente fase – quella compiuta davanti al giudice *a quo* – ha già dato spazio con successiva cristallizzazione nei confronti delle parti.

Conseguentemente ben può riconoscersi che intendere il potere di sollevazione del conflitto ancora presente nella decisione non essendo stato, per così dire, consumato dal silenzio nella precedente trattazione esonera le parti proprio da un inutile dispendio di attività processuale, essendo esse già avvinte dalle “catene” della prima decisione, quella del giudice *a quo*.

E dunque, l'interpretazione che riconosca una fattispecie a formazione progressiva nell'attività del giudice ad quem in ordine alla radice della *translatio*, vale a dire trattazione integrata con la decisione successiva alla prima udienza di cui all'articolo 11, terzo comma, c.p.c. in cui la trattazione si compie, non può non qualificarsi conforme al valore costituzionale del giusto processo, come già rilevato da S.U. ord. 29 ottobre 2020 n. 23904.

8. Peraltro, considerato anche che quanto viene suscitato dal giudice ad quem è diretto nel senso del diniego della giurisdizione proclamata dal giudice *a quo*, il vero e proprio interesse di chi tra i *litigatores* aveva eccepito il difetto di giurisdizione davanti al giudice *a quo* o comunque condivisa la declinazione ad esplicitare il suo diritto di difesa insorge quando la – relativa, come si è visto – stabilizzazione viene meno, ovvero quando è sollevato il conflitto negativo dal giudice ad quem; e le parti sono sempre abilitate a interloquire davanti al giudice della giurisdizione in forza del rito camerale che governa i regolamenti.

9. Da ogni punto di vista, quindi, la natura e il contenuto della fattispecie esaminata conducono al principio di diritto per cui in caso di tempestiva riassunzione davanti al giudice amministrativo della medesima controversia l'elevazione del conflitto negativo di giurisdizione che il giudice ad quem compie ai sensi dell'articolo 11, terzo comma, c.p.a. è tempestiva pur se effettuata, senza previa esternazione di dubbi in tema e senza una espressa riserva pertinente, con la decisione che è l'esito della prima udienza di trattazione della causa, in quanto tale decisione costituisce ontologicamente

la conclusione della trattazione, *id est* la prosecuzione della udienza come sua componente finale, ciò non ledendo il diritto di difesa delle parti.

10. Accertata dunque l'ammissibilità del conflitto, occorre ora procederne al vaglio. Le ragioni per cui il Tar lo ha sollevato costituiscono, a ben guardare (e ciò, si nota per inciso, conferma che nel caso concreto non vi è stata alcuna lesione del diritto di difesa delle parti, essendo stato inserito quasi del tutto il tema nel ricorso di riassunzione, ritualmente reso noto alle controparti), il completamento di quanto era stato evidenziato nel ricorso di riassunzione proposto congiuntamente dall'Agenzia del Demanio e dal Ministero dell'Interno.

Nel ricorso, infatti, dato atto che “la difesa erariale si conforma” alla decisione del giudice ordinario sul riparto della giurisdizione, si osserva che comunque si devono “formulare sul punto alcune precisazioni”.

L'interpretazione di maggiore ragionevolezza, in presenza di fattispecie di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'articolo 133, lettera e), n.1 c.p.a., viene identificata nel senso che “a scindere le posizioni giuridiche su cui si estende la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie in tema di affidamento di lavori pubblici, servizi o forniture è il momento della stipulazione del contratto: è la sola fase esecutiva a vedersi applicato l'ordinario criterio di riparto tra giurisdizione”, per cui nella fase procedimentale di aggiudicazione dell'appalto, assumendo la pubblica amministrazione la decisione autorizzativa, si riconosce la giurisdizione esclusiva sul provvedimento di escussione della cauzione in caso in cui sia direttamente conseguente alla esclusione dalla gara (così ha affermato anche S.U. ord. 27 febbraio 2007 n. 4424).

E d'altronde, in tal caso occorre sindacare sulla determinazione dell'esclusione dalla gara, il che giustifica la giurisdizione amministrativa. Questi principi – osservano le parti riassunte – “sono stati richiamati e applicati dal Tribunale Ordinario di Venezia”.

