

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente

Dott. ELEFANTE Antonino - Presidente di sezione

Dott. FIORETTI Francesco Maria - rel. Consigliere

Dott. PICONE Pasquale - Consigliere

Dott. GOLDONI Umberto - Consigliere

Dott. SALME' Giuseppe - Consigliere

Dott. NAPPI Aniello - Consigliere

Dott. CURCURUTO Filippo - Consigliere

Dott. MORCAVALLO Ulpiano - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

C. A. A. D. N. - SOCIETA' CONSORTILE PER AZIONI C.A.A.N. S.C.P.A. ((omissis)), in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEGLI AVIGNONESI 5, presso lo studio dell'avvocato SOPRANO ENRICO, che lo rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

IG. CO. S.R.L., CO.G.&.AP. S.P.A.;

- intimati -

avverso la decisione n. 483/2009 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 28/01/2009;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 16/03/2010 dal Consigliere Dott. FRANCESCO MARIA FIORETTI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GAMBARDELLA Vincenzo, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso (A.G.O.).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La I.G.E.R. Co. s.p.a., esclusa dalla gara indetta dalla societa' consortile per azioni C. A. A. D. N. (C.A.A.N.) per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di infrastrutture varie a servizio dell'Area C.A.A.N. nel Comune di (omissis), impugnava il provvedimento di esclusione dinanzi al TAR della Campania, che declinava la propria giurisdizione, in base al rilievo che il C. A. A. D. N. fosse una persona giuridica di diritto privato.

Tale decisione veniva impugnata dalla I.G.E.R. dinanzi al Consiglio di Stato che accoglieva l'appello, affermando che il C. A. A. D. N. , contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, deve essere qualificato come organismo di diritto pubblico, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto (come nel caso di specie) l'affidamento di appalti dallo stesso indetti.

La decisione del Consiglio di Stato e' stata impugnata dal C. A. A. D. N. , societa' consortile per azioni C.A.A.N. s.c.p.a. con ricorso per Cassazione ex articolo 111 Cost.. Le intimata I.G.E.R. Co. s.r.l., CO.G. & Ap. S.p.a. non hanno spiegato difese.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con un unico articolato motivo di diritto la societa' ricorrente denuncia violazione dell'articolo 113 Cost. - Violazione e falsa applicazione articolo 3, comma 26, Decreto Legislativo 163/06, erronea contraddittoria motivazione.

Con riferimento alle varie censure svolte con l'unico motivo di ricorso la ricorrente ha chiesto a questa Suprema Corte di Cassazione di affermare i seguenti principi di diritto:

1) una societa' consortile per azioni partecipata da capitali pubblici, che realizzi e gestisca un centro mercatale, non e' un organismo di diritto pubblico, poiche' svolge attivita' commerciale in regime di concorrenza, sostenendo il conseguente rischio d'impresa. Pertanto le controversie tra tali societa' e terzi privati sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario;

2) una societa' consortile per azioni partecipata da capitale pubblico, che realizzi e gestisca un centro mercatale, in mancanza di un'espressa attribuzione, da parte dell'ente territoriale competente sulla materia, del perseguimento di definiti interessi generali, non ha finalita' pubbliche, ne' svolge un servizio pubblico; pertanto il contenzioso tra tale societa' e terzi privati e' devoluto alla giurisdizione del G.O.;

3) a) le societa' consortili costituite per la costruzione e la gestione dei centri agro alimentari di interesse regionale o provinciale, a norma della Legge n. 41 del 1986, articolo 11, comma 16, sono persone giuridiche di diritto privato, pur in presenza della partecipazione maggioritaria di capitale pubblico; b) sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie promosse nei loro confronti dai terzi interessati a partecipare a gare di appalto, indette dalle societa' in parola.

Il ricorso e' fondato.

La definizione di organismo di diritto pubblico e' fornita dal Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 65, articolo 2 (che ha sostituito il Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157, articolo 2), il quale nello statuire, in materia di appalti pubblici, che rientrano tra le amministrazioni aggiudicatrici gli organismi di diritto pubblico, da di detti organismi la seguente definizione: sono tali gli organismi dotati di personalita' giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalita' d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attivita' e' finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle Regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione e' sottoposta al controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la meta', da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici".

