

**Civile Sent. Sez. U Num. 11508 Anno 2019**

**Presidente: MANNA FELICE**

**Relatore: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO**

**Data pubblicazione: 30/04/2019**

### **SENTENZA**

sul ricorso 26125-2017 proposto da:

CHEF EXPRESS S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GUIDO D'AREZZO 2, presso lo studio dell'avvocato MASSIMO FRONTONI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIULIANO SOLLIMA;

**- ricorrente -**

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

182  
—  
19

**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;

HERMES S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SAN TOMMASO D'AQUINO 47, presso lo STUDIO LIBERATI - CALLORI, rappresentata e difesa dall'avvocato MARCO CALLORI;

**- controricorrenti -**

**nonchè contro**

AUTOGRILL S.P.A.;

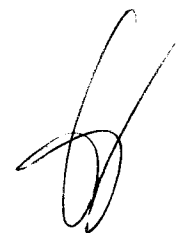
**- intimata -**

avverso la sentenza n. 3446/2017 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 13/07/2017.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/03/2019 dal Consigliere FRANCESCO ANTONIO GENOVESE; udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale LUCIO CAPASSO, che ha concluso per il rigetto del ricorso; uditi gli avvocati Massimo Frontoni e Giuliano Fonderico.

**FATTI DI CAUSA**

**1.**—Il T.R.G.A. della Provincia di Trento ha respinto il ricorso proposto da *Chef Express SpA* contro la determinazione (n. 1108) dell'A.D. della società *Autostrade del Brennero S.p.A.*, con cui è stata disposta l'aggiudicazione, in data 22 novembre 2016, a favore di *Hermes srl*, della gestione «*del servizio di ristoro ed attività commerciali connesse*» (cd. *non oil*) nell'area di servizio *Garda Est*, posta nel territorio di Cavaion Veronese (VE), declinando la giurisdizione del GA in quanto la procedura di gara non ineriva all'affidamento di un pubblico servizio, né era soggetta all'applicazione della normativa



comunitaria o di quella relativa ai procedimenti ad evidenza pubblica, previsti dalla legislazione (statale o regionale).

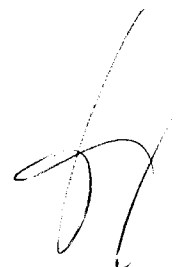
**2.-** Nel corso dell'anno 2015, infatti, la Società autostradale aveva "messo a bando" la *subconcessione* per la gestione del richiamato servizio di ristoro e delle attività commerciali connesse, come da capitolato speciale, stabilendo che l'aggiudicazione della gara sarebbe avvenuta secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa; Essa aveva provveduto, altresì, alla nomina di una commissione tecnica per l'attribuzione dei punteggi, secondo i criteri predeterminati nello stesso bando, da trasmettersi al *Seggio di Gara* (nominato assieme alla Commissione), per l'individuazione del vincitore.

**3.-** La società *Chef Express SpA* ha impugnato la decisione, a sé stessa sfavorevole, davanti al Consiglio di Stato, che ha respinto il ricorso ed ha confermato il difetto di giurisdizione del GA, in favore dell'AGO.

**3.1.-** Secondo il giudice di appello, l'oggetto del rapporto controverso, qualificato come *subconcessione* di spazi demaniali per lo svolgimento di attività commerciali, trovava origine in un rapporto derivato (tra il concessionario e il terzo) al quale l'Amministrazione concedente era rimasta estranea, sicché l'attività ad esso correlata era da qualificare come avente natura privatistica, svolta in via meramente eventuale e su richiesta del pubblico, con remunerazione da parte del cliente (riferimento a Cass. SU n. 4884 del 2017).

**3.2.-** Non era invocabile il precedente di questa stessa Corte, n. 28549 del 2008, atteso che quella pronuncia atteneva ad una diversa fattispecie, relativa all'affidamento in *subconcessione* non solo dei servizi commerciali e di ristorazione ma anche di quelle di rifornimento dei veicoli (la cd. attività *oil*, qualificabile come servizio pubblico).

