

Giurisdizione del giudice civile in tema di quantum della cauzione definitiva

di Raffaella Alessia Miccoli

Data di pubblicazione: 9-7-2025

Al giudice ordinario spetta la cognizione non solo delle cause aventi quale oggetto diretto la validità o efficacia del contratto (ma) anche di quelle volte ad accertare, in funzione della stessa, la legittimità dei relativi atti prodromici intervenuti nella pregressa fase amministrativa, in ordine alla quale compete al giudice ordinario un potere di sindacato incidentale, senza dunque la necessità che le parti debbano rivolgersi al giudice amministrativo ai fini dell'annullamento dei relativi provvedimenti.

La Corte di Cassazione ha inoltre affermato che, in base al petitum sostanziale e alla causa petendi, la controversia avente ad oggetto "l'escussione da parte del Comune, di una polizza fideiussoria rilasciata a garanzia dell'adempimento di obblighi ed oneri assunti dal privato in relazione ad un rapporto di concessione di beni pubblici, rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario, atteso che, in detta ipotesi, la P.A. agisce nell'ambito di un rapporto privatistico, senza esercitare, neppure mediatamente, pubblici poteri" (Cass., Sez. Un., 28 aprile 2017, n. 10560).

A tali regole di riparto di giurisdizione non si sottrae la controversia in esame, il cui oggetto del contendere è essenzialmente costituito dal quantum della cauzione definitiva di cui all'art. 103 del D.lgs. 50/2016.

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. **2469** dello scorso 30 giugno, la **I Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia** ha affrontato il tema della **giurisdizione del giudice civile ogni qualvolta oggetto del contendere sia non solo l'escussione ma, più in generale, il quantum della cauzione definitiva**, di cui all'art. 103 del D.Lgs. 50/2016.

L'**art. 133, comma 1, lett. 3), n. 1, c.p.a** devolve alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** le controversie 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.

A riguardo la giurisprudenza amministrativa e la Corte di Cassazione a Sezioni Unite hanno precisato che la **giurisdizione amministrativa esclusiva indicata dalla citata norma concerne solo le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al**

momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre **le controversie vertenti sull'attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, seguono l'ordinario criterio di riparto**, imperniato sulla **distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo**, da individuare con riferimento alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del "*petitum*" sostanziale.

Pertanto, **una volta instaurato il rapporto negoziale privatistico tra la P.A. e l'aggiudicatario, tutte le controversie attinenti alle successive vicende verificatesi durante la fase di esecuzione del contratto**, nella considerazione della condizione di parità tra le parti e dunque della natura di diritto soggettivo delle posizioni di cui sono titolari le stesse, **rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario**.

Sulla scorta di quanto innanzi detto e tenuto anche conto della giurisprudenza amministrativa, il Tar per la Lombardia ha precisato che al giudice ordinario spetta la cognizione non solo delle cause aventi quale oggetto diretto la validità o l'efficacia del contratto ma anche di quelle volte ad accertare, in funzione della stessa, la legittimità dei relativi atti prodromici intervenuti nella pregressa fase amministrativa, in ordine alla quale compete al giudice ordinario un potere di sindacato incidentale, senza dunque la necessità che le parti debbano rivolgersi al giudice amministrativo ai fini dell'annullamento dei relativi provvedimenti.

Pertanto, se la Corte di Cassazione ha affermato che, in base al *petitum* sostanziale e alla *causa petendi*, la controversia avente ad oggetto "*l'escussione da parte del Comune, di una polizza fideiussoria rilasciata a garanzia dell'adempimento di obblighi ed oneri assunti dal privato in relazione ad un rapporto di concessione di beni pubblici, rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario, atteso che, in detta ipotesi, la P.A. agisce nell'ambito di un rapporto privatistico, senza esercitare, neppure mediatamente, pubblici poteri*" (Cass., Sez. Un., 28 aprile 2017, n. 10560), **a tali regole di riparto di giurisdizione non si sottrae la controversia il cui oggetto del contendere è essenzialmente costituito dal *quantum* della cauzione definitiva di cui all'art. 103 del D.lgs. 50/2016**.

