

TAR Friuli Venezia Giulia, 26/11/2009 n. 802

Sull'inapplicabilità del D.Lg. 163/06 ad una controversia inerente la procedura di affidamento del servizio di portierato del mercato all'ingrosso indetto da una s.p.a.

Non è soggetta alle regole del D.Lg. 163/06 (codice dei contratti pubblici) e, di conseguenza, neppure alla giurisdizione del G.A. amministrativa la controversia inerente la procedura di affidamento del servizio di portierato del mercato all'ingrosso indetto da una s.p.a. - soggetto privato (Udine Mercati S.p.A.) che non è, per sua natura, "amministrazione aggiudicatrice" in senso stretto, e non può qualificarsi neppure "organismo di diritto pubblico", in quanto mancano alla medesima società sia il requisito del finanziamento pubblico maggioritario, sia quello del soddisfacimento di "bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale", condizioni necessarie ai fini della qualifica di "organismo di diritto pubblico".

Materia: appalti / disciplina

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 302 del 2009, proposto da:  
Consorzio Servizi Speciali Italia Scarl, rappresentato e difeso dall'avv. Graziella Dimitri, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, piazza Unita' D'Italia 7;

contro

Udine Mercati Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Mattiuzzo, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, piazza Unita' D'Italia 7;

nei confronti di

Euro & Promos Group Soc. Coop. P.A.;

per l'annullamento  
previa sospensione dell'efficacia,

della lettera di invito dd. 27.1.2009, del capitolato speciale, della lettera dd. 12.2.2009, della comunicazione dd. 27.3.2009, del verbale della seduta della Commissione dd. 25.2.2009, del verbale dd. 23.3.2009 e degli allegati pareri, del verbale dd. 23.3.2009, del contratto d'appalto, se concluso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Udine Mercati Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2009 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Il ricorrente Consorzio espone che, in data 27.1.09, Udine Mercati s.p.a. l'ha invitato a presentare un'offerta per il servizio di portierato del Mercato Agroalimentare all'Ingrosso di Udine, per la durata di un anno, da espletarsi secondo le modalità precisate nella lettera di invito.

Il 30.1.09 l'istante presentava la propria offerta e, con nota del 12.2, la Società chiedeva - per procedere al vaglio delle offerte e all'aggiudicazione - di presentare ulteriori documenti, prontamente inviati.

Il 27.3.09 apprendeva, tuttavia, di non essere risultato vincitore (con la motivazione che la sua offerta non poteva "essere presa in considerazione in quanto il contratto che verrebbe proposto agli attuali operatori della portineria non è commisurabile a quello attualmente applicato agli stessi") e che il servizio era stato "aggiudicato" all'attuale controinteressata.

1.1. - Il ricorrente ritiene l'intera procedura illegittima per i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 67 del D.Lg. 163/06; violazione dei principi di trasparenza, par condicio, libera concorrenza e non discriminazione. Difetto di presupposti e di motivazione.

2) Violazione dell'art. 4 della L.r. 12/03 e carenza di motivazione.

3) Violazione degli artt. 28, 29 e 121 del D.Lg. 163/06. Violazione del principio di concorrenza. Difetto di presupposti e di motivazione.

4) Violazione dell'art. 57 del D.Lg. 163. Violazione dei canoni di imparzialità e logicità. Violazione degli artt. 2, 121 e 81, comma 2, del D.Lg. 163. Violazione dei principi di par condicio, di concorrenza, di trasparenza e imparzialità. Disparità. Difetto di presupposto e di motivazione.

5) Violazione dell'art. 70, commi 3 e 12, del D.Lg. 163.

6) Violazione dell'art. 77, comma 3, del D.Lg. 163 e dell'art. 89 R.D. 827/24. Violazione del principio di segretezza delle offerte.

7) Violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, di imparzialità e di par condicio.

8) Violazione dell'art. 57, comma 6, del D.Lg. 163 e dell'art. 3 della L. 241/90. Carenza di presupposto e di motivazione; disparità, violazione della par condicio. Perplessità.

2. - Udine Mercati s.p.a., costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

2.1. - In limine, ne eccepisce l'inammissibilità per carenza di giurisdizione di questo Tribunale, in quanto, trattandosi di contratto attribuito da una s.p.a. - soggetto privato che non è "Amministrazione aggiudicatrice" e non può considerarsi, per mancanza dei requisiti previsti dalla legge, "organismo di diritto pubblico" - il D.Lg. 163/06 è inapplicabile, con la conseguenza che la giurisdizione appartiene al Giudice Ordinario.

