

SEAL: REPUBBLICA - ESTERNA - CASSAZIONE - 1987



26 MAG 2020

09801/20

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

[Empty box]

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 29085/2011

SEZIONE LAVORO

Cron. 9801

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. ANTONIO MANNA - Presidente - Ud. 04/12/2019
- Dott. ENRICA D'ANTONIO - Consigliere - PU
- Dott. PAOLA GHINOY - Consigliere -
- Dott. DANIELA CALAFIORE - Consigliere -
- Dott. LUIGI CAVALLARO - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 29085-2011 proposto da:

I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE C.F. 80078750587, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CESARE BECCARIA 29, presso l'Avvocatura Centrale dell'Istituto, rappresentato e difeso dagli avvocati ANTONINO SGROI, LELIO MARITATO, CARLA D'ALOISIO;

2019

3959

- **ricorrente** -

**contro**

AZIENDA NAPOLETANA MOBILITA' S.P.A., in persona del

legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA OVIDIO 32, presso lo studio legale MASSIMO MALENA & ASSOCIATI s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato STEFANIA MICCOLI;

**- resistente con mandato -**

avverso la sentenza n. 6288/2010 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 24/11/2010 R.G.N. 6521/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/12/2019 dal Consigliere Dott. LUIGI CAVALLARO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. STEFANO VISONA' che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;

udito l'Avvocato LELIO MARITATO;

udito l'Avvocato STEFANIA MICCOLI.



### FATTI DI CAUSA

Con sentenza depositata il 24.11.2010, la Corte d'appello di Napoli ha confermato la decisione di primo grado che aveva accolto la domanda di Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. volta all'accertamento negativo dell'obbligo di restituzione all'INPS delle agevolazioni contributive di cui aveva beneficiato negli anni 1997-2001 per l'assunzione di personale dipendente con contratto di formazione e lavoro e negli anni 1999-2001 per la trasformazione dei contratti di formazione e lavoro in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La Corte, diversamente dal primo giudice, ha ritenuto immediatamente applicabile nel nostro ordinamento la decisione della Commissione UE n. 128/2000, che aveva ritenuto che gli sgravi contributivi connessi alla stipula e alla trasformazione di contratti di formazione e lavoro costituissero aiuti di Stato vietati dalla normativa dell'Unione; ha convenuto inoltre con l'ente previdenziale circa l'assoggettabilità alla prescrizione decennale del recupero degli sgravi indebitamente concessi, ma ha valutato che la decisione della Commissione UE non riguardasse l'Azienda Napoletana Mobilità, dal momento che la gestione dei servizi di trasporto pubblico nel bacino territoriale del suo ente proprietario (ossia il Comune di Napoli) non poteva dirsi rientrante tra le attività oggetto di scambi intracomunitari per le quali gli aiuti di Stato possono falsare la concorrenza.

Avverso tale decisione ha proposto ricorso per cassazione l'INPS, deducendo due motivi di censura con i quali ha insistito per l'applicazione della citata decisione della Commissione alla fattispecie per cui è causa. Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. ha resistito con controricorso e, a seguito della fissazione dell'adunanza camerale, ha depositato memoria ex art. 380-bis c.p.c.

le



La causa è stata quindi rimessa alla pubblica udienza, in esito alla quale questa Corte, con ordinanza interlocutoria n. 26768 del 2017, ha sollevato questione pregiudiziale d'interpretazione della citata decisione della Commissione UE, chiedendo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi sulla sua applicabilità anche ai datori di lavoro che esercitano trasporto pubblico locale «in regime di sostanziale non concorrenza» (così Cass. n. 26768/2017, cit.).

Richiesti chiarimenti a questa Corte dalla Corte di Giustizia e provveduto ai medesimi con successive ordinanze del 22 gennaio e dell'8 marzo 2019, la causa pregiudiziale è stata decisa con sentenza del 29.7.2019, con la quale la Corte di Giustizia ha ritenuto applicabile alle aziende esercenti attività di trasporto pubblico la decisione della Commissione UE n. 128/2000, demandando al giudice del rinvio pregiudiziale di verificare se, durante il periodo in questione, il mercato italiano del trasporto locale fosse aperto alla concorrenza oppure se il Comune di Napoli fosse soggetto ad un obbligo legislativo o regolamentare tale per cui doveva attribuire il servizio esclusivamente all'odierna controricorrente e, inoltre, se quest'ultima abbia o meno esercitato, durante il medesimo periodo, attività su altri mercati di beni o servizi o comunque su altri mercati geografici aperti ad effettiva concorrenza.

