

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28917-infine-non-deve-sottacersi-che-secondo-la-commissione-ue-anche-nei-casi-in-cui-non-trova-applicazione-la-direttiva-sugli-appalti-di-servizi>

Autore: Lazzini Sonia

Infine, non deve sottacersi che, secondo la Commissione UE, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi

C.St. 05.02.2002 n. 934

Infine, non deve sottacersi che, secondo la Commissione UE, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nel caso delle concessioni di pubblici servizi) la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. Si impone così una scelta fatta con criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (v. i progetti di comunicazione interpretativa della Commissione del 24.2.1999 e del 12.4.2000; v. anche, per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, C-324/98).

Questo richiamo agli orientamenti degli organi UE consente di puntualizzare due dati: che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti; che i sistemi di scelta del contraente ispirati alla par condicio presentano sempre i medesimi requisiti strutturali e richiedono, sul fronte del contenzioso, le medesime tecniche di indagine e giudizio

La società appaltante, non solo nella veste attuale (di società per azioni “mista”, affidataria della gestione di un pubblico servizio), ma anche nella veste assunta al tempo (ente pubblico economico) in cui erano stati compiuti gli atti impugnati in primo grado, era comunque compresa tra i soggetti tenuti ad applicare le norme comunitarie sui pubblici appalti e, tra di esse, le disposizioni sull'evidenza pubblica, appartenendo sia alla figura generale dell'amministrazione aggiudicatrice sia a quella dell'organismo di diritto pubblico.

Quando la procedura di gara è indetta con le regole dell'evidenza pubblica da un soggetto che opera nell'erogazione di servizi pubblici e che è tenuto, in generale, al rispetto di siffatte regole, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste anche se non vi era, in concreto, il vincolo comunitario ad utilizzare l'evidenza pubblica in quello specifico caso.

La giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure di aggiudicazione dei pubblici appalti condotte con il metodo dell'evidenza pubblica ha così assunto i tratti della giurisdizione esclusiva, senza la sottile distinzione relativa ai pubblici servizi.

Si è osservato che la vigenza del regime dell'evidenza pubblica, lungi dall'essere neutrale rispetto alla qualificazione del rapporto, incide profondamente sulla posizione dell'ente aggiudicatore, sugli obiettivi da questi perseguiti e sulle posizioni soggettive dei partecipanti alla gara. _Le finalità della procedura, in coerenza con gli scopi del legislatore comunitario, sono dunque di immediato rilievo pubblicistico: per tutte basti richiamare l'esigenza di un utilizzo corretto ed imparziale del denaro pubblico e la tutela della libera concorrenza negli assetti di mercato. Per altro verso, la conduzione della gara e la scelta dell'aggiudicatario comportano l'attuazione di un potere di matrice autoritativa, con l'attitudine ad incidere sulla posizione dei partecipanti. Costoro, infine, sono garantiti proprio grazie all'applicazione di un modulo procedimentale pubblicistico, improntato alla tutela della par condicio.

In una recente decisione questo Consiglio ha esteso la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica di importo inferiore alla soglia comunitaria espletate da una società avente i caratteri sostanziali dell'organismo di diritto pubblico (è la decisione della Sezione VI, 2 marzo 2001, n.1206, relativa a Poste Italiane s.p.a.)._ Il ragionamento seguito, in questo

caso, è stato di valorizzare i caratteri strutturali dell'ente appaltante, per inferirne, a dispetto della veste formale privatistica, la sua natura giuridica pubblica: la rilevanza sostanziale dell'interesse pubblico avrebbe avuto come conseguenza la qualificazione della società in termini parimenti pubblicistici, in coerenza con la nota formula della "privatizzazione formale e non sostanziale". Si è, dunque, tendenzialmente ribaltato il quadro logico utilizzato negli ultimi arresti del giudice amministrativo: non si è trattenuta la giurisdizione qualificando l'attività, dal punto di vista oggettivo, come attività di diritto amministrativo, a prescindere dalla veste formale dell'ente; ma si sono prese le mosse dai connotati soggettivi dell'ente, al fine di dedurre la natura di ente pubblico e di descrivere poi l'atto compiuto in termini di atto amministrativo.

Ritiene il collegio che la presente controversia, ancorché inerente un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria, sia compresa tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art.33, lettera d), del d. lgs. n.80 del 1998, come novellato dall'art.7 della legge n.205 del 2000.