**3.3.-** Né poteva accedersi alla catalogazione dell'Autostrada del Brennero come organismo di diritto pubblico, e ciò per la mancanza del cd. elemento negativo del requisito teleologico, atteso che - per integrare la predicata qualificazione - un tale ente se deve perseguire "*bisogni di interesse generale*" non deve possedere (ma anzi deve escludere) la ricerca di finalità "*aventi carattere industriale o commerciale*". Ebbene, nel caso di specie, l'Autostrada del Brennero SpA agirebbe sul mercato proprio con logiche imprenditoriali e rischio



d'impresa, non alleviabile o sollevabile, quest'ultimo, per mezzo di alcuna forma di sostegno pubblico.

**4.-** Per la cassazione della menzionata sentenza del Consiglio di Stato, la *Chef Express* ha proposto ricorso, con atto notificato il 9 novembre 2017, sulla base di un unico motivo, articolato in più profili, illustrati anche con memoria.

**4.1.** - Le società Autostrada del Brennero S.p.A. e *Hermes* srl hanno resistito con controricorso e, la prima, ha anche depositato memoria illustrativa.

**4.2.** - Il P.G., nella persona del sostituto Proc. Gen., dr. Lucio Capasso, ha depositato requisitoria scritta con la quale ha concluso affinché la Corte respinga il ricorso.

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

**1.** - La ricorrente denuncia la «violazione e falsa applicazione degli artt. 133, co. 1, lett. c) ed f) D. Lgs. n. 104 del 2010 (CPA) e 3, co. 26, D. Lgs. n. 163 del 2006 (Cod. dei Contratti)».

**1.1.** - Con il primo profilo, *Chef Express* deduce che il Consiglio di Stato avrebbe erroneamente negato la giurisdizione del G.A., in quanto non si sarebbe resa conto che l'Ente concedente (l'Amministrazione) non sarebbe affatto rimasto estraneo al rapporto derivato di *subconcessione*, e ciò per l'esistenza di un collegamento di diritto amministrativo, costituito dal Decreto interministeriale MIT-MISE del 7 agosto 2015. Tale fonte normativa sarebbe idonea a incidere sulla regolazione della ristrutturazione delle aree di servizio autostradali dell'intera rete, senza in esse distinguere tra quelle caratterizzate soltanto dalla presenza delle cd. attività *oil* o da quelle cd. *non oil*, prevedendo le stesse procedure concorsuali e tenendo in piedi una funzione di controllo da parte del concedente.

**1.1.1.** - Tale disciplina avrebbe incidenza sia nella fase di scelta del subcontraente e sia nella fase di attuazione del rapporto, relativo alla *subconcessione* delle attività di ristorazione nelle aree di servizio, cosicché il concessionario assumerebbe funzioni pubblicistiche soggette alle regole di trasparenza ed evidenza pubbliche e i terzi subconcessionari sarebbero attratti nell'orbita delle obbligazioni caratterizzanti l'esercizio di potestà pubblicistiche, non quelle di diritto comune (la stessa Autostrada ha affermato che l'avviso per la manifestazione di interesse e la lettera d'invito - contenente, in più punti, il rinvio alle norme del Codice dei contratti - sarebbero



soggette all'approvazione del MIT-DG, ossia ad organi deputati alla vigilanza sulle concessioni autostradali).

**1.2.** - Con il secondo profilo, la ricorrente lamenta che non si sia riscontrata la sostanziale identità della fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato, con la pronuncia impugnata, rispetto a quella che ha formato oggetto di esame nella sentenza delle SU di questa Corte (n. 28549 del 2008), attesa l'analogia tra le due situazioni esaminate: nel nostro caso (l'affidamento in subconcessione della gestione del servizio di ristoro, dell'attività commerciale, e dei servizi igienici connessi, stabiliti in determinate aree di servizio ubicate lungo la tratta autostradale) non troppo dissimile da quello oggetto della pronuncia del 2008 (relativo all'affidamento in subconcessione delle aree di rifornimento delle auto, di ristoro degli utenti e di predisposizione dei servizi igienici nelle stesse aree di servizio ubicate lungo la stessa tratta autostradale). In ambedue, infatti, la connessione tra quei presidi, oggetto della gara, con il servizio pubblico deriverebbe dal semplice fatto dell'impossibilità di percorrere la tratta di collegamento autostradale in assenza del ristoro e dei servizi igienici, posti a disposizione dell'utenza.

**1.3.** - Il terzo motivo denuncia, infine, che avrebbe errato il Consiglio di Stato ad escludere la natura di organismo di diritto pubblico per l'ente Autostrada del Brennero SpA, atteso che esso, pur avendo natura di diritto privato, svolgerebbe anche attività in regime di concessione amministrativa e perseguirebbe finalità oggettivamente pubblicistiche (con la costruzione e la gestione della rete autostradale), risultando così istituito per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, non a carattere industriale o commerciale, sicché la giurisdizione non potrebbe che appartenere al GA. Quest'ultimo, del resto, qualificerebbe un ente come Organismo di diritto pubblico anche in presenza del contemporaneo svolgimento di un'attività pubblicistica e di un'attività a carattere imprenditoriale.

\*

**2.** - E' posta alle S.U. la richiesta dell'individuazione della giurisdizione relativa ad una controversia, come questa, riguardante la legittimità degli esiti della procedura di gara, volta ad operare la scelta del contraente per la gestione «*del servizio di ristoro ed attività commerciali connesse*» (cd. attività *non oil*) in un'area di servizio autostradale (nella specie, dell'Autostrada del Brennero), atteso che



un altro soggetto privato, la ricorrente *Chef Express SpA*, contesta la correttezza della procedura conclusasi con l'individuazione della resistente *Hermes* come ente aggiudicatario, individuato in esito alla gara svoltasi a cura del concessionario autostradale.

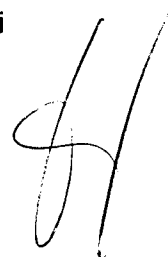
**2.1.** - Avendo il TRGA ed il Consiglio di Stato dichiarato l'appartenenza della controversia all' A.G.O., la ricorrente *Chef Express SpA* chiede la cassazione della pronuncia del giudice di appello, dovendo escludersi la correttezza delle statuizioni dei giudici di merito.

**2.2.** - La ricorrente fonda le proprie convinzioni, come si è detto, su tre ordini di ragioni: a) l'Ente concedente (l'Amministrazione) non sarebbe affatto rimasto estraneo al rapporto derivato di subconcessione, per l'esistenza di un collegamento normativo, costituito dal Decreto interministeriale MIT-MISE del 7 agosto 2015; b) l'affidamento in subconcessione della gestione del servizio di ristoro, dell'attività commerciale e dei servizi igienici connessi, presenti in determinate aree di servizio ubicate lungo la tratta autostradale, istituirebbe una connessione con il servizio pubblico, per l'impossibilità di percorrere la tratta viaria senza utilizzare le attività di ristoro e i servizi igienici posti al servizio dell'utenza; c) essendo l'Autostrada del Brennero una società di diritto privato che svolge anche attività in regime di concessione amministrativa e persegue finalità oggettivamente pubbliche (con la costruzione e la gestione di autostrade), essendo istituita per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale ed a carattere non industriale o commerciale, il rapporto oggetto della controversia dovrebbe essere qualificato come una vera e propria subconcessione inde le controversie ad essa inerenti e da essa discendenti (relative all'affidamento dei beni oggetto di concessione) spetterebbero alla giurisdizione del GA.

\*

**3.** - Appare utile, per comodità di argomentazione, cominciare l'esame delle doglianze della ricorrente partendo dal secondo dei tre motivi di ricorso, contenente alcuni profili in fatto che non hanno formato oggetto di contestazione.

**3.1.** - E' stato, infatti, accertato (e particolarmente lumeggiato) dalla sentenza del Consiglio di Stato che il contratto ha ad oggetto l'affidamento in subconcessione dei soli servizi di ristorazione e di quelli commerciali connessi (la cd. attività non *oil*), non implicanti



l'affidamento degli altri, quelli relativi al rifornimento dei carburanti per i veicoli (la cd. attività *oil*, questa si qualificabile come servizio pubblico).

**3.1.** – Perciò non era invocabile il precedente di queste SU, n. 28549 del 2008, atteso che detta pronuncia atteneva ad una diversa fattispecie, quella relativa all'affidamento in subconcessione non solo dei servizi commerciali e di ristorazione ma anche delle attività di rifornimento e delle altre connesse attività tecniche di servizio (i controlli, le riparazioni, i ricambi, ecc.).

**3.2.** – Già tale dato, idoneo a far respingere il secondo profilo di doglianza, lungi dal costituire un elemento di fatto irrilevante ai fini della qualificazione del servizio, integra (un) preciso e significativo indice dell'inesistenza di un rapporto di strumentalità necessaria tra l'attività di ristorazione e di quella commerciale, svolta nelle aree di servizio autostradali, rispetto al servizio *oil*.

**3.3.** – A tale osservazione critica, la ricorrente oppone il fatto che anche la ristorazione e i servizi igienici sono necessari ai fini della percorrenza delle tratte autostradali; ma – in disparte il fatto che i servizi igienici sono afferenti anche al cd. servizio *oil* (per essere assicurati sia al personale che vi lavora sia a coloro che ne chiedono le prestazioni di rifornimento e controllo) – qui va osservato che l'utilizzazione del servizio di collegamento autostradale deve necessariamente munirsi del rifornimento e dell'assistenza tecnica ai veicoli, non certo delle attività di ristoro e di quelle commerciali connesse, che sono solo eventualmente fruibili dall'utente del servizio, anche perché dipendenti dal profilo del consumatore e utente e dalla stessa lunghezza delle tratte stradali utilizzate.

**4.** – Si viene così a scrutinare il primo profilo del ricorso, quello con il quale si assume che l'Ente concedente (l'Amministrazione) non sarebbe affatto rimasto estraneo al rapporto derivato di subconcessione, per l'esistenza di un collegamento disciplinare costituito dal Decreto interministeriale MIT-MISE del 7 agosto 2015.

**4.1.** – A tale riguardo, tuttavia, questa Corte deve osservare che le direttive richiamate dalla società ricorrente, con riferimento ai criteri da osservare nelle procedure di subconcessione, non integrano alcun rilevante elemento di collegamento con l'atto autoritativo concessorio né hanno ad oggetto un'attività compresa nell'elenco tassativo dei servizi necessari per la percorrenza delle tratte autostradali, bensì



svolta, in via meramente eventuale, su richiesta ed autonoma remunerazione da parte del cliente.

**4.2.** – Né, come si è detto, la previsione di appositi servizi igienici offerti agli avventori dell'attività di ristorazione (o di quella commerciale connessa) può dirsi esclusiva per gli utenti autostradali, atteso che simili attività - non sempre necessarie per coloro che percorrono solo tratti limitati della rete - sono offerte alla clientela anche dai gestori dei cd. servizi *oil*, questi si necessariamente collegati con la funzione pubblica dell'efficienza e della sicurezza della circolazione sui tratti autostradali. Di qui anche l'irrilevanza dell'utilizzazione degli uni o degli altri servizi solo da parte del pubblico che s'immette, alla guida dei propri veicoli, nell'ambito della rete autostradale e non anche dei terzi esterni che non vi possono accedere se non pagando il cd. biglietto di accesso.

**4.3.** – Né, peraltro, la presunta adesione ad un «atto di indirizzo politico» dei Ministeri competenti (MIT e MISE), è sufficiente ad integrare una prescrizione in grado di costituire l'elemento di collegamento tra il rapporto derivato (riguardante il concessionario e il terzo) e l'atto concessorio, così da confortare il convincimento che quest'ultimo sia stato un mero presupposto del primo. Senza dire che, in ogni caso, il rapporto tra il concedente e il concessionario non ha, di regola, alcun rilievo per il terzo contraente, che resta del tutto estraneo al primo accordo: si deve, pertanto, respingere anche tale profilo di ricorso.

