



**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**SEZIONI UNITE CIVILI**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

PASQUALE D'ASCOLA	Presidente Aggiunto
FELICE MANNA	Presidente di Sezione
ERNESTINO BRUSCHETTA	Presidente di Sezione
ALBERTO GIUSTI	Presidente di Sezione
MAURO DI MARZIO	Consigliere
ANTONELLA PAGETTA	Consigliere
ENZO VINCENTI	Consigliere
ANTONIO SCARPA	Consigliere
EDUARDO CAMPESE	Consigliere - rel.

Oggetto:

RICORSO AVVERSO  
DECISIONI DI  
GIUDICI SPECIALI  
(CONSIGLIO DI  
STATO).

Ud. 17/09/2024 CC  
Cron.  
R.G.N. 2346/2024

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso n. 2346/2024 r.g. proposto da:

YES I AM S.R.L., con sede in Roma, alla via Angelo Secchi n. 9, in persona del suo presidente e legale rappresentante *pro tempore* Marco Carnevale, rappresentata e difesa, in virtù di procura speciale allegata al ricorso, dagli Avvocati Andrea Altieri ed Annarita D'Ercole, con cui elettivamente domicilia presso lo studio di quest'ultima in Roma, al Viale Carso n. 14.

- **ricorrente** -

**contro**

FERSERVIZI S.P.A., con sede in Roma, alla Piazza della Croce Rossa n. 1, in persona dell'istitutore Avv. Francesco Leggiadro, rappresentata e difesa, in



virtù di procura speciale allegata al controricorso, dall'Avvocato Prof. Luisa Turchia e dall'Avvocato Giorgio Fraccastoro, con cui elettivamente domicilia presso lo studio della prima in Roma, al Viale Bruno Buozzi n. 47.

- **controricorrente** -

e

VMLY&R ITALY S.R.L. ("VMLY&R"), con sede in Milano, alla via Morimondo n. 26, in persona della consigliera di amministrazione e legale rappresentante *pro tempore* dott.ssa Paola Perelli, rappresentata e difesa, in virtù di procura speciale allegata al controricorso, dagli Avvocati Elisabetta Pistis e Federico Bulfoni, presso il cui studio elettivamente domicilia in Roma, Foro Traiano I/A.

- **controricorrente** -

e

HDRA' ADV & DIGITAL S.R.L., con sede in Roma, alla Piazza Cola di Rienzo n. 80/A, in persona del legale rappresentante *pro tempore* Antonella Iannelli, in proprio e quale società mandante del R.T.I. con mandataria VMLY&R ITALY S.R.L., rappresentata e difesa, in virtù di procura speciale allegata al controricorso, dall'Avvocato Prof. Riccardo Villata e dagli Avvocati Domenico Dodaro e Serena Cianciullo, con cui elettivamente domicilia presso il loro studio in Roma, alla via Giulio Caccini n. 1.

- **controricorrente** -

avverso la sentenza, n. cron. 9279/2023, del CONSIGLIO DI STATO, pubblicata il giorno 27/10/2023;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 17/09/2024 dal Consigliere dott. Eduardo Campese;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale Giovanni Battista Nardecchia, il quale ha concluso chiedendo rigettarsi il ricorso.

## **FATTI DI CAUSA**

1. Con bando pubblicato in GUUE e in GURI, rispettivamente, il 30 aprile 2021 ed il 5 maggio 2021, Ferservizi s.p.a. promosse una procedura aperta,



di importo pari ad € 6.800.000,00, per l'affidamento del *"servizio di realizzazione di campagne di comunicazione pubblicitarie commerciali, informative, istituzionali, internazionali, adattamenti grafici, elaborazione e pubblicazione di piani editoriali per canali social per le Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane"*, intesa alla stipula di due distinti accordi quadro, della durata di trentasei mesi, con i migliori due offerenti in gara. Alla procedura presentarono offerte la Yes I Am s.r.l., il costituendo RTI tra la mandataria AB Comunicazioni s.r.l. e la mandante DLVB BDO s.p.a. (in seguito solo RTI AB) ed il costituendo RTI tra la mandataria VMLY&R Italy s.r.l. e la mandante HDRA' ADV & Digital s.r.l. (in seguito solo RTI VMLY). All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte, la Commissione di gara, nella seduta del 24 giugno 2021, pubblicò la graduatoria provvisoria che vide il RTI AB collocarsi in prima posizione con un punteggio complessivo di 99,643 punti, il RTI VMLY secondo graduato con 91,722 punti e Yes I Am s.r.l. terza classificata con complessivi 86,955 punti. Dopo la verifica della congruità delle prime due offerte, Ferservizi s.p.a. aggiudicò la procedura in favore del RTI AB e del RTI VMLY, e, successivamente, il 17 dicembre 2021, esperiti i controlli sulla documentazione e comprova dei requisiti, dichiarò l'efficacia delle aggiudicazioni a favore dei suddetti due migliori offerenti, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici).

1.1. Yes I Am s.r.l. propose ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio avverso le aggiudicazioni e gli atti della procedura, denunciando l'omessa esclusione del RTI VMLY da quest'ultima in ragione dell'adozione, nei confronti della mandante del raggruppamento, di un decreto di rinvio a giudizio correttamente dichiarato in sede di partecipazione alla gara. Secondo la ricorrente, la stazione appaltante non aveva svolto alcuna istruttoria in ordine alla dichiarazione di onorabilità riferibile all'amministratore unico ed al legale rappresentante della Holding Digitale Relations Advertising s.r.l. (in seguito solo HDRA'), sostenendo che *"nel caso di specie, pur in presenza di elementi di particolare rilevanza che, laddove*



*considerati, avrebbero condotto all'applicazione della sanzione espulsiva, tale necessaria e formale valutazione è stata radicalmente omessa e l'aggiudicazione al R.T.I. controinteressato si presenta viziata, in particolare, sotto il profilo dell'omessa istruttoria e della carenza di motivazione".* La società lamentò l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del RTI VMLY anche sulla base del rilievo che la mandante HDRA' ADV non avrebbe potuto utilmente spendere i requisiti di fatturato richiesti dalla *lex specialis*, ancorché affittuaria di uno specifico ramo di azienda in forza di un contratto sottoscritto con la HDRA' in data antecedente alla partecipazione alla gara e per la durata di sei anni. Più in particolare, Ferservizi s.p.a. non si era avveduta della totale carenza, nella mandante controinteressata, dei requisiti di capacità economica, finanziaria e professionale richiesti dal bando di gara.