L'art.6, comma 1, della legge n.205 del 2000, che ha assorbito nelle materie di giurisdizione esclusiva le procedure di affidamento di appalti pubblici, si riferisce ai soggetti, comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, o nazionale o regionale, sull'evidenza pubblica. L'art.33, lettera d), si riferisce alle procedure svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione della detta normativa.

La differenza concerne quel richiamo, presente nel primo caso ed assente nel secondo, al fatto che si debba trattare di soggetto tenuto all'evidenza pubblica nella scelta del contraente o del socio e, pertanto, parrebbe potersi leggere, di soggetto a ciò tenuto nella concreta scelta di quel contraente e di quel socio. Ciò posto, l'omissione nella lettera d) dell'art.33 può avere il significato di un ampliamento della giurisdizione esclusiva a quelle procedure promosse da un soggetto, erogatore di servizi pubblici, che, pur non essendo tenuto a rispettare l'evidenza pubblica per la scelta di quel dato contraente, nondimeno è compreso in linea generale tra i soggetti a ciò comunque tenuti ed ha voluto effettivamente osservare l'evidenza pubblica in tale caso specifico, pur senza esservi obbligato..

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 934 del 5 febbraio 2002, emessa dal Consiglio di Stato



N. 934/2002

Reg. Dec.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

N. 623 Reg. Ric.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno 1993

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha

pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso nr.623/1993, proposto da **Consiglio Nazionale dei Chimici**, in

persona del legale rappresentante *pro-tempore*,

Ordine dei Chimici di Trento, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Paolo De Caterini, elettivamente domiciliati in Roma, via N. Tartaglia, n.5, presso lo studio di quest'ultimo;

CONTRO

la **Azienda elettrica Consorziale delle Città di Bolzano e Merano**, (oggi Azienda energetica s.p.a. Etschwerke), in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi e Stefano Paltrinieri, elettivamente domiciliata in Roma, via F. Confalonieri, n.5, presso lo studio del primo;

E NEI CONFRONTI

di **Sea Marconi Technologies s.a.s.**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, non costituita;

per la riforma

della sentenza n.161/1992 del T.R.G.A. del Trentino Alto Adige, sede di Bolzano, del 20 luglio 1992.

Visto il ricorso d'appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

All'udienza pubblica del 6 novembre 2001, relatore il consigliere Fabio Cintioli, uditi l'avv.to De Caterini per l'appellante; l'avv.to Di Mattia su delega avv.to Manzi e l'avv.to Paltrinieri per la parte appellata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto

1. Con il ricorso di primo grado gli odierni appellanti hanno impugnato l'aggiudicazione disposta dall'Azienda elettrica consorziale di Bolzano e Merano in favore della SEA Marconi Technologies s.a.s. dell'appalto di servizi relativo all'esecuzione di una serie di analisi chimiche sugli oli di raffreddamento dei trasformatori per la produzione di energia elettrica, appalto condotto col metodo della licitazione privata.

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

3. Hanno proposto appello il Consiglio Nazionale dei Chimici e l'Ordine professionale dei chimici di Trento, col quale hanno, anzitutto, censurato la sentenza di prime cure nella parte in cui ha ritenuto che la controversia non appartenesse alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si è costituita l'amministrazione, che ha chiesto il rigetto del ricorso e la conferma della sentenza del T.R.G.A. di Bolzano.

4. L'effetto del gravame proposto dall'odierno ricorrente è quello di indurre il collegio a pronunciarsi sulla giurisdizione del giudice amministrativo.

Il T.R.G.A. ha declinato la propria giurisdizione, sicché, se il giudice d'appello si orientasse diversamente, affermando la giurisdizione del giudice amministrativo, dovrebbe annullare la sentenza di primo grado, con rinvio al primo giudice per la relativa cognizione nel merito, ai sensi dell'art.35 della legge 6.12.1971, n.1034 (v., *ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. Plen., 8 novembre 1996, n.23; Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 1999, n.327).

Qualora, invece, questa Sezione finisse per condividere la decisione di primo grado, l'accesso all'esame del merito sarebbe comunque precluso dal confermato difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

5. La controversia concerne l'impugnazione degli atti relativi all'aggiudicazione di un pubblico appalto di servizi, avente ad oggetto l'esecuzione di analisi chimiche sull'olio di raffreddamento di trasformatori elettrici, espletato con le regole sull'evidenza pubblica e, segnatamente, con il modello della licitazione privata.