3. - Entrambe le parti presentano ampie memorie di precisazione, il ricorrente per sostenere la giurisdizione del TAR, affermando la natura di organismo di diritto pubblico di Udine Mercati S.p.A., quest'ultima, per negarlo.

4. - Euro & Promos Group Soc.Coop p.a., pur ritualmente notificata, non si è costituita in giudizio.

5. - Il ricorso è inammissibile per carenza di giurisdizione di questo Tribunale; giurisdizione che appartiene, invece, Giudice Ordinario.

E' pacifico in atti che il soggetto che ha posto in essere la procedura è una S.p.A..

Essa non è, quindi, "Amministrazione aggiudicatrice" ai sensi dell'art. 3, comma 25, del D.Lg. 163/06, che dichiara tali le "le Amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti"; a meno che Udine Mercati S.p.A., in ragione delle sue peculiarità, non possa essere qualificata, per l'appunto, "organismo di diritto pubblico", tenuta - come tale - all'applicazione del D.Lg. 163/06 e soggetta quindi alla giurisdizione del Giudice Amministrativo.

La definizione di "organismo di diritto pubblico" è contenuta nell'art. 3, comma 26, del D.Lg. 163, che qualifica in questo modo "qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

dotato di personalità giuridica;

la cui 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".

La giurisprudenza si è occupata a lungo di questa figura, precisandone le caratteristiche e i contenuti (si vedano, ad esempio C.S. n. 269 e 795/09; n. 6690/09; Cass. Civ. n. 10218 del 4.5.06). Tali decisioni ribadiscono che la qualifica di "organismo di diritto pubblico" è legata a tre (concomitanti) condizioni; il possesso di personalità giuridica, il finanziamento maggioritario da parte dello Stato od altri enti pubblici (ovvero soggezione al controllo di gestione di detti enti), e l'essere stato istituito per il soddisfacimento di "bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale". Per "bisogni di interesse generale", a fini individuativi dell'organismo in parola, (come testualmente precisato dalla Suprema Corte di Cassazione nella decisione citata, nonché in Cass. SS.UU. n. 97/2000 e 2637/06), "devono intendersi quelli riferibili ad una collettività di soggetti, di ampiezza e contenuto tali da giustificare la creazione di un apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione. E che non abbiano, per altro, carattere commerciale e industriale nel senso che non devono essere suscettivi - detti bisogni - di soddisfacimento mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi connotata da imprenditorialità o scopo di lucro".

Nel caso di specie, come correttamente osserva Udine Mercati S.p.A., manca (oltre al finanziamento maggioritario da parte di un soggetto pubblico) proprio quest'ultimo requisito: infatti la Società ha come suo oggetto principale la "gestione di mercati all'ingrosso e di altri impianti e/o strutture commerciali e di servizio; la progettazione e realizzazione di opere di costruzione, la ristrutturazione e l'ammodernamento di mercati all'ingrosso esistenti e di altre strutture per la produzione e commercializzazione di prodotti agro-alimentari nonché iniziative promozionali per la valorizzazione del mercato e dei prodotti in esso commercializzati", anche attraverso operazioni immobiliari, mobiliari e finanziarie necessarie o utili per il raggiungimento dello scopo sociale.

In altre parole, si tratta di un operatore economico che svolge attività commerciale volta al profitto, e che trae le proprie fonti di guadagno "non da contributi pubblici", bensì da corrispettivi derivanti principalmente dalla locazione di immobili.

In definitiva, Udine Mercati S.p.A., che non è, per sua natura, "amministrazione aggiudicatrice" in senso stretto, non può qualificarsi neppure "organismo di diritto pubblico", mancando sia il requisito del finanziamento pubblico maggioritario, sia quello del soddisfacimento di "bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale".

Essa non è quindi soggetta alle regole del D.Lg. 163/06 e, di conseguenza, neppure alla giurisdizione amministrativa

In definitiva il ricorso va dichiarato inammissibile per carenza di giurisdizione del TAR adito.

6. - Sussistono giuste ragioni per disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa.

7. - La causa può essere proseguita, previa riassunzione a cura della parte più diligente, innanzi al competente Giudice Ordinario, entro 60 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza - o dalla sua notificazione, se anteriore - come disposto dall'art. 50 c.p.c.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara inammissibile per carenza di giurisdizione del Giudice Amministrativo, in favore del Giudice Ordinario.

Compensa le spese e competenze di giudizio tra le parti.

La causa può essere proseguita, previa riassunzione a cura della parte più diligente, innanzi al competente Giudice Ordinario, entro 60 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza - o dalla sua notificazione, se anteriore - come disposto dall'art. 50 c.p.c.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Vincenzo Farina, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
II 26/11/2009

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )