

Sulla definizione di organismo di diritto pubblico, l'art. 3, comma 26, D. lgs n. 163/2006), accanto al dato giuridico-formale del possesso della personalità giuridica (anche in forma societaria) ribadisce il duplice requisito della funzionalizzazione dell'attività in vista del perseguimento di finalità di interesse collettivo (istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale) e dell'assoggettamento, in senso lato, a controlli pubblici (attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico)

Merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Tar Campania, Napoli, con la sentenza numero 844 del 2 febbraio 2007 :

< Quanto al primo aspetto, deve innanzi tutto essere rammentato che la stessa pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, sia pure in relazione alla disciplina degli appalti di pubblico servizio - dopo aver precisato che la società consortile non possa classificarsi tra le amministrazioni dello Stato e tra gli enti pubblici territoriali; che non possa considerarsi neppure come ente pubblico non economico, per difetto di attribuzione dei compiti pubblici e, in particolare, per la mancanza di norme speciali, che la riguardino: ovverosia, per l'assenza dei riferimenti di diritto positivo, in conformità con il principio di legalità che informa la materia - conclude nel senso che la società consortile non può ricomprendersi neppure tra gli organismi di diritto pubblico, i quali costituiscono l'unica figura soggettiva in cui potrebbe inserirsi, stante la tipicità degli enti specificamente menzionati dall'art. 2 comma 1 cit.

Alla società difetta, invero, il primo e il più importante dei caratteri, che deve possedere l'organismo di diritto pubblico: vale a dire il fine pubblico, come viene definito dall'art. 1, lett. b) comma 2, primo alinea, della Direttiva 92-50 CEE, che fa riferimento ad un organismo "istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale".

Trattasi di conclusioni che mantengono la loro piena validità anche con riferimento al settore degli appalti di lavori pubblici in relazione ai quali **la normativa di riferimento considera ente pubblico qualsiasi organismo, dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale e la cui attività goda in misura maggioritaria di finanziamenti pubblici ovvero la cui gestione è sottoposta al controllo dei soggetti pubblici**>

Di conseguenza, qualora un soggetto privato decidesse comunque di applicare la normativa sull'evidenza pubblica, il competente giudice è comunque quello ordinario e non quello amministrativo in quanto:

< In disparte la questione della integralità del rinvio a siffatto schema (ciò che peraltro refluisce sulla stessa ammissibilità e fondatezza delle censure di cui al ricorso), va comunque osservato che, se pure il C.A.A.N. si fosse autolimitato scegliendo spontaneamente di applicare la normativa dell'"evidenza pubblica", ciò non basterebbe a rendere applicabile le previsioni di giurisdizione amministrativa esclusiva di cui al d. lgs. n. 80/98 ed alla l. 205/2000, giacché esso si riferisce ai "soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale", e non ai soggetti che applichino quelle norme pur senza esservi tenuti.>

a cura di Sonia Lazzini

N. 844/07 Reg. Sent.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale Amministrativo Regionale Per La Campania- Napoli

Ottava Sezione

composto dai Signori:

Evasio Speranza Presidente

Luigi Domenico Nappi Componente

Carlo Buonauro Componente rel/est.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 461/2006 proposto da

** Costruzioni s.r.l., in persona del legale rapp.te, , rappresentata e difesa dall'avv. Emanuele D'Alterio, presso il cui studio domicilia in Napoli, viale Gramsci 19

contro

Società consortile per azioni Centro Agro Alimentare di Napoli (s.c.p.a. C.A.A.N.), in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Soprano, presso cui selettivamente è domiciliata in Napoli alla via Melisurgo 4

Nonché nei confronti di

** s.p.a., in persona del l.r.p.t., n.c.

per l'annullamento

con ricorso iniziale:

- della nota prot. 3207 del 4.1.06 a firma del Presidente del C.A.A.N. s.c.p.a., recante la comunicazione alla ricorrente dell'esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di infrastrutture viarie a servizio dell'area C.A.A.N. nel Comune di Volla 1° lotto - 1° stralcio e 2° lotto;
- del verbale della Commissione aggiudicatrice con il quale è stata disposta l'esclusione dalla gara;
- di ogni altro atto connesso, collegato o preordinato in quanto lesivo