L'appalto è stato bandito ed aggiudicato dall'Azienda elettrica consorziale di Bolzano e Merano, la quale, dopo l'insorgere del contenzioso, si è trasformata dapprima in consorzio (Azienda energetica consorziale Etschwerke) e poi in società per azioni, ai sensi dell'art.17, comma 51 e ss., della legge n.127 del 1997 (Azienda energetica s.p.a. Etschwerke).

Nella sua forma originaria, l'odierna appellata era un ente pubblico economico, affidatario della gestione di un pubblico servizio (il servizio di erogazione dell'energia elettrica), appartenente al tipo delle aziende speciali (ex municipalizzate). Oggi assume la veste di società per azioni "mista", affidataria della gestione di un pubblico servizio.

L'appalto era di importo inferiore a quello previsto dalla disciplina comunitaria, nelle more sopravvenuta, come condizione per la sua obbligatoria applicazione nei confronti degli Stati membri (direttiva CEE 92/50, recepita dal d. lgs. n.157 del 1995).

La società appaltante, non solo nella veste attuale, ma anche nella veste assunta al tempo in cui erano stati compiuti gli atti impugnati in primo grado, era comunque compresa tra i soggetti tenuti ad applicare le norme comunitarie

sui pubblici appalti e, tra di esse, le disposizioni sull'evidenza pubblica, appartenendo sia alla figura generale dell'amministrazione aggiudicatrice sia a quella dell'organismo di diritto pubblico. Gli elementi acquisiti agli atti e, soprattutto, l'assenza di contrarie e puntuali deduzioni dell'appellata, confermano queste considerazioni.

Il primo nodo da sciogliere riguarda la rilevanza, in punto di giurisdizione, delle norme sopravvenute dopo l'emanazione della sentenza di primo grado.

Il Tribunale ha, invero, dichiarato il proprio difetto di giurisdizione uniformandosi alla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione del tempo, secondo la quale le procedure di gara espletate dagli enti pubblici economici operanti con strumenti e con "capacità" di diritto privato sono rimesse alla cognizione del giudice ordinario. Si riteneva decisiva la qualificazione privatistica degli atti compiuti dall'ente, allo scopo di negare che le posizioni soggettive dei partecipanti alla gara e di quanti avessero interesse a contestarne lo svolgimento o gli esiti appartenessero alla categoria dell'interesse legittimo.

Si sarebbe trattato, dunque, di diritti soggettivi puri, non potendo l'attività di diritto privato assumere l'effetto degradatorio, che consegue solo all'esercizio di potestà pubblicistiche. E ciò nonostante il modello dell'azione, attuata con l'evidenza pubblica, fosse identico a quello che, in altri settori, contraddistingue l'attività amministrativa, confrontandosi con posizioni di interesse legittimo.

In Tribunale, in particolare, ha ricordato che l'unica eccezione capace di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo è quella degli "atti di organizzazione", tra i quali non ha ritenuto di assorbire i provvedimenti impugnati davanti a sé. E tale conclusione è condivisa da questo Consiglio.

6. Le sopravvenienze normative, tutte risalenti agli ultimi tre anni, sono ben note.

Il legislatore ha seguito una nuova strada per segnare il riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa ed ha sovrapposto al tradizionale criterio imperniato sulla distinzione della posizione soggettiva tutelata (diritto soggettivo-interesse legittimo) il nuovo criterio del riparto mediante separazione di blocchi di materie. Da una parte, al giudice ordinario è stata affidata la giurisdizione sul pubblico impiego, nelle more oggetto della ben nota svolta verso la contrattualizzazione e la privatizzazione, e, dall'altra parte, al giudice amministrativo è stata assegnata una nuova giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi e di urbanistica ed edilizia (artt.33 e 34 del d. lgs. n.80 del 1998).

Questa innovazione ha interessato anche il settore dei pubblici appalti, che, tra l'altro, proprio pochi anni prima delle predette modifiche normative aveva offerto lo spunto per interpretazioni opposte della Suprema Corte di Cassazione e di questo Consiglio di Stato quanto alla giurisdizione sulle procedure di gara ad evidenza pubblica condotte da enti aventi struttura societaria di diritto privato, ma caratterizzati comunque in senso pubblicistico sia sul piano soggettivo che sul piano oggettivo-teleologico. Ma di ciò si dirà tra breve.

