

Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2279

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6750 del 2003 proposto:

- dalla società *EDIL GDM* in a.s. di Degiacomi Franco e C., in persona del legale rappresentante, p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Manzi e dall'avv. Marco Sica ed elettivamente domiciliata in Roma, via Confalonieri, n. 5, presso lo studio dell'avv. Luigi Manzi;

c o n t r o

- Ente Nazionale Risi in persona del legale rappresentante, p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Mario Alberto Quaglia, con domicilio eletto in Roma, via Carducci, n. 4 presso lo studio di quest'ultimo;
- Ditta Galluccio Angelo e C. Snc, non costituita;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Milano, Sez. III, n. 2143/02, resa sul ricorso N.R.G. 2718/00, con la quale è stato in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto il ricorso presentato dall'odierna Appellante, volto all'annullamento degli atti con cui l'Ente appellato ha deliberato di vendere attraverso asta pubblica l'immobile sito in Lodi, via per San Colombano, nonché di tutti gli atti (ad essi presupposti e conseguenti) attraverso i quali la vendita in questione è stata deliberata ed in seguito perfezionata.

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

alla pubblica udienza del 26 febbraio 2008, relatore il Consigliere Claudio Contessa, uditi l'avv. Manzi, l'avv. Protto per delega dell'avv. Sica e l'avv. Quaglia;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso in data 22 giugno 2000, la società *Edil GDM*, riferendo di essere locataria di una porzione dell'immobile di proprietà dell'Ente Nazionale Risi (d'ora innanzi: l' 'E.N.R.') sito in Lodi, via per S. Colombano, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia l'annullamento degli atti con cui l'Ente aveva deciso di vendere il compendio nel suo complesso mediante asta pubblica, nonché tutti gli atti conseguenti, ivi compresa l'aggiudicazione dello stesso.

Si costituiva in giudizio l'E.N.R. il quale eccepiva in primo luogo la carenza di giurisdizione dell'adito Giudice amministrativo e nel merito chiedeva che il ricorso fosse respinto in quanto inammissibile ed infondato.

Con l'appellata sentenza n. 2143/02, la Terza Sezione del T.A.R. Lombardia, respinte le eccezioni sollevate dall'Ente in ordine alla

sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in parte dichiarava inammissibile il ricorso ed in parte lo respingeva.

La sentenza in questione è stata gravata dalla società *Edil GDM*, la quale ha dedotto i seguenti motivi di ricorso:

- 1) *Violazione degli artt. 8, 21 e 26, l. T.A.R. e 111 Cost. - Difetto e/o erroneità della motivazione - Travisamento dei presupposti, contraddittorietà ed illogicità;*
- 2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 65, R.D. 827 del 1924 - Travisamento dei presupposti - Difetto e/o erroneità della motivazione;*
- 3) *Omessa pronuncia sui motivi di ricorso articolati nel corso del giudizio di primo grado.*

Si è costituito in giudizio in giudizio l'E.N.R. il quale ha spiegato appello incidentale avverso i capi della sentenza di primo grado con i quali sono state respinte le eccezioni relative alla carenza di giurisdizione del giudice amministrativo, nonché l'eccezione preliminare relativa al difetto di legittimazione attiva della ricorrente in primo grado.

L'Ente appellato ha, inoltre, dedotto la tardività del gravame in epigrafe, notificato dopo il decorso del termine dimidiato di cui all'art. 23-bis della l. 1034 del 1971 e ss.mm.ii., ritenuto applicabile nella vicenda di causa.

La società appellante ha a propria volta eccepito la tardività dell'appello incidentale in quanto esso, rivolgendosi avverso capi della sentenza impugnata diversi rispetto a quelli fatti oggetto dell'impugnativa principale, avrebbe dovuto essere proposto nel - più breve - termine di cui all'art. 28, l. T.A.R. e non (come nella specie avvenuto) nel - più lungo - termine di cui all'art. 37 del R.D. 1054 del 1924.

Entrambe le parti hanno illustrato e precisato le proprie deduzioni difensive.

All'udienza pubblica del 26 febbraio 2008, le parti costituite hanno rassegnato le proprie conclusioni ed il ricorso è stato trattenuto in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con la sentenza oggetto dell'odierno gravame, il T.A.R. Lombardia ha in primo luogo respinto le eccezioni relative al difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo sollevate dall'E.N.R. (una prima eccezione concerneva le conseguenze, *quoad jurisdictionem* della configurazione dell'E.N.R. quale ente pubblico economico, mentre una seconda eccezione concerneva l'asserita devoluzione al G.O. del ricorso in questione, per la parte in cui esso risultava volto a tutelare la posizione soggettiva della società *Edil GDM* in relazione dell'esercizio del diritto di prelazione di cui all'art. 38 della l. 27 luglio 1978, n. 392).

Nel merito, il giudice di prime cure, dopo aver respinto una prima eccezione relativa alla *legitimatio ad causam* della ricorrente originaria -odierna appellante ne ha comunque ritenuto non sussistente

sotto altro profilo la sua legittimazione all'impugnazione degli atti di gara, a causa della sua mancata partecipazione alla stessa.

