

CORTE DI CASSAZIONE

Sentenza n. 18491

Pubblicata il 30 giugno

2021

[omissis

]

FATTI DI CAUSA

La x s.p.a. - [...] -, concessionaria della costruzione e gestione del traforo del z, propone ricorso per motivi di giurisdizione avverso il decreto del Presidente della Repubblica del 27 dicembre 2018. Tale decreto ha dichiarato inammissibile, su conforme parere del Consiglio di Stato, il ricorso straordinario avanzato dalla società contro il provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 27 febbraio 2017, che aveva approvato solo parzialmente la "perizia di variante tecnica 2" e rideterminato in euro 28.145.608,21 (anziché in euro 45.495.432,79, come indicato dalla concessionaria) l'importo dei lavori. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti si difende con controricorso. Il Consiglio di Stato, nel parere n. 00774/2018, spedito in data 26 marzo 2018, ha osservato che la concessionaria x s.p.a. è legata da due distinti rapporti giuridici: quello corrente con l'Amministrazione concedente, disciplinato dalla Convenzione di concessione, l'altro corrente con l'impresa appaltatrice, disciplinato dal contratto di appalto e dal Codice dei contratti pubblici. La controversia in esame, avendo ad oggetto il provvedimento con cui l'Amministrazione concedente non ha approvato alcune voci di una perizia di variante tecnica e suppletiva presentata dalla concessionaria, così esercitando un potere amministrativo autorizzatorio, secondo il parere del Consiglio di Stato si inserisce nel rapporto di concessione, ancorché proietti i suoi riflessi sul contratto di appalto. Il Consiglio di Stato, vertendosi, dunque, in materia di concessione di pubblico servizio, ha perciò ritenuto configurabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera c), c.p.a., con conseguente operatività dell'art. 120, comma 1, del medesimo c.p.a., il quale esclude, per le fattispecie ivi contemplate — pur rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo - l'esperimento del rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Il parere n. 00774/2018 del 26 marzo 2018 ha affermato che la previsione dell'art. 120, comma 1, c.p.a., circa l'impugnazione esclusiva con ricorso al TAR degli "atti delle procedure di affidamento", ricomprende anche tutte le controversie che attengono alle attività consequenziali che sono svolgimento dell'affidamento stesso, quale, nella specie, il provvedimento di approvazione di perizia di variante, di competenza dell'Amministrazione concedente. Il controricorrente Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti eccepisce in via pregiudiziale l'inammissibilità del ricorso, giacché volto a denunciare una violazione di norme sulla competenza "interna" nell'ambito della medesima giurisdizione amministrativa. La trattazione del ricorso è stata dapprima fissata in camera di consiglio, a norma dell'art. 380 bis.1, c.p.c. All'esito dell'adunanza svolta in data 13 ottobre 2020, con ordinanza interlocutoria depositata il 23 ottobre 2020, la causa venne rinviata a nuovo ruolo, ravvisandosi l'opportunità della trattazione in pubblica udienza per la particolare rilevanza delle questioni di diritto da decidere. Con la stessa ordinanza interlocutoria venne richiesta una relazione di approfondimento all'Ufficio del Massimario, che è stata acquisita. Il ricorso è stato quindi deciso in camera di consiglio procedendo nelle forme di cui all'art. 23, comma 8-bis, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176. La ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA

DECISIONE

Il ricorso della x s.p.a. denuncia l'illegittimità del decreto del Presidente della Repubblica del 27 dicembre 2018, nonché del connesso parere del Consiglio di Stato, per violazione dell'art. 111 Cost. e degli artt. 120, comma 1, e 133 c.p.c., assumendosi verificata una denegazione di giustizia per l'errata interpretazione delle norme indicate. Il provvedimento impugnato col ricorso straordinario era, invero, del tutto estraneo al novero degli atti afferenti alle procedure di affidamento, rientrando ormai, secondo la ricorrente, nella fase esecutiva della concessione. 11.11

ricorso della x s.p.a. è inammissibile. II.1.L'art. 7, comma 8, c.p.a. dispone che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Nella medesima logica restrittiva, si intende che l'art. 120, comma 1, c.p.a. ne esclude l'esperibilità avverso gli atti delle

procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture, "impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente". La sentenza 2 aprile 2014, n. 74, della Corte costituzionale ha peraltro chiarito come già la legge n. 69 del 2009, modificando la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, avesse fatto venir meno il regime di concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria, nel senso di limitare l'ammissibilità del medesimo ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