L'innovazione era quella prevista dall'art.33, lettera e), del d. lgs. n.80 del 1998, originaria stesura, secondo cui tra le controversie sui pubblici servizi oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo vi sono quelle aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale.

Sull'effettivo ambito applicativo di questa disposizione si aprì prontamente

la discussione tra pratici e teorici.

Alcuni hanno sostenuto che essa trovasse applicazione solo nelle controversie in materia di pubblici servizi e, per ciò che riguarda la predetta lettera e), solo nelle procedure di affidamento di appalti espletate da un soggetto che interviene nell'erogazione di un servizio pubblico. Altri, all'opposto, estendevano la giurisdizione esclusiva anche al di fuori di questa tipologia, traendo argomento soprattutto dalla contestuale abrogazione, disposta dall'art.35 del d. lgs. n.80 del 1998, dell'art. 13 della legge n.142 del 1992, che, sua volta, aveva sancito il diritto ad ottenere il risarcimento del danno nei confronti di illegittimità commesse in tutte le tipologie di appalto pubblico, sia quelle collocate nell'ambito di un sistema di erogazione di pubblici servizi, sia quelle ad esso estranee.

Questa seconda interpretazione, in verità, oltre che in contrasto col tenore letterale della norma dell'art.33, apriva il dubbio della sua incostituzionalità per eccesso di delega, considerati i limiti stabiliti dall'art.11, lettera g), della legge 15.2.1997, n.59 (dubbio che, oltretutto, da questo stesso Consiglio era ritenuto, sia *pure incidenter tantum*, non manifestamente infondato: v. Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2000, n.2078; Id., 7 giugno 1999, n.295).

La Corte Costituzionale ha però dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art.33, per eccesso di delega (Corte Cost., 17 luglio 2000, n.205).

La breccia inferta dall'intervento del giudice delle leggi nel nuovo sistema di riparto per blocchi di materie è stata, però, tempestivamente rimossa dal legislatore, con la legge 21.7.2000, n.205, entrata in vigore il 10.8.2000.

L'art.7 ha riproposto, con alcune limitate modifiche, l'art.33 del d. lgs. n.80 del 1998, ribadendo, alla lettera d), la giurisdizione esclusiva del giudice

amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale. L'art.6 della legge n.205, con il chiaro intento di dirimere le perplessità insorte sulla portata dell'originaria lettera e) dell'art.33 del d. lgs. n.80 del 1998, ha altresì stabilito quanto segue: *“sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte 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”*.

La giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure di aggiudicazione dei pubblici appalti condotte con il metodo dell'evidenza pubblica ha così assunto i tratti della giurisdizione esclusiva, senza la sottile distinzione relativa ai pubblici servizi.

7. Il primo quesito, poc'anzi posto, concerne l'applicabilità al caso in esame *ratione temporis* degli artt.33 del d. lgs. n.80 del 1998, nel testo novellato, e 6 della legge n.205 del 2000.

Al quesito deve risponderci positivamente.

La lettura dell'art.5 del c.p.c. parrebbe indurre a ben diversa conclusione, dal momento che la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda e non hanno rilevanza rispetto ad essa i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo.

Tuttavia, è preferibile affermare il principio, operante ormai come “diritto vivente”, secondo cui, pur in costanza del predetto art.5 c.p.c., il giudizio, per ragioni di economia e di accelerazione processuale, continua davanti al giudice adito non solo quando questo cessi di essere competente per il mutato quadro normativo o di fatto, ma anche nel caso in cui il giudice cui la parte si sia rivolta, sebbene originariamente incompetente, sia divenuto competente per una sopravvenuta modifica legislativa (v., *ex plurimis*, Corte Cost., ordd. n.134 e n.490 del 2000; Cass., sez. un., 10 agosto 1999, n.580; Cons. Stato, sez. V, ord. 28 settembre 2000, n.4822; Cons. stato, sez. VI, 27 marzo 2001, n.1807).

Questo principio, pur se obiettivamente valica i margini dell'interpretazione letterale dell'art. 5, si impone per le descritte esigenze di funzionalità del processo, che altrimenti dovrebbe paradossalmente interrompersi presso il giudice adito per difetto di giurisdizione, per poi essere subito dopo instaurato davanti al giudice del medesimo ordine. Si impone, altresì, per la costante necessità di interpretare le norme in armonia con la Costituzione, nei limiti del possibile, atteso che la soluzione qui disattesa sarebbe in stridente contrasto col principio della *ragionevole durata del processo* posto all'articolo 111 novellato.