Peraltro, se è vero che “il caso odierno attiene a questione rientrante nella fase antecedente alla aggiudicazione definitiva e alla stipulazione del contratto, essendo stato il costituendo R.T.I. legittimamente escluso dalla suddetta gara”, la difesa erariale “nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo” aveva “sostenuto che oggetto della controversia non fosse l'escussione della garanzia prestata dall'opponente (essendo stato il diritto all'escussione già definitivamente accertato dal Giudice Amministrativo), bensì il diritto dell'Amministrazione a non vedersi vanificato il suddetto diritto all'escussione e quindi, in buona sostanza, il diritto al risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligo di ricostruzione della garanzia in numerano con il pagamento della somma garantita direttamente”; ed effettivamente la domanda sarebbe da qualificarsi “in questi

ultimi termini”, ciò peraltro non essendo “di per sé incompatibile” con la giurisdizione del Tar.11. Quest’ultimo riprende e conclude la sequenza di tale ragionamento.

Anzitutto specifica che nella vicenda è già stato celebrato processo davanti al giudice amministrativo, suscitato dal costituendo raggruppamento di imprese avverso l’esclusione dalla gara e il conseguente incameramento da parte della stazione appaltante della cauzione: il ricorso “è stato respinto in primo e secondo grado con le sentenze, rispettivamente, Tar Lazio, Roma, Sez. I ter, 27 giugno 2016, n. 7388, e Consiglio di Stato, Sez. V, 4 maggio 2017, n. 2041”, venendo così “definitivamente accertata, con una pronuncia passata in giudicato, la legittimità dell’esclusione e la sussistenza dell’obbligo di versamento dell’importo previsto dalla cauzione”.

Rilevato poi che l’escussione della polizza fideiussoria non è riuscita essendo questa scaduta anteriormente, e che per questo è stato avviato il giudizio monitorio davanti al giudice ordinario, il Tar completa, appunto, la prospettazione della difesa erariale riassumendo: “Nel caso di specie l’obbligo di versamento della cauzione quale effetto del consolidarsi dell’esclusione della procedura è già stato accertato con sentenza del Consiglio di Stato... passata in giudicato, e non è più in discussione.

La specificità del caso in esame deriva dalla circostanza che la stazione appaltante non si è avvalsa del diritto di escutere la garanzia e non è neppure più in grado di escuterla perché la stessa è stata lasciata colpevolmente scadere dalla parte privata in violazione degli obblighi assunti” così che “l’Amministrazione ha perso la posizione di vantaggio assicurata dalla garanzia”.

Di qui il “ritorno” alle “norme generali sulla responsabilità e risarcimento del danno”, avendo appunto fatto valere l’Amministrazione, in sostanza, il proprio “diritto al risarcimento del danno da inadempimento dell’obbligo di ricostituzione della garanzia in numerario con il pagamento ... della somma garantita direttamente”, mettendo in campo pertanto “la responsabilità, anche precontrattuale”, di Coccozza S.r.l. quale debitrice garantita e mandataria del costituendo R.T.I., per inadempimento (come è evincibile pure dalla polizza assicurativa che era stata stipulata) del suo obbligo di rinnovare la polizza fideiussoria per consentirne l’escussione fin quando non fosse sopravvenuta l’aggiudicazione.

E così il *petitum* sostanziale va ricondotto al diritto al risarcimento per inadempimento di obblighi precontrattuali riconducibili al principio di buona fede sancito espressamente dall’articolo 1337 c.c. 12. Quanto rilevato nell’ordinanza che ha sollevato il conflitto è condivisibile.

12.1 Se è vero che, ordinariamente, il riparto giurisdizionale trova il suo discrimen nella stipulazione del contratto d’appalto, è altresì vero che sussiste anche una fase prodromica a quella amministrativa, definibile, pur *lato sensu*, precontrattuale, nella quale la struttura delle posizioni

soggettive è affidata da un lato all'adempimento di obbligazioni di buona fede e correttezza e dall'altro dal diritto al loro adempimento che si riverbera, logicamente, nel diritto al risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento.