Ancora, il T.A.R. ha ritenuto non sussistente l'interesse al ricorso in capo alla *Edil GDM s.a.s.*, atteso che il mutamento della proprietà del bene non comporta apprezzabili ripercussioni sul locatario poiché "il contratto di locazione (e, quindi, la posizione di locatario) è opponibile all'acquirente (ex art. 1599 c.c.)" e poiché "il fatto che il proprietario dell'immobile fosse l'Ente o un altro soggetto non avrebbe inciso sulla posizione della ricorrente, a meno che (...) la stessa non intendesse acquisire la proprietà de bene, ma a tal fine (...) avrebbe dovuto partecipare alla gara" (sentenza, cit., pag. 8).

2. In via del tutto preliminare, il Collegio ritiene di esaminare l'eccezione di tardività sollevata dalla società *Edil GDM* in relazione al ricorso incidentale nel suo complesso.

L'esame di tale motivo assume rilievo prioritario, atteso che in sede di ricorso incidentale la difesa dell'Ente ha sollevato due eccezioni relative al difetto di giurisdizione dell'adito G.A.

Ed infatti, atteso che, sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale cui nella specie il Collegio ritiene di prestare adesione, nel caso in cui il Tribunale Amministrativo Regionale abbia espressamente statuito in ordine alla giurisdizione (come nel caso che ne occupa), il giudice di appello potrà pronunciarsi sulla medesima questione solo laddove essa sia stata (*ritualmente*) dedotta in appello (Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 30 agosto 2005, n. 4; *id*, sent. 5 settembre 2005, n. 6), ed atteso che la risoluzione della questione di giurisdizione risulta idonea nella specie a definire interamente il giudizio (sul punto, cfr. *amplius infra*), la conseguenza è nel senso di rendere prioritario l'esame delle richiamate eccezioni relative alla giurisdizione dell'adito G.A.

Nella tesi dell'appellante principale, l'appello incidentale risulterebbe tardivo alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il termine stabilito dall'art. 37, T.U.C.d.S. al fine della notifica dell'appello incidentale (trenta giorni successivi al deposito del ricorso principale - termine nella specie rispettato -) è operante unicamente con riferimento all'appello incidentale *in senso proprio* (ossia, in caso di gravame proposto avverso lo stesso capo della sentenza gravata con l'appello principale - ovvero avverso un capo connesso o dipendente -), mentre invece, nel caso di ulteriore impugnativa rivolta avverso un capo diverso ed autonomo della sentenza appellata, il termine per l'impugnativa è quello di cui all'art. 28, l. T.A.R. (sessanta giorni dalla notifica della sentenza, ovvero il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c. - pari ad un anno dalla pubblicazione della sentenza, nella specie non rispettato -).

L'argomento non può essere condiviso, segnatamente con riguardo alla parte in cui con il ricorso incidentale pone la questione della sussistenza della giurisdizione del G.A..

Al riguardo, si osserva che la giurisprudenza amministrativa formatasi sul tema dell'*appello incidentale c.d. improprio* (ossia, l'appello incidentale con il quale si impugnano capi della sentenza non connessi o dipendenti da quelli costituenti oggetto del ricorso principale) è tutt'altro che univoca nel negare l'ammissibilità (*rectius*: la ricevibilità) di un appello incidentale tardivo (ossia, successivo al decorso del termine di cui all'art. 28, l. TAR, ma non anche a quello di cui all'art. 37, T.U.C.d.S.) laddove con il ricorso incidentale vengano impugnati capi della sentenza diversi da quelli impugnati con il ricorso principale (ovvero, non dipendenti o connessi a questi ultimi -).

Sotto tale profilo, il Collegio ritiene nella specie di prestare adesione al diverso orientamento giurisprudenziale, secondo cui la parte del giudizio contro cui è stato proposto appello può proporre a propria volta un ricorso incidentale tardivo (nell'accezione dinanzi fornita) nei confronti di *qualunque* capo della sentenza gravata, senza che a tal fine operi il presunto limite rappresentato dalla possibilità di utilizzare tale strumento avverso i soli profili della pronuncia connessi o dipendenti da quelli costituenti oggetto del ricorso principale.

Ciò in quanto, in analogia a quanto previsto nell'ambito del processo civile dall'art. 334 del codice di rito, non esiste alcun limite oggettivo all'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva (in tal senso: Cons. Stato, Sez. V, sent. 10 marzo 1997, n. 242; id., Sez. V, sent. 13 luglio 1992, n. 639).

3. Una volta acclarato il carattere tempestivo dell'appello incidentale proposto dall'E.N.R., il Collegio ritiene in primo luogo di esaminare i motivi di tale appello relativi alla giurisdizione dell'adito giudice amministrativo (i motivi in questione rappresentano la sostanziale rimodulazione di altrettanti motivi proposti in primo grado sotto forma di eccezione di inammissibilità e non accolti dal giudice di prima istanza).