Né depone in senso contrario un recente orientamento della Corte di Cassazione, che, pur sciogliendo i dubbi di diritto intertemporale generati dalla descritta successione di leggi e di sentenze a beneficio della giurisdizione del giudice ordinario, si è pronunciato in un caso molto diverso da quello qui esaminato: si trattava, invero, di una causa in principio promossa davanti al giudice ordinario e non davanti al giudice amministrativo, divenuto nelle more competente, sicché l'art.5 c.p.c. poteva applicarsi senza perplessità di sorta (v. Cass., sez. un., 21 marzo 2001, n.127).

La questione di giurisdizione, dunque, deve risolversi mediante l'applicazione delle nuove norme alla fattispecie così come è stata descritta: aggiudicazione di pubblico appalto, inferiore alla soglia comunitaria, da parte di un'azienda speciale affidataria della gestione di un servizio pubblico ed avente la veste soggettiva di amministrazione aggiudicatrice (od organismo di diritto pubblico) richieste dalla normativa comunitaria sugli appalti.

8. Per ragioni di completezza e per poter meglio inquadrare il caso è opportuno richiamare le perplessità che, ancor prima dei mutamenti di diritto positivo, si sono registrate in giurisprudenza circa l'individuazione della giurisdizione competente a provvedere sulle controversie relative alle procedure ad evidenza pubblica espletate da soggetti non aventi veste formale pubblica.

La tesi che affermava la giurisdizione del giudice ordinario ogniqualvolta fosse impugnato, nell'ambito della procedura di affidamento di un appalto, un atto compiuto da un soggetto privato (nella specie, una società di capitali) è stata in più occasioni sostenuta dalla Corte di Cassazione. Essa ha posto l'accento sulla natura privata del committente e sulla carenza di poteri pubblicistici in senso classico, ammettendo l'unica eccezione degli atti compiuti dal privato che agisce in virtù di un provvedimento di concessione, cui si è adattata la nozione di "organo indiretto" dell'amministrazione (v., *ex plurimis*, Cass. sez. un., 6 maggio 1995, n.4989 e n.4991; Id. 28 novembre 1996, n.10616; Id., 28 agosto 1998, n.8541; Id., 29 dicembre 1990, n.12221). A questo filone si uniformavano anche le sentenze che conservavano al giudice ordinario la giurisdizione sulle gare ad evidenza pubblica gestite da enti pubblici economici operanti con metodo imprenditoriale e con strumenti privatistici.

Questa tesi, tuttavia, è stata sottoposta a revisione critica sia da questo

Consiglio (v. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1999, n.295; Id., sez. VI, 28 ottobre 1998, n.1478), sia dalle più recenti pronunzie della stessa Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 5 febbraio 1999, n.24; Id. 13 febbraio 1999, n.64; Id., 12 giugno 1999, n.332).

L'argomento di fondo utilizzato da questo più recente orientamento è stato quello che fa capo alla normativa comunitaria, che, al fine di realizzare anche nel settore dei pubblici appalti gli obiettivi della libera circolazione dei beni, delle persone, dei servizi, nonché di salvaguardare la libera concorrenza, ha imposto l'applicazione del modello dell'evidenza pubblica ben oltre il tradizionale limite soggettivo dei contratti stipulati dagli enti pubblici.

Si è stabilito che la procedura di gara, con tutte le garanzie procedurali che la contraddistinguono, debba applicarsi, oltre che nei riguardi degli enti pubblici, anche nei confronti degli "organismi di diritto pubblico", elaborando una nozione che esorbita quella precedente di "amministrazione aggiudicatrice" ed abbraccia anche figure soggettive formalmente classificate come privatistiche (v., per tutti, gli artt. 1 della direttiva n.37 del 1993, in materia di appalto di lavori; 1 della direttiva n.50 del 1992, in tema di appalto di servizi). Tale nozione, oltretutto, è stata recepita anche dal legislatore interno (v. gli artt. 2 della legge n.109 del 1994 in tema di appalto di lavori, e 2 del d. lgs. n.157 del 1995 in tema di appalto di servizi).

Si è osservato che la vigenza del regime dell'evidenza pubblica, lungi dall'essere neutrale rispetto alla qualificazione del rapporto, incide profondamente sulla posizione dell'ente aggiudicatore, sugli obiettivi da questi perseguiti e sulle posizioni soggettive dei partecipanti alla gara.

