

## **Sulla giurisdizione del giudice amministrativo avverso la scelta da parte di un' Azienda u.s.l di procedere alla scelta del privato contraente mediante svolgimento di una gara.**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La procedimentalizzazione dell'attività di scelta del privato contraente giustifica l'affermazione di un avvenuto esercizio di poteri discrezionali, e perciò autoritativi di un ente con personalità giuridica pubblica: affermata quindi la sindacabilità di tali poteri, da parte del giudice amministrativo ( e non di quello civile), a tutela, per i soggetti sui quali essi incidono, di situazioni soggettive di interesse legittimo, alle quali è assicurata tutela dall'art. 113 Cost.

Sulla giurisdizione del giudice amministrativo, merita di essere segnalato il Consiglio di Stato con la decisione numero 3261 del 29 maggio 2006:

<D'altra parte, l'Azienda u.s.l. resistente, che ha personalità giuridica pubblica, ha proceduto alla scelta del privato contraente mediante svolgimento di una gara.

Ha, in altri termini, dato luogo alla selezione delle imprese, che avevano espresso la loro disponibilità a stipulare il contratto ed avevano prodotto la loro offerta, avvalendosi dei suoi poteri discrezionali di scelta. Questi poteri, in capo ad un ente pubblico, hanno natura autoritativa, perché assegnati per la cura di

interessi sovraordinati o pubblici. In capo ad un soggetto privato sono, invece, diritti riconducibili alla sua sfera di autonomia, vale a dire alla facoltà, riconosciuta dall'ordinamento, di dare un assetto ai propri interessi, potendo produrre effetto su paritarie posizioni di altri soggetti, ma senza che, di norma, essi assumano rilievo per la collettività.

La nota conseguenza dell'esercizio di poteri autoritativi è quella della loro sindacabilità, da parte del giudice amministrativo, a tutela, per i soggetti sui quali essi incidono, di situazioni soggettive di interesse legittimo, alle quali è assicurata tutela dall'art. 113 Cost.

In conclusione, l'inesistenza dell'atto di organizzazione "aziendale" non comporta la riconducibilità sotto le regole del diritto privato della gara esperita e rende non rilevanti, per la specifica selezione svolta, le norme esaminate dell'art. 3 d. lgs. 502 del 1992. La procedimentalizzazione dell'attività di scelta del privato contraente, a sua volta, giustifica l'affermazione di un avvenuto esercizio di poteri discrezionali, e perciò autoritativi, della A.u.s.l. sul corretto svolgimento del quale può essere chiesto il sindacato del giudice amministrativo.>

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3261 del 29 maggio 2006

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 2020 del 2005, proposto dalla s.r.l. \*\*\*\*, rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e con loro elettivamente domiciliata presso lo studio dei medesimi, in Roma, via Quintino Sella n. 41,

contro

l'Azienda ospedaliera "Ospedale oncologico Regionale" di Rionero in Vulture, non costituita in appello,

e nei confronti

della s.r.l. \*\*\*\*, rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e con loro elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via Ugo Bassi, n. 3,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Basilicata, n. 733/2004, pubblicata il 30 ottobre 2004.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte sopra indicata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 21 giugno 2005, il consigliere \*\*\*\*\* ed uditi, altresì, gli avvocati S. Gotti per delega dell'avvocato \*\*\*\*\* e l'avvocato \*\*\*\*\* , come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. L'Azienda ospedaliera intimata ha indetto, con deliberazione dell'amministratore unico n. 29 del 27 gennaio 2004, una "gara a procedura aperta per l'affidamento di incarichi di sorveglianza fisica" nell'ospedale.

Alla gara ha partecipato, con presentazione dell'offerta per uno dei lotti, la società appellante. La scelta della commissione giudicatrice è però caduta sulla società controinteressata, avuto riguardo alla presenza di questa nella zona ed alla asserita dichiarazione della società ricorrente di non poter fornire prestazioni con frequenza mensile.

L'impresa esclusa ha perciò impugnato l'atto del 23 aprile 2004, con il quale, in approvazione degli atti della commissione, la gara è stata assegnata all'altra concorrente.

2. Il Tribunale amministrativo regionale ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Questo il percorso argomentativo seguito:

- l'appalto ha un valore inferiore a quello previsto dalla normativa comunitaria;

- per l'espresso disposto dell'art. 3, comma 1-ter, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, i "contratti di fornitura di beni o servizi", di tale valore, sono "appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato, indicate" in un "atto aziendale di diritto privato". In assenza di evidenza pubblica e di esercizio di potestà pubbliche, il primo giudice ha, conseguentemente, negato che si potesse ritenere sorta una situazione soggettiva di interesse legittimo in capo all'impresa concorrente;

- né la sorveglianza su determinate emissioni di apparecchi nell'ambito ospedaliero, che è l'oggetto dell'appalto, configura un servizio pubblico, né l'azienda è obbligata ad un procedimento di scelta che, per l'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205, ricondurrebbe la controversia nella cognizione del giudice amministrativo;

- infine, la mancanza dell'atto aziendale di diritto privato non può incidere, secondo il T.A.R., sulla giurisdizione, "dato che il riparto di quest'ultima discende esclusivamente e direttamente dalla legge, ai sensi dell'art. 25 della Costituzione".

3. La società interessata ha proposto appello, sostenendo, in primo luogo, che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. Ripete, quindi, le censure dedotte avverso la mancata aggiudicazione in suo favore.

