

Ordinanza Corte di Cassazione Sezioni unite civili 30/10/2014 n. 23067

RITENUTO IN FATTO

Con ricorso del marzo 2013 Dussmann Service s.r.l. ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione esponendo:

1) con provvedimento del 2001 le era stato aggiudicato l'appalto indetto dall'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento per il servizio di ristorazione "cook chili" presso i presidi dell'ospedale di Trento e le strutture sanitarie della zona;

2) nel 2002 era stato stipulato il contratto con scadenza 31 gennaio 2011, prorogato dalla P.A. con lettera del febbraio 2011 sino al completamento delle procedure per il pubblico incanto per l'assegnazione di una nuova gara;

3) con ricorso del settembre 2011 la Dussmann Service aveva adito il Tar del Trentino Alto Adige chiedendo di accertare il suo diritto alla revisione prezzi per il periodo 2003 – 2006 e di condannare l'amministrazione a pagare euro 1.454.589,86 a titolo di revisione prezzi, oltre accessori; o altra somma di giustizia; e, per il periodo primo febbraio 2009 – 30 aprile 2011 e primo novembre 2006 – 30 aprile 2011 per la fornitura di generi extra, di condannare l'amministrazione a pagare euro 663.770,17 per revisione prezzi, nonché per il periodo successivo fino al termine del contratto; per i servizi aggiuntivi – prenotazione pasti, distribuzione acqua, ristorazione reparto oncologia, ristorazione reparto radioterapia, mensa scuola di Ala, prenotazione pasti pediatria, ristorazione ospedale Pergine, prenotazione pasti medicina 2 – per il periodo primo novembre 2006 – 30 aprile 2011 di condannare ulteriormente l'amministrazione a pagare euro 44.853,90 nonché per il periodo successivo, fino al termine di esecuzione del contratto;

4) l'amministrazione, tardivamente, aveva contestato le modalità di calcolo per la quantificazione dell'importo revisionale e prestazioni inadempite, introducendo una domanda/eccezione di compensazione, in particolare in riferimento all'art. 11 del capitolato speciale secondo cui l'allacciamento consentito alle reti del servizio sanitario era subordinato all'installazione a carico della Dussmann di strumenti di misura per la rilevazione dei consumi, oltre a dovere la stessa successivamente installare, a sua cura e spese, una linea autonoma per l'approvvigionamento di energia elettrica e tale prestazione era rimasta inadempita per cui a favore dei servizi sanitari era residuo un credito di un milione di euro; altro obbligo inadempito era la ristrutturazione e l'ammodernamento della mensa dell'ospedale S. Chiara di Trento, progettato e non realizzato, con ulteriore credito a favore dei Servizi sanitari di euro 834.182,67; inoltre con l'art. 24 del capitolato speciale era stato previsto il meccanismo di revisione prezzi secondo le variazioni ISTAT, ma il provvedimento non era stato emanato stante il notevole debito accumulato dalla Dussmann;

5) invece in base all'art. 10 del capitolato di appalto gli oneri per la sistemazione dei locali da utilizzare a regime per l'ospedale S. Chiara erano a carico dei Servizi Sanitari, e comunque le relative pretese erano fondate su disposizioni contrattuali, in quanto tali appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario e quindi estranee al diritto revisionale di cui all'art. 115 D.lgs. n. 263 del 2006;

6) tuttavia il Tar aveva disposto C.T.U. sulle domande – eccezioni della P.A.

