

## Sulla giurisdizione in materia di controversie relative all'affidamento di servizi commerciali resi in area demaniale.

di Elena Cogo

Data di pubblicazione: 4-3-2019

1. I servizi di natura commerciale svolti in area demaniale che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia rimasta estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento a evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile (1).

2. Per le società concessionarie autostradali, in particolare, ai sensi dell'art. 11, commi 5 (nel testo applicabile *ratione temporis*) e 5bis della legge 23 dicembre 1992, n. 498, la soggezione alla disciplina dei contratti pubblici è circoscritta all'affidamento di lavori, sicché per l'affidamento della gestione dei servizi resi nelle aree di servizio esse non sono tenute a seguire le procedure a evidenza pubblica

1. Cass. Civ., S.U., 27 febbraio 2017, n. 4884; 18 aprile 2016, n. 7663; 26 aprile 2015, n. 8623; 25 giugno 2002, n. 9233; 25 giugno 2002, n. 9288.

### Guida alla lettura

Prima di affrontare il *thema decidendum* occorre esaminare gli elementi in fatto che hanno portato alla pronuncia in commento.

La vicenda *de qua* prende avvio dalla determinazione con cui l'amministratore delegato della s.p.a. Autostrada del Brennero aggiudicava, a favore della s.p.a. Autogrill, il contratto di gestione del "servizio di ristoro ed attività commerciali connesse" nell'area di servizio collocata sul tracciato autostradale.

La Punto Grill Services s.r.l. impugnava la determinazione avanti il Tar Trento al fine di conseguire l'annullamento del provvedimento nonché la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato fra l'Autostrada del Brennero e l'Autogrill.

Costituitasi in giudizio, l'Autostrada del Brennero s.p.a. eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice adito non trovando il procedimento selettivo alcuna regolamentazione in atti legislativi

nazionali, regionali o provinciali.

La Punto Grill Services s.r.l. proponeva, quindi, regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41, comma 1 c.p.c. perché fosse affermata la giurisdizione amministrativa esclusiva sulla controversia ex art. 133, comma 1, *lett. b), c) ed e)* c.p.a. in considerazione degli obblighi di evidenza pubblica concernenti gli affidamenti di servizi disposti dai concessionari autostradali.

L'Autogrill s.p.a., controinteressata, e le s.p.a. Sirio, Serenissima Ristorazione e Gustofast rimanevano intime; l'Autostrada del Brennero resisteva con controricorso.

Nella sentenza in analisi le Sezioni Unite si confrontano con una duplice questione ermenutica:

- a. quella concernente la soggezione alle regole del procedimento a evidenza pubblica dell'affidamento della gestione dei servizi di natura commerciale svolti in area demaniale;
- b. quella relativa alla soggezione delle società concessionarie autostradali alla disciplina dei contratti pubblici per l'affidamento della gestione dei servizi resi nelle aree di servizio.

Ancora una volta la Suprema Corte di Cassazione è chiamata a soffermarsi sul tema della **natura giuridica dei contratti di gestione dei servizi commerciali resi in area demaniale ai fini del riparto di giurisdizione nelle relative controversie fra terzi e concessionari.**

La fattispecie oggetto della pronuncia attiene, in particolare, al "servizio di ristoro ed attività commerciali connesse" – c.d. *non oil* – nell'area di servizio collocata sul tracciato autostradale.

Almeno due le opzioni teoricamente prospettabili: quella della natura giuridica pubblicistica e quella della natura giuridica privatistica dei rapporti fra concessionario e terzo.

Secondo la ricostruzione in senso pubblicistico, verrebbero in considerazione contratti di concessione – *rectius* di subconcessione – di immobili demaniali collegati con l'atto autoritativo concessorio in esso rinvenendo il proprio fondamento, di talché l'Amministrazione concedente sarebbe in qualche modo di essi partecipe. Nei contratti suddetti sarebbe ravvisabile una sorta di collegamento essenziale con la concessione del bene demaniale *de quo*. Le controversie che insorgono fra concessionari e terzi rinvengono il proprio fondamento nei rapporti fra l'Amministrazione concedente e il concessionario del pubblico servizio. La non estraneità della P.A. al rapporto subconcessorio rende indiscutibile la permanenza in capo alla stessa di poteri pubblicistici e tale circostanza è di per sé idonea a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale che con le sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 ha affermato che "deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.A. delle controversie relative ai comportamenti collegati all'esercizio di un pubblico potere" (Tar Venezia, sentenza n. 797/2017).