11.2. Queste Sezioni Unite hanno precisato come la decisione presidenziale sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, conforme al parere del Consiglio di Stato, ripete dal parere stesso la natura di atto giurisdizionale in senso sostanziale, come tale impugnabile in cassazione per motivi di giurisdizione, atteso che l'art. 69 della legge n. 69 del 2009 - che rende vincolante il parere del Consiglio di Stato e legittima l'organo consultivo a sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale - e l'art. 7 del d.lgs. n. 104 del 2010 - il quale ammette il ricorso straordinario per le sole controversie sulle quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo - evidenziano l'avvenuta "giurisdizionalizzazione" dell'istituto (Cass. Sez. U, 05/10/2015, n. 19786; Cass. Sez. U, 19/12/2012, n. 23464). Il ricorso per cassazione contro il provvedimento che definisce il ricorso straordinario può essere proposto, allora, per gli stessi motivi per i quali si può ricorrere contro un'ordinaria decisione del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 362 c.p.c. e dell'art. 110 c.p.a., come identificabili anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 18 gennaio 2018, n. 6, e dunque nelle ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione per "invasione" o "sconfinamento" nella sfera riservata ad altro potere dello Stato, ovvero per "arretramento" rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale, nonché nelle ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, le quali ricorrono allorché la giurisdizione sia affermata su materia attribuita ad altro giudice o negata sull'erroneo presupposto di quell'attribuzione.

II.3. Nella specie, il ricorso della x s.p.a. assume che la decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, conforme al parere del Consiglio di Stato, abbia malamente individuato il limite di ammissibilità dell'istituto, ridefinito in senso riduttivo dall'art. 7, comma 8, c.p.a., non vertendosi in tema di controversia relativa ad atti di procedura di affidamento di pubblici lavori, ex art. 120, comma 1, c.p.a. Il Consiglio di Stato, nel parere n. 00774/2018, ha, invero, motivato che il predetto art. 120, comma 1, delinea una competenza funzionale ed inderogabile dei Tribunali amministrativi regionali in materia di procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture, comprensiva anche delle controversie consequenziali alla gara ed attinenti all'esecuzione dell'affidamento in senso stretto, quale, nella specie, quella relativa all'approvazione di una perizia di variante. Secondo questa ricostruzione interpretativa, la variante, pur inserendosi nella fase di esecuzione del contratto, è subordinata ad un procedimento autorizzatorio di natura non privatistica ma autoritativa, che incide direttamente sulla procedura pubblicistica di affidamento, sicché le contestazioni sulla sussistenza dei presupposti o sul diniego di autorizzazione della medesima variante opposto dalla stazione appaltante (quali quelle dedotte nel presente giudizio) finiscono per ricadere nella giurisdizione esclusiva ex art. 120, comma 1, del giudice amministrativo (che la giurisprudenza amministrativa ritiene applicabile anche alle procedure di affidamento di servizi in concessione: Cons Stato, Ad plen. 13 luglio 2016, n. 22), con conseguente inammissibilità della proposizione del rimedio straordinario del ricorso al Capo dello Stato.

11.4. L'inerenza della controversia alla giurisdizione ordinaria, giacché relativa al diniego di approvazione di una perizia di variante tecnica e suppletiva, e dunque non alla procedura di affidamento di pubblici servizi ma alla fase di esecuzione del rapporto concessorio, non sarebbe comunque qui altrimenti sostenibile, giacché la x s.p.a., proponendo ricorso straordinario al Capo dello Stato, ha allegato, come indefettibile presupposto della sua domanda, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che l'intimato Ministero abbia esercitato l'opposizione ex art. 48 cod. proc. amm., né abbia contestato la sussistenza di tale presupposto (Cass. Sez. U, 14/05/2014, n. 10414; Cass. Sez. U, 11/11/2019, n. 29081).

11.5.11 ricorso della x s.p.a., proprio perché inteso a denunciare che la propria domanda di annullamento del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 27 febbraio 2017 rientrasse non nell'ipotesi di cui all'art. 120, comma 1, c.p.a., il quale ammette unicamente la competenza del tribunale amministrativo regionale, quanto nell'ipotesi

generale delle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, per le quali è altresì ammesso dall'art. 7, comma 8, c.p.a. il ricorso straordinario al Capo dello Stato, denuncia, così, un cattivo esercizio della giurisdizione, giacché attinente all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, e non è perciò deducibile dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. (arg. da Cass. Sez. U, 05/06/2006, n. 13176). Simmetricamente, si è negato che fosse ravvisabile un difetto assoluto (per "arretramento") o relativo di giurisdizione nella decisione del giudice amministrativo di rigetto della domanda fondata sulla valutazione della spettanza, a detto giudice, di un sindacato di sola legittimità e non esclusivo, trattandosi di questione che attiene esclusivamente alle caratteristiche del sindacato e non integra un'ipotesi di rifiuto di giurisdizione per l'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali amministrative (Cass. Sez. U, 09/09/2013, n. 20590). III. Il ricorso va pertanto dichiarato inammissibile, compensandosi tra le parti le spese del giudizio di cassazione in ragione della novità della questione. Sussistono i presupposti processuali per il versamento - ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per l'impugnazione, se dovuto.

P. Q. M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e compensa tra le parti le spese sostenute nel giudizio di cassazione. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater del d.P.R. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 22 giugno 2021.

Fonte: <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>