Tale fase, pur essendo appunto prodromica ad una fase amministrativa, a sua volta a monte della stipulazione del contratto da cui scaturiranno posizioni soggettive riconducibili alla giurisdizione ordinaria, non può in effetti non essere fondata su obblighi e diritti soggettivi la cui violazione, considerato proprio lo stadio prodromico in cui interagiscono, va ricondotta alla species della responsabilità extracontrattuale che si qualifica precontrattuale.

12.2 Più volte queste Sezioni Unite hanno già riconosciuto la sussistenza della fase prodromica "precontrattuale" rispetto alla fase amministrativa, la prima rientrante nella giurisdizione ordinaria e la seconda in quella amministrativa. Non si è in effetti mai ravvisata una incidenza, per così dire, retroattiva della giurisdizione amministrativa, neppure nelle materie che la rendono esclusiva, sullo stadio antecedente all'avvio del procedimento amministrativo di gara d'appalto.

Si tratta, comunque, di una fase in cui il soggetto che mira alla aggiudicazione assume obblighi di preventiva tutela della stazione appaltante, come, nell'altro senso, quest'ultima assume obblighi nei confronti di esso che lo tutelino in termini di buona fede/correttezza.

12.3 Essendo la fase prodromica a quella amministrativa, ma essendo funzionale all'attuazione di quest'ultima, l'incidenza dell'obbligo di buona fede, *id est* di tutela dell'altro soggetto che ne è protagonista, non può venir meno, in effetti, con l'avvio della fase amministrativa. La fase prodromica precontrattuale, in questo senso, si protrae allora come parallela alla fase amministrativa fino alla stipulazione del contratto frutto del provvedimento di aggiudicazione, dopo la quale i suoi relativi obblighi e correlativi diritti soggettivi verranno integralmente sostituiti da ciò che discende dal contratto.

In tal senso, dunque, è stato evidenziato che la responsabilità precontrattuale non consegue dal procedimento amministrativo, che ne costituisce soltanto l'occasione del verificarsi del correlato illecito (così, di recente, S.U. ord. 4 luglio 2017 n. 16419: "La domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una P.A., in qualità di stazione appaltante, nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza. In tale ipotesi, infatti, il giudice predetto è chiamato a decidere di una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi.").

E per la sua natura intrinsecamente relazionale la responsabilità precontrattuale è configurabile tanto nei confronti del privato (come è stata riconosciuta nell'arresto appena citato) quanto nei confronti del soggetto pubblico (cfr. p. es. S.U. 25 giugno 2009 n. 14883).

12.4 La sussistenza e, come appena rilevato, la persistenza della fase precontrattuale deriva, a ben guardare, dalla insussistenza di alcuna posizione di potere della pubblica amministrazione: nella suddetta fase circolano esclusivamente obbligazioni e diritti soggettivi, per cui essa effettivamente non ha inerenza ad un potere pubblico.

13. Nel caso in esame, così come è stata prospettata la fattispecie, si rinviene una situazione di tal genere.

La regiudicanda verte infatti sull'adempimento dell'obbligo del soggetto che ha deciso di concorrere alla gara pubblica 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 dell'ente pubblico che ha emesso il bando.

Si è chiaramente in una posizione esterna al procedimento amministrativo, non avendo l'ente alcun potere affinché il soggetto privato provveda a stipulare la garanzia, ciò effettuandosi mediante un contratto privato tra quest'ultimo e chi possa assumere la funzione di garante. Il procedimento amministrativo costituisce, peraltro, proprio l'occasione dell'insorgenza di tale obbligo di rinnovazione della garanzia.

Così come è stato prospettato, dunque, il soggetto partecipante alla gara avrebbe inadempito al proprio specifico obbligo di fornire nuovamente la garanzia scaduta, riconducibile questo all'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede precontrattuale, per cui l'ente che la gara ha indetta agisce introducendo come petitum sostanziale il correlato diritto soggettivo al risarcimento del danno derivato dall'inadempimento dell'obbligo precontrattuale suddetto. Il che porta a riconoscere la giurisdizione ordinaria.

Deve in conclusione dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario ad ogni effetto di legge.

P.Q.M.

dichiara la giurisdizione del giudice ordinario agli effetti di legge.

Così deciso in Roma il 25 maggio 2021.

Depositata in Cancelleria il 17 giugno 2021.