Tale disposizione e' stata poi recepita nel Decreto Legislativo 17 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), il quale all'articolo 3 (sulle definizioni) comma 26 stabilisce: " L'organismo di diritto pubblico" e' qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

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

- dotato di personalita' giuridica;

- la cui attivita' 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 piu' della meta' e' designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Tale definizione ricalca pedissequamente la definizione di organismo di diritto pubblico data dall'articolo 1, lettera b) della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

L'articolo 1, lettera b) della citata direttiva stabilisce che per "organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e avente personalita' giuridica, e - la cui attivita' e' finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione e' soggetta al controllo di quest'ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza e' costituito da membri piu' della meta' dei quali e' designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

I giudici di diversi Stati membri, tra i quali anche l'Italia, hanno sottoposto alla Corte di giustizia delle Comunita' Europee, ai sensi dell'articolo 234 CE, una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 1, lettera b) della direttiva summenzionata. A seguito di tali richieste la Corte ha statuito (v. sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV) che l'articolo 1, lettera b), secondo comma, della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, a termini del quale "per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale", deve essere interpretato nel senso che il legislatore ha operato una distinzione tra bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, da un lato, e bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale dall'altro; che la nozione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non esclude bisogni che siano o possano essere parimenti soddisfatti da imprese private; che la circostanza che esista una concorrenza non e' sufficiente ad escludere la possibilita' che un ente finanziato o controllato dallo Stato, da enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche; che tuttavia l'esistenza della concorrenza non e' del tutto irrilevante ai fini della soluzione della questione se un bisogno di interesse generale rivesta carattere non industriale o commerciale; che l'esistenza di una concorrenza articolata, in particolare la circostanza che l'organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato, puo' costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale; che questi ultimi bisogni sono, di regola, soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato; che in linea generale, presentano tale carattere quei bisogni al cui soddisfacimento per motivi connessi all'interesse generale lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante; che lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dalla importanza relativa, nell'ambito dell'attivita' dell'ente medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; che l'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale deve essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi; che le tre condizioni enunciate nell'articolo 1, lettera b) della direttiva summenzionata hanno carattere cumulativo (v. sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesman Anlagenbau Austria e a.). Nella successiva sentenza del 10 maggio 2001 n. 223 (cause riunite C-223/99 e C-260/99), la Corte di giustizia delle Comunita' Europee - cui era stata sottoposta dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 1,

lettera b) della direttiva 92/50/CEE al fine di risolvere la questione se l'Ente Autonomo Fiera Internazionale di (omissis) costituisse un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi di detta direttiva - ha affermato che: "La questione pregiudiziale deve essere ... risolta nel senso che un ente avente ad oggetto lo svolgimento di attivita' volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe, che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditivita' e che opera in ambiente concorrenziale, non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 1, lettera b), comma 2, della direttiva".

Analoghe affermazioni si rinvencono nella sentenza n. 373 del 27.2.2003 (causa C-373/00), relativa alla interpretazione dell'articolo 1, lettera b) della direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, che detta una disposizione identica a quella dell'articolo 1, lettera b) della direttiva 92/50 sugli appalti pubblici di servizi.

In detta sentenza si afferma, in particolare, che la nozione di "bisogni di carattere generale" figurante nella predetta disposizione e' una nozione autonoma del diritto comunitario, che deve essere interpretata tenendo conto del contesto in cui si inserisce tale articolo e degli scopi perseguiti dalla direttiva 93/96; che spetta al giudice a quo valutare l'esistenza o meno di un bisogno avente carattere non industriale o commerciale, tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali i fatti che hanno presieduto alla creazione dell'organismo interessato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attivita'.

Affermazione quali quelle su riportate si rinvencono anche nella sentenza n. 283 del 16.10.2003 con riferimento alla interpretazione dell'articolo 1, lettera b) della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, che contiene la definizione di "amministrazioni aggiudicatoci" e, quindi, anche quella di "organismo di diritto pubblico", con una formulazione identica a quella adottata dalle direttive summenzionate in tema di appalti pubblici di servizi e di forniture.