4. Con un primo motivo, la difesa dell'E.N.R. censura la sentenza impugnata per la parte in cui non ha ritenuto di accogliere l'eccezione relativa al difetto di giurisdizione del G.A. fondata sul riconosciuto carattere di ente pubblico economico dell'E.N.R..

Al riguardo, il Tribunale amministrativo regionale ha in primo luogo obiettato che numerosi indici depongono nel senso della qualificabilità dell'E.N.R. quale ente pubblico di carattere *non* economico.

Ad ogni modo, secondo il giudice di prime cure, tale qualificazione risulta comunque non dirimente ai fini della giurisdizione atteso che l'Ente in questione deve comunque essere considerato quale organismo di diritto pubblico ai sensi della disciplina comunitaria in tema di procedure ad evidenza pubblica.

Ebbene, trattandosi nella specie di messa all'asta di un bene di indubbia rilevanza economica, la conseguenza sarebbe, nella tesi del T.A.R., nel senso della piana devoluzione della relativa giurisdizione in capo all'adito G.A.

Al riguardo, l'Ente appellato ribadisce in primo luogo gli argomenti (che ritiene non adeguatamente valutati dal Tribunale) i quali depongono nel senso della pacifica riconducibilità dell'E.N.R. nel novero degli enti pubblici economici.

Secondo l'Ente, la natura di ente pubblico economico escluderebbe la sua qualificabilità come organismo di diritto pubblico ai sensi del paragrafo 9 dell'art. 1 della direttiva 2004/18/CE e relativa normativa nazionale di recepimento.

Sotto tale aspetto assumerebbero rilievo le modalità di esercizio dell'attività statutariamente devoluta all'Ente. Ed infatti, pur essendo pacifico che esso sia stato istituito per soddisfare bisogni di carattere generale, non potrebbe tuttavia negarsi che *"tali bisogni presentano natura inequivocabilmente commerciale e/o industriale (...) come precisato dallo Statuto agli artt. 1 e 2"* (memoria in data 22 luglio 2003, pag. 12).

Nella tesi dell'Ente, *"i bisogni cui l'attività dell'Ente è preordinata, attengono infatti alla sfera dell'economia ed in particolare alla promozione ed allo sviluppo degli scambi commerciali nazionali ed internazionali (...), ed alla loro realizzazione l'Ente provvede mediante lo svolgimento di una attività avente natura intrinsecamente commerciale"* (ivi).

La conseguenza di tanto sarebbe nel senso che *"l'Ente Nazionale Risi deve essere annoverato tra gli Enti pubblici economici e non tra gli organismi di diritto pubblico"* (ivi, pag. 11).

Ed infatti, in base alle caratteristiche obiettive dell'attività svolta dall'Ente, risulterebbe escluso in capo ad esso uno dei caratteri tipici ed indefettibili di un qualunque organismo di diritto pubblico, ovvero l'essere istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale.

Sotto altro profilo, l'Ente appellato osserva che, anche nell'ipotesi (denegata) in cui esso fosse effettivamente configurabile quale organismo di diritto pubblico, nondimeno difetterebbe nella specie la giurisdizione del G.A. atteso che tale giurisdizione è fissata dalla pertinente normativa nazionale (art. 244 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - già: art. 6 della l. 21 luglio 2000, n. 205 -) con esclusivo riferimento alle gare d'appalto, mentre invece non è rinvenibile alcuna analoga norma la quale devolva al G.A. la giurisdizione in tema di procedure ad evidenza pubblica comunque indette da organismi di diritto pubblico, anche laddove volte alla stipula di contratti attivi della P.A. (memoria in data 14 febbraio 2008, p. 14).

In definitiva, nella tesi dell'Ente appellato, l'alienazione di un proprio immobile *"non richiede - per la tipologia di attività posta in essere - il rispetto dell'evidenza pubblica e l'attività in concreto espletata è espressione contrattuale che esula dalla cognizione del Giudice Amministrativo"* (ivi).

4.1. Il motivo, nel suo complesso, non può trovare accoglimento.

Al riguardo si osserva che (come condivisibilmente osservato dal Tribunale Amministrativo Regionale), anche a prescindere dalla questione della ascrivibilità dell'Ente al novero degli enti pubblici economici, ciò non esclude in alcun modo la sua concomitante ascrivibilità al novero degli organismi di diritto pubblico (secondo un'opzione che, al contrario, la difesa dell'Ente sembra non condividere).

Sotto tale aspetto, pacifico essendo il possesso in capo all'Ente dei primi due caratteri che individuano la figura dell'organismo di diritto pubblico (ci si riferisce al possesso della personalità giuridica, nonché alla riconducibilità in modo maggioritario del finanziamento ovvero del controllo gestionale dell'Ente in capo allo Stato), è evidente che la tesi della parte appellata si incentri sul se l'E.N.R. possa considerarsi quale organismo "istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale" (paragrafo 9 dell'art. 1 della direttiva 2004/18/CE; comma 26 dell'art. 3 del d.lgs. 163 del 2006).