1.2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con sentenza n. 8760 del 2023, accogliendo l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata dal RTI VMLY, dichiarò l'inammissibilità del ricorso. Ai sensi dell'art. 11, comma 1, c.p.a. indicò quale giudice competente il Tribunale ordinario di Roma e, ferme restando le preclusioni e decadenze intervenute, dichiarò salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda in ipotesi di riassunzione innanzi al tribunale suddetto entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza.

2. L'appello promosso da Yes I AM s.r.l. avverso questa decisione è stato respinto dal Consiglio di Stato con sentenza del 13 luglio/27 ottobre 2023, n. 9279, – pronunciata nel contraddittorio con Ferservizi s.p.a., VMLY&R Italy s.r.l. e HDRA' ADV & DIGITAL s.r.l. – che ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario sulla base del seguente impianto motivazionale: *λ) «[...] per esserci la giurisdizione del G.A., la società che affida un servizio dovrebbe essere un organismo di diritto pubblico, o un'impresa pubblica non volta al mercato, ovvero ancora un soggetto attivo nei settori speciali»; ii) «Orbene, non si può ritenere che Ferservizi sia qualificabile come organismo di diritto pubblico; per esempio, non appare all'evidenza il cd. requisito teleologico, posto che la società Ferservizi non appare costituita per soddisfare*



*specificamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Nondimeno, si può condividere la prospettazione operata dal giudice di prima istanza che ha qualificato Ferservizi s.p.a. una "impresa pubblica" che provvede alla gestione delle forniture e dei servizi non direttamente connessi all'esercizio ferroviario, a supporto delle attività delle altre società del Gruppo FS. Pertanto, Ferservizi s.p.a. è una "impresa pubblica", ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. t), d.lgs. n. 50 del 2016, ai fini dell'applicazione della Parte II del Codice dei contratti pubblici, qualificabile come "ente aggiudicatore" nel caso in cui svolga "una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121" e cioè operi in uno dei cd. "settori speciali". [...]. Ferservizi s.p.a., come si è detto, è una impresa soggetta alla direzione e coordinamento di Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., holding del Gruppo FS, che, secondo l'indirizzo condiviso della giurisprudenza di legittimità: "RFI non agisce tramite l'esercizio di poteri e funzioni di stampo amministrativo, ma attraverso lo svolgimento della propria libertà di iniziativa economica privata orientata nell'interesse generale, senza per questo essere attratta nel dominio pubblicistico" (Corte di Cassazione SS.UU. n. 30978 del 2017)"; iii) «[...] , pertanto, "stante "la natura privatistica della holding, in uno con il collegamento di derivazione infragruppo", chiaramente emerge "l'autonomia e la specificità aziendale" di Ferservizi s.p.a., società operativa del Gruppo Ferrovie dello Stato, quale "sintomatica riprova del regime civilistico applicato a detti enti"»; iv) «Un ulteriore argomento, inoltre, depone per la declaratoria di giurisdizione del giudice ordinario. Ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo, non si può ritenere che la natura dell'appalto per cui è causa rientri nell'ambito dei c.d. "settori speciali"», atteso che «non è dunque il tipo di soggetto che qualifica l'attribuzione del contratto ai settori speciali, ma il tipo di prestazioni da quello richieste. Del resto, l'impresa pubblica, per quanto pubblica che sia, resta un'impresa e, comunque, agisce secondo i parametri generali della responsabilità personale degli amministratori, del rischio e del fine di lucro, secondo i moduli privatistici»; v) tenendo conto di tali presupposti, dunque, «il "servizio realizzazione di*



*campagne di comunicazione pubblicitarie commerciali, informative, istituzionali, internazionali, adattamenti grafici, elaborazione e pubblicazione di piani editoriali per canali social per le Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane" non rientra nel "core business" del trasporto ferroviario, né si può predicare che l'oggetto dell'affidamento di tale servizio si sostanzi in una attività strumentale a quella svolta nell'ambito dei "settori speciali", non essendo funzionale alla realizzazione degli scopi propri dell'attività speciale (cfr. Corte di Giustizia CE 10 aprile 2008 C- 393/06, Aigne), neppure sotto il vincolo della strumentalità».*

3. Per la cassazione dell'appena descritta sentenza ricorre Yes I Am s.r.l., affidandosi ad un motivo, illustrato anche da memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ. Resistono, con separati controricorsi, pure corredati da memorie, Ferservizi s.p.a., VMLY&R Italy s.r.l. ed HDRA' ADV Digital s.r.l., quest'ultima in proprio e quale società mandante del RTI con mandataria VMLY&R Italy s.r.l.

3.1. Il Procuratore generale ha depositato conclusioni scritte chiedendo rigettarsi il ricorso.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. L'unico motivo di ricorso è così intitolato: «*Sulla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 103 Cost., comma 1, e artt. 1 e 7, commi 1, 2, 3 e 4, del d.lgs. n. 104/2010, in relazione all'art. 118 del d.lgs. n. 50/2016 e all'art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 104/2010 e, per l'effetto, sulla erroneità della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 9279/2023, ove è stato dichiarato il difetto di giurisdizione a favore del giudice ordinario*». Esso contesta la sentenza impugnata per aver ribadito il difetto di giurisdizione amministrativa, in favore del giudice ordinario, nella controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione e gli atti della procedura pubblica di gara (Accordo Quadro ex art. 54 del d.lgs. n. 50/2016) del valore di € 6.800.000.00, IVA esclusa, per l'affidamento del "servizio di realizzazione di campagne di comunicazione pubblicitarie commerciali, informative, istituzionali, internazionali, adattamenti grafici, elaborazione e pubblicazione di piani