N. 02469/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01831/2024 REG.RIC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 1831 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Sport Active S.S.D. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9826732BC5, rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriele Cappello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bresso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Collevicchio e Donatella Ruggieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Bresso Sporting Club S.S.D. s.r.l. ed Eracle Sports S.S.D.s.r.l., non costituiti in giudizio;

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

quanto all'art. 116 c.p.a.

per l'accertamento e la declaratoria

del diritto di Sport Active S.S.D. s.r.l. a prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti e documenti oggetto dell'istanza di accesso agli atti presentata in data 2 maggio 2024 e per la conseguente condanna del Comune di Bresso a esibire e consegnare copia alla ricorrente della documentazione negata, vale a dire:

- le comunicazioni e la corrispondenza intercorsa tra il Comune di Bresso e la mandataria del RTI aggiudicatario della Gara in merito ai documenti necessari per la stipula del contratto, con particolare riferimento alla garanzia definitiva da presentare ai sensi del sopra descritto art. 20 del capitolato;

- tutti gli atti, i documenti, i pareri e/o le comunicazioni, anche scambiate tra gli uffici comunali, dai quali risultino sia le modalità seguite per determinare l'ammontare della garanzia definitiva prestata dal concessionario ai fini della firma del contratto, sia le valutazioni svolte e le determinazioni assunte in merito all'obbligo di rinnovare la validità della suddetta garanzia definitiva per tutta la durata del contratto;

previo, all'occorrenza, annullamento

- della nota del Comune di Bresso del 11 giugno 2024, trasmessa a Sport Active in pari data, di parziale diniego sull'istanza di accesso agli atti trasmessa ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013 il 2 maggio 2024 dalla ricorrente, per avere accesso a tutta la documentazione meglio indicata nell'istanza medesima;

- nonché di ogni altro provvedimento, connesso, conseguente e presupposto, ad oggi non conosciuto, con espressa riserva di motivi aggiunti;

quanto all'art. 120 c.p.a.

per l'annullamento

- del provvedimento, espresso o tacito, con il quale il Comune di Bresso ha disposto e/o autorizzato la modifica sostanziale dell'art. 23 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevedeva che *“all'atto della stipulazione del contratto, l'aggiudicatario deve presentare la garanzia definitiva da calcolare sull'importo contrattuale, secondo le misure e le modalità previste dall'art. 103 del D. Lgs. 50/2016”* e dell'art 20 del Capitolato che stabiliva l'obbligo in capo all'aggiudicatario di costituire una garanzia definitiva *“pari al 10% dell'importo contrattuale, valida per almeno cinque anni rinnovabili per successivi quinquenni a copertura di tutta la durata del contratto”*, autorizzando in tal modo la sottoscrizione di un contratto con la controinteressata sostanzialmente differente rispetto a quanto stabilito dalla *lex specialis* di gara;

- di ogni ulteriore provvedimento presupposto, connesso o conseguente, ancorché non conosciuto;

e per la conseguente declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 1° febbraio 2024 tra il Comune di Bresso ed Eracle Sports S.S.D. a r.l. in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese dalla stessa costituito con la mandante Artedil di Campennì Rocco s.r.l.;

in tutti i casi, per la condanna delle controparti alla rifusione delle spese, diritti e onorari di giudizio, oltre che del contributo unificato;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Sport Active SSD s.r.l. il 3/2/2025 :

per l'annullamento

- del provvedimento, espresso o tacito, con il quale il Comune di Bresso ha disposto e/o autorizzato la modifica sostanziale dell'art. 23 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevedeva che *“all'atto della stipulazione del contratto, l'aggiudicatario deve presentare la garanzia definitiva da calcolare sull'importo contrattuale, secondo le misure e le modalità previste dall'art. 103 del D. Lgs. 50/2016”* e dell'art 20 del Capitolato che stabiliva l'obbligo in capo all'aggiudicatario di costituire una garanzia definitiva *“pari al 10% dell'importo contrattuale, valida per almeno cinque anni rinnovabili per successivi quinquenni a copertura di tutta la durata del contratto”*, autorizzando in tal modo la sottoscrizione di un contratto con la

controinteressata che prevedesse una sostanziale riduzione della garanzia prevista dalla *lex specialis* di gara;