Tanto premesso la s.r.l. Dussmann Service deduce:

1) “Sulla legittimazione e sull’interesse a ricorrere di Dussmann Service s.r.l.” e “sulla giurisdizione in materia di esecuzione di contratti in cui è parte una Pubblica Amministrazione” avendo il Tar errato nell’aver ritenuto spettante alla sua giurisdizione la cognizione delle domande riconvenzionali avanzate dalla stessa, mentre detto organo giurisdizionale, a norma dell’art. 133, comma 1, lett. e) n. 1 del D.Igs. n. 104 del 2010, può conoscere soltanto le controversie per le procedure di affidamento di pubblici servizi e forniture ai soggetti obbligati a rispettare le regole c.d. di evidenza pubblica, ed in tal caso soltanto il giudice amministrativo può conoscere anche di diritti soggettivi e comportamenti ed atti fino all’emissione del provvedimento di aggiudicazione; invece, una volta intervenuta la stipula del contratto con l’aggiudicatario, la P.A. è in posizione paritetica con il privato e quindi tutti i profili attinenti all’esecuzione dei medesimo spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, salva l’ipotesi prevista dall’art. 133, comma 1, lett. e) n. 2 del D.Igs. 104/2010 che demanda alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la revisione prezzi ed il relativo provvedimento nei contratti ad esecuzione periodica e continuata di cui sia parte la P.A., mentre le domande di compensazione e di inadempimento proposte nella specie dai Servizi Sanitari spettano al giudice ordinario; inoltre necessitano di un’istruttoria ed un’attività difensiva, nella specie violata perché le domande sono state tra l’altro proposte tardivamente.

Chiede pertanto dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo sulle sue domande e quella del giudice ordinario sulle domande della P.A.

Si è costituita l’Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, prospettando pregiudizialmente l’inammissibilità del ricorso perché proposto dopo il rinvio dell’udienza per la decisione, alla quale la ricorrente non si è opposta. Comunque, sostiene la resistente, sono state proposte innanzi tutto deduzioni volte a ridimensionare il credito vantato dalla società aggiudicataria del servizio, che il giudice amministrativo può esaminare onde poter ravvisare la c.d. compensazione atecnica indipendentemente da una domanda o eccezione riconvenzionale e tanto in attuazione del principio di effettività della tutela e di economia processuale in quanto le poste passive decurtano il credito preteso.

Il P.G., a cui gli atti sono stati trasmessi ai sensi dell’art. 380 ter cod. proc. civ., ha chiesto dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario anche sulle domande/eccezioni di inadempimento contrattuale avanzate dall’Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari.

Le parti hanno depositato memoria. La Dussmann Service s.r.l. specifica che dopo l’udienza del 18 aprile 2013 in cui la causa era stata trattenuta in decisione, il Tribunale Amministrativo Regionale di Trento, con ordinanza n. 147/2013, ha disposto la sospensione del giudizio a norma dell’art. 10 del cod. proc. amministrativo.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.- Va pregiudizialmente affermata l’ammissibilità del regolamento preventivo. Ed infatti, assolutamente pacifico che il regolamento preventivo di giurisdizione resta precluso non dal momento dell’emanazione di sentenza, anche solo processuale, ma da quello, anteriore, in cui la causa viene discussa e trattenuta per la decisione, atteso che da tale momento ha inizio l’iter dell’esercizio dei poteri decisorii del giudice ed il regolamento non può più assolvere alla sua funzione di rendere più sollecita la definizione del processo, investendo per saltum la Corte di Cassazione della questione di giurisdizione, è altrettanto fermissima l’inapplicabilità di siffatta regola nel caso (che risulta essersi puntualmente verificato nel caso di specie) in cui il giudice di merito davanti al quale pende la causa, dopo averla trattenuta in decisione, abbia poi sospeso il

processo; in tal caso, infatti, per effetto di detto provvedimento di sospensione, che implicitamente comporta la riapertura della fase istruttoria, la pronuncia sul regolamento recupera l'indicata funzione di consentire una sollecita definizione della questione di giurisdizione.

2.- La giurisdizione va regolata dichiarando che la competenza appartiene al giudice amministrativo anche sulle difese ed eccezioni avanzate dall'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari.

