

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CURZIO Pietro - Primo Presidente f.f. -
Dott. MANNA Felice - Presidente di Sez. -
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Consigliere -
Dott. BERRINO Umberto - Consigliere -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -
Dott. DORONZO Adriana - Consigliere -
Dott. BRUSCHETTA Ernestino Luigi - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 9319/2018 R.G. proposto da:
COSMOPOL S.P.A., in persona dell'amministratore delegato p.t. L.C., rappresentata e difesa dall'Avv. Arturo Testa, con domicilio eletto in Roma, piazza del Popolo, n. 18, presso lo studio dell'Avv. Pierluigi Rizzo;

- ricorrente -

contro

POSTE ITALIANE S.P.A., rappresentata dall'Avv. Andrea Sandulli, in qualità di società incorporante della POSTE TUTELA S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv. Andrea Sandulli e Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, corso Trieste, n. 16;

- controricorrente -

e EUROPOLICE S.R.L., in proprio e nella qualità di mandataria del R.T.I. EUROPOLICE S.R.L. - ISTITUTO DI VIGILANZA PRIVATA TURRIS S.R.L. - ISTITUTO DI VIGILANZA LA TORRE S.R.L. - OVER SECURITY S.R.L., ISTITUTO DI VIGILANZA PRIVATA TURRIS S.R.L., ISTITUTO DI VIGILANZA LA TORRE S.R.L., OVER SECURITY S.R.L.;

- intimati -

per regolamento preventivo di giurisdizione nel giudizio pendente dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Napoli, iscritto al n. 844/2018 R.G..

Udita la relazione svolta nella Camera di consiglio del 26 marzo 2019 dal Consigliere Dott. Guido Mercolino;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. BASILE Tommaso, che ha chiesto la dichiarazione della giurisdizione del Giudice ordinario.

Svolgimento del processo

1. L'Europolice S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del R.T.I. da costituire con l'Istituto di Vigilanza Privata Turris S.r.l., l'Istituto di Vigilanza La Torre S.r.l. e l'Over Security S.r.l., ha proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sede di (OMISSIS), per l'annullamento a) del provvedimento con cui, all'esito di procedura aperta in modalità telematica per l'istituzione di accordi quadro per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata e gestione chiavi presso i siti di Poste Italiane S.p.a. e di società del Gruppo suddivisa in sei lotti non cumulabili, Poste Tutela S.p.a. ha aggiudicato alla Cosmopol S.p.a. il lotto n. (OMISSIS) Campania, b) dei provvedimenti recanti gli elenchi degli operatori economici ammessi ed esclusi dalla gara in relazione al predetto lotto, c) dei verbali delle sedute pubbliche e riservate nel corso delle quali si è proceduto alla valutazione della documentazione amministrativa, dell'offerta tecnica e dell'offerta economica della Cosmopol, d) delle eventuali giustificazioni e chiarimenti prodotti dalla Cosmopol in relazione alla propria offerta, e) dei provvedimenti con cui il r.u.p. ha proceduto a valutare le giustificazioni ed a giudicare congrua l'offerta della Cosmopol, e f) degli atti preordinati, conseguenti o comunque connessi, nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto stipulato ed il subentro nel servizio di essa ricorrente, ovvero, in via subordinata, per il risarcimento del danno.

Si sono costituite in giudizio la Cosmopol e la Poste Italiane S.p.a., succeduta alla Poste Tutela a seguito di fusione per incorporazione, che hanno eccepito il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, nonché l'infondatezza della domanda.

2. Con atto notificato il 19 marzo 2018, la Cosmopol ha proposto ricorso per regolamento di giurisdizione, illustrato anche con memoria, chiedendo dichiararsi che la controversia spetta alla cognizione del giudice

delle posizioni di pieno diritto soggettivo. Ha resistito con controricorso la Poste Italiane. Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva.

Motivi della decisione

1. A sostegno dell'istanza, la ricorrente afferma che Poste Tutela non è qualificabile come ente aggiudicatore tenuto al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica, trattandosi di una società interamente appartenente a Poste Italiane S.p.a. che non svolge servizi postali, ma gestisce servizi di sicurezza complementare attraverso il coordinamento di una rete capillare di operatori specializzati presenti su tutto il territorio nazionale.