Secondo la ricostruzione in senso privatistico, si tratterebbe di contratti traenti origine da un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'Amministrazione concedente rimane

totalmente estranea, e risultano dunque privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, in quale ne costituisce mero antecedente. Le controversie che insorgono fra concessionari e terzi trovano fondamento in rapporti fra privati basati su norme convenzionali pattizie e in quanto tali sono devolute alla giurisdizione ordinaria civile.

Così inquadrata la *querelle* sulla quale l'attenzione delle Sezioni Unite è richiamata, occorre rilevare che nella pronuncia in commento esse non affrontino il tema in maniera diffusa ma si limitino a porsi sulla scia dell'ormai pacifica tesi favorevole alla natura giuridica privatistica, con tutte le implicazioni che ne derivano sul piano del riparto di giurisdizione. E, così, riproponendo ancora una volta quel che costantemente sostengono sia pure con riguardo a fattispecie differenti, affermano che "i servizi di natura commerciale svolti in area demaniale – nella specie, l'attività di ristorazione in spazi aeroportuali – che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia rimasta estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile" (Cass. Civ., S.U., 27 febbraio 2017, n. 4884; ancora con riguardo a spazi aeroportuali, S.U., 18 aprile 2016, n. 7663; 29 aprile 2015, n. 8623, 25 giugno 2002, nn. 9233 e 9288).

La vicenda oggetto della pronuncia *de qua* attiene allo svolgimento di attività non di ristorazione in spazi aeroportuali bensì di servizio di ristoro e attività commerciali connesse nell'area di servizio, collocata sul tracciato autostradale, dunque, in ogni caso, su un bene demaniale.

Affermato il principio di diritto testè rammentato, le Sezioni Unite ne fanno applicazione al caso che occupa e pervengono alla conclusione secondo cui la controversia non trova fondamento nel rapporto fra l'Amministrazione concedente e il concessionario del pubblico servizio, bensì in un rapporto fra privati basato su specifiche e distinte pattuizioni negoziali. Inoltre, al fine di determinare a quale giudice sia devoluta la cognizione della controversia e? dirimente valutare se attraverso la medesima l'autorità giurisdizionale sia chiamata a valutare l'esercizio del potere autoritativo della P.A. (Cass. Civ., Sez. I, 9 ottobre 2008, n. 24875, S.U. 2 dicembre 2008, n. 28549; 20 gennaio 2017, n. 1549).

Dalla tesi sostenuta dalla Suprema Corte di Cassazione – peraltro non soltanto nella sentenza in commento – sembra potersi evincere che, per fare chiarezza sul riparto di giurisdizione relativo alle controversie fra terzi e concessionari in ordine ai servizi di natura commerciale svolti in area demaniale, essa si sia posta diversi interrogativi e abbia cercato di trovare risposte per ognuno di essi nei termini testè rammentati.

Si è chiesta, anzitutto, quale sia il proprio fondamento, *rectius* la propria fonte: il rapporto fra l'Amministrazione concedente e il concessionario del pubblico servizio che si basa sull'atto autorizzativo concessorio ovvero il rapporto fra privati fondato su clausole negoziali.

In secondo luogo, si è interrogata sull'identificazione delle parti dei suddetti contratti e in specie sulla presenza o meno dell'Amministrazione.

Si è poi domandata quale sia l'oggetto del contratto: l'affidamento generico di aree demaniali (locali e attrezzature, per esempio) destinabili allo svolgimento di una qualsivoglia attività ovvero la messa a disposizione di un terzo di un'area demaniale per l'erogazione di servizi all'utenza. E dunque, se venga in considerazione un contratto pubblico di concessione di immobile demaniale – *rectius* di subconcessione – ovvero un contratto di diritto privato di locazione.

Infine, si è soffermata sul profilo che a proprio avviso rileva maggiormente: la funzione assolta dall'atto concessorio rispetto a detti rapporti, dovendosi indagare se questi siano collegati o meno con l'atto autorizzativo concessorio ovvero siano da essi indipendenti costituendo l'atto un mero presupposto.