In vista dell'udienza pubblica, Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. ha depositato atto di costituzione di nuovo difensore.

#### RAGIONI DELLA DECISIONE

La questione che, in esito alla pronuncia pregiudiziale, si pone nella presente fattispecie consiste nel verificare, anzitutto, se, nel periodo 1997-2001, in cui l'Azienda controricorrente ha beneficiato degli sgravi il cui recupero è oggetto della pretesa creditoria dell'INPS, il mercato italiano del trasporto locale fosse aperto alla concorrenza oppure se il Comune di Napoli fosse

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'E'.



soggetto ad un obbligo legislativo o regolamentare tale per cui doveva attribuire il servizio esclusivamente all'odierna controricorrente e, in secondo luogo, se quest'ultima abbia o meno esercitato, durante il medesimo periodo, attività su altri mercati di beni o servizi o comunque su altri mercati geografici aperti ad effettiva concorrenza.

Ciò premesso, nel motivare l'infondatezza della pretesa creditoria dell'INPS, i giudici di merito, dopo aver dato atto che Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. è una società di capitali a totale partecipazione pubblica, costituita nel 2001 per la gestione dei servizi di trasporto pubblico nel bacino territoriale di competenza del Comune di Napoli (che ne è proprietario) a seguito della trasformazione dell'omonima azienda speciale consortile di diritto pubblico, e che per la gestione del servizio di mobilità il Comune ha sottoscritto dapprima con l'azienda speciale e poi con l'odierna controricorrente due distinti contratti di servizio, il primo dei quali in data 27.6.1997 e il secondo in data 18.6.2002, hanno anzitutto valorizzato, al fine di escludere che il mercato del trasporto locale fosse aperto alla concorrenza, il disposto dell'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, che per il periodo in questione consentirebbe a loro dire l'affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico in luogo del ricorso alle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, e in secondo luogo ritenuto che l'INPS non aveva specificamente addotto né tantomeno dimostrato che l'odierna controricorrente agisse in regime di concorrenza (così la sentenza impugnata, pagg. 26-27).

Limitando per adesso l'analisi al primo aspetto della questione rimessa a questa Corte, deve rilevarsi che, se davvero la portata precettiva dell'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, cit., fosse quella indicata dai giudici di merito, esso non potrebbe in alcun modo dirsi dirimente rispetto al fine che qui occupa, giacché - come rilevato anche dal Governo italiano nell'ambito del giudizio avanti



alla Corte di Giustizia UE - l'affidamento della gestione di un servizio pubblico ad un fornitore interno da parte di un'autorità nazionale, che sia al contempo libera di affidarlo a terzi, non esclude affatto la potenziale distorsione della concorrenza, essendo invece all'uopo necessario che il servizio sia soggetto a un monopolio legale conforme al diritto UE che impedisca non solo la concorrenza sul mercato, ma altresì la concorrenza per il mercato, vale a dire la possibilità che un altro operatore subentri nella posizione di fornitore esclusivo del servizio in questione (così le osservazioni del Governo della Repubblica Italiana nella causa C-659/17, §§ 20-21). Di conseguenza, tenuto conto che la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia UE reputa che la soglia per accertare l'idoneità di un intervento statale a incidere sugli scambi e a falsare la concorrenza sia alquanto bassa (cfr. CGUE, 14.1.2015, C-518/13, *Eventech*, citata unitamente ad altre precedenti nelle conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-659/17, cit.), l'affidamento diretto all'odierna controricorrente del servizio di trasporto pubblico, ove davvero fosse il frutto di una libera scelta del Comune di Napoli e non invece il risultato imposto da un preesistente regime di monopolio legale, di altro non testimonierebbe che dell'avvenuto superamento della soglia oltre la quale si deve ritenere falsata la concorrenza.

A ben vedere, però, deve escludersi che l'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, costituisca realmente la disposizione normativa dirimente ai fini del caso di specie: essendo entrata in vigore successivamente alla stipula del primo dei due contratti di servizio stipulati dal Comune per l'affidamento del servizio pubblico di mobilità (vale a dire quello stipulato il 27.6.1997 con l'allora azienda speciale), e precisamente in data 25.12.1997, la sua precettività, per ciò che attiene alla vicenda in esame, non può estendersi alla disposizione di cui al comma 2, lett. a), secondo la quale, «allo scopo di incentivare il superamento degli assetti



monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale», le regioni e gli enti locali avrebbero dovuto far ricorso «alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio o dei soci privati delle società che gestiscono i servizi [...] in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi e sulla costituzione delle società miste», ma va circoscritta alle disposizioni contenute nelle successive lett. *b)* e *c)*, secondo le quali, «in caso di gestione diretta o di affidamento diretto dei servizi da parte degli enti locali a propri consorzi o aziende speciali», le regioni e gli enti locali avrebbero dovuto prevedere, da un lato, «l'esclusione [...] dell'ampliamento dei bacini di servizio rispetto a quelli già gestiti nelle predette forme», e dall'altro «l'obbligo di affidamento da parte degli enti locali tramite procedure concorsuali di quote di servizio o di servizi speciali, previa revisione dei contratti di servizio in essere».