Le finalità della procedura, in coerenza con gli scopi del legislatore

comunitario, sono dunque di immediato rilievo pubblicistico: per tutte basti richiamare l'esigenza di un utilizzo corretto ed imparziale del denaro pubblico e la tutela della libera concorrenza negli assetti di mercato. Per altro verso, la conduzione della gara e la scelta dell'aggiudicatario comportano l'attuazione di un potere di matrice autoritativa, con l'attitudine ad incidere sulla posizione dei partecipanti. Costoro, infine, sono garantiti proprio grazie all'applicazione di un modulo procedimentale pubblicistico, improntato alla tutela della *par condicio*.

Da questa ricostruzione si è fatto discendere l'ampliamento degli ambiti soggettivi ed oggettivi della nozione di atto amministrativo, che, riverberandosi anche sulle norme processuali, provoca la corrispondente estensione della giurisdizione del giudice amministrativo (i richiamati precedenti ritengono opportunamente rilevanti sul terreno processuale i riferimenti desunti dagli artt. 12 e 13 della legge 19.2.1992, n.142, quest'ultimo oggi abrogato dal d. lg.s n.80 del 1998; 30 del d. lgs. n.157 del 1995; 11, comma 1 della legge 19.12.1992, n.489; 31 bis della legge n.109 del 1994; nonché il dato, comunque particolarmente significativo, desunto dal citato art.33 del d. lgs. n.80 del 1998). Può richiamarsi, in particolare, una decisione, che ha posto in rilievo proprio la recente evoluzione della nozione classica di atto amministrativo, che ha conosciuto nel più recente periodo un significativo processo di "erosione", a favore di sistemi di gestione dell'attività amministrativa che, per un verso, si avvalgono di modelli convenzionali e/o di assetti normativi di spiccata origine privatistica e che, per altro verso, affidano vasti settori di azione a figure soggettive di indubbia matrice privatistica (v. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 1999, n.2046).

9. Era questo lo stato del dibattito quando è sopravvenuto dapprima l'art.33, lettera e), del d. lgs. n.80 del 1998, originario tenore, e successivamente gli artt. 6 e 7 della legge n.205 del 2000.

Oggi deve risponderci al quesito se la presente controversia sia o meno compresa tra quelle che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo per effetto degli artt.33, lettera d), nel testo attuale, del d. lgs. n.80 del 1998, o dell'art.6, comma 1, della legge n.205 del 2000.

Il dato più importante, che deve guidare l'indagine dell'interprete, concerne il fatto che l'appalto *de quo* è "sottosoglia" e, dunque, non rientra tra quelli per i quali la procedura ad evidenza pubblica è imposta dalla normativa comunitaria di settore. E', questo, un serio ostacolo all'applicazione delle predette disposizioni, che entrambe si riferiscono a gare indette da soggetti "*comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria*". Se esso non fosse superato, non resterebbe che riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario, nonostante i mutamenti sopravvenuti.

In una recente decisione questo Consiglio ha esteso la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica di importo inferiore alla soglia comunitaria espletate da una società avente i caratteri sostanziali dell'organismo di diritto pubblico (è la decisione della Sezione VI, 2 marzo 2001, n.1206, relativa a Poste Italiane s.p.a.).

Il ragionamento seguito, in questo caso, è stato di valorizzare i caratteri strutturali dell'ente appaltante, per inferirne, a dispetto della veste formale privatistica, la sua natura giuridica pubblica: la rilevanza sostanziale dell'interesse pubblico avrebbe avuto come conseguenza la qualificazione della società in termini parimenti pubblicistici, in coerenza con la nota formula della

“privatizzazione formale e non sostanziale”. Si è, dunque, tendenzialmente ribaltato il quadro logico utilizzato negli ultimi arresti del giudice amministrativo: non si è trattenuta la giurisdizione qualificando l’attività, dal punto di vista oggettivo, come attività di diritto amministrativo, a prescindere dalla veste formale dell’ente; ma si sono prese le mosse dai connotati soggettivi dell’ente, al fine di dedurre la natura di ente pubblico e di descrivere poi l’atto compiuto in termini di atto amministrativo.