*editoriali per canali social per le Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane*", pubblicata da Ferservizi s.p.a. con bando di gara del 30.04.2021, GU/S S84. Difetto di giurisdizione amministrativa in favore del giudice ordinario già affermato, in prime cure, dal TAR Lazio, secondo cui i servizi oggetto della procedura suddetta non hanno rapporto di strumentalità con i settori speciali, dovendo il concetto di strumentalità intendersi riferito al "core business", ovvero all'attività propriamente oggetto del settore speciale, ed essere interpretato in senso restrittivo. Pertanto, gli appalti affidati dalle imprese pubbliche al di fuori dei settori speciali sono "estranei" all'ambito del diritto comunitario e delle procedure ad evidenza pubblica e sono regolati dal diritto privato con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in riferimento alle relative controversie. La ricorrente censura gli assunti con cui il Consiglio di Stato, premettendo che Ferservizi s.p.a. non è qualificabile come organismo di diritto pubblico, e condivisa la qualificazione offertane dal TAR Lazio, quale «*impresa pubblica ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. t), d.lgs. n. 50/2016, ai fini dell'applicazione della Parte II del Codice dei contratti pubblici, qualificabile come "ente aggiudicatore" nel caso in cui svolga "una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121" e cioè operi in uno dei c.d. "settori speciali"*», ha confermato la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo sulla base di due distinti profili: il primo, fondato sull'insegnamento delle Sezioni Unite di questa Corte in merito alla natura giuridica di Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., secondo cui (cfr. Cass. n. 30978 del 2017) quest'ultima, quale *holding* privatizzata, che persegue obiettivi di natura industriale e commerciale, riverbera la propria natura su quella delle società nelle quali la stessa detiene la partecipazione di controllo; il secondo, attinente all'estraneità del servizio di realizzazione di campagne di comunicazione pubblicitarie ai cd. "settori speciali" per difetto del necessario vincolo di funzionalità alla realizzazione degli scopi propri dell'attività speciale.

2. Giova premettere che, come ancora recentemente ribadito da Cass., SU, n. 18722 del 2024 (cfr. pag. 6-7 della motivazione, dove sono richiamate



pure Cass., SU, n. 2605 del 2021 e Cass., SU, n. 30147 del 2023), le pronunce del Consiglio di Stato, al pari di quelle della Corte dei conti, sono escluse dal ricorso per cassazione per violazione di legge, contro di esse potendo dedursi, secondo l'assetto definito dalla Costituzione, i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

2.1. Peraltro, secondo la più recente elaborazione della giurisprudenza di legittimità seguita all'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 6/2018, tra i motivi inerenti alla giurisdizione denunciabili in Cassazione vi sono solamente alcuni casi specifici.

2.1.1. In particolare, questa Corte, a Sezioni Unite, ha affermato (*cf.* tra le tante, anche nelle rispettive motivazioni, Cass., SU, n. 8848 del 2020; Cass., SU, nn. 10245 e 30112 del 2021; Cass., SU, nn. 18235 e 19103 del 2023; Cass., SU, nn. 8800, 18722, 23104 e 23145 del 2024) che l'eccesso di potere denunciabile con ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione o eccesso di potere giurisdizionale (cd. sconfinamento o invasione), o di rifiuto di giurisdizione (cd. arretramento), che si verificano, rispettivamente, quando un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto «*in assoluto*» di cognizione giurisdizionale, oppure di difetto relativo di giurisdizione o diniego di giurisdizione, riscontrabili, rispettivamente, quando detto giudice abbia violato i limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cd. invasione), ovvero – come oggi preteso dalla ricorrente in relazione alla concreta fattispecie di cui qui si discute – negandola sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici, giudice ordinario o altro giudice speciale (cd. autolimitazione). Il difetto relativo di giurisdizione, dunque, è funzionale al rispetto degli ambiti di giurisdizione tra i vari plessi giudiziari.



2.1.2. Spetta, poi, alle Sezioni Unite della Corte di cassazione non solo il giudizio vertente sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato relativo all'applicazione delle disposizioni, non meramente processuali, che regolano la deducibilità e il rilievo del difetto di giurisdizione, nonché di quelle correlate attinenti al sistema delle impugnazioni (*cf.*, anche nelle rispettive motivazioni, Cass., SU., n. 20727 del 2012; Cass., SU, n. 4682 del 2015; Cass., SU, n. 21260 del 2016; Cass., SU, nn. 6281 e 6355 del 2019, n. 6355; Cass., SU, n. 38597 del 2021; Cass., SU, n. 974 del 2023).

2.1.3. In definitiva, affinché si abbia diniego di giurisdizione, occorre che il giudice adito, nel declinare la giurisdizione, riconosca che, sulla stessa, del tutto erroneamente, la competenza giurisdizionale spetti ad un giudice appartenente ad un diverso plesso.

2.2. Alla stregua dei suddetti principi, che qui si intendono ribadire, il proposto ricorso non merita accoglimento per le ragioni tutte di cui appresso.

2.3. Va rammentato, immediatamente, che le controversie sulle procedure per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture rientrano nella giurisdizione amministrativa esclusiva, ai sensi dell'art. 7 c.p.a., al ricorrere della duplice condizione di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a.: occorre, dunque, per un verso, che il contratto da affidare rientri nella tipologia contrattuale per la quale è previsto l'espletamento di una procedura di gara avente ad oggetto «*lavori, servizi e forniture*» (presupposto oggettivo) e, per altro verso, che la procedura di selezione del contraente sia espletata 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*» (presupposto soggettivo).

2.3.1. Ora, costituendo la qualificazione di Fersevizi s.p.a., come operata dal Consiglio di Stato (che ne ha escluso la riconducibilità alla figura dell'*organismo di diritto pubblico*, condividendo, invece, la prospettazione datane dal giudice di prima istanza, che l'ha considerata come una "*impresa*



*pubblica*” che provvede alla gestione delle forniture e dei servizi non direttamente connessi all’esercizio ferroviario, a supporto delle attività delle altre società del Gruppo FS), il presupposto della attribuzione, da parte di quest’ultimo, al giudice ordinario della odierna controversia, rientra sicuramente nel descritto perimetro delle prerogative riservate al sindacato di queste Sezioni Unite in punto di giurisdizione, sollecitato da Yes I Am s.r.l., la verifica in ordine alla corretta applicazione delle disposizioni che condizionano la giurisdizione del giudice amministrativo, stante la piena riconducibilità della censura prospettata ai motivi inerenti alla giurisdizione, di cui all’art. 111, comma 8, Cost.