Come affermato dalle Sezioni Unite, per escludere la natura pubblica e così risolvere il dilemma sarebbe sufficiente rilevare che l'Amministrazione pubblica non abbia preventivamente rilasciato l'autorizzazione a concludere il contratto atteso che l'atto autorizzatorio rappresenta l'elemento essenziale per la propria qualifica come subconcessione; che l'istanza per tale autorizzazione, non in sanatoria, sia stata presentata in data successiva a quella del perfezionamento del contratto; che il concessionario abbia concluso il contratto ponendosi su un piano paritario con la controparte e non abbia assunto quindi una posizione di superiorità amministrativa; che il contratto abbia a oggetto locali e attrezzature e non un servizio, essendo stata richiesta la licenza per l'esercizio del bar ristorante (Cass. Civ. S.U. n. 9233/2002, cit.).

Quanto al profilo dei limiti esterni della giurisdizione in materia di affidamento di servizi di natura commerciale, innumerevoli sono stati i tentativi della giurisprudenza ordinaria di sciogliere i nodi. Ricorrenti, nelle pronunce, sono le affermazioni secondo cui "Perché sussista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è necessario che la pretesa del concessionario nei confronti del terzo, derivante dal rapporto tra costoro costituito, sia basata sul contenuto dell'atto di concessione e sia, quindi, riferibile direttamente all'Amministrazione pubblica concedente, il che si verifica quando questa abbia con tale atto espressamente previsto e autorizzato il rapporto tra il concessionario e un determinato terzo, e che, invece, la giurisdizione appartenga al giudice ordinario se la pretesa trovi la sua origine in un rapporto tra il concessionario e il terzo, rispetto al quale quello di concessione si presenti come un suo semplice presupposto, essendo ad esso l'Amministrazione rimasta estranea. In tale ipotesi, infatti, non sussistendo alcun collegamento tra il rapporto derivato e quello di concessione, la controversia della quale siano parti soltanto il concessionario e il terzo è di natura privata" (Cass. Civ. S.U. n. 9233/2002, cit.; conf. sentenza nn. 2056/1992, 11028/1997, 7710/1998, 10013/2001).

Significative – sia pure risalenti nel tempo – talune argomentazioni che secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione fanno propendere per la giurisdizione ordinaria: "Nella specie la concessionaria ha agito in giudizio per la restituzione dei locali e delle attrezzature per la gestione del bar ristorante dell'aeroporto, assumendo che erano detenuti senza titolo dalla società Avio Barr, in quanto il rapporto con questa costituito era già da tempo cessato. La pretesa fatta valere era, quindi, fondata sull'inadempimento di un obbligo (quello restitutorio) derivante esclusivamente dal rapporto secondario, di natura privata, perché

costituito tra la concessionaria e la società, senza la partecipazione dell'Amministrazione pubblica (rimasta estranea al processo), che con l'atto di concessione non aveva autorizzato la subconcessione a favore di un terzo determinato (Avio Barr), ma si era limitata a pretendere dalla concessionaria che le fosse chiesto il suo generico gradimento in caso di affidamento della gestione del servizio a ditte specializzate. Pertanto, poiché la pretesa della concessionaria è fondata su un rapporto oggettivamente e soggettivamente privatistico, diverso da quello di concessione, deve accogliersi il ricorso proposto dalla società Avio Barr, dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario, cassarsi la sentenza impugnata e rinviarsi la causa al Tribunale di Gorizia, anche per provvedere sulle spese di questo giudizio" (Cass. Civ., S.U. 25 giugno 2002, n. 9233).

La seconda questione ermeneutica che le Sezioni Unite sono chiamate ad affrontare è quella concernente la **soggezione delle società concessionarie autostradali**, in particolare ai sensi degli artt. 11, comma 5, *lett. c*, nel testo applicabile *ratione temporis*, e *5bis* della legge 23 dicembre 1992, n. 498 – *Interventi urgenti in materia di finanza pubblica – alla disciplina dei contratti pubblici per l'affidamento della gestione dei servizi resi nelle aree di servizio*. Più precisamente, la sussistenza degli obblighi di evidenza pubblica concernenti gli affidamenti di servizi disposti dai concessionari autostradali.

Ai sensi dell'art. 11, comma 5, *lett. c* "Le società concessionarie autostradali sono soggette ai seguenti obblighi: (...) c) provvedere, nel caso di concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, agli affidamenti a terzi di lavori nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 142, comma 4, e 253, comma 25, del codice di cui al [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#)".

Da tale previsioni appare *icto oculi* che la soggezione delle società di cui trattasi alla disciplina dei contratti pubblici e dunque al regime pubblicistico sia circoscritta all'affidamento di lavori. Di talchè, per l'affidamento della gestione dei servizi resi nelle aree di servizio esse non sono tenute a seguire le procedure a evidenza pubblica.

