



20347-18

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

- STEFANO PETITTI - Primo Pres.te f.f. -
- PASQUALE D'ASCOLA - Presidente Sezione -
- ENRICA D'ANTONIO - Consigliere -
- ETTORE CIRILLO - Consigliere -
- GIACINTO BISOGNI - Consigliere -
- UMBERTO BERRINO - Rel. Consigliere -
- ALBERTO GIUSTI - Consigliere -
- ANTONIETTA SCRIMA - Consigliere -
- MILENA FALASCHI - Consigliere -

REGOLAMENTI DI GIURISDIZIONE

Ud. 17/04/2018 -

CC

R.G.N. 9795/2017

Gen. 2018
Rep.

e m.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 9795-2017 proposto da:

FASTWEB S.P.A., società a socio unico e soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom AG, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR 17, presso lo studio dell'avvocato LUCA TUFARELLI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato RENZO RISTUCCIA;

- ricorrente -

contro

TISCALI ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. CACCINI 1 presso lo STUDIO LEGALE VILLATA, DEGLI ESPOSTI E ASSOCIATI, rappresentata e difesa dagli avvocati RICCARDO

211
18

M3

VILLATA, ANDREINA DEGLI ESPOSTI e BENEDETTO GIOVANNI CARBONE;

CONSIP S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA BORGHESE 3, presso lo studio dell'avvocato ANDREA GUARINO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato CECILIA MARTELLI;

VODAFONE ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA VITTORIA COLONNA 32, presso lo studio dell'avvocato GIUSEPPE LO PINTO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati FABIO CINTIOLI e ROMANO ROTELLI;

- controricorrenti -

nonchè contro

TELECOM ITALIA S.P.A.;

- intimata -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 1573/2017 del TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE di ROMA.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 17/04/2018 dal Consigliere UMBERTO BERRINO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale LUIGI SALVATO, il quale chiede che le Sezioni Unite dichiarino la giurisdizione del giudice ordinario.

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, nonché 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, primo comma, n. 1 cod. proc. civ., 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 dell'art. 116 d.lgs. n. 163/2006 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 dell'art. 4, co. 3-ter, d.l. n. 95 del 2012, convertito nella legge 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" ex art. 116 del d.lgs n. 163/2006, 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 dall'art. 118 del d.lgs n. 163 del 2006 (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. 163/2006 ad opera dell'art. 217, comma 1, lett. e), del successivo decreto legislativo 18.4.2016, n. 50 sul codice dei contratti pubblici); inoltre, secondo la tesi difensiva di Vodafone, vi sarebbe stata violazione degli artt. 2 e segg. del citato d.lgs n. 163/2006, 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, poiché 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 dell'art. 116 del d.lgs. n. 163 del 2006, 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 all'art. 116 del d.lgs n. 163/2006, 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, nonché alla possibilità per la stazione appaltante di opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del 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

Il Presidente

Dr. Stefano Petitti



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 31 LUG. 2018

Il Funzionario Giudiziario
Dot.ssa Sabrina PACITTI



Il Funzionario Giudiziario
dot.ssa Sabrina PACITTI