2.4. Per risolvere la questione posta dalla doglianza in esame è necessario muovere dalla normativa eurounitaria in materia di contratti pubblici e dal suo recepimento nella legislazione nazionale.

2.4.1 L’articolo 2, paragrafo 1, punto 4, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici dispone che *«ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: "organismi di diritto pubblico": gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche: a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) sono dotati di personalità giuridica; e c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico»*.

2.4.2 L’articolo 3 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 – Codice dei contratti pubblici (abrogato dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ma, giusta l’art. 226, comma 2, di quest’ultimo, qui applicabile *ratione temporis*) – alla lett. d), qualifica come organismo di diritto pubblico *"qualsiasi organismo, anche in forma societaria il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV"*, con i seguenti tre requisiti: *"1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze*



*di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico [...]”.*

2.4.2.1 La menzionata disposizione rinvia, ai fini della individuazione dell'*organismo di diritto pubblico*, all'elenco contenuto nell'allegato IV - avente carattere dichiaratamente non tassativo - recante "*Elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari*" (All. IV che sostituisce l'Allegato III al d.lgs. n.163/2006). Essa, inoltre, include gli "*organismi di diritto pubblico*" tra le "*amministrazioni aggiudicatrici*" (cfr. lett. a]) e tra gli "*enti aggiudicatori*" (cfr. lett. e]), cui si applica la disciplina degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture dettata dal medesimo decreto. Tale inquadramento determina, per l'un verso, l'assoggettamento *ex lege* delle procedure di scelta del contraente alla normativa UE ed alle regole di evidenza pubblica e, quanto ai criteri di riparto, la devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma primo, lett. e), n. 1 del d.lgs. n.104 del 2010.

2.3. Come già ricordato da queste Sezioni Unite, – Cass., SU., n. 1494 del 2022 (richiamata, in motivazione, anche dalla più recente Cass., SU, n. 974 del 2023) – la norma di cui al richiamato art. 3 del d.lgs. n. 50/2016 riproduce quella contenuta nell'art. 6, par. 4, della direttiva 2014/23/CE e nell'art. 2, par. 1, n. 4, della direttiva 2014/24/CE, di cui il d.lgs. n. 50 cit. costituisce gemmazione ed a sua volta riprende quella già riportata nell'abrogato art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, attuativo degli artt. 2, par. 1, della direttiva 2004/17/CE e 1, par. 9 della direttiva 2014/18/CE.

2.4. Ora, la matrice comunitaria della disciplina in tema di *organismo di diritto pubblico* impone di considerare che l'interpretazione del diritto interno attuativo di una normativa UE deve essere conforme al quadro normativo eurounitario nell'interpretazione offertane dalla giurisprudenza della Corte di



giustizia UE, in modo da salvaguardare il canone dell'interpretazione cd. funzionale o dell'effetto cd. utile, dovendosi, pertanto, interpretare sia le norme UE che quelle interne in modo che abbiano una utilità pratica ed al fine di sviluppare quanto più possibile il loro contenuto.

2.4.1 In sintesi, i tre requisiti di cui si è detto sono stati ritenuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea cumulativi, nel senso che, in assenza di una sola di tali condizioni, l'ente non può essere considerato *«organismo di diritto pubblico»*, fermo restando che i tre criteri menzionati nell'ambito del terzo requisito hanno invece carattere alternativo (cfr., in tal senso, Corte giust., 3 febbraio 2021, Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), cause riunite C-155/19 e C-156/19, par. 35; Corte giust., 12 settembre 2013, IVD GmbH & Co. KG, C-526/11, par. 20, nonché Corte giust., 5 ottobre 2017, LitSpecMet UAB, C-567/15, par. 30).

2.4.2 Si è precisato, altresì, che la nozione di *«organismo di diritto pubblico»* deve essere interpretata estensivamente, *“alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici”* (cfr. Corte giust., 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, par. 43; Corte giust., 15 maggio 2003, Commissione/Spagna, C-214/00, par. 53), al fine di *«escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche»* (cfr. Corte giust., 5 ottobre 2017, LitSpecMet UAB, C-567/15, par. 55).

2.4.3 In questo senso, si è detto, alla nozione di *«organismo di diritto pubblico»* dev'essere data un'interpretazione funzionale (cfr., in particolare, Corte giust., 15 maggio 2003, Commissione/Spagna, C-214/00, par. 53; Corte giust., 12 dicembre 2002, Universale Bau e a., C-470/99, parr. 51-53).

2.4.4 La Corte di Giustizia, infatti, ha precisato che l'effetto utile delle direttive in materia di appalti pubblici non sarebbe pienamente preservato



qualora l'applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma ed il suo regime giuridico rientrano nell'ambito del diritto privato (*cf.* Corte giust., 15 maggio 2003, Commissione/Spagna, C-214/00, par.56), ovvero per il solo fatto che, fin dalla sua istituzione, non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica. Ragion per cui l'intento di garantire l'effetto utile della normativa eurounitaria osta a che si operi la distinzione secondo che gli statuti di un siffatto organismo siano stati, o meno, adattati per riflettere le modifiche effettive del suo campo di attività (Corte giust., 12 dicembre 2002, Universale Bau e a., C-470/99, par.57-58).

2.4.5 Inoltre, quanto al requisito cd. teleologico, si è evidenziato che l'unica interpretazione idonea a garantire l'effetto utile sia quella di ritenere che la disposizione che lo individua abbia istituito, nell'ambito della categoria dei bisogni di interesse generale, una loro sottocategoria comprendente quelli di carattere non industriale o commerciale (*cf.* Corte giust., 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, par. 34). In tale prospettiva, la valutazione di detto carattere deve essere operata tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale ivi comprese, in particolare, l'assenza di concorrenza sul mercato, il mancato perseguimento di uno scopo di lucro, la non assunzione dei rischi collegati alle attività svolte nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi (*cf.* Corte giust., 5 ottobre 2017, LitSpecMet UAB, C-567/15, par. 47; Corte giust., 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, par. 66; Corte giust., 22 maggio 2003, Korhonen e a., C-18/01, par. 48).