- di ogni ulteriore provvedimento supposto, connesso o conseguente, ancorché non conosciuto;

- della nota prot. 2928 del 23 gennaio 2024 con cui il Comune di Bresso ha introdotto il “costo di aggiudicazione”, quantificandolo in € 5.724.274,55, ed ha calcolato la cauzione definitiva (“somma garantita”) in € 286.213,73;

- della nota prot. 3294 del 26 gennaio 2024 con la quale il Comune di Bresso ha accettato per la garanzia definitiva una polizza fideiussoria con massimale pari ad € 286.213,73;

unitamente ad ogni atto ad esso presupposto, connesso o conseguente ed in particolare, per quanto occorrer possa,

- della nota prot. 1956 del 16 gennaio 2024;

e per la conseguente

declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 1° febbraio 2024 tra il Comune di Bresso e Eracle Sports S.S.D. a r.l. in qualità di mandataria del RTI con la Artedil di Campenni Rocco & C. Srl (doc. 2), al quale è subentrata la Sporting Bresso Club S.S.D. a r.l.

in tutti i casi

per la condanna delle controparti alla rifusione delle spese, diritti e onorari di giudizio, oltre che del Contributo Unificato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bresso;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2025 la dott.ssa Marilena Di Paolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con l'odierno ricorso notificato l'11 luglio 2024 e ritualmente depositato, la società ricorrente Sport Active S.S.D. S.r.l. (d'ora in poi solo Sport Active) ha impugnato gli atti in epigrafe domandandone l'annullamento e la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la società controinteressata.

2. Sport Active espone quanto segue:

- con determinazione dirigenziale n. 20/2022, il Comune di Bresso aveva indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di gestione della piscina comunale per il periodo 15.2.2022 – 30.6.2023 ex art. 63 D. Lgs. 50/2016 comma 2 lettera c) al fine di individuare, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il concessionario cui affidare il centro;
- la gara era andata deserta in quanto nessuna offerta era pervenuta entro il termine di scadenza;
- era stata pertanto bandita una nuova procedura di gara aperta di rilevanza europea ex artt. 60 e 95 D. Lgs. 50/2016, per l'affidamento in concessione dell'impianto natatorio per il periodo 1.12.2022 – 30.11.2037;
- anche tale procedura era stata dichiarata deserta per mancanza di presentazione delle offerte entro il termine di scadenza, così come quella successiva indetta con determinazione dirigenziale n. 759/2022;
- solo all'esito della procedura avviata con la determinazione dirigenziale 313/2023 di indizione della procedura per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'impianto sportivo natatorio per il periodo 1.9.2023 – 31.8.2038, si era aggiudicata la gara la controinteressata Eracle Sports SSD;

3. La ricorrente rappresenta inoltre:

- di non aver partecipato alla gara in ragione della eccessiva onerosità della fideiussione richiesta dall'art. 23 del Disciplinare di gara (il 10% di € 17 mln);
- di aver appreso l'esito della gara consultando l'albo pretorio del Comune di Bresso, come risultava dalla Determinazione n. Progr. Gen. 184 del 22 marzo 2024 del Dirigente dell'Area Servizi alla Persona, avente ad oggetto "presa d'atto costituzione società Bresso Sporting Club S.S.D.R.L. per gestione piscina comunale P. Foglia 01/02/2024 – 31/01/2039" (doc. 7);
- di essere rimasta sorpresa dal fatto che una società sportiva dilettantistica fosse stata in grado di costituire la garanzia fideiussoria del valore sopra indicato (10% di € 1,7 mln), pertanto aveva presentato al Comune di Bresso l'istanza di accesso civico, onde verificare la polizza fideiussoria presentata dall'aggiudicataria.

