Ordinanza del 31/07/2018 n. 20347 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio Sezioni unite

Testo

Intitolazione:

Finanza pubblica - Contabilità nazionale e degli enti pubblici - Controversie riguardanti modificazioni soggettive del contratto - Giurisdizione amministrativa - Esclusione.

Massima:

Vi è la giurisdizione del giudice ordinario successivamente alla stipula del contratto pubblico quando vengono in rilievo modificazioni soggettive dell'accordo come le cessioni di azienda, gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori nonché la possibilità per la stazione appaltante di opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto con effetti risolutivi sulla situazione in essere. Nel caso di specie la Consip S.p.A.(centrale di committenza) in qualità di stazione appaltante del contratto quadro per i servizi di connettività ha aggiudicato a Tiscali la parte maggiore dell'appalto (60%) mentre a Vodafone e British Telecom il 20%. Successivamente la centrale di committenza ha comunicato, agli interessati ed al pubblico, il nulla osta al subentro di Fastweb nella cessione del ramo di azienda da parte di Tiscali. Vodafone ha impugnato l'operato di Consip per aver ritenuto legittimo il subentro di Fastweb nel contratto pubblico affermando essere la cessione del ramo d'azienda fittizia e dissimulante una mera cessione di contratto vietata dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 118, anche perché manchevole della procedura di gara, configurando la fattispecie di giurisdizione del giudice amministrativo . Contro tale richiesta è stato statuito che le controversie che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto e le vicende del suo adempimento riguardano la disciplina del rapporto scaturente dal contratto e appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario.

Massima redatta a cura del Ce.R.D.E.F.

Testo:

Rilevato che:

la società Fastweb s.p.a. ha proposto istanza di regolamento preventivo di giurisdizione con riferimento al giudizio promosso dalla società Vodafone Italia s.p.a. davanti al TAR per il Lazio (R.G. n. 1573/2017, in cui sono stati presentati anche motivi aggiunti) nei confronti delle società Consip s.p.a., Tiscali Italia s.p.a. e Fastweb s.p.a., in cui è intervenuta la società Telecom Italia

s.p.a., chiedendo che le Sezioni Unite di questa Corte dichiarino la giurisdizione del giudice ordinario;

atteso che hanno depositato controricorso, illustrato da memoria, le società Consip s.p.a. e Tiscali Italia s.p.a., aderendo alle conclusioni della ricorrente, nonchè Vodafone Italia s.p.a., che ha, invece, invocato la dichiarazione di giurisdizione del giudice amministrativo, mentre alcuna attività difensiva ha svolto la società Telecom Italia s.p.a.;

posto che il Sostituto Procuratore Generale ha chiesto che le Sezioni Unite dichiarino la giurisdizione del giudice ordinario;

considerato che:

con un solo motivo, proposto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1, Fastweb s.p.a., nel chiedere la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario con riferimento al giudizio amministrativo di cui in premessa, ha illustrato la situazione processuale e commerciale intercorsa tra le parti in causa nei seguenti termini: - In data 5.12.2016 le società Fastweb e Tiscali siglarono una partnership strategica (accordo di partenariato) mediante la stipula di due distinti accordi, uno dei quali avente ad oggetto la cessione del ramo di azienda attivo nella prestazione dei servizi di telecomunicazione ai clienti "business" (affari), ivi compresa la Pubblica Amministrazione, cosiddetta "business enterprise" (impresa d'affari), il tutto conclusosi con contratto del 10.2.2017; ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 116, l'operazione venne notificata alle Pubbliche Amministrazioni con cui Tiscali aveva contratti in essere, tra le quali la Consip s.p.a., in qualità di stazione appaltante del contratto quadro per i servizi di connettività nell'ambito del servizio pubblico di connettività (d'ora in poi "contratto quadro SPC" e "SPC"); tale contratto era stato stipulato precedentemente in data 23.5.2016 all'esito di gara bandita il 24.5.2013 da Consip s.p.a., operante a tal fine come centrale di committenza ai sensi del D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 3 ter, convertito nella L. n. 135 del 2012; Tiscali risultò aggiudicataria della parte maggiore dell'appalto (60% del massimale erogabile alle pubbliche amministrazioni), mentre Vodafone e British Telecom, che avevano accettato di prestare il servizio ai medesimi prezzi di Tiscali, risultarono assegnatari rispettivamente del 20% del medesimo massimale; inoltre, Tiscali, come fornitore aggiudicatario, stipulò un "contratto quadro SPC" (servizio pubblico di connettività), cosiddetto "OPO", per prestare in favore dei fornitori assegnatari, che ne avessero fatto richiesta, taluni servizi (quelli denominati "OPO") corrispondenti ai principali servizi di connettività oggetto dei contratti SPC "OPA"; in fase di esecuzione del contratto i fornitori sottoscrissero con le singole amministrazioni i contratti esecutivi SPC OPA e fra loro i contratti esecutivi SPC OPO; in data 12.1.2017 Consip comunicò agli interessati ed al pubblico il nulla osta al subentro ad ogni effetto di Fastweb in tali contratti all'esito della cessione del ramo di azienda da Tiscali a Fastweb; con ricorso inviato per la notifica il 14.2.2017 Vodafone chiese al TAR del Lazio l'annullamento, previa sospensione cautelare, del provvedimento, recante il "nullaosta" D.Lgs. n. 163 del 2006, ex art. 116, emesso da Consip in ordine al subentro di Fastweb nel contratto quadro OPA SPC per effetto della cessione del ramo d'azienda "business enterprise" di Tiscali, con riserva di proporre motivi aggiunti (ricorso iscritto al numero R.G. 1573/2017 del TAR Lazio);