## REPUBBLICA ITALIANA

### IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

### LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

### SEZIONI UNITE CIVILI

PUNTO GRILL SERVICES S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ANTONIO GRAMSCI 24, presso lo studio dell'avvocato MARIA STEFANIA MASINI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati PIETRO FERRARIS ed ENZO ROBALDO;

– ricorrente –

**contro**

SOCIETA' AUTOSTRADA DEL BRENNERO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 173, presso lo studio dell'avvocato GIULIANO FONDERICO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato DAMIANO FLORENZANO;

– controricorrente –

**e contro**

AUTOGRILL S.P.A., SIRIO S.P.A., SERENISSIMA RISTORAZIONE S.P.A., GUSTOFAST S.P.A.;

– intimati –

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 329/2016 del TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA DEL TRENTINO - ALTRO ADIGE. Udata la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 19/12/2017 dal Consigliere Dott. ANTONIO GRECO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale Dott. SERGIO DEL CORE, il quale conclude che va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – MOTIVI DELLA DECISIONE**

La SRL Punto Grill Services ha impugnato davanti al Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, chiedendone l'annullamento, la determinazione dell'amministratore delegato della spa Autostrada del Brennero del 22 novembre 2016, n.1108, di aggiudicazione, a favore della spa Autogrill, del contratto di gestione del "servizio di ristoro ed attività commerciali connesse" – c.d. non oli – nell'area di servizio, collocata sul tracciato autostradale, di (OMISSIS), in provincia di (OMISSIS); ed ha chiesto sia dichiarata l'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato fra l'Autostrada del Brennero e la Autogrill.

Mentre rimanevano intimate la s.p.a. Autogrill, controinteressata, e le s.p.a. Sirio, Serenissima Ristorazione e Gustofast, si costituiva in giudizio la spa Autostrada del Brennero, che anzitutto eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice adito, non trovando regolamentazione il procedimento selettivo esperito in atti legislativi nazionali, regionali o provinciali.

La s.r.l. Punto Grill Services ha quindi proposto regolamento ex art. 41 c.p.c., comma 1, illustrato con successiva memoria, perché sia affermata la giurisdizione amministrativa esclusiva sulla controversia, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b), c) ed e), del c.p.a., segnatamente in considerazione degli obblighi di evidenza pubblica concernenti gli affidamenti

di servizi disposti dai concessionari autostradali.

Resiste con controricorso la Autostrada del Brennero, che deposita memoria.

Questa Corte ha ripetutamente affermato che “i servizi di natura commerciale svolti in area demaniale – nella specie, l’attività di ristorazione in spazi aeroportuali – che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l’amministrazione concedente sia rimasta estranea e che risultino privi di collegamento con l’atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile” (Cass., S.U., 27 febbraio 2017, n. 4884, in mot.; ancora con riguardo a spazi aeroportuali, Cass. S.U. nn. 7663/2016, 8623/2015, nonché Cass. S.U. nn. 9233/2002, 9288/2002).

Nel caso in esame, la controversia non trova fondamento nel rapporto tra la P.A. concedente ed il concessionario del pubblico servizio, ma in un rapporto fra privati fondato su specifiche e distinte pattuizioni negoziali: ed al fine di stabilire se la controversia sia o meno devoluta al giudice ordinario, e? dirimente valutare se attraverso quella controversia l’autorità giurisdizionale venga chiamata a valutare l’esercizio del potere autoritativo della P.A. (Cass. n. 24875/2008, n. 28549/2008; Cass. S.U., 20 gennaio 2017, n. 1549).

Per le società concessionarie autostradali, in particolare, ai sensi dell’art. 11, commi 5 (nel testo applicabile *ratione temporis*) e della L. 23 dicembre 1992, n. 498, art. 5*bis*, la soggezione alla disciplina dei contratti pubblici e? circoscritta all’affidamento di lavori, sicché per l’affidamento della gestione dei servizi resi nelle aree di servizio esse non sono tenute a seguire le procedure ad evidenza pubblica.

Mette conto in proposito rilevare come nelle conclusioni del Procuratore generale si faccia riferimento ad altra formulazione, di segno diverso, della L. n. 498 del 1992, art. 11, detto comma 5, *medio tempore* abrogato, e quindi sostituito con la disposizione cui si e? fatto cenno *supra*.

In conclusione, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, al quale le parti vanno rimesse anche per le spese del presente giudizio.

### **P.Q.M.**

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

Così deciso in Roma, il 19 dicembre 2017. Depositato in Cancelleria il 21 gennaio 2019.