

Regolamento di giurisdizione ed escussione di garanzia provvisoria

di Carmelanna De Vincenzo

Data di pubblicazione: 26-2-2019

Compete al giudice amministrativo la giurisdizione in materia di controversie aventi ad oggetto la restituzione della cauzione per gara relativa alla gestione dei rifiuti, escussa in data anteriore all'aggiudicazione definitiva della gara, afferendo tale garanzia alla fase deliberativa dell'aggiudicazione, in cui si configurano poteri pubblicistici della stazione appaltante, relativi al bando e alla valutazione delle offerte, nonché all'esclusione dalla gara e non alla fase esecutiva del rapporto.

L'ordinanza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di legittimità affronta la questione di giurisdizione tra G.O. e G.A. in relazione alla restituzione della cauzione nell'ambito di una gara concernente la gestione dei rifiuti.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le gare aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi per un prezzo predeterminato, posto a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, non realizzano delle concessioni, ma degli appalti di pubblici servizi, a causa della insussistenza dell'alea di gestione dipendente dalla fruizione del servizio da parte degli utenti, nonché dell'assenza di rischio da parte del prestatore del servizio.

Più in particolare, il d.lgs. n. 104/2010 all'art. 133, lettera e) prevede la devoluzione, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, delle controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti tenuti ad osservare, nella scelta del contraente o del socio, la normativa europea ovvero la normativa statale e regionale in materia di evidenza pubblica.

La lettera della norma poc'anzi citata affida, poi, alla medesima giurisdizione le conseguenti controversie risarcitorie, estendendo altresì la giurisdizione esclusiva del G.A. sia alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, sia alle sanzioni alternative.

A ciò si aggiunge che, la lettera p) dell'art. 133 d.lgs. n. 104/2010 assoggetta alla richiamata giurisdizione anche le controversie attinenti alla complessiva gestione del ciclo di rifiuti, sebbene realizzata con comportamenti della P.A. riconducibili, anche solo in via mediata, all'esercizio di un pubblico potere.

Nel caso di specie, l'acquisizione della cauzione risulta temporalmente collocata in un momento antecedente all'aggiudicazione definitiva della gara.

Pertanto, ad avviso del Collegio, essendo la sorte della cauzione strettamente legata all'adozione del provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara, è possibile affermare la sussistenza della giurisdizione del G.A.

CORTE DI CASSAZIONE

Sezioni Unite civili

Ordinanza 11 gennaio 2019, n. 540

Presidente: Petitti - Relatore: D'Ascola

sul ricorso 9436-2017 proposto da:

TEAM JR AMBIENTE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI SANTANGELA MERICI 96, presso lo studio dell'avvocato ANDREA PANZAROLA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANGELO GIUSEPPE OROFINO;

- ricorrente –

contro

CONSORZIO VALORIZZAZIONE RIFIUTI 14 – COVAR 14, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE RAFFAELLO SANZIO 1, presso lo studio dell'avvocato FEDERICO MAZZELLA, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALBERTO PIERPAOLO PRINETTO;

- controricorrente –

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudice pendente n. 19977/2016 del TRIBUNALE di TORINO.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 17/04/2018 dal Presidente PASQUALE D'ASCOLA;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale UMBERTO DE AUGUSTINIS, il quale conclude affinché la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, pronunciando sul ricorso, dichiari la giurisdizione del Giudice amministrativo

Fatti di causa

Team 3R Ambiente ha partecipato ad una gara indetta nel marzo 2016 per l'affidamento dell'appalto del servizio di igiene urbana sul territorio dei comuni consorziati nel Covar 14,

Consorzio Valorizzazione Rifiuti 14.

La società è stata esclusa dalla gara perché la ditta di cui aveva dichiarato di avvalersi per il servizio era sprovvista dei requisiti, per carenza dell'iscrizione all'Albo adeguata al servizio richiesto.

Il provvedimento di esclusione non è stato impugnato e nel giugno 2016 la gara è stata aggiudicata definitivamente ad altro partecipante.

Team 3R Ambiente ha agito davanti al tribunale civile di Torino per far accertare l'insussistenza dei presupposti per l'escussione della garanzia da essa presentata in gara.

Covar 14 ha resistito eccependo il difetto di giurisdizione del giudice adito.

Parte attrice ha proposto ricorso per regolamento di giurisdizione, notificato il 10 aprile 2017.

Covar 14 ha notificato controricorso.

Il procedimento è stato avviato a trattazione camerale; il Procuratore generale ha depositato requisitoria scritta chiedendo la declaratoria di giurisdizione del giudice amministrativo.

Ragioni della decisione

2) In comparsa di risposta parte convenuta ha rilevato che l'escussione della cauzione è avvenuta in data anteriore - di sette giorni - all'aggiudicazione definitiva della gara; che esiste sotto il profilo funzionale un nesso tra cauzione provvisoria e regolare svolgimento della gara, poiché la prima serve a scoraggiare offerte esplorative o prive di serio interesse; che sotto il profilo della giurisdizione vi è differenza con la cauzione definitiva, che "attiene alla fase successiva alla stipulazione contrattuale".

