

Le Sezioni unite della Corte di cassazione riconoscono la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto la gara d'appalto indetta da Poste Italiane s.p.a. per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa per i propri dipendenti e per quelli delle società del medesimo gruppo

Cass. civile, s.u., ordinanza 1 marzo 2018, n. 4899 – Pres. Canzio, Rel. Frasca

Contratti pubblici – Affidamento servizio sostitutivo mensa dipendenti Poste Italiane – Controversie – Giurisdizione dell’A.G.O.

Il servizio per l’assegnazione di buoni pasto per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. non rientra nell’ambito applicativo del d. lgs. n. 163/2006 e, pertanto, l’impugnazione degli atti della procedura di affidamento del servizio è devoluta alla cognizione del giudice ordinario. (1)

(1) I. - La pronuncia è stata resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione in sede di decisione di un regolamento preventivo di giurisdizione proposto nel corso di un giudizio pendente presso il T.a.r. per il Lazio, avente ad oggetto l’impugnazione della aggiudicazione di una gara d'appalto indetta da Poste Italiane s.p.a. per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per i propri dipendenti e per quelli delle società del gruppo. Il T.a.r., avuta notizia della proposizione del regolamento, con ordinanza 16 dicembre 2016, n. 12545 disponeva, ai sensi del combinato disposto degli artt. 10 cod. proc. amm. e 367 comma 1° c.p.c., la sospensione del giudizio, ritenendo che il ricorso fosse stato proposto quando non era ancora intervenuta una pronuncia di merito nel giudizio di primo grado, come prescritto dall’art. 41, comma 1, c.p.c. e che comunque la contestazione della giurisdizione non potesse ritenersi “manifestamente infondata” tenuto conto dell’orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità proprio in riferimento alla natura giuridica di Poste Italiane s.p.a. e al regime giuridico applicabile agli appalti indetti dalla stessa (Cass. civ, sez. un., ordinanza 29 maggio 2012, n. 8511 su cui v. *infra* III).

II. - La Corte regolatrice della giurisdizione, dopo aver puntualizzato taluni aspetti circa le condizioni di ammissibilità del regolamento preventivo, giunge ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario sulla scorta delle seguenti motivazioni:

a) respinge l’eccezione di inammissibilità del regolamento preventivo sollevata dalla società resistente sul presupposto del mancato perfezionamento della notifica del ricorso per il destinatario (ricevuta il 9.12.2016) prima dell’udienza di merito fissata davanti al TAR (7.12.2016) in cui veniva disposta la sospensione del giudizio, con conseguente lesione del diritto di difesa ad interloquire sulla ammissibilità del ricorso preventivo di

giurisdizione e superamento del limite temporale di proponibilità dello stesso, ai sensi dell'art. 41, comma 1, c.p.c. («finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado»). Osserva al riguardo la Corte che, ai fini del rispetto del termine di proponibilità indicato dall'art. 41 c.p.c., rileva il momento del perfezionamento della notificazione dal punto di vista del notificante atteso che con il compimento delle operazioni di notificazione per parte sua, egli ha compiuto l'attività che era nel suo dominio per compiere l'atto, senza incorrere nella preclusione di legge, conformemente alla ragione costituzionale dell'operare del principio della scissione nel perfezionamento della notifica;

b) l'attività di deposito della copia notificata del ricorso per regolamento di giurisdizione presso la cancelleria del giudice davanti a cui pende la causa non è ritenuta rilevante per l'ammissibilità del regolamento ai sensi dell'art. 41 c.p.c., ma solo per l'esercizio del potere di sospensione del giudizio da parte del giudice davanti al quale pende il processo;

c) la preclusione all'esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41, comma 1, c.p.c. non si verifica dal momento in cui la sentenza, in base alla disciplina dei singoli processi, sia venuta ad esistenza ma si deve identificare nel momento in cui il procedimento che porta alla decisione è avviato e l'interlocazione delle parti è possibile solo con il compimento delle attività che sono previste in funzione della decisione. Nei casi in cui la decisione avviene a seguito di discussione della causa – dunque anche nell'ipotesi di cui all'art. 73 cod. proc. amm. - la fissazione dell'udienza di discussione lascia ancora intatta la possibilità di una proposizione, nelle more, del regolamento preventivo, per cui è sufficiente che la notificazione del ricorso per regolamento si sia perfezionata dal punto di vista del notificante prima dell'udienza stessa. Nel processo ordinario di cognizione la preclusione si verifica invece con la precisazione delle conclusioni quando la causa viene trattenuta a sentenza;