Al riguardo, il Collegio ribadisce che la più corretta interpretazione del dettato comunitario deponga nel senso che il quesito vada risolto conferendo rilievo preminente non già al carattere (industriale o commerciale) dell'attività gestionale posta in essere dall'organismo di cui si discute, bensì avendo riguardo al carattere dell'interesse (*rectius*: delle esigenze) al cui perseguimento detta attività è teleologicamente ed istituzionalmente rivolta (sul punto: Corte di Giustizia delle CE, sent. 10 novembre 1998, in causa C-360/96 *Gemeente Arnhem e a. vs. B.F.I. Holding B.V.*).

Consequentemente, è ben possibile che un determinato organismo persegua un interesse non industriale (ad es.: un fine di interesse generale per la collettività dei consumatori o degli utenti) utilizzando strumenti operativi lato *sensu* privatistici, e che nondimeno l'organismo stesso sia qualificabile come o.d.p. ai sensi del diritto comunitario e della relativa normativa nazionale di recepimento (sul punto - *ex plurimis* - Cons. Stato, Sez. VI, sent. 28 ottobre 1998, n. 1478; *id.*, Sez. V, sent. 7 giugno 1999, n. 295).

Ora, con riferimento ai requisiti previsti dal paragrafo 9 dell'art. 1 della direttiva 2004/18/CE (e dalle previgenti norme comunitarie in materia di appalti) al fine di individuare gli indici di riconoscimento di un organismo di diritto pubblico, appare corretta la prospettazione dell'Ente appellato, secondo cui l'ordinamento comunitario richiede (*inter alia*) la presenza di un doppio requisito:

- un primo requisito - per così dire - '*in positivo*', rappresentato dalla circostanza per cui l'organismo di cui si discute è istituito per soddisfare esigenze di carattere generale, nonché
- un secondo requisito - per così dire - '*in negativo*', rappresentato dalla circostanza per cui si tratti di esigenze aventi natura non industriale o commerciale.

Ebbene, mentre risulta pacifico che l'Ente in questione soddisfi il primo dei richiamati requisiti (atteso che esso persegue certamente

finalità di interesse generale), non appare invece condivisibile la prospettazione che la difesa dell'Ente fornisce in ordine ai bisogni che la relativa attività è volta a soddisfare.

Ed infatti, nella tesi dell'Ente appellato, si tratterebbe di bisogni che presentano natura inequivocabilmente commerciale e/o industriale (memoria in data 22 luglio 2003, p. 12), anche alla luce del pertinente quadro giurisprudenziale comunitario e nazionale (viene citata, in particolare, la pronuncia Cass., Sez. Un. 4 aprile 2000, n. 97 sul caso *Ente Fiera di Milano*).

Gli argomenti proposti dall'Ente non possono trovare accoglimento, poiché - al contrario - è proprio la corretta applicazione del pertinente quadro normativo e giurisprudenziale comunitario a palesare la riconducibilità dell'Ente in questione al novero degli organismi di diritto pubblico.

Ed infatti, fermo restando che il tratto distintivo della figura in parola è rappresentato unicamente dal carattere (in ipotesi, non industriale o commerciale) dell'interesse perseguito (e non anche dell'attività svolta, come pure sembra emergere dalle Difese dell'Ente), si osserva che nel caso in esame sussistano numerosi indici atti a deporre nel senso che tale interesse, nel caso dell'E.N.R. abbia effettivamente un carattere non industriale o commerciale.

Al riguardo si osserva che, in presenza di Organismi dalla struttura e dalle attribuzioni complesse quale l'Ente Nazionale Risi (le cui attribuzioni derivano da una stratificazione normativa risalente, alle sue origini, al terzo decennio dello scorso secolo - R.D.L. 2 ottobre 1931, n. 1237 -), risulta viepiù difficoltoso delineare in modo unitario il carattere delle relative attribuzioni ed individuare in modo univoco i bisogni perseguiti e le relative attività.

E' infatti evidente che, nel caso di organismi con pluralità di attribuzioni quale l'E.N.R. è ben possibile la coesistenza di attribuzioni di carattere differenziato, le une rivolte al perseguimento di interessi dalla più evidente valenza generale (e di contenuto non immediatamente economico), le altre rivolte in modo più immediato e diretto al perseguimento di interessi di carattere industriale o commerciale.

Tale coesistenza di attribuzioni (e di interessi) sussiste nel caso dell'E.N.R. atteso che il complesso delle disposizioni normative e statutarie che ne regolano i settori di intervento palesa il carattere eterogeneo degli interessi coinvolti.

