



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 1516 del 2016, proposto da:

Operosa Soc. Coop. a r.l., in proprio e quale mandataria del RTI, con PVB Cleaning s.r.l. (ora Tama Service s.p.a.) e ge@ Trentina Servizi Soc. Coop., anch'esse appellanti, tutte in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, rappresentate e difese dagli avv. Daniele Cirulli e Silvia Marzot, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Lucrezio Caro, n. 50;

contro

Miorelli Service s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Morbidelli, Alberto Maria Bruni e Orsola Cortesini, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, n. 118;

Autostrada del Brennero s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Damiano Florenzano, presso il cui studio, in Roma, via Paolo Emilio, n. 7, è elettivamente domiciliata;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. TRENTO, n. 00011/2016, resa tra le parti,

concernente l'affidamento del servizio di pulizia delle stazioni autostradali e pertinenze per la durata di 24 mesi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Miorelli Service s.p.a. e di Autostrada del Brennero s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Silvia Marzot, Damiano Florenzano e Giuseppe Morbidelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società Autostrada del Brennero s.p.a. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, per 24 mesi (rinnovabile, alle stesse condizioni, per un egual periodo), del servizio di pulizia delle stazioni autostradali e di altri edifici e proprietà immobiliari della società stessa.

Il contratto, il cui importo a base d'asta era pari a euro 3.545.805,92, doveva essere aggiudicato in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della procedura di gara la stazione appaltante, esclusa la prima classificata GSI Gestione Servizi Integrati s.r.l., ha aggiudicato l'appalto al costituendo RTI tra la Operosa Soc. Coop. a r.l., la PVB Cleaning s.r.l. (ora Tama Service s.p.a.) e la ge@ Trentina Servizi Soc. Coop.

Su ricorso della Miorelli Service s.p.a., terza classificata, il TRGA di Trento, ha pronunciato la sentenza 5/1/2016 n. 11, con la quale, respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'Autostrada del Brennero s.p.a., ha annullato l'aggiudicazione.

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta la Operosa Soc. Coop. a r.l., la Tama Service s.p.a. e la ge@ Trentina Servizi Soc. Coop., l'hanno impugnata

chiedendone l'annullamento sia in quanto viziata nel merito, sia per non aver declinato la giurisdizione.

Altrettanto ha fatto la Autostrada del Brennero s.p.a., proponendo, all'uopo, apposito appello incidentale autonomo.

Per resistere all'appello si è costituita in giudizio la Miorelli Service s.p.a..

Con successive memorie le parti hanno meglio precisato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 26/5/2016 la causa è passata in decisione.

Ha carattere assorbente l'esame del motivo con cui le appellanti principali e l'appellante incidentale denunciano che il giudice di prime cure avrebbe errato nel ritenere sussistente la propria giurisdizione.

Diversamente da quanto affermato in sentenza, infatti, la Autostrada del Brennero s.p.a., difetterebbe dei requisiti richiesti per poter essere qualificata come organismo di diritto pubblico, di modo che le procedure di scelta del contraente dalla medesima poste in essere, non sarebbero soggette alla disciplina comunitaria e nazionale in materia di affidamento di appalti pubblici e quindi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) cod. proc. amm..

Prima di passare ad esaminare nel merito la doglianza, occorre vagliare l'eccezione con cui la Miorelli Service s.p.a. lamenta che il motivo in questione, per quanto dedotto dalle appellanti principali, sarebbe inammissibile in quanto queste ultime si sarebbero limitate a riproporre le argomentazioni svolte in primo grado dalla stazione appaltante a sostegno dell'eccezione di carenza di giurisdizione.

L'eccezione è infondata atteso che, come emerge dal contenuto dell'atto giudiziale, con l'appello sono state dedotte, in merito alla questione di giurisdizione, puntuali critiche alla sentenza.

Nel merito il mezzo di gravame risulta fondato.

Ai sensi dell'art. 3, comma 26, del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163,

“L'«organismo di diritto pubblico» è 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”.*

Orbene, la Autostrade del Brennero s.p.a. è dotata di personalità giuridica, è partecipata in modo maggioritario da soggetti pubblici ed è stata istituita per soddisfare specificatamente anche esigenze di interesse generale, ma non persegue i propri obiettivi con “*carattere non industriale o commerciale*”, difettando, così, del c.d. requisito “teleologico”.

Difatti, non è sufficiente ad integrare il suddetto requisito che il soggetto sia “*istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale*”, ma occorre, anche, che tali esigenze siano perseguite operando con metodo non economico, ovvero senza rischio d’impresa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30/1/2013 n. 570).

Nel caso di specie, non sono emersi elementi tali da escludere che la Autostrada del Brennero s.p.a. agisca come impresa operante nel mercato e con logiche imprenditoriali.

Ed invero, nessuna norma dell’atto costitutivo o dello statuto offre argomenti per ritenere che la stessa operi senza dover sopportare il correlativo rischio d’impresa. In particolare non si rinviene in essi, né tanto meno è stata indicata dalla Miorelli Service s.p.a., alcuna disposizione che preveda una qualche forma di intervento finanziario da parte dei soci pubblici che valga a sollevare la società dal detto rischio.

Per contro l’art. 31 dello statuto contempla esplicitamente la possibilità di distribuire utili - laddove ve ne siano, così come avviene in una qualunque impresa commerciale.

A quanto sopra è appena il caso di aggiungere che la circostanza che la Autostrada del Brennero s.p.a. abbia autonomamente deciso di affidare il servizio di che trattasi uniformandosi alla disciplina pubblicistica dettata dal codice dei contratti pubblici non ha carattere dirimente in ordine alla sussistenza della giurisdizione, che, evidentemente, va individuata in base a criteri legali e non può dipendere dalle scelte di una delle parti, pena altrimenti la violazione del principio del giudice naturale di cui all'art. 25, comma 1, Cost. (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23/6/2016, n. 2809).

In definitiva, la Autostrada del Brennero s.p.a. non ha le caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico, per cui, non essendo tenuta ad applicare la disciplina comunitaria e nazionale in materia di affidamento di appalti pubblici, mancano, nella specie, i presupposti per radicare la giurisdizione amministrativa.

Spetta, dunque, al giudice ordinario decidere la controversia.

Appello principale e incidentale vanno, pertanto, accolti e, per l'effetto, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia de qua e la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio.

Spese e onorari del doppio grado di giudizio, stante la novità e particolarità della questione trattata, possono essere integralmente compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello principale e su quello incidentale spiegati avverso la sentenza segnata in epigrafe, li accoglie e, per l'effetto, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia de qua in favore del giudice ordinario, di fronte al quale il giudizio può essere riassunto entro tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza; annulla l'impugnata sentenza senza rinvio.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/07/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)