Questo metodo, quale che sia il giudizio sul suo fondamento, non è utilizzabile allo stesso modo nel caso di specie, poiché non può dubitarsi che un’azienda speciale affidataria del servizio locale sia un ente pubblico; solo che si tratta di ente pubblico economico, la cui attività, essenzialmente privatistica, è stata in passato attratta nell’orbita della giurisdizione del giudice ordinario. In breve, la qualità pubblica del soggetto non è qui un elemento rilevante in punto di giurisdizione e, soprattutto, non è un elemento che consente di giudicare correttamente la rilevanza delle norme sopravvenute in tema di giurisdizione.

10. L’aspetto più importante, invero, non è dato dalla natura giuridica dell’ente, ma dalla scelta del legislatore di ripartire la giurisdizione per blocchi di materie e di comprendere tra quelle devoluti al giudice amministrativo le controversie insorte nelle procedure ad evidenza pubblica. La chiave di interpretazione del sistema guarda indubbiamente agli aspetti oggettivi della controversia e si sostanzia nella ricerca della “materia” devoluta al giudice.

Questa ricerca dev’essere effettuata in sintonia con la *ratio* della legge, che, nel conferire al giudice amministrativo determinate controversie, ha inteso individuare solo quelle ipotesi nelle quali fosse presente in maniera peculiare il pubblico interesse e fosse coinvolta l’azione amministrativa. E nelle quali si

rivelasse particolarmente adeguata la tecnica di controllo ampiamente sperimentata da tale giudice. Ciò, invero, giustifica la devoluzione della materia al giudice speciale, seleziona in misura corretta il numero delle controversie effettivamente passate al vaglio del giudice amministrativo e sgombra il campo da ogni sospetto di irragionevolezza della scelta.

11. La questione da risolvere è nuova, non essendovi indicazioni da parte del giudice della giurisdizione.

Ritiene il collegio che la presente controversia, ancorché inerente un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria, sia compresa tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art.33, lettera d), del d. lgs. n.80 del 1998, come novellato dall'art.7 della legge n.205 del 2000.

Il primo argomento a sostegno di questa conclusione è quello letterale.

L'art.6, comma 1, della legge n.205 del 2000, che ha assorbito nelle materie di giurisdizione esclusiva le procedure di affidamento di appalti pubblici, si riferisce ai soggetti, *comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio*, all'applicazione della normativa comunitaria, o nazionale o regionale, sull'evidenza pubblica. L'art.33, lettera d), si riferisce alle procedure svolte da soggetti *comunque tenuti* all'applicazione della detta normativa.

La differenza concerne quel richiamo, presente nel primo caso ed assente nel secondo, al fatto che si debba trattare di soggetto tenuto all'evidenza pubblica nella scelta del contraente o del socio e, pertanto, parrebbe potersi leggere, di soggetto a ciò tenuto nella *concreta scelta di quel contraente e di quel socio*. Ciò posto, l'omissione nella lettera d) dell'art.33 può avere il significato di un ampliamento della giurisdizione esclusiva a quelle procedure promosse da un soggetto, erogatore di servizi pubblici, che, pur non essendo tenuto a rispettare

l'evidenza pubblica per la scelta di *quel dato* contraente, nondimeno è compreso in linea generale tra i soggetti a ciò *comunque tenuti* ed ha voluto effettivamente osservare l'evidenza pubblica in tale caso specifico, pur senza esservi obbligato.

In breve, quando la procedura di gara è indetta con le regole dell'evidenza pubblica da un soggetto che opera nell'erogazione di servizi pubblici e che è tenuto, in generale, al rispetto di siffatte regole, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste anche se non vi era, in concreto, il vincolo comunitario ad utilizzare l'evidenza pubblica in quello specifico caso.

Questa interpretazione valorizza un dato testuale che acquista peso per il fatto che la legge di riforma non si è limitata a riproporre *tout court* nel testo originario l'art.33 del d. lgs. n.80 del 1998, ma vi ha introdotto alcune innovazioni. Ed esse hanno talora chiaro segno restrittivo dell'ambito di cognizione del giudice amministrativo: ad esempio, al comma 1, la precisazione che sono comprese solo le controversie afferenti *la vigilanza sul credito* e non direttamente *il credito*; al comma 2, l'eliminazione dell'originaria lettera c), inerente le controversie tra amministrazione e soci e quelle sulla scelta dei soci.