Ed infatti, un primo gruppo di attribuzioni conferisce all'Ente poteri di intervento evidentemente volti alla tutela di interessi di carattere più squisitamente industriale o commerciale (si pensi alle attività rivolte alla promozione ed allo sviluppo degli scambi commerciali nazionali ed internazionali nel settore di intervento, per altro svolti - ma tale aspetto, come si è detto, non risulta dirimente ai fini che qui rilevano - attraverso l'esercizio di un'attività a propria volta avente natura squisitamente privatistica).

Esiste, tuttavia, un secondo gruppo di attribuzioni che esula in modo evidente dal perseguimento di interessi e bisogni di carattere industriale e commerciale, risultando piuttosto strumentale al soddisfacimento di bisogni di carattere generale della collettività dei consumatori e degli utenti, e comunque rivolta a fini di utilità generale non sussumibili all'ambito degli interessi commerciali ed industriali.

Basti citare, al riguardo, il complesso di attribuzioni dell'Ente in questione relative:

- alla raccolta ed elaborazione di dati relativi alla produzione, trasformazione e collocamento del riso, anche al fine di avviare periodiche iniziative di informazione in favore degli operatori e dei consumatori;
- alla cura dei rapporti istituzionali con i Ministeri e gli organismi comunitari ed internazionali da cui dipende il collocamento del prodotto;
- all'attività di collaborazione all'attività di vigilanza per la repressione delle frodi nel commercio interno del riso e delle sementi di riso su tutto il territorio nazionale;
- alla prestazione di assistenza nonché di consulenza volta ad un corretto impiego dei ritrovati tecnologici, anche al fine di preservare l'equilibrio ambientale, promuovendo con opportune iniziative l'aggiornamento degli operatori del settore.

Ora, in presenza di un organismo il cui ambito di attività comprende sia attività volte al perseguimento di interessi di carattere industriale o commerciale, sia attività volte al perseguimento di interessi privi di tale carattere, la sua configurabilità quale organismo di diritto pubblico non impone (come, pure, ipotizzato dalla Difesa dell'Ente - memoria in data 22 luglio 2003, p. 12 -) il previo esperimento di una sorta di *giudizio di prevalenza*.

Al contrario, in ossequio alla pertinente giurisprudenza comunitaria (evidentemente ispirata dalla *ratio* di estendere, nei casi dubbi, le ipotesi di assoggettabilità alle regole dell'evidenza pubblica a fronte di figure organizzative comunque riconducibili all'alveo pubblicistico), occorre concludere che l'Ente in questione sia da qualificare quale o.d.p. anche laddove la soddisfazione di bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività da esso effettivamente svolte (in tal senso: Corte di Giustizia delle CE, sent. 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, *Mannesmann*).

Al riguardo, il giudice comunitario ha chiarito che la qualità di organismo di diritto pubblico non dipende in alcun modo dall'importanza relativa che, nell'attività dell'organismo medesimo, è rivestita dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, risultando piuttosto sufficiente a tal fine che il perseguimento di tale tipologia di bisogno rientri fra i compiti istituzionale dell'organismo di cui si discute, anche senza carattere di preminenza (Corte di Giustizia delle

CE, sent. 10 novembre 1998 in causa C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden vs. BFI Holding BV*).

Riconducendo i principi sin qui richiamati alle peculiarità del caso di specie, occorre osservare quanto segue.

In primo luogo, la circostanza per cui l'Ente Nazionale Risi sia ascrivibile al novero degli enti pubblici economici non preclude in alcun modo che, ricorrendone gli ulteriori presupposti enunciati dalla pertinente normativa comunitaria e nazionale, esso possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico.

In secondo luogo, la *ratio* delle norme comunitarie in tema di organismi di diritto pubblico (norme volte, nel loro complesso, ad estendere nei casi dubbi l'obbligo di ricorrere agli strumenti dell'evidenza pubblica in capo a soggetti comunque ascrivibili all'alveo decisionale ed economico pubblicistico) comporta che tale figura vada in concreto ravvisata anche nelle ipotesi in cui l'organismo della cui natura si dibatte sia volto a soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale senza carattere di prevalenza, o addirittura in modo palesemente secondario rispetto al - concomitante - perseguimento di interessi di carattere industriale o commerciale.

Impostati in tal modo i termini della questione, non appare dubitabile che l'Ente Nazionale Risi sia ascrivibile alla categoria degli organismi di diritto pubblico, obbligati nell'esercizio della propria attività contrattuale (*i.e.*: anche al di fuori del limitato settore dei pubblici appalti) al rispetto delle regole di evidenza pubblica di matrice comunitaria e nazionale.

4.2. Né può essere condivisa la tesi dell'Ente appellato secondo cui, anche ad ammettere la natura di organismo di diritto pubblico dell'E.N.R., l'obbligo in capo ad esso di rispettare l'evidenza pubblica, con conseguente radicamento della giurisdizione del G.A., vigerebbe unicamente nella materia degli appalti (in tal senso deponendo il combinato disposto di cui agli artt. 3 e 244 del '*Codice dei contratti*') e non anche nel diverso caso dei contratti attivi, volti - come nel caso di specie - alla vendita di un proprio bene patrimoniale.