rilevato che Vodafone censura, anzitutto, l'operato di Consip per aver ritenuto legittimo il subentro di Fastweb nel "contratto quadro OPA SPC", asserendo che la cessione del ramo d'azienda sia fittizia e dissimulante una mera cessione di contratto vietata dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 118, (norma, quest'ultima, inserita nel capitolo V, sui principi relativi all'esecuzione del contratto, di cui al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, in vigore fino all'abrogazione del D.Lgs. n. 163 del 2006, ad opera dell'art. 217, comma 1, lett. e), del successivo D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sul codice dei contratti pubblici); inoltre, secondo la tesi difensiva di Vodafone, vi sarebbe stata violazione dell'art. 2 e segg., del citato D.Lgs. n. 163 del 2006, dei principi e delle regole dell'evidenza pubblica, di quelli della concorrenza e dell'imparzialità, della trasparenza e del buon andamento della pubblica amministrazione e si sarebbe registrato anche un eccesso di potere, poichè la cessione del contratto in carenza di un'autentica cessione di ramo d'azienda equivarrebbe ad un affidamento diretto di un contratto pubblico, con alterazione dell'esito della procedura di gara; sussisterebbe, altresì, secondo tale tesi difensiva, un difetto di istruttoria e di motivazione da parte della Consip nella verifica dell'operazione intercorsa fra Tiscali e Fastweb, oltre che nella qualificazione dell'operazione di cessione di ramo d'azienda;

atteso, invece, che secondo l'odierna ricorrente Fastweb s.p.a. l'accertamento della natura negoziale dell'accordo fra Tiscali e Fastweb e l'eventuale sindacato sull'attività compiuta dalla stazione appaltante Consip ai sensi delle citate disposizioni spetta al giudice ordinario;

ritenuto che è consolidato l'orientamento per il quale le controversie che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto e le vicende del suo adempimento riguardano la disciplina del rapporto scaturente dal contratto e, quindi, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, ivi comprese le questioni concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, le controversie volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, incluse quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo (v. S.U. n. 12177/2015, n. 12901/2013, n. 5446/2012);

accertato che nel caso in esame viene in rilievo non l'esercizio di un potere autoritativo, manifestatosi attraverso provvedimenti a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si atteggia ad interesse legittimo, ma la mera verifica, a carattere vincolato e su basi di parità, che la vicenda soggettiva occorsa rientri in una delle fattispecie in presenza delle quali soltanto, ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 116, la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto (in senso analogo in tema di appalto di opere pubbliche v. Sez. U., Ordinanza n. 23468 del 18.11.2016);

posto che la norma che viene in rilievo nel caso in esame, cioè quella di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 116, inerisce alle vicende soggettive del contratto, come le cessioni di azienda, gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici, nonchè alla possibilità per la stazione appaltante di opporsi al subentro del nuovo soggetto nella

titolarità di contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, vale a dire in ultima analisi a fattispecie negoziali atte a consentire il trasferimento del contratto;

accertato, in definitiva, che va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario innanzi al quale rimette le parti, anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, il 17 aprile 2018.

Depositato in Cancelleria il 31 luglio 2018

Documenti citati

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza