

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCHIRO'	Stefano	-	Primo Presidente
f.f.	-		
Dott. MANNA	Antonio	-	Presidente di
Sez.	-		
Dott. DI VIRGILIO	Rosa Maria		-
Consigliere	-		
Dott. GRECO	Antonio		-
Consigliere	-		
Dott. SCALDAFERRI	Andrea		-
Consigliere	-		
Dott. BERRINO	Umberto		-
Consigliere	-		
Dott. DE STEFANO	Franco	-	rel.
Consigliere	-		
Dott. SCARANO	Luigi Alessandro		-
Consigliere	-		
Dott. GIUSTI	Alberto		-
Consigliere	-		

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 18401-2017 proposto da:

TURISTHOTELS S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, LARGO MESSICO 7, presso

lo studio dell'avvocato FEDERICO TEDESCHINI, che la rappresenta e

difende unitamente all'avvocato GIUSEPPE GITTO;

- ricorrente -

contro

PROMOZIONE E SVILUPPO SICILIA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BISAGNO 14, presso lo studio dell'avvocato GUIDO CORSO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANTONIO F. VITALE;

- controricorrente -
e contro

SOCIETA' AEROPORTI DI CATANIA, PAS S.R.L.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 205/2017 del CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, depositata il 2/05/2017.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del

12/02/2019 dal Consigliere Dott. FRANCO DE STEFANO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott.

MATERA Marcello, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso,

in subordine declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario;

uditi gli avvocati Federico Tedeschini, Giuseppe Gitto e Guido Corso.

FATTI DI CAUSA

1. La Turisthotels srl chiede, con ricorso avviato per la notifica il 13/07/2017 ed articolato su di un motivo per difetto di giurisdizione, la cassazione della sentenza n. 205 del 02/05/2017 del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con cui:

- è stata previamente affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;

- è stato rigettato il suo appello incidentale ed accolto quello principale proposto da Promozione e Sviluppo Sicilia srl avverso la sentenza di rigetto del suo proprio ricorso, resa col n. 736 del 09/03/2016 dalla sezione staccata di Catania del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (TARS), che aveva pure dichiarato assorbito il ricorso incidentale della stessa Turisthotels srl, con cui era stata contestata l'illegittima ammissione in gara della ricorrente principale;

- è stato di conseguenza annullato il provvedimento 07/07/2014 della concessionaria Società Aeroporto Catania - S.A.C. spa, di aggiudicazione definitiva alla Turisthotels srl del lotto 19 ("vendita di prodotti dolciari e liquori tipici locali") delle aree da assegnare in sub-concessione all'interno dell'aeroporto di Catania per l'esercizio di attività commerciali.

2. Per quel che in questa sede ancora rileva, il ricorso principale al TARS era stato fondato sulla deduzione di irregolarità nella documentazione prodotta e sulla carenza dei requisiti prescritti dal bando di gara ed analoghe doglianze avverso l'ammissione della seconda classificata aveva formulato nel ricorso incidentale l'aggiudicataria; ed il TARS, non affrontata alcuna questione di giurisdizione, aveva rigettato nel merito le doglianze della seconda classificata ricorrente principale all'esito della qualificazione della controversia con esclusione dell'applicazione del codice dei contratti pubblici.

3. In particolare, il TARS aveva rilevato, senza porsi alcun problema sulla propria giurisdizione e del resto non constando avere sollevato alcuna questione sul punto le parti, che la controversia concerneva l'affidamento in sub-concessione di un'area air side destinata ad attività commerciale a fronte della corresponsione alla SAC di un corrispettivo, sicchè si trattava di una procedura non qualificabile in termini di appalto o concessione di servizi, stante l'assenza di connessione tra l'attività esercitabile nel lotto in questione e i c.d. servizi di gestione aeroportuale e, comunque, l'insussistenza, più in generale, di un'attività di servizio pubblico; con la sola conseguenza, però, che, non venendo in rilievo nè un appalto di servizi, nè una concessione di servizi - pur sussistendo l'obbligo di attivazione di una procedura competitiva nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e tutela della concorrenza - non trovavano applicazione specifica le norme di quel codice.

4. Dal canto suo, il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana - dopo avere respinto istanze preliminari in rito della PAS srl, terza classificata nella gara per cui era causa, che aveva impugnato con separato ricorso la stessa aggiudicazione e poi, proposto separato appello di cui era stata investita l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dispiegato intervento nel giudizio di appello concluso con la qui gravata sentenza - ha affrontato di ufficio la questione di giurisdizione, posponendo l'esame di quella sulla legittimazione di Turisthotels a proporre appello incidentale sul punto, per giungere, all'esito di un ampio excursus anche della giurisprudenza in materia, alla conclusione che si tratta invece di un tipico caso di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 cod. proc. amm., lett. b) e c).

5. Secondo la qui gravata sentenza, infatti, in base al Regolamento ENAC per l'affidamento degli aeroporti demaniali per l'aviazione civile, l'Ente concedente non restava affatto estraneo (e men che mai "del tutto"), al rapporto derivato di sub-concessione, sussistendo un fisiologico collegamento tra sub-concessioni e atto autoritativo concessorio originario: vi era, invero, l'obbligo per il concessionario-gestore-subconcedente di scegliere eventuali controparti seguendo procedure trasparenti e non discriminatorie, mentre il concedente ENAC esercitava poteri di vigilanza e controllo sulle attività oggetto della sub-concessione, anche con monitoraggi specifici sul rispetto di tutti gli impegni assunti dall'affidatario; pertanto, l'attività negoziale del concessionario era riconducibile ad una vera e propria funzione pubblica, dovendosi ispirare ai criteri di trasparenza ed evidenza pubblica tipici del rapporto pubblicistico ed estraneo ai comuni rapporti di diritto privato.

6. Ed ha concluso il Consiglio di giustizia amministrativa che la controversia atteneva comunque ad un provvedimento adottato dal Gestore di un pubblico servizio, il quale costituiva un'articolazione organica della concedente ed agiva con poteri analoghi, era tenuto ad applicare norme pubblicistiche in tema di scelta di contraente e di controlli analoghi alla P.A. sull'attuazione, era titolato ad adottare nel pubblico interesse atti ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei sub concessionari ed agiva mediante azioni procedimentalizzate.

7. Degli intimati resiste con controricorso la Promozione e Sviluppo srl, mentre la SAC spa, la Commissione di gara e la PAS srl non espletano attività difensiva in questa sede; e, per la pubblica udienza del 12/02/2019, ai sensi dell'art. 378 c.p.c. la Promozione e Sviluppo Sicilia srl, controricorrente, deposita memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Non è rilevante la carenza di prova del perfezionamento della notifica del ricorso anche agli altri intimati, in applicazione dei principi affermati fin da Cass. Sez. U. ord. 22/03/2010, n. 6826 (seguita, tra le tante, da Cass. Sez. U. 22/12/2015, n. 25772): in quanto l'evidente ragione di inammissibilità del ricorso impone, nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo, di definire con immediatezza il procedimento, senza la preventiva integrazione del contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari cui il ricorso non risulti notificato, trattandosi di un'attività processuale del tutto ininfluyente sull'esito del giudizio.

2. Va premesso che spetta alle Sezioni Unite non solo il giudizio sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato sull'applicazione delle disposizioni che regolano la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione (Cass. Sez. U. 23/11/2012, n. 20727; Cass. Sez. U. 09/03/2015, n. 4682).

3. Sulla base di questa premessa, può rilevarsi che, con l'unitario motivo di "violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3 in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c) c.p.a. - difetto di giurisdizione del giudice amministrativo", la Touristhotels srl, esaminate le pronunce di primo e di secondo grado:

- ricorda che i presupposti per la giurisdizione amministrativa esclusiva ex art. 133, comma 1 cpa, soprattutto lett. b) e c), sono sia oggettivo (indicandolo nella presenza di un Ente tenuto al rispetto di un procedimento ad evidenza pubblica) che soggettivo (affidamento che abbia ad oggetto un servizio pubblico);

- sostiene che, nella specie, richiamata pure la sentenza 1197/10 del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana nello stesso senso, va escluso che la concessionaria S.A.C. spa fosse soggetta a regole pubblicistiche in caso di subconcessione di aree per l'esercizio di attività non connesse con servizi aeroportuali o, comunque, di servizi pubblici;

- richiama a tal fine l'all. A) al D.Lgs. n. 18 del 1999 in tema di attuazione della direttiva 96/67 CE sull'assistenza a terra negli aeroporti della Comunità Europea, definendo quelle oggetto della sub-concessione mere attività commerciali;

- richiama sul punto numerosi precedenti di queste Sezioni Unite (tra cui Cass. Sez. U. nn. 7663/16, 8623/15, 9233/02, 26823/09, ord. 4884/17): e, pur concedendo che il collegamento quasi strutturale tra subconcessione e atto autoritativo, idoneo a fondare la dedotta giurisdizione esclusiva, possa sì sussistere, ma soltanto per i servizi necessari di assistenza a terra e quindi non per quello oggetto di causa, rimarca esaurirsi quello della fattispecie in un rapporto oggettivamente e soggettivamente privatistico.

4. Deve darsi atto che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, investita della questione in rito dall'interveniente PAS srl nel giudizio da questa intentato in proprio, ha soprasseduto (Cons. Stato, ad. Plen., ord. 28/07/2017, n. 4) sulla relativa decisione per l'imminenza della definizione proprio ad opera di queste Sezioni Unite.

5. Ciò posto, deve concludersi che il merito della questione affrontata e risolta per la prima volta dal giudice di appello nella qui gravata sentenza non può essere esaminato, perchè quella era preclusa dalla carenza di una valida impugnazione: quest'ultima costituisce invero il presupposto per superare il giudicato interno, sia pure implicito, formatosi al riguardo e va esclusa allora la legittimazione a proporla in capo alla parte che, benchè convenuta in primo grado, abbia in quella sede dispiegato a sua volta domanda - a seconda dei casi e del tipo di processo, riconvenzionale o ricorso incidentale - sia pure subordinata o condizionata, con la quale ha implicitamente ma chiaramente e necessariamente riconosciuto la giurisdizione del giudice cui si è rivolta.