Con primo ricorso recante motivi aggiunti:

nota del Presidente del C.A.A.N. prot. 3397 dell'1.2.06;

verbale recante la valutazione, da parte della Commissione aggiudicatrice, delle giustificazioni prodotte il 27.12.05, nella parte in cui le ritiene inidonee e richiede contestualmente l'integrazione documentale;

Con ulteriore ricorso recante motivi aggiunti

del verbale con cui la Commissione aggiudicatrice ha ritenuto non esaustiva la relazione giustificativa prodotta dalla ricorrente il 10.02.06;

del verbale con cui la Commissione aggiudicatrice ha ritenuto non esaustiva la relazione giustificativa del 23.03.06 ed ha escluso l'offerta perché anomala;

della relazione del R.U.P del 2.5.06:

del verbale n. 143 del 12.5.06 con cui il CdA del C.A.A.N. ha approvato gli atti di gara nella parte in cui esclude l'offerta della ricorrente perché anomala ed aggiudica la gara all'ATI ** spa.

Visto il ricorso con i relativi allegati

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società intimata

Viste le memorie presentate dalle parti a sostegno delle rispettive difese

Visti gli atti tutti della causa

Udito alla pubblica udienza del 15 gennaio 2007 il relatore Carlo Buonauro ed uditi i difensori delle parti

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue

FATTO E DIRITTO

1. La ** Costruzioni s.r.l. ha partecipato alla gara, indetta dalla società consortile per azioni Centro Agro Alimentare di Napoli per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di infrastrutture viarie a servizio dell'area C.A.A.N. nel Comune di Volla 1° lotto - 1° stralcio e 2° lotto. Risultando anomala l'offerta presentata dall'odierna ricorrente, la Commissione aggiudicatrice richiedeva le giustificazioni e, ritenute le stesse inidonee ad attestare la congruità dell'offerta economica, la stessa veniva esclusa dalla gara, con provvedimento gravato in sede di ricorso iniziale. Con duplici motivi aggiunti venivano poi impugnati gli atti di riapertura della verifica dell'anomalia in contraddittorio ed il suo esito nuovamente sfavorevole per l'odierna ricorrente. Si è costruita la s.c.p.a. C.A.A.N., eccettuando il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e contestando nel merito la fondatezza del ricorso.

2. Appare preliminare ed assorbente la questione di giurisdizione, sollevata dalla parte resistente.

2.1. Deve innanzi tutto precisarsi che, proprio con specifico riferimento alla natura giuridica dell'odierna resistente, si è puntualmente e perentoriamente pronunciata la Cassazione a Sezione Unite in sede di regolamento preventivo di giurisdizione (Cassazione, SS.UU., sentenza n. 107 del 2 marzo 1999), precisando, per un verso, che le società consortili costituite per la costruzione e la gestione dei centri agro alimentari di interesse regionale o provinciale, a norma dell'art. 11 comma 16 della L. 18 febbraio 1986, n. 41, sono persone giuridiche di diritto privato, pur in presenza della partecipazione maggioritaria di capitale pubblico, ovvero della erogazione di contributi pubblici. Per la verità, nella funzione, nella struttura, nelle attività e nelle vicende di queste società non è ravvisabile alcun connotato pubblicistico, che valga a differenziarle da qualsiasi altro società o

impresa privata, che soddisfi "interessi aventi carattere industriale o commerciale". Né appare rilevante la erogazione di contributi pubblici. Invero, la costruzione del centro agro alimentare - sia per la titolarità del bene costruito (spettante ad un soggetto di diritto privato qual è la società consortile), sia per il difetto assoluto di ogni possibile configurazione di un qualsiasi diritto di uso pubblico sul bene stesso - non può qualificarsi come opera pubblica, la cui realizzazione possa costituire oggetto di concessione o di altro atto di conferimento di poteri pubblicistici (in relazione all'esercizio dei quali possa profilarsi la giurisdizione del giudice amministrativo) (Cass., Sez. Un., 22 giugno 1994, n. 5973). Per altro verso, le SS.UU. della Cassazione hanno ulteriormente chiarito che, appurato essere la committente dell'appalto una società consortile per azioni, composta da enti pubblici territoriali, da istituzioni creditizie, nonché da associazioni di diritto privato, segue che la società opera come persona giuridica privata, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con gli enti pubblici che partecipano al capitale sociale. Di la conclusione per cui sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie promosse nei confronti della società dai terzi interessati a partecipare a gare di appalto, indette per la costruzione e la gestione dei centri agro alimentari di interesse regionale o provinciale (in tema: Cass., Sez. Un., 5 marzo 1996, n. 1726; Cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989).