d) nel merito della questione sollevata, richiamato il proprio precedente specifico (Cass. civ., sez. un., ordinanza 29 maggio 2012, n. 8511 su cui vedi *infra* III), ribadisce l'irrelevanza della qualificazione di Poste Italiane s.p.a. come "organismo di diritto pubblico", sostenuta invece da Cons Stato, Ad. plen., 28 giugno 2016, n. 13. (oggetto della [News US in data 7 luglio 2016](#)) - secondo cui *“La società poste italiane spa è soggetta alla disciplina, di cui agli art. 22 seg. l. 7 agosto 1990 n. 241, con riferimento al pubblico servizio di cui è affidataria. Il diritto di accesso è esercitabile dai dipendenti di poste italiane spa, limitatamente agli atti incidenti in modo diretto sulla disciplina, di rilevanza pubblicistica, del rapporto di lavoro, quali quelli inerenti alle prove selettive di accesso, alle progressioni di carriera, ed ai provvedimenti di auto organizzazione degli uffici; l'accesso è invece escluso per gli atti di quotidiana gestione del rapporto di lavoro”* - ma espressamente disattesa dalla decisione in oggetto;

e) sottolinea che nel caso di specie viene invece in rilievo la qualificazione di Poste Italiane s.p.a. come “impresa pubblica”; ne fa discendere come conseguenza

l'inapplicabilità della teoria c.d. del contagio – operante per l'organismo di diritto pubblico - ed il carattere eccezionale dell'assoggettamento delle imprese pubbliche alle regole degli appalti nei settori speciali, giustificata dal fatto che solo in tali settori la presenza di particolari interessi pubblici altera le condizioni di concorrenza in cui le imprese pubbliche normalmente operano;

f) quanto alla riferibilità del servizio all'attività speciale, la Corte, condividendo le prospettazioni del Procuratore generale, giunge ad una conclusione negativa. Esclude, in particolare, che la procedura di gara indetta da Poste Italiane s.p.a., avente ad oggetto l'appalto del servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo di buoni pasto cartacei, sia funzionale o anche solo strumentale agli scopi istituzionali della stazione appaltante, ossia i servizi postali di cui all'art. 211 del d.lgs. 163/2006, che giustificano l'applicazione delle norme del codice dei contratti pubblici e le cui controversie ricadono *ex lege* nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo;

g) l'applicazione del d.lgs. n. 163/2006 alla presente fattispecie non può essere giustificata neanche dall'"autovincolo" di Poste Italiane s.p.a. contenuto nel bando di gara, dal momento che, per principio unanimemente acquisito alla giurisprudenza ordinaria e amministrativa, la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico diviso dal d.lgs. n. 163/2006 discende esclusivamente dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo "eteronomo";

h) poiché la contestata procedura di gara concerne l'affidamento di un appalto estraneo ai settori speciali si sottrae, pertanto, all'ambito applicativo del d.lgs. n. 163/2006 e all'obbligo di esperire una procedura ad evidenza pubblica, di talché l'impugnazione dei relativi atti non rientra nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lettera e) cod. proc. amm. ed è, di conseguenza, devoluta alla (residuale) competenza giurisdizionale del giudice ordinario;

i) in replica ad uno specifico rilievo della resistente, la Corte esclude la sussistenza anche di un vincolo di strumentalità tra l'oggetto del servizio in gara ed i servizi postali – vincolo la cui rilevanza è stata prospettata come necessaria ai fini del riconoscimento della giurisdizione del G.A. da Cons. Stato, Ad. plen. n. 16 del 2011 (su cui v. *infra* III) – rammentando che quando l'art. 219 del d. lgs. n. 163/2006 fa riferimento agli appalti destinati a permettere la prestazione di una attività di cui agli artt. 208-211, intende alludere ad appalti che, in relazione al servizio ed alla prestazione che debbono assicurare all'ente aggiudicatore, si presentino direttamente condizionanti lo svolgimento dell'attività riconducibile al servizio speciale di cui a dette norme e, quindi, direttamente incidenti, per il loro oggetto, sull'espletamento del servizio. Esclude tuttavia che l'erogazione del servizio di distribuzione e gestione dei buoni mensa al personale di Poste Italiane s.p.a. rilevi direttamente ai fini dell'espletamento del servizio speciale, trattandosi piuttosto di prestazione che si iscrive nell'ambito del rapporto di lavoro e che rileva ai fini della