Tanto meno può essere condivisa la tesi secondo cui non potrebbe essere ascritto alla giurisdizione del G.A. un caso, quale quello di cui è causa, in cui la scelta di procedere secondo i moduli dell'evidenza pubblica non è discesa da un puntuale obbligo normativo in tal senso, bensì da una libera scelta dell'Ente precedente.

Sotto il primo profilo si ritiene qui di ribadire l'orientamento giurisprudenziale della Sezione, secondo cui la non riconducibilità di una procedura ad evidenza pubblica agli schemi tipologici del '*Codice dei contratti*' (ed alla pertinente normativa comunitaria di riferimento) non incide sulla soggiacenza a principi di evidenza pubblica valedoli, alla stregua di un principio comunitario da ultimo recepito con il '*Codice dei contratti*', per tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea. Ciò, in ossequio ai

principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza valevoli anche al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 10 gennaio 2007, n. 30).

L'approccio in questione viene confermato, sotto il profilo sistematico, dal recente orientamento della Commissione europea la quale (nella sua concomitante veste di *'custode del Trattato istitutivo'* e di Autorità *Antitrust* al livello europeo) ha chiarito che le regole ed i principi dell'evidenza pubblica - in quanto principi generali direttamente desumibili dalle disposizioni del Trattato - trovano applicazione non solo nelle ipotesi in cui una puntuale prescrizione del diritto comunitario derivato ne renda obbligatorio l'utilizzo ma, più in generale, in tutti i casi in cui un soggetto pubblico decida di individuare un contraente per l'attribuzione di un'*utilitas* di rilievo economico *comunque* contendibile fra più operatori del mercato.

In tal modo, è stato chiarito che il ricorso ai principi del Trattato in punto di rispetto della *par condicio* e di salvaguardia dell'evidenza pubblica resta indefettibile sia nelle ipotesi in cui non risulti superata la c.d. soglia di rilievo comunitario (secondo un'opzione largamente accolta, del resto, dal Legislatore nazionale del *'Codice dei contratti'*), sia - più in generale - quando l'*utilitas* di cui si discute non concerna in modo diretto il settore degli appalti, bensì altri settori di intervento di analogo ed indiscutibile rilievo economico per gli operatori (sul punto, cfr. la *Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*, in G.U.C.E. C179 del 1° agosto 2006).

4.3. In base a quanto esposto, risulta priva di fondamento anche l'affermazione secondo cui la determinazione volta ad indire la gara di cui è causa avrebbe rappresentato null'altro, se non *'l'adozione libera e non obbligata di una procedura ad evidenza pubblica'*, con la conseguenza di rendere inapplicabile le previsioni, in punto di giurisdizione, di cui all'art. 6 della l. 21 luglio 2000, n. 205 (ora: art. 244 del d.lgs. 163, cit.).

E' infatti evidente che (alla luce di quanto sin qui richiamato) l'indizione della gara di cui è causa sia discesa (non già da una libera determinazione dell'Ente, bensì) dall'ossequio a puntuali disposizioni di principio di matrice comunitaria, direttamente vincolanti per gli operatori del diritto interno.

Tuttavia, la tesi di Parte appellata risulterebbe comunque infondata *in parte quā* anche laddove si ammettesse che la determinazione volta all'indizione di tale gara sia effettivamente derivata da un autovincolo in tal senso da parte dell'Amministrazione procedente.

Ed infatti, pur dando atto della presenza di alcune pronunce le quali hanno ritenuto che l'autovincolo imposto dalla P.A. all'adozione

di procedure di evidenza pubblica non consentirebbe di radicare la giurisdizione del G.A. ai sensi dell'art. 6, cit. (tanto, alla luce di una particolare interpretazione della locuzione 'soggetti comunque tenuti (...) all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale'), deve comunque prestarsi nella specie adesione al più recente orientamento giurisprudenziale, il quale ha opinato sul punto in senso nettamente differente.

Viene in rilievo, sotto questo profilo, il precedente della Sezione con cui è stato precisato che ogni volta in cui l'Amministrazione procede ad una selezione competitiva fra soggetti privati al fine di attribuire un'utilità di rilievo economico (ed anche a prescindere da un previo vincolo normativo in ordine all'an ed al *quōmodo* di tale procedura), nondimeno il provvedimento di aggiudicazione, ancorché sia collocato all'interno del procedimento (civilistico) preordinato alla conclusione del contratto, ha natura amministrativa per quanto concerne l'individuazione del contraente.

Ed infatti, la serie procedimentale in tal modo posta in essere contempla in primo luogo un atto (amministrativo) di accertamento (costitutivo) e solo in secondo luogo anche la manifestazione di volontà (negoziale) della p.a. in ordine al contratto da stipulare. La aggiudicazione assume in tal modo una valenza procedimentale ed amministrativa ed integra una vera e propria determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare certezze legali privilegiate ed a incidere sulla posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione, qualificabile come di interesse legittimo con conseguente giurisdizione del G.A. (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 15 novembre 2005, n. 6368).