La società controparte eccepisce l'inammissibilità del ricorso in appello, perché proposto oltre il termine perentorio di centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza impugnata. Propone altresì ulteriori eccezioni relative alla giurisdizione ed al merito della domanda proposta col ricorso introduttivo. Sostiene, infine, l'infondatezza, nel merito, dello stesso ricorso.



4. La tesi della sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla specifica controversia va accolta.

4.1. In primo luogo, va disattesa l'eccezione di proposizione tardiva dell'appello, dedotta con riguardo al termine ridotto di centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza, stabilito nel comma 7 dell'art. 23-bis della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della l. 21 luglio 2000, n. 205).

Il termine in questione è fissato per i giudizi di cui al comma 1 dell'art. 23-bis: così testualmente dispone il citato comma 7. Ma, se il giudice adito ha stabilito di non avere giurisdizione sulla questione, è implicito, in questa statuizione, il diniego che si tratti di questione nella quale possa applicarsi l'art. 23-bis. Infatti, questa norma regola un rito speciale ed accelerato, per quanto possibile, da osservare in determinate controversie appartenenti alla cognizione del giudice amministrativo. Il diniego di giurisdizione comporta l'inapplicabilità delle norme sul rito speciale.

4.2. Per altro verso, raggiungendosi, come si farà di seguito, la diversa conclusione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, non si potrà, se non contraddittoriamente, imputare alla parte l'inosservanza delle regole dell'art. 23-bis. Invero, la stessa divergenza di definizione della specifica controversia, fra giudizio d'appello e giudizio di primo grado, giustifica la concessione dell'errore

scusabile.

È noto, infatti, che uno degli elementi individuati dalla giurisprudenza, come integranti un'ipotesi di consentita riammissione in termini, sia appunto quello della diversità di pronunzie giurisdizionali sulla specifica questione.

5. Per quel che riguarda il diverso risultato interpretativo circa la giurisdizione, va tenuto in considerazione:

5.1. che le norme del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, da applicare nel caso in esame, sono i commi 1-bis ed 1-ter dell'art. 3;

5.2. nel primo si afferma che le aziende, nelle quali sono costituite le unità sanitarie locali, hanno “personalità giuridica pubblica”;

5.3. e che, però, la loro organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati “con atto aziendale di diritto privato”;

5.4. nel comma 1-ter si stabilisce, poi, che “i contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia sono appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell’atto aziendale” di cui si è detto sub 5.3.

6. La formula della legge subordina, perciò, alla condizione che sia stato emanato il predetto “atto aziendale”, la regola che sono disciplinate dal diritto privato le attività preparatorie dei contratti, oltre che, ovviamente, quelle consistenti nella loro esecuzione.

Questa condizione, nel caso in esame, vale a dire per la A.u.s.l. intimata, non si è avverata, come ha riconosciuto lo stesso primo giudice.

7. D'altra parte, l'Azienda u.s.l. resistente, che ha personalità giuridica pubblica, ha proceduto alla scelta del privato contraente mediante svolgimento di una gara.

Ha, in altri termini, dato luogo alla selezione delle imprese, che avevano espresso la loro disponibilità a stipulare il contratto ed avevano prodotto la loro offerta, avvalendosi dei suoi poteri discrezionali di scelta. Questi poteri, in capo ad un ente pubblico, hanno natura autoritativa, perché assegnati per la cura di interessi sovraordinati o pubblici. In capo ad un soggetto privato sono, invece, diritti riconducibili alla sua sfera di autonomia, vale a dire alla facoltà, riconosciuta dall'ordinamento, di dare un assetto ai propri interessi, potendo produrre effetto su paritarie posizioni di altri soggetti, ma senza che, di norma, essi assumano rilievo per la collettività.

La nota conseguenza dell'esercizio di poteri autoritativi è quella della loro sindacabilità, da parte del giudice amministrativo, a tutela, per i soggetti sui quali essi incidono, di situazioni soggettive di interesse legittimo, alle quali è assicurata tutela dall'art. 113 Cost.

In conclusione, l'inesistenza dell'atto di organizzazione "aziendale" non comporta la riconducibilità sotto le regole del diritto privato della gara esperita e rende non rilevanti, per la specifica selezione svolta, le norme esaminate dell'art. 3 d. lgs. 502 del 1992. La procedimentalizzazione dell'attività di scelta del privato contraente, a sua volta, giustifica l'affermazione di un avvenuto esercizio di poteri discrezionali, e perciò autoritativi, della A.u.s.l. sul corretto svolgimento del quale può essere chiesto il sindacato del giudice amministrativo.

8. All'affermazione della giurisdizione, declinata dal Tribunale amministrativo regionale, segue l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio al primo giudice della controversia (Ad. plen. 8 novembre 1996, n. 23, e, fra le più recenti, IV Sez. 7 marzo 2005, n. 861).

9. Le spese saranno stabilite con la sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) accoglie l'appello n. 2020 del 2005 e, per l'effetto, rinvia il giudizio al Tribunale amministrativo regionale della Basilicata.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 21 giugno 2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 29 maggio 2006

<https://www.diritto.it/sulla-giurisdizione-del-giudice-amministrativo-avverso-la-scelta-da-parte-di-un-azienda-a-us-l-di-procedere-alla-scelta-del-privato-contrante-mediante-svolgimento-di-una-gara/>