2.2. Tali argomentazioni sono senz'altro condivise dal Collegio, anche alla luce di una duplice concorrente serie di considerazioni attinenti alla irrilevanza nel caso di specie sia del richiamo, sul versante soggettivo, alla particolare categoria giuridica dell'"organismo di diritto pubblico"; sia in relazione, sul versante oggettivo, alle previsioni di cui all'art. 33, comma 2, lettera e) del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e dell'art. 6 della L. n. 205/2000.

2.2.1. Quanto al primo aspetto, deve innanzi tutto essere rammentato che la stessa pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, sia pure in relazione alla disciplina degli appalti di pubblico servizio - dopo aver precisato che la società consortile non possa classificarsi tra le amministrazioni dello Stato e tra gli enti pubblici territoriali; che non possa considerarsi neppure come ente pubblico non economico, per difetto di attribuzione dei compiti pubblici e, in particolare, per la mancanza di norme speciali, che la riguardino: ovverosia, per l'assenza dei riferimenti di diritto positivo, in conformità con il principio di legalità che informa la materia - conclude nel senso che la società consortile non può ricomprendersi neppure tra gli organismi di diritto pubblico, i quali costituiscono l'unica figura soggettiva in cui potrebbe inserirsi, stante la tipicità degli enti specificamente menzionati dall'art. 2 comma 1 cit. Alla società difetta, invero, il primo e il più importante dei caratteri, che deve possedere l'organismo di diritto pubblico: vale a dire il fine pubblico, come viene definito dall'art. 1, lett. b) comma 2, primo alinea, della Direttiva 92-50 CEE, che fa riferimento ad un organismo "istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale". Trattasi di conclusioni che mantengono la loro piena validità anche con riferimento al settore degli appalti di lavori pubblici in relazione ai quali la normativa di riferimento considera ente pubblico qualsiasi organismo, dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale e la cui attività goda in misura maggioritaria di finanziamenti pubblici ovvero la cui gestione è sottoposta al controllo dei soggetti parimenti pubblici.

Si tratta di un nozione che viene, significativamente, ripresa e condotta a sistema dal nuovo codice dei contratti pubblici (art.3, comma 26, D. lgs n. 163/2006), il quale, accanto al dato giuridico-formale del possesso della personalità giuridica (anche in forma societaria) ribadisce il duplice requisito della funzionalizzazione dell'attività in vista del perseguimento di finalità di interesse collettivo (istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale) e dell'assoggettamento, in senso lato, a controlli pubblici (attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui

organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico)

Quanto al secondo profilo, neppure può sostenersi che, pur prescindendosi dalle definizioni di "amministrazione aggiudicatrice" della normativa interna e comunitaria, possa venire in rilievo la circostanza secondo cui l'odierna resistente avrebbe mostrato essa stessa di considerarsi tenuta alle procedure di "evidenza pubblica" indicando una gara secondo lo schema normativo dei contratti pubblici.

In disparte la questione della integralità del rinvio a siffatto schema (ciò che peraltro refluisce sulla stessa ammissibilità e fondatezza delle censure di cui al ricorso), va comunque osservato che, se pure il C.A.A.N. si fosse autolimitato scegliendo spontaneamente di applicare la normativa dell' "evidenza pubblica", ciò non basterebbe a rendere applicabile le previsioni di giurisdizione amministrativa esclusiva di cui al d. lgs. n. 80/98 ed alla l. 205/2000, giacché esso si riferisce ai "soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale", e non ai soggetti che applichino quelle norme pur senza esservi tenuti.

3. In conclusione, il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

4. La complessità delle questioni giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, VIII Sezione di Napoli definitivamente pronunciando sul ricorso n. 461/06, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

Così deciso in Napoli, in camera di consiglio, il 15 gennaio 2007.

Evasio SPERANZA - Presidente.

Carlo BUONAURO - relatore/estensore