Premesso inoltre che, anche a volerla qualificare come impresa pubblica, la committente in tanto potrebbe considerarsi soggetta alle disposizioni di cui al *D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, artt. 115-121, in quanto i servizi da affidare fossero annoverabili tra quelli esclusi, sostiene che l'oggetto dell'appalto esula dalla previsione dell'art. 121 (recte: 120) del *D.Lgs. cit.*, consistendo nel servizio di vigilanza armata e gestione chiavi, che non rientra nè tra i servizi postali, nè tra quelli diversi, non essendo prestato da un ente che fornisce anche servizi postali e non risultando strumentale agli stessi.

Afferma infine l'irrelevanza del richiamo al *D.Lgs. n. 50 del 2016*, contenuto negli atti della procedura di affidamento, osservando che l'assoggettamento della fattispecie al regime pubblicistico previsto dal predetto decreto dipende esclusivamente dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e da quelle soggettive della stazione appaltante.

1.1. Il ricorso è fondato.

Ai sensi del *D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, comma 1, lett. e)*, n. 1, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, tra l'altro, 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. La disciplina interna vigente, costituita dal *D.Lgs. n. 50 del 2016* (c.d. codice dei contratti pubblici), individua i predetti soggetti nelle amministrazioni aggiudicatrici (per tali intendendosi, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni, unioni, consorzi costituiti da detti soggetti) e gli enti aggiudicatori (ovverosia, ai sensi della lett. e) n. 1 dell'art. 3, comma 1, cit., le imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui al *D.Lgs. n. 50 del 2016*, artt. 115-121 e gli enti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici nè imprese pubbliche, esercitano una o più delle predette attività, operando in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente). Restano invece esclusi dall'ambito applicativo delle predette disposizioni, ai sensi dell'art. 14, comma 1, gli appalti e le concessioni aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli artt. 115-121, tra le quali sono inclusi, ai sensi dell'art. 120, i servizi postali, comprendenti non solo la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione di invii postali, ma anche altri servizi diversi da quelli postali, a condizione che siano prestati da un ente che fornisce anche servizi postali la cui attività, per quanto riguarda tali servizi, non sia direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

1.2. Alla stregua di tale disciplina, presupposto indispensabile per la devoluzione delle controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva è l'assoggettamento del contratto alle procedure di evidenza pubblica, il quale dipende sotto il profilo soggettivo dall'inquadramento del committente nelle categorie di soggetti indicate dal cit. *D.Lgs. n. 50, art. 3, comma 1, lett. a)* e sotto quello oggettivo dalla riconducibilità dell'appalto ad una delle attività previste dagli artt. 115-121 del medesimo Decreto.

La sussistenza del primo requisito dovrebbe essere nella specie accertata con riferimento non già alla Poste Italiane S.p.a., che ha incorporato la Poste Tutela S.p.a. in epoca successiva all'aggiudicazione dell'appalto (anche se anteriore alla sottoscrizione del contratto), ma alla società incorporata, che ha provveduto all'espletamento della procedura di evidenza pubblica: prima della fusione, la Poste Tutela costituiva infatti un soggetto distinto dalla Poste Italiane, la cui autonoma personalità giuridica consentirebbe in questa sede di attribuire un rilievo soltanto indiretto alla circostanza che la società incorporante detenesse l'intero pacchetto azionario di quella incorporata. In concreto, tuttavia, il predetto accertamento può considerarsi superfluo, rivestendo una portata assorbente l'aspetto oggettivo della fattispecie, caratterizzata per un verso dalla non riconducibilità dell'oggetto dell'appalto all'ambito delle attività indicate nel *D.Lgs. n. 50 del 2016*, artt. 115-121 e segnatamente a quella dei servizi postali o di quelli diversi previsti dall'art. 120, e per altro verso dall'estraneità a tale settore dell'attività svolta dalla società committente, il cui oggetto non comprende in alcun modo servizi postali (cfr. in riferimento alla disciplina dettata dal previgente *D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Cass., Sez. Un., 1/03/2018, n. 4899; 29/05/2012, n. 8511*).