capacità di agire della persona giuridica, non dell'erogazione dei servizi postali, riferibile invece alla struttura organizzativa della società nel suo complesso.

III. – Sui criteri soggettivi ed oggettivi di identificazione degli appalti afferenti ai settori speciali ex art. 207 del d.lgs. n. 163/2006 e sui profili di giurisdizione in materia di controversie sulle procedure di affidamento si veda:

j) Cons Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16 in *Urbanistica e appalti*, 2011, 1171, con nota di NICODEMO; *Dir. e pratica amm.*, 2011, fasc. 10, 72 (m), con nota di PETULLÀ secondo cui *“Sul piano dell’interpretazione «storica», le imprese pubbliche, già sottratte al diritto dei pubblici appalti, vi sono state attratte limitatamente ai «settori speciali», e non in termini generali. Il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l’ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207 d.leg. n. 163/2006; art. 2 e 8 dir. 2004/17/Ce), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l’ambito di ciascun settore speciale. Rileva in particolare l’art. 217 d.leg. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l’art. 20 dir. 2004/17/Ce), a tenore del quale la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall’esercizio delle loro attività di cui agli art. da 208 a 213 o per l’esercizio di tali attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un’area geografica all’interno della comunità. Se ne desume, come già la VI sezione ha avuto modo di affermare in un precedente analogo, che l’assoggettabilità dell’affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l’appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all’attività speciale. Nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l’applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari (come si argomenta dalla già citata corte giust. Ce, 10 aprile 2008, C-393/06, Aigner, che, esclusa in un caso l’applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico); diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2 dir. 2004/71/Ce), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (art. 1 e 2 dir. 2004/18/Ce), per gli appalti «estranei», aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20 dir. 2004/17/Ce), la sottrazione alla dir. 2004/71/Ce non comporta l’espansione della dir. 2004/18/Ce, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie. Essendo l’appalto per cui è processo estraneo sia ai settori speciali, sia ai settori ordinari, sia all’art. 27 d.leg. n. 163/2006, ed essendo altresì sottratto ai principi dei trattati, va affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e per converso la giurisdizione del giudice ordinario”*;

k) Cass. civ., sez. un., ordinanza 29 maggio 2012, n. 8511 in *Foro it.*, 2013, I, 2608, con nota di ALLENA secondo cui *“Le controversie, aventi ad oggetto le procedure di aggiudicazione degli appalti di fornitura di distributori automatici di banconote («postamat») da parte della società poste italiane, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, atteso che l’art. 211, 1 comma, d.leg. n. 163 del 2006 sottopone all’applicazione della disciplina dell’evidenza pubblica (con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo) gli «altri servizi diversi dai servizi postali» (cioè diversi da quelli in senso stretto, includenti «la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione degli invii postali», ai sensi del 2° comma, lett. b, medesimo articolo), sempreché almeno uno di essi non sia stato liberalizzato, come avvenuto per i servizi di pagamento e trasferimento di denaro (per effetto del d.p.c.m. 25 gennaio 2010, in attuazione della decisione della commissione europea del 5 gennaio 2010), non rilevando né che poste italiane abbia volontariamente fatto ricorso alle regole di evidenza pubblica, pur non essendovi tenuta, né che la medesima società possa essere un organismo di diritto pubblico, circostanza comunque esclusa, mancando il requisito del soddisfacimento di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale (art. 3, 26° comma, d.leg. n. 163 del 2006) e trattandosi di un’impresa che, seppure per un settore definito, opera in regime di concorrenza ed è quindi esposta al funzionamento naturale del mercato”*. Aggiungono le sezioni unite che *“La giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, indette da organismi di diritto pubblico, ai sensi dell’art. 244 d.leg. n. 163 del 2006 e ora, dell’art. 133, lett. e), n. 1, cod. proc. amm., non sussiste per gli appalti riguardanti tutte ovvero l’insieme delle attività svolte dai medesimi organismi (secondo la cosiddetta teoria del «contagio») e, in particolare, per gli appalti inerenti alle attività industriali o commerciali svolte in regime di libera concorrenza ed accessibilità ai mercati, dovendo le regole di evidenza pubblica essere rigorosamente limitate alle attività volte a soddisfare bisogni generali di carattere non industriale o commerciale, in quanto direttamente interessate dalla esistenza di diritti speciali o esclusivi, dovendosi presumere che le residue attività del soggetto (di diritto privato), ancorché a partecipazione pubblica, vengano svolte nelle forme proprie del diritto comune”*.