4. Con il ricorso introduttivo, la società ricorrente, oltre a censurare il diniego parziale di accesso civico, ha dedotto il seguente motivo di illegittimità:

II) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, comma 2, 3, 20, 28, 30, 32, 59, 93 co. 7, 95, 103 e 106 del d.lgs. 50/2016 – Violazione dei principi di libera concorrenza, economicità, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e correttezza. Eccesso di potere per difetto e/o carenza di istruttoria, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta.

5. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 3 febbraio 2025, proposto dopo l'ostensione

degli atti da parte del Comune di Bresso, la società ricorrente ha impugnato: (i) la nota prot. 2928 del 23 gennaio 2024 con cui il Comune di Bresso ha introdotto il “costo di aggiudicazione”, quantificandolo in € 5.724.274,55, ed ha calcolato la cauzione definitiva (“somma garantita”) in € 286.213,73 (doc. 10); (ii) la nota prot. 3294 del 26 gennaio 2024 con la quale il Comune di Bresso ha accettato per la garanzia definitiva una polizza fideiussoria con massimale pari ad € 286.213,73 (doc. 11).

6. La Sport Active ha domandato l’annullamento di tali atti in quanto asseritamente illegittimi per:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 20 del Capitolato Speciale e dell’art. 23 del Disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 1, comma 2, 3, 20, 28, 30, 32, 59, 93 co. 7, 95, 103 e 106 del d.lgs. 50/2016 – Violazione dei principi di libera concorrenza, economicità, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e illogicità ed ingiustizia manifesta.

II) Sviamento di potere, contraddittorietà manifesta e violazione dell’art. 3 L. 241/90 per assoluta carenza di motivazione.

7. In sintesi, la Sport Active si duole in ragione del fatto che il Comune di Bresso avrebbe ridotto il valore della garanzia definitiva prevista dalla *lex specialis*; sostiene che il Comune di Bresso avrebbe modificato il contenuto dell’art. 20 del Capitolato Speciale d’appalto, oltre che dell’art. 23 del Disciplinare di gara.

8. Si è costituito in giudizio il Comune di Bresso per resistere al ricorso, depositando documenti, memorie e repliche, con cui ha eccepito l’irricevibilità e l’inammissibilità del ricorso; l’irricevibilità, in ragione della tardività dell’impugnazione, atteso che – a dire del Comune di Bresso – il contratto sarebbe stato pubblicato nella sezione “Amministrazione Trasparente” il 9 aprile 2024, sicché il ricorso sarebbe stato proposto oltre il termine di decadenza; l’inammissibilità per carenza di legittimazione della ricorrente, dal momento che la Sport Active non aveva partecipato alla gara.

9. All’udienza pubblica dell’11 giugno 2025, il Collegio ha rilevato ex art. 73, comma 3, c.p.a. un possibile profilo di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, e la causa è stata trattenuta per la decisione.

10. Preliminarmente, va dichiarata la parziale estinzione del giudizio con riguardo all’istanza di accesso, oggetto del primo motivo di ricorso, atteso che con Ordinanza Collegiale N.03539/2024 pubblicata il 9 dicembre 2024 questo T.A.R. ha accolto il ricorso ex art. 116 c.p.a. e ordinato al Comune di Bresso l’ostensione degli atti oggetto del parziale diniego.

11. Quanto al rilevato profilo di inammissibilità, esso trova fondamento nell’ormai prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, la quale afferma che “*la giurisdizione amministrativa esclusiva indicata dall’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., concerne solo le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l’aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull’attività successiva,*

anche se precedente alla stipula del contratto, seguono l'ordinario criterio di riparto, imperniato sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, da individuare con riferimento alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del petitum sostanziale" (T.A.R. Campania, sez. V, 3 gennaio 2019, n.40; T.A.R. Puglia, Bari, 5 dicembre 2023, n. 1401).

12. Nello stesso senso anche la Corte regolatrice della giurisdizione ha affermato che *"in tema di affidamento di un pubblico servizio, nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisdizione amministrativa esclusiva indicata dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, del d.lgs. n. 104 del 2010 concerne solo le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, seguono l'ordinario criterio di riparto, imperniato sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, da individuare con riferimento alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del "petitum" sostanziale"*(Cassazione civile, Sez. Un., 5 ottobre 2018, n. 24411).