Si afferma in detta sentenza: "... per quanto attiene in particolare alla nozione dei "bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale" di cui all'articolo 1, lettera b), comma 2, primo trattino, della direttiva 93/37, va ricordato che la Corte ha gia' avuto l'occasione di precisare la portata di tale nozione nel contesto di varie direttive comunitarie relative al coordinamento dei procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici. Cosi' la Corte ha affermato che tale nozione rientra nell'ambito del diritto comunitario e pertanto deve ricevere, in tutta la Comunita', un'interpretazione autonoma ed uniforme, che deve essere ottenuta tenendo conto del contesto della disposizione nella quale essa figura e dell'obbiettivo perseguito dalla normativa di cui trattasi. Inoltre da una giurisprudenza costante risulta che costituiscono bisogni generali aventi carattere non industriale o commerciale, ai sensi dell'articolo 1, lettera b), delle direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, d'altro lato, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante. Risulta del pari dalla giurisprudenza che l'esistenza o la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale deve essere valutata tenendo conto dell'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attivita', ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione di rischi collegati a tale attivita' nonche' il finanziamento pubblico eventuale dell'attivita' in questione. Infatti ... se l'organismo opera in condizioni normali di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le

perdite collegate all'esercizio della sua attivita', e' poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale".

Alla luce di quanto precede devesi ritenere che il surriportato Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, articolo 3, comma 26, (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), che da la definizione di organismo di diritto pubblico (essendo questa nozione autonoma del diritto comunitario), deve essere interpretato alla stregua della interpretazione data dalla giurisprudenza comunitaria alla definizione di organismo di diritto pubblico contenuta nelle direttive summenzionate di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, forniture e lavori.

La norma predetta prevede tre condizioni perche' ricorra la figura dell'organismo di diritto pubblico, condizioni che devono ricorrere cumulativamente secondo la interpretazione data dal giudice comunitario, e precisamente: 1) che l'organismo (anche in forma societaria) venga istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) che sia dotato di personalita' giuridica; 3) che la sua attivita' 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 di amministrazione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali piu' della meta' e' designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Il C. A. di N. , come risulta dal suo statuto, e' una societa' consortile per azioni; quindi e' soggetto dotato di personalita' giuridica.

Risulta, altresì, dallo statuto, che detta societa' e' costituita con partecipazione maggioritaria del capitale pubblico (articolo 1), che la nomina della maggioranza dei consiglieri e' riservata ai possessori di azioni di serie A (articolo 22), azioni queste che devono rappresentare almeno il 51% del capitale sociale e che possono essere possedute unicamente da Enti Pubblici territoriali e dalla Camera di Commercio di Napoli, nonche' da ogni altro ente ed organismo pubblico costituente emanazione di essi (articolo 6).

Risulterebbero, pertanto, soddisfatte le condizioni di cui ai numeri 2 e 3 perche' il Ce. Ag. di Na. possa essere considerato un organismo di diritto pubblico.

Ma cio' non e' sufficiente per ritenerlo tale.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunita' Europee, tutti i requisiti indicati ai punti 1), 2) e 3) devono sussistere cumulativamente, perche' possa configurarsi un organismo di diritto pubblico.

Resta, pertanto, da verificare se detto Ce. Ag. sia stato istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale.

La giurisprudenza del giudice comunitario ha chiarito che le esigenze di interesse generale vanno distinte in due categorie: esigenze aventi carattere industriale o commerciale ed esigenze che non hanno tale carattere ed ha indicato tutta una serie di indizi, che consentono di stabilire se le esigenze che devono essere soddisfatte rientrano nell'una o nell'altra categoria.