Tale conclusione s'impone in ragione del fatto che la previsione di ricorrere «alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio o dei soci privati delle società che gestiscono il servizio», di cui all'art. 18, comma 2, lett. *a)*, cit., presuppone logicamente che, al momento dell'entrata in vigore della legge, il servizio non fosse stato ancora affidato e/o che si dovesse affidarlo perché era scaduto il contratto di servizio che regolava l'affidamento precedente; viceversa, per i servizi pubblici che si trovassero già in regime di gestione diretta o di affidamento diretto, l'obiettivo di «incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale» veniva perseguito tramite il divieto di ampliare i relativi bacini di servizio e di affidare tramite procedure concorsuali «quote di servizio o di servizi speciali, previa revisione dei contratti in essere»: ed è proprio tale ultimo inciso a deporre nel senso dianzi sostenuto, dal momento che,

6



qualora l'obiettivo del legislatore fosse stato invece quello di aprire immediatamente alla concorrenza il settore del trasporto pubblico locale, l'obbligo di «revisione dei contratti in essere» avrebbe dovuto essere contemplato anche nella precedente lett. a) e avrebbe comportato la necessaria risoluzione dei contratti di servizio stipulati in precedenza alla sua entrata in vigore, incluso quello con la dante causa dell'odierna controricorrente.

Non è, dunque, nell'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, che deve ricercarsi la fonte normativa istitutiva di un monopolio legale rilevante per il diritto dell'Unione (ossia di un monopolio tale per cui «un determinato servizio è riservato, per legge o regolamentazione, a un prestatore esclusivo e la sua prestazione è esplicitamente vietata agli altri operatori»: così la nota 272 della comunicazione della Commissione UE sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1, TFUE, C/2016/2946, cit. nelle menzionate conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-659/17): la disposizione citata, come anzidetto, prevedeva la gestione diretta o l'affidamento diretto semplicemente come meri fatti, di per se stessi inidonei a fondare la sussistenza di un monopolio legale.

E' piuttosto alle disposizioni della legge n. 142/1990 che bisogna guardare per rinvenire la disciplina rilevante ai fini del caso di specie.

Com'è noto, l'art. 22 della legge cit. (poi abrogata dall'art. 274, comma 1, lett. q, d.lgs. n. 267/2000) prevedeva, al tempo della stipula del contratto di servizio del 27.6.1997, che comuni e province potessero disporre di una gamma di cinque diverse forme di gestione dei servizi pubblici aventi ad oggetto «la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali», e precisamente: «a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'e' followed by a checkmark-like flourish.



costituire una istituzione o una azienda; *b*) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; *c*) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; *d*) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; *e*) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

Al riguardo, si può senz'altro convenire con le Sezioni Unite di questa Corte nel rilievo secondo cui la disposizione in esame, nel prevedere che i servizi dotati di rilevanza economica ed imprenditoriale potessero essere gestiti attraverso l'articolato sistema di alternative che sopra si è ricordato, attribuiva la scelta tra di esse ad una valutazione «sostanzialmente discrezionale» dell'ente locale (così, in termini, Cass. S.U. 20684 del 2018); pare tuttavia al Collegio che tale ultima affermazione possa e debba essere specificata per ciò che concerne la natura della discrezionalità rimessa all'ente locale.

Come emerge dal tenore della disposizione contenuta nell'art. 22, l. n. 142/1990, cit., la scelta dell'ente tra le varie alternative era invero ancorata alla ricorrenza di determinati presupposti di fatto: «le modeste dimensioni o [...] le caratteristiche del servizio», per ciò che concerne la gestione in economia; la sussistenza «di ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale», per la scelta della concessione a terzi; l'ipotesi di «servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale», per il ricorso all'azienda speciale; l'«opportunità della partecipazione di altri soggetti per la natura del servizio da erogare», per l'affidamento a società di capitali a prevalente capitale pubblico locale. E sebbene sia indubitabile che

le



l'accertamento della ricorrenza di tali presupposti metta capo a giudizi opinabili, trattandosi di applicare canoni propri di discipline non esatte come le scienze economiche ed aziendalistiche, il carattere fortemente valutativo che essi posseggono non sembra tuttavia tale da far escludere la loro riconducibilità al novero di quegli accertamenti tecnicamente complessi che tradizionalmente si riportano alla c.d. discrezionalità tecnica.