IV. - Sui limiti alla proposizione del regolamento di giurisdizione e sulla sospensione del giudizio *a quo* si veda:

l) CARINGELLA – DE NICTOLIS – GAROFOLI – POLI, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2008, 1475 ss.;

m) con particolare riferimento al processo amministrativo, DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, IV ed., 357 ss.;

n) Cass. civ., sez. un., ordinanza 18 maggio 2015, n. 10094 in *Foro it.*, 2016, I, 2525 con nota di G. D’AURIA secondo cui *“Proposto regolamento preventivo di giurisdizione, la sentenza che, nelle more del procedimento davanti alla corte di cassazione, sia stata emessa dal giudice*

di merito è condizionata alla conferma del potere giurisdizionale e, pertanto, non preclude la decisione sul regolamento medesimo in quanto inidonea a far venire meno l'interesse del ricorrente a coltivare il regolamento". La pronuncia in questione aggiunge che il regolamento preventivo di giurisdizione è esperibile, finché la causa non sia decisa nel merito, da chiunque risulti munito della qualità di parte nel procedimento in pendenza del quale si chiede la definizione della questione di giurisdizione, essendo inidonea ad interferire sull'ammissibilità del regolamento medesimo ogni deduzione circa la validità dell'assunzione di detta qualità in capo al soggetto che tale mezzo ha proposto;

o) Cass. civ., sez. un., ordinanza 20 luglio 2015, n. 15155 in *Foro it.*, 2016, I, 962 con nota di CARDINALE secondo cui *"È ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione proposto nel corso del procedimento possessorio, ancorché, nella fase sommaria o in sede di reclamo, sia stata risolta, in senso affermativo o negativo, una questione attinente alla giurisdizione, trattandosi di provvedimento avente carattere provvisorio ed essendo comunque possibile richiedere la prosecuzione del giudizio per la rivalutazione della stessa questione; tuttavia, in difetto della iniziativa di parte per la prosecuzione del giudizio con la fase di merito, il ricorso non è proponibile, dal momento che l'interesse a promuovere l'accertamento sulla giurisdizione postula la pendenza di un processo"*;

p) Cass. civ., sez. un., ordinanza 28 maggio 2015 n. 11131 in *Foro it.*, 2016, I, 413 con nota di ROMBOLI secondo cui *"Non costituisce ostacolo alla ammissibilità del regolamento di giurisdizione l'aver sospeso il giudizio per rimessione di questione di costituzionalità, in quanto tale stato non esclude la pendenza del giudizio e, benché impedisca il compimento di atti propri di quest'ultimo, non è di ostacolo al promovimento di un'autonoma fase processuale diretta alla verifica del potere giurisdizionale del giudice adito"*; nello stesso senso Cass. civ., ordinanza 24 settembre 2002, n. 13918, in *Foro it.*, 2003, I, 316, con nota di richiami cui si rinvia per ogni approfondimento;

q) con riguardo alla pregiudizialità eurounitaria, Cass. civ., ordinanza 16 settembre 2013, n. 21109, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Giurisdizione civile*, n. 192, secondo cui lo stato di sospensione del processo (nella specie, per effetto di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea di una questione interpretativa di norme comunitarie) non preclude la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, perché non esclude la pendenza del giudizio e, mentre impedisce il compimento di atti propri di quest'ultimo, non è di ostacolo al promovimento di un'autonoma fase processuale diretta alla verifica del potere giurisdizionale del giudice adito.