2.4.6. Orbene, al fine di individuare se un certo organismo sia dotato di tale requisito cd. teleologico, si deve verificare, in primo luogo, se le attività cui è preposto soddisfino effettivamente esigenze d'interesse generale e



successivamente determinare, eventualmente, se le stesse abbiano, o meno, carattere industriale o commerciale (cfr. Corte giust., 22 maggio 2003, Korhonen e a., C-18/01, par. 40).

2.4.7. Ciò posto, la giurisprudenza di queste Sezioni Unite si è mossa sui binari tracciati dalla Corte di Giustizia, ben sintetizzati da Cass., SU, nn. 1482 e 1494 del 2022 e richiamati in modo altrettanto puntuale da Cass., SU, n. 33482 del 2022, provvedimenti ai quali è opportuno fare rinvio. In questa sede è sufficiente ricordare soltanto l'affermazione per cui, ai fini dell'accertamento del requisito teleologico, *"occorre avere riguardo in primo luogo alla circostanza che l'attività sia rivolta, anche non esclusivamente o prevalentemente, alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria al soddisfacimento di tale interesse, e che il soggetto, pur eventualmente operando in un mercato concorrenziale, non fondi la propria attività principale esclusivamente su criteri di rendimento, efficacia e redditività e non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività, i quali devono ricadere sull'Amministrazione controllante, ed in secondo luogo alla circostanza che il servizio d'interesse generale, oggetto di detta attività, non possa essere rifiutato per ragioni di convenienza economica"* (cfr. Cass., SU, n. 1494 del 2022). Così opinando, queste Sezioni Unite hanno valorizzato *"la preminenza dei compiti posti a base della istituzione dell'ente sulle modalità con cui l'attività viene da esso svolta"*. Infatti, le modalità *"non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure eurounitarie, non sono idonee a differenziare chiaramente l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato [...] e sono potenzialmente mutevoli nel tempo"* (cfr. Cass. SU, n. 33482 del 2022).

2.5. Orbene, fatte le superiori premesse in diritto, queste Sezioni Unite ritengono che Ferservizi s.p.a., esaminato complessivamente il quadro fattuale e normativo di riferimento quanto alle sue natura, ragioni istitutive, funzioni e modalità operative, non presenti tutti i requisiti per essere qualificata, ai fini dell'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica,



organismo di diritto pubblico, rivelandosi priva – per quel che specificamente qui rileva – di quello cd. teleologico.

2.5.1. Essa, invero: *i*) è una società con socio unico soggetta alla direzione e coordinamento di Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a. (la *holding* del Gruppo Ferrovie dello Stato); *ii*) gestisce, per la Capogruppo ed i Poli di *Business* in cui è suddivisa l'attività del Gruppo (Infrastrutture, Passeggeri, Logistica e Urbano), le attività non direttamente connesse all'esercizio ferroviario ed ai servizi di mobilità; *iii*) esercita un ruolo di supporto ai processi trasversali alle imprese del Gruppo, finalizzato alla creazione di valore e benefici economici, nonché al miglioramento dell'efficienza dei processi e della qualità dei servizi; *iv*) non si occupa – come agevolmente emerge dal suo "Modello di Organizzazione, Gestione Controllo" allegato in atti (cfr., pag. 20 e ss.) – delle attività di gestione, efficientamento o manutenzione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, né, tanto meno, del trasporto ferroviario passeggeri in alcun ambito (regionale, nazionale, internazionale).

2.5.2. Come condivisibilmente ritenuto dal Consiglio di Stato, è palese che la menzionata società, lungi dall'essere stata costituita per soddisfare specifiche esigenze di "interesse generale attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale", offra un supporto trasversale alle società del Gruppo. La stessa, cioè, è nata ed opera esclusivamente per soddisfare le esigenze dell'intero Gruppo FSI e non certo dell'interesse generale della collettività. Ad essa, infatti, sono demandati gli acquisti "non strettamente legati al core business delle società del Gruppo (...) mentre gli acquisti core sono, per lo più gestiti, direttamente dalle singole società salvo il ricorso alla medesima Ferservizi" (cfr. Corte dei conti, Relazione sulla gestione di Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. e del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane – esercizio 2018, p. 24). Le attività dalla medesima svolte, – tra cui si annoverano la logistica per i convegni, i servizi di ospitalità per i dipendenti del gruppo, i servizi di *corporate administration*, la gestione del patrimonio immobiliare ovvero del fabbisogno energetico – pertanto, sono a beneficio esclusivo delle società del Gruppo FSI. L'incarico



di realizzare le predette attività è conferito a Ferservizi s.p.a. dalle singole società richiedenti del Gruppo FSI mediante la sottoscrizione di contratti di servizio. I rapporti contrattuali che ne derivano, inoltre, sono a titolo oneroso ed implicano, pertanto, una previa valutazione economica di Ferservizi s.p.a. circa la remuneratività del corrispettivo proposto dalle controparti negoziali.

2.5.3. Con ogni evidenza, quindi, l'ambito di operatività della società non ha alcun impatto diretto su attività di interesse generale (né presenta profili rilevanti per la tutela della concorrenza).

2.5.3. A tanto deve aggiungersi solo che la riportata conclusione nemmeno è inficiata dalla circostanza che Ferservizi s.p.a. è partecipata al 100% da Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., la *holding* del Gruppo, atteso che quest'ultima non è in alcun modo assimilabile ad una pubblica amministrazione, avendo la giurisprudenza di legittimità chiarito che essa «*svolge un'attività economica e commerciale in regime di mercato libero e la sua veste giuridica non rappresenta un mero schermo di copertura di una struttura amministrativa pubblica*». Tale società, "in quanto holding, non ha rapporti di servizio pubblico con lo Stato"» (cfr. Cass., SU, n. 19584 del 2019; Cass., SU, n. 1159 del 2015. In senso sostanzialmente conforme, vedasi anche Cass., SU, n. 30978 del 2017). Per le medesime ragioni, neppure possono essere considerate pubbliche amministrazioni le altre imprese operative del Gruppo, nell'interesse delle quali Ferservizi s.p.a. esercita la propria attività.

2.6. Queste ultime considerazioni, allora, giustificano la qualificazione anche di Ferservizi s.p.a. alla stregua di *impresa pubblica* (nozione differente da quella di *organismo di diritto pubblico*, posto che la prima, diversamente dal secondo, non è istituita per il soddisfacimento diretto ed immediato di bisogni di interesse generale, bensì è una struttura imprenditoriale ai sensi dell'art. 2082 cod. civ., che agisce nel mercato secondo logiche di profitto e conseguimento di utili, subendo, altresì, le perdite connesse alle sue attività), come peraltro espressamente riconosciuto, anche in questa sede, dalla difesa della predetta controricorrente (cfr. pag. 12 del suo controricorso).



2.6.1. In altri termini, una volta ricondotta Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a. alla figura della impresa pubblica (cfr. le già citate Cass., SU., n. 19584 del 2019; Cass., SU, n. 1159 del 2015), una tale qualificazione si riverbera sulla società oggi appaltante, posto che *«La natura industriale e commerciale dell'attività gestita dalla società collocata in capo alla filiera si riverbera, quale logico corollario, sulla natura delle società poste in coda, oltre che essere imposta dal carattere unitario della politica aziendale di un Gruppo di imprese operante nel mercato, con strategie di sviluppo competitive in ambito comunitario ed internazionale»*, e che *«il controllo pubblico realizzato tramite holding indebolisce, nel caso di specie, il rapporto di dipendenza con l'ente pubblico. L'affermata natura privatistica della holding, in uno con il collegamento di derivazione infragruppo, convergono in una piattaforma che stempera il legame con l'ente pubblico, facendo emergere, per converso, l'autonomia e la specificità aziendale delle singole società operative del Gruppo quale sintomatica riprova del regime civilistico applicato a detti enti»* (cfr. Cass., SU, n. 30978 del 2017).

2.6.2. Assunto, questo, che, come condivisibilmente osservato dal Consiglio di Stato, *«è in linea con i principi espressi dal d.lgs. n. 112 del 2015, emanato in attuazione della direttiva 2012/34/UE, che istituisce uno spazio europeo ferroviario unico, ed in particolare dall'art. 4, comma 1, norma che recide ogni forma di dipendenza delle imprese ferroviarie rispetto all'apparato pubblicistico, stabilendo che: "Le imprese ferroviarie stabilite in Italia sono dipendenti per quanto riguarda la gestione, l'amministrazione ed il controllo interno in materia amministrativa, economica e contabile. Il patrimonio, il bilancio e la contabilità delle imprese ferroviarie devono essere distinti da quelli dello Stato, delle regioni, delle province autonome e degli enti locali"..., le imprese ferroviarie, inoltre, "sono gestite secondo i principi validi per le società commerciali, a prescindere dalla loro proprietà pubblica o privata, anche per quanto riguarda gli obblighi di servizi pubblico imposti dallo Stato all'impresa e i contratti di servizio pubblico conclusi dalla medesima con le autorità competenti"»* (cfr. pag. 10 della sentenza qui impugnata).



2.7. La qualificazione di Ferservizi s.p.a. come *impresa pubblica* (tale essendo definita, dall'art. 3, lett. t], d.lgs. n. 50 del 2016, qui, come si è detto, applicabile *ratione temporis*, quella "sulla quale le stazioni appaltanti possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano detta impresa." La disposizione specifica ulteriormente che "L'influenza dominante è presunta quando le stazioni appaltanti, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: 1] detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2] controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; 3] possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa". Nel caso di Ferservizi s.p.a., certamente sussiste il requisito dell'influenza dominante, posto che, come si è già riferito, il suo capitale risulta interamente sottoscritto da Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a. che, a propria volta, è partecipata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze), tuttavia, non determina l'applicazione automatica del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) per gli appalti che la stessa bandisce.

2.7.1. Invero, per quanto riguarda i settori ordinari dei contratti pubblici, l'*impresa pubblica* non è contemplata tra le *amministrazioni aggiudicatrici* di cui all'art. 3, comma 1, lett. a], del menzionato d.lgs. n. 50/2016, sicché Ferservizi s.p.a. non è tenuta al rispetto della disciplina pubblicistica. Circa i settori speciali, invece (*cf.* artt. 114 e ss. del medesimo d.lgs.), tra i quali rientrano i servizi di trasporto (art. 118), il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica è limitato ai casi in cui l'*impresa pubblica* debba affidare contratti strumentali, da un punto di vista funzionale, ad una delle attività qualificanti tali settori.

2.7.2. Questa impostazione consegue all'elaborazione giurisprudenziale consolidatasi tramite la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dell'1 agosto 2011, n. 16, secondo cui "l'*assoggettività dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non*



*può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale"* (in senso sostanzialmente conforme si vedano anche le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2639; Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2018, n. 590; Cass., SU, n. 8849 del 2020).

2.7.3. Gli appalti riferibili ai "settori speciali", poi, sono quelli affidati da enti che svolgono le attività previste dagli artt. da 115 a 121 del d.lgs. n. 50 del 2016, le quali si esplicano nei settori relativi al gas ed energia termica, all'elettricità, all'acqua, ai porti ed aeroporti, ai servizi di trasporto, ai servizi postali e alla estrazione di gas, di carbone e di altri combustibili solidi. In particolare, l'operare in "settori speciali" nell'ambito dell'attività ferroviaria risulta identificabile, sulla base dell'art. 118 del d.lgs. 50 del 2016, nelle sole attività di trasporto, ossia relative allo sviluppo e alla manutenzione delle infrastrutture e degli impianti e nell'offerta ai clienti dei servizi e delle attività connessi al trasporto ferroviario.