2.1- Il contratto di appalto di servizi (artt. 1 e 3 del D.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, avuto riguardo all'epoca della sua conclusione: 2001), era soggetto alla disciplina sostanziale contenuta negli artt. 44.4, e 44.19 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 – sostitutiva dell'art. 6.6 e 6.12 della legge 24 dicembre 1993 n. 537 – a norma dei quali “Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuata debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo, che viene operata sulla base di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al comma 6.”; “Per orientare le pubbliche amministrazioni nell'individuazione del miglior prezzo di mercato, l'Istituto Nazionale di Statistica, avvalendosi ove necessario, delle Camere di commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura, cura la rilevazione e la elaborazione dei prezzi di mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle pubbliche amministrazioni, provvedendo alla comparazione, su base statistica, tra questi ultimi ed i prezzi di mercato.”, e “Le controversie derivanti dall'applicazione del presente articolo sono devolute alla giurisdizione, in via esclusiva, del giudice amministrativo”.

Quest'ultima norma processuale è stata recepita nell'art. 33.1 dei D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come modificato dall'art. 7 del D.lgs. 21 luglio 2000, n. 205, secondo cui: “Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi..”, tra cui “in particolare quelle: 2. lett. b) “tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi”, e, lett. e): “riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale”, e le Sezioni Unite hanno costantemente affermato (ex multis S.U. 14090 del 2004, 4463/2009, 6016 e 19567/2011, 7176 e 12063/del 2014) che, in tema di revisione prezzi, la posizione dell'appaltatore di fronte alla facoltà dell'amministrazione di concederla ricorrendone i presupposti giuridici, ha natura di mero interesse legittimo, tutelabile dinanzi al giudice amministrativo.

Di conseguenza la *lex specialis* del capitolato di appalto che si conformi a queste norme non può costituire ex se un diritto soggettivo dell'appaltatore nella fase precedente il riconoscimento della revisione prezzi da parte dell'organo amministrativo competente, ed in tal modo derogare alla disciplina normativa sul relativo potere autoritativo e sulla conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, anche sulla mancata risposta dell'amministrazione alla relativa richiesta dell'appaltatore poichè la sua posizione si colloca in un'area di rapporti in cui la P.A. che non è su base paritetica, pur essendo stato il contratto di appalto già stipulato (disciplina mantenuta ferma anche dal successivo D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 115 e 244, terzo comma: S.U. 9152/2009 e dal codice di diritto amministrativo introdotto con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, comma 1, lett. e).

2.2- Tanto specificato – e del resto la stessa ricorrente non sembra dubitare del surrichiamato costante orientamento di queste Sezioni Unite – va ritenuta questione di merito, che non modifica la posizione soggettiva sulla revisione prezzi fatta valere dinanzi al Tar dalla s.r.l. Dussmann Service, la difesa dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento – così definita anche dalla predetta Azienda Provinciale nella sua memoria – volta a contrastare detto petitum sostanziale mediante la delibazione dei contrapposti fatti impeditivi o estintivi ed aventi ad oggetto l'interpretazione del contratto di appalto nella sua fase esecutiva, da valere come criterio di

soluzione per l'esame della fondatezza del predetto petitum, e non come criterio attributivo della giurisdizione su detti fatti, che non influiscono sulla giurisdizione, ma sul merito della domanda della s.r.l. Dussmann Service devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

E del resto questa conclusione costituisce il logico corollario della pronuncia di queste Sezioni Unite n. 2906 del 2010 (ribadita da S.U. 14260 del 2012), che, rivisitando l'orientamento risalente alla pronuncia n. 27169 del 2007 (invocata dalla s.r.l. Dussmann Service), afferma, anche alla luce della direttiva n. 66/2007 CE (attuata con il d.lgs. n. 53 del 2010, in vigore dal 27 aprile 2010) l'attrazione del rapporto costituito con l'aggiudicazione dell'appalto nella giurisdizione del giudice istituzionalmente competente a conoscere della procedura di affidamento dell'appalto sulla considerazione che "le situazioni soggettive che vivono nel rapporto paritetico.. conseguono ad atti dell'amministrazione quale autorità anche successivi all'aggiudicazione .." che può infatti esser revocata dalla P.A. nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela.

3. Conclusivamente va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, che provvederà anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo a cui rimette anche la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

Così decido alla Camera di Consiglio del 11 febbraio 2014.

Depositata in Cancelleria il 30 ottobre 2014.