**5.** – Resta da dire del terzo.

**5.1.** – A tal proposito, ai fini che qui interessano, è irrilevante la natura di Autostrade del Brennero SpA, ossia se essa sia un'«impresa pubblica» e/o un «organismo pubblico» poiché neppure la natura (*latu sensu*) pubblica del soggetto comporta l'applicabilità *in toto* della disciplina pubblicistica all'attività da questo svolta perchè, da sola, essa è qualità insufficiente ad interferire sulla regola del riparto. Nella specie, la constatazione che il contratto stipulato da Autostrade non aveva ad oggetto lo svolgimento di un servizio connesso e strumentale a quello oggetto della concessione, che in quest'ultima rinveniva un mero presupposto e che costituiva un contratto di diritto privato, come tale non riconducibile a quelli oggetto del d.lgs. n. 163 del 2006, portano a ritenere che correttamente il Consiglio di Stato ha affermato che si era al cospetto di una vicenda in tutto privatistica





e di natura prettamente commerciale, indubbiamente accessoria rispetto all'attività di erogazione del servizio autostradale, ma altrettanto certamente estranea allo specifico oggetto pubblicistico della concessione che di esso costituiva mero presupposto.

**5.2.** – Da ultimo, queste stesse SU (Ord. n. 1543 del 2019) hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario in altra quasi identica controversia in quanto la questione agitata non trovava fondamento nel rapporto tra la P.A. concedente e il concessionario del pubblico servizio ma in un rapporto tra privati, fondato su specifiche e distinte pattuizioni negoziali.

**5.3.** – Anche il terzo profilo di ricorso va, pertanto, respinto.

**6.** – In conclusione, confermando la decisione del Consiglio di Stato in questa sede impugnata, deve essere dichiarata la giurisdizione dell'AGO, davanti alla quale le parti devono essere rimesse, anche per le spese di questa fase del giudizio, con l'enunciazione del seguente principio di diritto:

*la controversia riguardante la contestazione della legittimità degli esiti della procedura di gara volta ad individuare l'aggiudicatario della gestione «del servizio di ristoro ed attività commerciali connesse» (cd. non oil) di un'area di servizio del tratto autostradale (nella specie: dell'Autostrada del Brennero) spetta all'A.G.O., atteso che il rapporto tra il concedente e il concessionario non ha alcun rilievo per il terzo contraente, che resta del tutto estraneo al primo accordo, di cui costituisce un mero presupposto sicché il rapporto tra il concessionario e il terzo si risolve in un contratto di diritto privato, quand'anche definito come "subconcessione".*

**P.Q.M.**

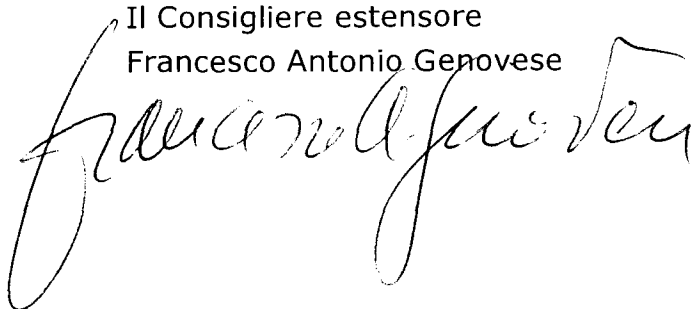
La Corte, a Sezioni unite,

Rigetta il ricorso e dichiara la giurisdizione dell'A.G.O, davanti alla quale rimette le parti, anche per le spese di questa fase del giudizio.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* del citato art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni unite, il 26 marzo 2019.

Il Consigliere estensore  
Francesco Antonio Genovese



Il Presidente  
Pietro Curzio