1.3. L'appalto per la cui stipulazione è stata indetta la procedura aperta in modalità telematica, il cui esito ha costituito oggetto d'impugnazione da parte dell'Europolice dinanzi al Giudice amministrativo, non ha infatti nulla in comune con i servizi di raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali, nel senso precisato dal *D.Lgs. n. 50 del 2016*, comma 2, lett. a) e b), avendo ad oggetto la prestazione del "servizio di vigilanza armata e gestione chiavi presso siti di Poste Italiane S.p.a. e di società del Gruppo"; in quanto sostanzialmente consistente nello svolgimento del servizio di sorveglianza e custodia delle sedi

in cui si svolgono l'attività postale e quelle anche diverse delle altre società controllate da Poste Italiane, esso non è riconducibile neppure all'ambito dei servizi diversi previsti dell'art. 120, comma 2, lett. c), i quali comprendono esclusivamente le attività precedenti e successive all'invio postale, ma strettamente connesse allo stesso, nonchè i servizi di spedizione diversi da quelli postali propriamente detti: in tal senso depongono infatti chiaramente i riferimenti esemplificativi ai servizi di smistamento della posta e di spedizione di invii pubblicitari privi di indirizzo, contenuti rispettivamente nei nn. 1 e 2 della disposizione in esame.

A sua volta, l'oggetto dell'attività esercitata dalla Poste Tutela non consisteva anche nello svolgimento di servizi postali, ma esclusivamente nella fornitura di prestazioni di pianificazione, progettazione, indagini di mercato, procedure di acquisto, coordinamento e monitoraggio finalizzate alla prestazione di servizi di trasporto, vigilanza armata, portierato e reception; in quanto notoriamente esercitata in via ordinaria anche da altri imprenditori privati operanti in competizione tra loro sia in sede locale che sull'intero territorio nazionale, tale attività deve inoltre considerarsi direttamente esposta alla concorrenza su un mercato liberamente accessibile, nel senso precisato dal *D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 8*: pertanto, anche a voler ritenere che le prestazioni dedotte nel contratto siano riconducibili al disposto del cit. *D.Lgs. n. 50, art. 120, comma 2, lett. c)*, dovrebbe ugualmente escludersi l'assoggettamento dell'appalto alle procedure di evidenza pubblica, non risultando soddisfatta la duplice condizione prevista dal comma 1, lett. b), del medesimo articolo.

1.4. Per effetto dell'estraneità del suo oggetto alle attività di cui al *D.Lgs. n. 50 del 2016, artt. 115-121*, l'appalto in questione deve considerarsi sottratto all'ambito di operatività della disciplina dettata da tale decreto, la cui applicazione alla fattispecie in esame non è quindi ricollegabile alla volontà della legge, ma esclusivamente a quella della committente, che si è liberamente determinata in favore dell'assoggettamento della scelta del contraente alle regole dell'evidenza pubblica: trova conseguentemente applicazione il principio costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento al *D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, lett. e)*, (e prima ancora al *D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, comma 2, lett. d)*, ed alla *L. 21 luglio 2000, n. 205, artt. 6 e 7)*, secondo cui la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo delle controversie in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture postula che la sottoposizione dell'appalto al regime pubblicistico discenda esclusivamente dalle sue caratteristiche oggettive e da quelle soggettive della stazione appaltante, e non è pertanto configurabile nel caso in cui quest'ultima, pur non essendovi tenuta, si sia volontariamente vincolata all'osservanza del predetto regime, in tal modo procedimentalizzando l'individuazione in concreto dell'appaltatore (cfr. Cass., Sez. Un., 22/07/2013, n. 17782; 20/03/2009, n. 6771; 11/12/2003, n. 18954; 20/11/2003, n. 17635).

2. In conclusione, va dichiarato che la giurisdizione in ordine alla domanda proposta dall'Europolice spetta al Giudice ordinario, al quale la causa va rimessa, anche per la liquidazione delle spese processuali.

P.Q.M.

dichiara la giurisdizione del Giudice ordinario, dinanzi al quale rimette le parti, anche per la liquidazione delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 26 marzo 2019.

Depositato in Cancelleria il 20 settembre 2019