4.4. Concludendo sul punto, non può trovare accoglimento l'eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione del G.A. fondata sulla configurazione soggettiva dell'Ente Nazionale Risi quale ente pubblico economico, ovvero quale organismo di diritto pubblico.

5. E' invece fondata e meritevole di accoglimento l'ulteriore eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione sollevata dall'E.N.R. in relazione al fatto che, nel giudizio che ne occupa, vengono in rilievo posizioni di diritto soggettivo, quali quelle tipicamente coinvolte dall'esercizio del diritto di prelazione ex art. 38 della l. 27 luglio 1978, n. 372 (recante '*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*').

5.1. La carenza di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo emerge con particolare evidenza per la parte in cui parte attrice lamenta che gli atti impugnati avrebbero illegittimamente conculcato l'esercizio del diritto di prelazione sull'immobile condotto in locazione, oggetto della procedura di vendita all'origine dei fatti di causa.

Sotto tale aspetto, è agevole osservare che, una volta appurato (come opinato dal giudice di prime cure) che la stessa legittimazione ad agire (nonché il relativo interesse) rinviengano il proprio

fondamento su di un rapporto squisitamente privatistico (quello di locazione) e sulle tipiche posizioni di diritto soggettivo che caratterizzano i rapporti fra le parti di tale rapporto, non appare poi possibile eludere le relative conseguenze in punto di giurisdizione, in specie laddove (come nel caso di all'esame del Collegio) si assuma violato il *diritto* soggettivo all'esercizio della prelazione ex art. 38, l. 392, cit.

Né appare convincente, al fine di sostenere la sussistenza della giurisdizione del G.A., l'argomento logico-giuridico secondo cui l'oggetto del giudizio non sarebbe rappresentato dal mancato esercizio del diritto di prelazione, bensì dall'asserita illegittimità degli atti e dei provvedimenti amministrativi i quali (con valenza - per così dire - *'a monte'*) hanno indotto la P.A. a non riconoscere il richiamato diritto di prelazione.

Ed infatti, appare arduo negare che le determinazioni adottate dalla P.A. nello svolgimento di un rapporto contrattuale (ad es., mediante il diniego di riconoscimento del diritto di prelazione) assumano una valenza eminentemente paritetica, pur quando esse hanno l'effetto di incidere in modo pregiudizievole sulla sfera giuridica della controparte contrattuale.

L'adozione di siffatte determinazioni, infatti (ovvero, la loro mancata adozione, come nel caso di specie) concreta comunque - pur nei possibili risvolti patologici *jure civili* - l'esercizio di diritti, poteri e facoltà tipiche della dialettica fra posizioni contrattuali, incidenti su posizioni di diritto soggettivo, con ogni conseguenza in ordine al riparto fra le giurisdizioni.

Né a conclusioni diverse può giungersi affermando, con l'odierna appellante, che l'oggetto dell'impugnativa giudiziale non sarebbe rappresentato dagli atti privatistici immediatamente incidenti sul rapporto locatizio, bensì dalle determinazioni (di valenza asseritamente pubblicistica) posti a monte rispetto all'adozione dei richiamati atti paritetici.

Ed infatti, laddove si accedesse alla tesi secondo cui, pur in presenza di un contratto di diritto privato e delle relative vicende (fisiologiche o patologiche), ciò che determina la giurisdizione non è già la natura paritetica dei rapporti su cui incidono gli atti posti in essere dalla P.A. nella sua veste di contraente, bensì il carattere (asseritamente pubblicistico) delle decisioni prodromiche all'adozione di tali atti, la conseguenza sarebbe nel senso di negare sotto il profilo sostanziale l'assimilazione della P.A. ai privati nella fase esecutiva dei rapporti contrattuali, annettendo rilievo - per così dire - *'assorbente'* alla (pur necessaria) presenza di un'attività amministrativa *'a monte'* rispetto all'adozione di atti dalla squisita valenza privatistica.

E' tuttavia evidente che, per tale via, si giungerebbe alla configurazione di una sorta di immanente e generalizzato *diritto privato speciale* della P.A. (fondato, in ultima analisi, sul mero rilievo della qualificazione soggettiva di una delle parti del rapporto contrattuale), nel cui ambito persino le manifestazioni

contrattuali di carattere più squisitamente paritetico verrebbero riguardate come null'altro, se non l'esito di un'attività amministrativa di carattere autoritativo, idonea ad incidere con carattere di autoritatività sulla sfera giuridica del privato contraente.

In definitiva, pur essendo pacifico che l'esercizio del diritto di prelazione rappresenta un diritto potestativo idoneo a determinare autoritativamente *ex lege* l'acquisto dell'immobile a favore del retraente, nondimeno le controversie relative al suo esercizio da parte della P.A. restano attratte alla giurisdizione del giudice degli atti paritetici, a nulla rilevando che l'esercizio in concreto (ovvero, il mancato esercizio) della prelazione sia intervenuto all'esito di una determinazione assunta, secondo le regole del diritto amministrativo, dagli organi decisionali della P.A.