2.7.4. Quanto all'attività strumentale, invece, la giurisprudenza predilige un'accezione restrittiva del concetto, ritenendo che rientrino nel perimetro dei "settori speciali" soltanto gli appalti strumentali, cioè, esclusivamente, quelli finalizzati agli scopi propri (*core business*) dell'attività speciale (Cons. Stato, sez. V, n. 590 del 2018). Secondo la giurisprudenza amministrativa, quindi, *"la disciplina per i settori speciali opera solo se l'affidamento si pone in rapporto di mezzo a fine rispetto al settore speciale di pertinenza: il nesso di strumentalità per giurisprudenza prevalente va inteso in senso restrittivo (...). E quando l'impresa pubblica affida un servizio estraneo all'attività speciale, il servizio soggiace, anche quanto ad affidamento selettivo, alle norme di diritto comune, con conseguente giurisdizione ordinaria per le controversie"* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 dicembre 2019, n. 6905). Principi condivisi da questa Corte ai fini dell'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. Cass., SU, n. 18610 del 2023, la quale ha osservato che, *"quanto alla strumentalità dell'attività oggetto*



*dell'affidamento, il concetto di strumentalità va inteso in senso restrittivo, come funzionale alla realizzazione degli scopi propri [core business] dell'attività speciale").*

2.8. Tanto premesso, Yes I Am s.r.l. assume che l'oggetto della procedura di gara indetta da Ferservizi s.p.a. (volta all'affidamento del "servizio di realizzazione di campagne di comunicazione pubblicitarie commerciali, informative, istituzionali, internazionali, adattamenti grafici, elaborazione e pubblicazione di piani editoriali per canali social per le Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane") deve considerarsi strumentale agli scopi propri (core business) dell'attività speciale delle imprese del Gruppo FSI. Deduce, in proposito, che «*il servizio in oggetto non possa che rientrare nel "core business" del trasporto ferroviario, considerato che senza pubblicità istituzionale il servizio ferroviario medesimo non potrebbe esistere in ragione della diretta mancata conoscenza dell'utenza del servizio medesimo; conoscenza necessaria alla sua fruizione ed al suo sviluppo. Ben può, pertanto, ritenersi che l'oggetto dell'affidamento di tale servizio istituzionale - "ferma l'accezione ragionevolmente restrittiva del concetto" fornita dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, n. 590/2018) - si possa sostanziare in una attività strumentale a quella svolta nell'ambito dei 'settori speciali', essendo essa strettamente funzionale (e non scindibile) alla realizzazione degli scopi propri dell'attività speciale» (cfr. pag. 19 del ricorso).*

2.8.1. Queste affermazioni, tuttavia, non persuadono.

2.8.1.1. Invero, il servizio predetto non si pone in rapporto di diretta strumentalità con il servizio – speciale – di trasporto, non risultando in alcun modo funzionalmente necessario a consentirne lo svolgimento, non potendosi in esso inglobare anche attività di mera natura commerciale, tra le quali rientrano pure quelle di comunicazione pubblicitaria, che non rappresentano il necessario strumento realizzativo dei compiti propri del gruppo FSI (cfr. Cass., SU, n. 8849 del 2020, con riferimento alle attività del gestore aeroportuale di assistenza a terra dei passeggeri).



2.8.1.2. In altri termini, un appalto può considerarsi strumentale all'attività speciale quando si pone, rispetto ad essa, in un rapporto funzionalmente necessario di mezzo a fine. A questo riguardo, la giurisprudenza amministrativa, muovendo da quanto sancito dalla già ricordata pronuncia n. 16/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha chiarito, come si è già detto, che *"la disciplina per i settori speciali opera solo se l'affidamento si pone in rapporto di mezzo a fine rispetto al settore speciale di pertinenza: il nesso di strumentalità per giurisprudenza prevalente va inteso in senso restrittivo (...). E quando l'impresa pubblica affida un servizio estraneo all'attività speciale, il servizio soggiace, anche quanto ad affidamento selettivo, alle norme di diritto comune, con conseguente giurisdizione ordinaria per le controversie"* (Cons. Stato, Sez. V, 30 dicembre 2019, n. 6905). Ancor più specificamente, queste Sezioni Unite, con ordinanza n. 310 del 2023, hanno puntualizzato che, ai fini dell'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, occorre provare che la strumentalità del servizio posto a gara sia di natura prevalente o comunque principale rispetto all'attività speciale (nel caso di specie, "Servizi di Trasporto"). Infatti, *«possono considerarsi strumentali solo quelle attività che servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore dei servizi»*.

2.8.2. Pertanto va affermata la piena correttezza della decisione oggi in esame, con conseguente dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario a conoscere della presente controversia.

2.8.2.1. Invero, il già descritto servizio oggetto della gara di cui si discute, non si pone in rapporto di strumentalità con il servizio – speciale – di trasporto, posto che l'effettivo esercizio dell'attività di trasporto può certamente prescindere dall'esistenza di campagne pubblicitarie, sicché non si è al cospetto di un'attività strumentale – nel senso stretto e prevalente richiesto dalla giurisprudenza – suscettibile di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo. Detto altrimenti, il servizio oggetto dell'affidamento *de quo* deve senz'altro essere qualificato come "estraneo" all'attività speciale,



atteso che la promozione commerciale delle attività del Gruppo FSI giammai potrebbe essere ritenuta strumentale all'attività "core" di messa a disposizione della rete ferroviaria e/o di gestione della stessa.

2.9. Le appena esposte conclusioni nemmeno possono considerarsi inficcate dal rilievo che Ferservizi s.p.a. abbia ritenuto di vincolarsi al rispetto delle previsioni pubblicistiche pur non essendo a tanto tenuta.

2.9.1. Infatti, l'estraneità dell'appalto all'ambito di operatività di tale disciplina comporta che l'applicazione della stessa alla fattispecie in esame non è ricollegabile alla volontà della legge, ma esclusivamente a quella della committente, che si è liberamente determinata in favore dell'assoggettamento della scelta del contraente alle regole dell'evidenza pubblica: trova conseguentemente applicazione il principio costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento all'art. 133, lett. e), del d.lgs. n. 104 del 2010 (e prima ancora all'art. 33, comma 2, lett. d), del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ed agli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205), secondo cui la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo delle controversie in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture postula che la sottoposizione dell'appalto al regime pubblicistico discenda esclusivamente dalle sue caratteristiche oggettive e da quelle soggettive della stazione appaltante, e non è pertanto configurabile nel caso in cui quest'ultima, pur non essendovi tenuta, si sia volontariamente vincolata all'osservanza del predetto regime, in tal modo procedimentalizzando l'individuazione in concreto dell'appaltatore (*cf.*, *ex aliis*, anche nelle rispettive motivazioni, Cass., SU, n. 310 del 2023, in cui si è precisato pure che, ai fini del riparto di giurisdizione, non riveste carattere decisivo l'indicazione del Giudice competente contenuta nel bando di gara; Cass., SU, n. 17782 del 2013; Cass., SU, n. 6771 del 2009; Cass., SU, nn. 18954 e 17635 del 2003).

2.9.2. Neppure può attribuirsi rilevanza alcuna – diversamente da quanto preteso da Yes I Am s.r.l. (*cf.* pag. 19 del suo ricorso) – alla circostanza che il giudice amministrativo, in altri precedenti riguardanti Ferservizi s.p.a., nulla



abbia obiettato in merito alla propria giurisdizione, non rilevandone d'ufficio la relativa carenza. Basta qui solo ricordare che, nel nostro sistema, diversamente da quello di *common law*, il Giudice è soggetto soltanto alla legge e, a tal fine, la Costituzione gli riconosce indipendenza e autonomia nell'applicazione di quest'ultima. La statuizione del Consiglio di Stato oggi impugnata, dunque, non può essere stigmatizzata per il solo fatto di non essere conforme ad un precedente dal contenuto discordante.

2.10. Ragioni di completezza, infine, impongono di rimarcare, quanto alla sopravvenuta ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia Ue n. 9004 del 7 maggio 2024, resa dal TAR Lazio (Sez. IV-ter, R.G. n. 1942/2024), su cui si è soffermata la ricorrente nella propria memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ. datata 4 settembre 20124, che, come tempestivamente controdedotto ed adeguatamente documentato da Federservizi s.p.a. con la propria memoria del 6 settembre successivo: *i)* il corrispondente giudizio *a quo* è stato dichiarato estinto per rinuncia della parte ivi ricorrente (*cf.* TAR Lazio, decreto 18 luglio 2024, n. 3678); *ii)* in data 22 luglio 2024, di tale provvedimento è stata resa edotta la Corte di Giustizia Ue, la quale, con decisione assunta nel medesimo giorno, ha disposto la sospensione della procedura ai sensi dell'art. 55, par. 1, sub *b)*, del Regolamento di Procedura della Corte.

2.10.1. Orbene, come si legge nella recentissima Cass, SU, n. 25375 del 2024, stando al par. 26 delle Raccomandazioni (2019/C 380/01), «[...]»*sebbene la Corte rimanga in linea di principio investita di una domanda di pronuncia pregiudiziale fintantoché quest'ultima non venga ritirata dal giudice del rinvio, occorre tuttavia tenere presente la funzione della Corte nell'ambito del procedimento pregiudiziale, che è di contribuire all'effettiva amministrazione della giustizia negli Stati membri, e non di formulare pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche". A tal riguardo le stesse Raccomandazioni precisano che il procedimento pregiudiziale presuppone che una controversia "sia effettivamente pendente dinanzi al giudice del rinvio". In questa prospettiva, spetta al giudice nazionale "rendere noto alla Corte*



*qualsiasi incidente processuale che possa influire sul procedimento pregiudiziale dinanzi ad essa pendente e, in particolare, qualsiasi rinuncia agli atti, composizione amichevole della controversia o altro incidente che comporti l'estinzione del procedimento principale"; il giudice nazionale "deve inoltre informare la Corte dell'eventuale adozione di una decisione resa nell'ambito di un ricorso proposto contro la decisione di rinvio e delle sue conseguenze sulla domanda di pronuncia pregiudiziale"».*

2.10.2. Pertanto, il riferimento contenuto nella disposizione richiamata agli "incidenti processuali", che, comportando l'estinzione del giudizio principale, rendono superflua la risoluzione del dubbio interpretativo posto dal giudice nazionale, consente di concludere nel senso della possibilità di definire questo procedimento senza null'altro attendere, posto che l'ordinamento processuale civile italiano è retto dal principio dispositivo, sicché il giudice nazionale può trarre le dovute conseguenze di diritto interno da una rinuncia al ricorso sopravvenuta al rinvio pregiudiziale allorquando reputi non più influente, nella controversia dinanzi a sé pendente, il dubbio interpretativo posto con la domanda pregiudiziale e non più necessaria, quindi, una pronuncia della Corte di giustizia per la decisione della causa. *«Una simile interpretazione è coerente con le finalità concrete dell'esercizio della funzione giurisdizionale della Corte di giustizia, tesa ad assicurare il fine di armonizzazione dell'interpretazione eurounitaria in tutti gli Stati membri della UE. La soluzione della questione della conformità della norma interna al diritto eurounitario è fatta, invero, per tutti i giudizi in corso e per quelli futuri, nei limiti in cui residui una ragione effettiva di soluzione della questione stessa; sicché, essendo il rinvio pregiudiziale lo strumento principale per garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto eurounitario, deve ammettersi che il mantenimento del rinvio pregiudiziale non perseguirebbe in questo caso il fine istituzionale dinanzi al venir meno delle ragioni della controversia che ne ha dato origine»* (cfr. Cass., SU, n. 25375 del 2024).



3. In conclusione, l'odierno ricorso di Yes I Am s.r.l. deve essere respinto, contestualmente dichiarandosi la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria a conoscere della presente controversia.

3.1. Ricorrono i presupposti di cui all'art. 92 cod. proc. civ. per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese di questo giudizio di legittimità, altresì dandosi atto, – in assenza di ogni discrezionalità al riguardo (cfr. Cass. n. 5955 del 2014; Cass., S.U., n. 24245 del 2015; Cass., S.U., n. 15279 del 2017) e giusta quanto precisato da Cass., SU, n. 4315 del 2020 – che, stante il tenore della pronuncia adottata, sussistono, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, i presupposti processuali per il versamento, da parte della società ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13, se dovuto, mentre «*spetterà all'amministrazione giudiziaria verificare la debenza in concreto del contributo, per la inesistenza di cause originarie o sopravvenute di esenzione dal suo pagamento*».

#### **PER QUESTI MOTIVI**

La Corte rigetta il ricorso proposto da Yes I Am s.r.l. e dichiara la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria a conoscere della presente controversia.

Compensa interamente tra le parti le spese di questo giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, ad opera della menzionata società ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso, giusta il comma 1-*bis* dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di cassazione, il 17 settembre 2024.

Il Presidente  
Pasquale D'Ascola