Sicché la segnalata diversità di tenore tra art.33, lettera d), ed art.6, comma 1, non può dirsi del tutto occasionale ed inconsapevole, dovendo partirsi dal presupposto che essa abbia un significato precettivo. Se un significato razionale a tale differenza può essere attribuito (ed è ciò che si dimostrerà tra breve), esso dev'essere avallato dall'interprete, con preferenza rispetto al riconoscimento di un mero difetto di coordinamento.

12. Questa lettura "estensiva" dell'art.33 è tutt'altro che irragionevole.

In primo luogo, essa è coerente con l'esigenza di offrire un quadro razionale del nuovo sistema di riparto della giurisdizione per blocchi di materie, che, altrimenti,

dovrebbe tollerare che due controversie, identiche per soggetti ed oggetto e distinte solo per una minima differenza di valore, vadano l'una (quella di maggiore importo) al giudice amministrativo e l'altra (quella di minore importo) al giudice ordinario. Questo risultato sarebbe ben lontano dagli obiettivi di chiarezza e certezza del diritto che proprio le norme sulla giurisdizione esclusiva hanno da sempre inteso realizzare; fornirebbe inutili complicazioni anziché preziosi ausili ai pratici; ed infine costruirebbe una curiosa sovrapposizione della giurisdizione amministrativa, in termini di valore della controversia, a quella ordinaria, ovviamente del tutto irrazionale rispetto ai dettami dell'ordinamento.

13. La lettura estensiva dell'art.33, in secondo luogo, è coerente con la scelta di fondo di assegnare al giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi, perché si riferisce puntualmente ad una gara condotta da un ente che eroga proprio tali servizi, per ottenere prestazioni strumentali alla sua consueta attività.

Né può dirsi che si pervenga ad ingiustificati ampliamenti di questo "blocco di materie", perché la controversia in oggetto, lungi dall'esserne estranea, è strettamente connessa alla cura del pubblico interesse ed al compimento di atti che sono espressione di pubbliche funzioni e che si svolgono in un procedimento amministrativo. In breve, è un tipo di controversia nella quale emerge in primo piano un'attività "a regime amministrativo" e che può devolversi al giudice speciale senza temere di disattendere la *ratio* delle nuove norme sulla giurisdizione; *ratio* della quale si è già detto e che deve costituire una costante guida per l'interprete.

14. Infine, non deve sottacersi che, secondo la Commissione UE, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nel

caso delle concessioni di pubblici servizi) la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. Si impone così una scelta fatta con criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (v. i progetti di comunicazione interpretativa della Commissione del 24.2.1999 e del 12.4.2000; v. anche, per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, C-324/98).

E' pur vero che queste affermazioni sono state rese con riferimento alla concessione di servizi pubblici, che è figura ben diversa dall'appalto di servizi, anche se commesso da un soggetto che utilizzerà la prestazione per erogare, a sua volta, un servizio pubblico. Ma esse hanno una portata generale e possono adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Del resto, è utile ricordare che la tradizione dell'ordinamento interno è sempre stata quella di favorire la libera scelta del concessionario, introducendo ampie deroghe al regime dell'evidenza pubblica, e di considerare con maggior rigore, all'opposto, proprio la scelta del contraente appaltatore.

Questo richiamo agli orientamenti degli organi UE consente di puntualizzare due dati: che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti; che i sistemi di scelta del contraente ispirati alla *par condicio* presentano sempre i medesimi requisiti strutturali e richiedono, sul fronte del contenzioso, le medesime tecniche di

indagine e giudizio. Si tratta di conclusioni che indubbiamente confortano la proposta interpretazione estensiva in tema di giurisdizione e che trovano un parziale riscontro nell'ordinamento interno, perlomeno in materia di concessioni di pubblici servizi (artt. 265 e 267 del t.u. 14.9.1931, n. 1175; art.26 t.u. 15.10.1925, n.2578).

15. Essendosi affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla presente controversia, si accoglie il relativo motivo di appello e, per l'effetto, si pronuncia l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio degli atti al giudice di primo grado.

La statuizione sulle spese processuali è rimessa al definitivo.

P. Q. M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quarta Sezione, accoglie l'appello per quanto di ragione e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata e rinvia gli atti di causa al T.R.G.A., Sezione di Bolzano.

Rimette al definitivo la liquidazione delle spese processuali.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 6 novembre 2001, con l'intervento dei signori:

Giovanni Paleologo	Presidente
Roland Bernabé	Consigliere
Marcello Borioni	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere
Fabio Cintioli	Consigliere relatore-estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

Pubblicata il 15.02.2002