Dall'articolo 2 dello statuto risulta che la Societa' Consortile per Azioni " Ce. Ag. di Na. " ha per oggetto la costruzione e gestione del mercato alimentare all'ingrosso, di interesse nazionale, di (omissis), nonche' di altri mercati agro-alimentari all'ingrosso, comprese le strutture di

trasformazione e di condizionamento. Risulta, altresì, che per realizzare la finalità di costruzione è previsto che la società possa compiere una serie di attività e precisamente: a) predisporre gli studi di fattibilità, le verifiche di impatto ambientale, i progetti generali ed esecutivi; b) acquisire le aree e predisporle alle opere future e alle necessità di movimentazione; c) predisporre gli allacciamenti, la viabilità, le opere di urbanizzazione primaria e di disinquinamento; d) realizzare la costruzione dei fabbricati, delle infrastrutture e degli impianti; e) acquisire le attrezzature e i beni mobili necessari e utili alla funzionalità del mercato; f) compiere qualsiasi altra operazione necessaria o utile al raggiungimento dello scopo consortile.

Per quanto riguarda la finalità di gestione detto articolo dello statuto prevede: 1) la possibilità di affidare la gestione del Ce. Ag. di Na. a società all'uopo create con la presenza di enti pubblici e privati secondo le modalità previste dalla deliberazione CIPE del 31 gennaio 1992; 2) la possibilità di concedere avalli, fidejussioni, ipoteche ed in genere garanzie a favore e nell'interesse di soci consorziati, con esclusione esplicita di ogni attività vietata dalla presente e futura legislazione; 3) la possibilità di assumere la gestione di altri centri agro-alimentari o mercati all'ingrosso, nonché la gestione in tutto o in parte, previa convenzione, delle strutture annonarie della città di Napoli.

L'articolo 2 dello statuto stabilisce, inoltre, che rientrano nella definizione di centro agroalimentare "I mercati per il commercio all'ingrosso dei prodotti alimentari freschi conservati o trasformati, comprese le bevande, nonché dei prodotti della caccia, della pesca e degli allevamenti del bestiame, dei foraggi e dei mangimi, dei fiori, delle piante ornamentali e delle sementi".

L'articolo dello statuto in questione dispone, altresì, che "il perseguimento dell'oggetto sociale deve essere ispirato a criteri di economicità".

L'articolo 31 dello statuto dispone che gli utili risultanti dal bilancio annuale al netto degli ammortamenti e delle svalutazioni, nonché delle eventuali perdite dei precedenti esercizi, debbono essere destinati: per il 5% a fondo riserva, fino a quando essa abbia raggiunto il quinto del capitale sociale degli azionisti; per il 5% alla remunerazione del capitale; per la rimanenza al ripristino del fondo consortile, ove costituito, a ulteriori riserve o remunerazione del capitale nella misura e con le modalità determinate dall'Assemblea e nel rispetto dei singoli ordinamenti dei partecipanti.

Dal contenuto dello statuto emerge chiaramente che la società consortile in questione è soggetto la cui attività si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività, che opera in un ambiente concorrenziale (quello dei mercati all'ingrosso - La Legge n. 125 del 1959, articolo 1, stabilisce che il commercio all'ingrosso dei prodotti ortofrutticoli, delle carni e dei prodotti ittici è libero e può svolgersi sia nei rispettivi mercati all'ingrosso sia fuori dei mercati stessi), sopportando direttamente i rischi economici connessi alle attività previste dall'oggetto sociale (il perseguimento dell'oggetto sociale deve essere improntato a criteri di economicità), tant'è vero che è previsto che eventuali perdite di esercizi precedenti debbono essere ripianate attraverso gli utili conseguiti in esercizi successivi. Devesi ritenere, pertanto, che i bisogni che il Centro Agro-Alimentare mira a soddisfare sono bisogni di interesse generale aventi carattere commerciale, il che porta ad escludere che il Centro in questione possa qualificarsi quale organismo di diritto pubblico e come tale tenuto a seguire per gli appalti da esso indetti i procedimenti di evidenza pubblica disciplinati dalla legge.

Conseguentemente la controversia oggetto della decisione del Consiglio di Stato è controversia che rientra nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Devesi dichiarare, pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario, cassando la decisione del Consiglio di Stato e rimettendo le parti dinanzi al Tribunale competente.

Non vi e' materia per una pronuncia sulle spese giudiziali, atteso che le societa' intime non hanno spiegato difese.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; cassa la decisione del Consiglio di Stato e rimette le parti dinanzi al Tribunale competente.

Depositata in cancelleria
Il 7 aprile 2010