Se ne trae una conferma dalla stessa lettera dell'art. 22, l. n. 142/1990, che alla presenza dei diversi presupposti di fatto ivi contemplati ricollega una e una sola scelta da parte dell'ente locale e dunque pare escludere che al momento conoscitivo potesse far seguito un momento propriamente volitivo: la potestà discrezionale, infatti, mette pur sempre capo ad una scelta fra più soluzioni possibili, che implica la ponderazione della pluralità degli interessi che afferiscono ad una fattispecie concreta in vista della miglior tutela dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione è attributaria, mentre l'art. 22 cit. sembra piuttosto delineare una conseguenza necessitata per ciascuno dei presupposti di fatto che si preoccupa di tipizzare, vietando per conseguenza all'ente locale la scelta se gestire o affidare il servizio altrimenti.

D'altra parte, è evidente che, una volta ricondotta la discrezionalità di cui è espressione l'art. 22, l. n. 142/1990, ad un'ipotesi di discrezionalità tecnica, si deve logicamente escludere che il Comune di Napoli godesse di una vera e propria libertà nell'affidare il servizio di mobilità: al contrario, il carattere sostanzialmente vincolato della sua scelta in presenza di «servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale» pare piuttosto deporre nel senso che il trasporto pubblico locale, costituendo già per risalente tipizzazione normativa (v. in tal senso già gli artt. 1, n. 15, e 2, T.U. n. 2578/1925) un servizio da organizzare imprenditorialmente e la cui tariffa è potenzialmente in grado di coprire integralmente i costi di gestione e di creare un utile

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'L' or 'E', located at the bottom right of the page.



d'impresa, fosse oggetto, all'epoca dei fatti per cui è causa, di una disciplina normativa piuttosto assimilabile ad un vero e proprio monopolio legale, essendo riservato, sia per legge che per conforme regolamentazione dello stesso ente locale (art. 54 dello Statuto della Città di Napoli), a un prestatore esclusivo, ossia l'azienda speciale, con divieto di accedervi per qualunque altro operatore economico diverso da quello individuato dalla legge (*rectius*, individuabile secondo il complesso accertamento di fatto demandato dalla legge all'ente locale).

Considerazioni differenti s'impongono rispetto all'altro aspetto della verifica demandata dalla Corte di Giustizia al giudice del rinvio pregiudiziale, concernente l'eventualità che l'azienda speciale dante causa dell'odierna controricorrente, nel periodo oggetto della presente controversia, abbia esercitato attività su altri mercati di beni o servizi o comunque su altri mercati geografici aperti ad effettiva concorrenza (ciò che darebbe luogo *ex se* all'illegittimità della fruizione degli sgravi, giusta la pronuncia pregiudiziale): trattandosi di verifica che involge accertamenti di fatto non possibili in questa sede, il presente giudizio di legittimità deve sul punto necessariamente concludersi la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio ad altro giudice, che si designa nella Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, affinché accerti se l'azienda speciale dante causa dell'odierna controricorrente, nel periodo oggetto della presente controversia, abbia esercitato attività su altri mercati di beni o servizi o comunque su altri mercati geografici aperti ad effettiva concorrenza.

Tenuto conto che la cassazione con rinvio consegue a *ius superveniens*, costituito in specie dalla pronuncia della Corte di Giustizia UE (così Cass. n. 19301 del 2014), il giudice del rinvio dovrà attenersi all'ulteriore principio secondo cui dev'essere consentita, in sede di rinvio, l'esibizione di quei documenti prima

A handwritten mark or signature, possibly a stylized 'E' or 'L', located at the bottom right of the page.



non ottenibili ovvero l'accertamento di quei fatti che in base alla precedente disciplina non erano indispensabili, ma che costituiscono il presupposto per l'applicazione della nuova regola giuridica (Cass. nn. 21895 del 2016, 5224 del 1998).

Il giudice del rinvio, infine, provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P. Q. M.

La Corte, provvedendo sul ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 4.12.2019.

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

Luigi Cavallaro

IL PRESIDENTE

Antonio Manna

28 MAG 2020