Quest'ultimo rilievo è pertinente in relazione al primo profilo agitato in ricorso, con il quale Team3 invoca Cass. 17741/2015 e sostiene che la giurisprudenza della Corte sarebbe orientata nel senso che le questioni inerenti la cauzione sono sempre attratte dalla giurisdizione dell'AGO.

Il ricorso si sviluppa adducendo anche che la ricorrente non contesterebbe tanto la legittimità del provvedimento di esclusione quanto la stessa possibilità della P.A. di procedere all'escussione della fideiussione perché l'atto con cui si sarebbe proceduto all'incameramento sarebbe stato posto in essere in «carezza assoluta di potere».

A tal fine sostiene che l'affidamento del servizio di igiene urbana non è materia di appalto di servizi ma di concessione di servizio pubblico, alla quale si applicherebbero solo le norme del d.lgs. 163/2006 (tuttavia richiamate in bando, cfr. pag. 10 atto di citazione) espressione di principi generali, con esclusione di quelle "sulla produzione (e sulla conseguente escussione)

della cauzione in tema di appalti pubblici".

3) Il ricorso è infondato.

Parte resistente ha dedotto in controricorso che la gara riguardava l'affidamento dei servizi per il prezzo «a base d'asta» di oltre 14 milioni di euro, in relazione ad un appalto e non a una concessione, poiché, essendo il prezzo del servizio predeterminato e posto a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, non vi era alea di gestione dipendente dalla misura della fruizione del servizio da parte degli utenti o del loro pagamento.

Il rilievo è conforme alla giurisprudenza di queste Sezioni unite, le quali hanno osservato (cfr. Sez. un. 9965/2017) che l'appalto di pubblico servizio avente ad oggetto la gestione di rifiuti è ravvisabile, in base al diritto dell'Unione europea, laddove il corrispettivo sia pagato direttamente dall'Amministrazione al prestatore del servizio stesso, il quale non ne sopporta il rischio, a differenza del concessionario di servizi, che trae la propria remunerazione dai proventi ricavati dagli utenti.

Queste considerazioni vanificano le deduzioni svolte nel secondo profilo di ricorso, che ha cercato di sollecitare da parte del regolatore della giurisdizione un accertamento sulla illegittimità della pretesa, accertamento che spetta al giudice di cui viene stabilita la giurisdizione. Non a caso infatti si invocano pronunce del consiglio di Stato (C.d.S. 5280/2015) che hanno pronunciato - in materia diversa - sulla legittimità di una pretesa dell'amministrazione.

4) Anche il precedente citato in esordio di ricorso non si attaglia pienamente alla fattispecie, giacché relativo a controversia insorta (la sentenza di primo grado era del 2005) prima della emanazione del codice del processo amministrativo e comunque relativa, come rilevato in controricorso, a pretesa sviluppatasi tra il concorrente garantito e la compagnia assicuratrice e soltanto "nei confronti" del comune di Grosseto, come sottolineato significativamente con le virgolette evidenziatrici proprio da Sez. un. 17741/2015 a pag. 3.

4.1) Il d.lgs. 104/2010 all'art. 133, lett. e), stabilisce che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie:

1) 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.

Mette conto poi ricordare che ai sensi della lett. p) restano soggette alla medesima giurisdizione le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati.

In questo ambito, per scervere quali controversie, attinenti alla cauzione, siano sottratte alla giurisdizione amministrativa, si può avere riguardo al criterio enunciato già da Cass., Sez. un., 4424 e 4425 del 2007.

Quest'ultima ha sancito che in materia di appalti pubblici, gli artt. 6 e 7 della l. n. 205 del 2000 hanno attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle concernenti la fase di esecuzione del contratto sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, dato che concernono i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto.

4.2) Nel caso in esame la questione concernente l'incameramento della cauzione non attiene alla fase esecutiva del rapporto (cfr. per esempio Sez. un. 11142/2017), mai sorto, con il concorrente, ma alla fase deliberativa dell'aggiudicazione, in cui si configurano poteri pubblicistici della stazione appaltante, relativi al bando e alla valutazione delle offerte ed esclusione dalla gara.

La sorte della cauzione è infatti nella specie dipendente dalla adozione del provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara, manifestazione di poteri autoritativi, che ne è il presupposto e alla cui legittimità occorre aver riguardo.

5. Discende da quanto esposto la declaratoria di sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, al quale le parti vanno rimesse con il termine massimo di legge per la riassunzione.

Le spese di questo procedimento possono essere tuttavia compensate, in relazione ai profili di novità della questione agitati in ricorso e che hanno provocato pronunce di rilievo anche dopo la proposizione del ricorso.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo, al quale rimette le parti. Fissa il termine massimo di legge per la riassunzione.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite civili tenuta il 17 aprile 2018.

Il Presidente

Dr Stefano Petitti