13. Una volta instaurato, come nel caso di specie, a seguito di aggiudicazione conseguente a procedimento di evidenza pubblica, il rapporto negoziale privatistico tra la P.A. e l'aggiudicatario, tutte le controversie attinenti alle successive vicende verificatesi durante la fase di esecuzione del contratto, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e dunque della natura di diritto soggettivo connotante la posizione di quella privata, rientrano, dunque, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2011, n. 311; Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 9252; Cass., Sez. Un., 8 novembre 2016, n. 22649).

14. Sicché è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire lo spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dall'art. 1321 c.c. e segg. e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 c.c. e segg.) e gli effetti (art. 1372 c.c., e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute (Cass. S.U., n. 27169/07; Cass. S.U. 17/12/2008, n. 29425; Cass. S.U. 13/03/2009, n. 6068; Cass. S.U. 29/08/2008, n. 21928; Cass. S.U. 18/07/2008, n. 19805; Cass. S.U. 23/04/2008, n. 10443).

15. Al giudice ordinario spetta la cognizione non solo delle cause aventi quale oggetto diretto la validità o efficacia del contratto (ma) anche di quelle volte ad accertare, in funzione della stessa, la legittimità dei relativi atti prodromici intervenuti nella pregressa fase amministrativa, in ordine alla quale compete al giudice ordinario un potere di sindacato incidentale, senza, dunque, la necessità che le parti debbano rivolgersi al giudice amministrativo ai fini dell'annullamento dei relativi provvedimenti (Cass., Sez. Un., 17 maggio 2013, n.12110, 5446/2012, 7589/2009).

16. La Corte di Cassazione ha inoltre affermato che, in base al *petitum* sostanziale e alla *causa petendi*, la controversia avente a oggetto *"l'escussione, da parte del Comune, di una polizza fideiussoria rilasciata a garanzia dell'adempimento di obblighi ed oneri assunti dal privato in relazione ad un rapporto di concessione di beni pubblici, rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario, atteso che, in detta ipotesi, la P.A. agisce nell'ambito di un rapporto privatistico, senza esercitare, neppure mediatamente, pubblici poteri"* (Cass., Sez. Un., 28

aprile 2017 n. 10560).

17. A tali regole di riparto giurisdizionale non si sottrae la controversia in esame, il cui oggetto del contendere è essenzialmente costituito dal *quantum* della cauzione definitiva di cui all'art. 103 del D. Lgs. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*) prevista dall'art. 6, comma 4, del contratto stipulato l'1 febbraio 2024 tra il Comune di Bresso e l'odierna A.T.I. controinteressata (doc.4), che prevede che "A garanzia dell'adempimento del presente contratto l'Associazione Temporanea d'Impresa ha prestato garanzia definitiva sotto forma di fideiussione, di durata pari a 5 (cinque) anni per la somma garantita di Euro 286.213,73 (duecentottantaseimiladuecentotredici/73), pari al 10% del valore contrattuale ridotto al 50% in virtù dell'art. 93 co. 7 del Codice degli appalti, rilasciata da KLPP Insurance & Reinsurance Company LTD".

18. Alla luce di quanto sopra, considerato che l'art. 103 del d.lgs. 50/2016 è inserito nel Titolo V (Esecuzione) di tale decreto, la vicenda oggetto di causa attiene chiaramente alla fase dell'esecuzione del contratto, sicché deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, sussistendo quella del Giudice Ordinario, davanti al quale il processo potrà essere riproposto, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 11, comma 2, codice del processo amministrativo.

19. L'esito in rito del ricorso giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- lo dichiara estinto limitatamente alla domanda di accesso ex articolo 116, comma 2, c.p.a.;
- lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, sussistendo la giurisdizione del Giudice Ordinario, con le conseguenti pronunce in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Marilena Di Paolo, Referendario, Estensore

Federico Giuseppe Russo, Referendario