6. In tal senso deve intendersi - e, se del caso, estendersi - il principio affermato ormai a chiare lettere dalla giurisprudenza di queste Sezioni Unite fin da Cass. Sez. U. 20/10/2016, n. 21260 (confermate già, tra le altre, da: Cass. Sez. U. 19/09/2017, n. 1309; Cass. Sez. U. 24/09/2018, n. 22439) ed al quale - se del caso con integrale richiamo alle ampie e stringenti argomentazioni sviluppate in quella sede - va data continuità, a mente del quale "l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto in quanto non soccombente su tale, autonomo capo della decisione".

7. La stessa pronuncia appena richiamata, invero, coerentemente applicando i principi là elaborati, precisa in motivazione che "rispetto al capo sulla giurisdizione che accompagna la statuizione di rigetto nel merito della domanda è configurabile esclusivamente la soccombenza del convenuto, sempre che a sua volta non abbia chiesto al giudice di dichiararsi munito di giurisdizione": e tanto sul rilievo che il vincitore pratico della causa, se non ha interesse a impugnare per primo sul capo della giurisdizione, perchè il passaggio in giudicato della statuizione di rigetto gli assicura una utilità maggiore di quella che potrebbe ottenere dalla declinatoria di giurisdizione, ha tuttavia interesse ad impugnare dopo e per effetto della impugnazione principale sul merito da parte del soccombente pratico e così in via incidentale per il caso di suo accoglimento (Cass. Sez. U. 06/03/2009, n. 5456).

8. Nella specie, sia pure con ricorso incidentale, la stessa Turisthotels srl aveva, chiedendo all'adito TARS l'annullamento degli atti di ammissione della concorrente ed impugnante in via principale, evidentemente - ed univocamente, benchè di certo implicitamente riconosciuto ed anzi invocato la giurisdizione di quel giudice: pertanto, quella stessa parte non poteva sollevare la questione di giurisdizione - sulla quale anzi era vittoriosa, atteso il rigetto nel merito della pretesa del ricorrente principale - ed una tale questione non poteva allora, tanto meno di ufficio, essere esaminata dal giudice amministrativo di secondo grado, non ritualmente investito di quella per il difetto di legittimazione dell'appellante incidentale.

9. Ne consegue il consolidamento in capo a quel giudice della potestas iudicandi per effetto della formazione a suo beneficio di un giudicato implicito sulla relativa attribuzione; la relativa questione era preclusa, non potendo più essere rimessa in discussione la giurisdizione del giudice amministrativo implicitamente affermata in primo grado anche nei confronti del ricorrente - e poi appellante incidentale, sicchè quella va sì riconosciuta sussistente, per quanto solo nella fattispecie ed in dipendenza della maturata preclusione sul punto: la quale rende pure non ulteriormente prospettabile la relativa questione davanti a queste Sezioni Unite e, così, inammissibile il ricorso della Turisthotels srl, senza che il merito della questione sollevata da questa possa affrontarsi.

10. In definitiva, va fatta applicazione del seguente principio di diritto: "in materia di giurisdizione, non è configurabile soccombenza rispetto al capo implicito sulla medesima che accompagna la statuizione di rigetto nel merito della domanda principale quando sia stata proposta pure riconvenzionale - o, nel processo

amministrativo, ricorso incidentale - poi non esaminata in quanto assorbita dal pieno rigetto della prima, visto che in tal caso il convenuto originario aveva, dispiegando a sua volta una sua domanda, per implicito invocato l'affermazione della giurisdizione del giudice adito e che pure sul punto è risultato pienamente vittorioso; pertanto, il convenuto, non soccombente sulla domanda principale, che aveva però proposto domanda riconvenzionale - ovvero, nel processo amministrativo, impugnazione incidentale in primo grado - non è legittimato ad appellare, in via incidentale eventualmente subordinata, la pronuncia di primo grado di integrale rigetto nel merito della domanda principale".

11. Dichiarata in dispositivo la conseguente inammissibilità del ricorso articolato sulla questione di giurisdizione ormai preclusa, la condanna alle spese consegue alla soccombenza della ricorrente.

12. Infine, va dato atto - mancando la possibilità di valutazioni discrezionali (tra le prime: Cass. 14/03/2014, n. 5955; tra le innumerevoli altre successive: Cass. Sez. U. 27/11/2015, n. 24245) della sussistenza dei presupposti per l'applicazione del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dall'art. 1, comma 17, della L. 24 dicembre 2012, n. 228, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione: norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunciando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione da essa proposta, a norma del comma 1-bis del detto art. 13.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese in favore della controricorrente, liquidate in Euro 7.800,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, come modif. dalla L. n. 228 del 2012, 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 rispettivamente proposto, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 3.

Così deciso in Roma, il 12 febbraio 2019.

Depositato in Cancelleria il 5 marzo 2019