Pertanto, appare meritevole di conferma l'orientamento (espresso in un diverso settore ordinamentale, ma le cui conclusioni possono qui trovare coerente applicazione) secondo cui rientra nella giurisdizione del G.O. una controversia relativa ad atti con i quali viene dichiarata la decadenza da una concessione per l'espletamento di un servizio pubblico.

Come già osservato da questo Consiglio di Stato, infatti, sebbene tali atti rappresentino anche il risultato di valutazioni discrezionali da parte dell'Amministrazione, nondimeno essi operano pur sempre nell'ambito paritetico del contratto e non costituiscono esplicazione di un potere di natura pubblicistica (Cons. Stato, Sez. V, sent. 17 maggio 2005, n. 2461).

5.2. Né a conclusioni diverse da quelle sin qui indicate può giungersi sulla base delle deduzioni di parte appellante, secondo cui la richiamata questione di giurisdizione risulterebbe infondata in quanto *"oggetto dell'impugnazione è l'intera procedura di vendita e tutti gli atti presupposti; la violazione del diritto di prelazione, lungi dall'essere l'unico oggetto della controversia, costituisce solo un aspetto, che assume rilievo in via meramente indiretta, della posizione soggettiva della ricorrente"* (memoria in data 14 febbraio 2008, p. 8).

In contrario, si osserva che nella stessa prospettazione di parte ricorrente (confermata *in parte quā* dalla pronuncia appellata) la sussistenza di ben due condizioni dell'azione giudiziale (la *legitimatio ad causam* e l'interesse ad agire) discendano in modo diretto dalla qualifica soggettiva di parte del rapporto locatizio.

Dall'esame degli atti di causa, d'altronde, emerge che entrambi i profili *sostanziali* su cui si basano le doglianze di parte ricorrente (il mancato esercizio del diritto di prelazione, nonché la mancata ammissione delle offerte in aumento, ai sensi dell'art. 65 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827) rinviengano il proprio *ubi consistam* in termini di condizioni per l'esperimento dell'azione giudiziale nella qualificazione soggettiva della ricorrente quale locataria dell'immobile e nei conseguenti rapporti, diritti ed obblighi che ne derivano *jure civili*.

Ne consegue che le controversie relative ad entrambi i profili *sostanziali* dinanzi richiamati, innestandosi su una vicenda complessiva di carattere squisitamente paritetico, non possano che essere devolute al giudice ordinario delle posizioni di diritto soggettivo.

5.3. Né può ritenersi che le conclusioni in tal modo tracciate si pongano con carattere di distonia rispetto a quanto affermato dalla Sezione con la pronuncia 5 marzo 2002, n. 1308 (come, invece, ritenuto dalla società Appellante - memoria in data 14 febbraio 2008, pag. 8 -).

Ed infatti, se è vero che la pronuncia in questione ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo nell'ambito di una controversia nell'ambito della quale la parte ricorrente lamentava esserle stato illegittimamente impedito l'esercizio del diritto di prelazione in relazione ad alcuni immobili oggetto di dismissione, è pur vero che la pronuncia medesima è maturata in un contesto giuridico-normativo profondamente diverso da quello odierno, con la conseguenza di non consentire alcuna operazione di assimilazione sistematica fra questa e quella.

In particolare, mentre il presupposto sistematico della presente pronuncia è rappresentato dalla circostanza per cui gli atti dell'Amministrazione i quali hanno inciso sulla posizione giuridica della ricorrente hanno un carattere eminentemente paritetico (derivando da libere determinazioni assunte dalla P.A. nella sua veste di contraente privato), al contrario, nella vicenda definita dalla Sezione nel 2002, gli atti incidenti sull'esercizio del diritto di prelazione rivestivano un carattere generale e discendevano da puntuali prescrizioni normative in tema di svolgimento delle attività di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico (in specie: art. 2 della l. 23 dicembre 1999, n. 488), con la conseguenza che essi delineavano effettivamente posizioni qualificabili come di interesse legittimo, determinando la devoluzione delle relative conseguenze al giudice amministrativo.

5.4. Tanto premesso in relazione ai profili di giurisdizione, ed ai limitati fini che qui rilevano, si osserva che l'istanza volta all'annullamento degli atti dell'E.N.R. i quali avrebbero avuto quale effetto quello di impedire l'esercizio del diritto di prelazione non potrebbe comunque trovare accoglimento atteso che l'ordinamento civilistico contempla, per tali ipotesi, un diverso strumento di reazione ordinamentale (l'esercizio del diritto di riscatto di cui all'art. 39 della l. 392 del 1978, cit.): si tratta, tuttavia, di uno strumento di cui parte ricorrente non ha in alcun modo provato di essersi avvalsa.

6. Ma la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo non è meno evidente per la parte del ricorso in primo grado (puntualmente riproposta in sede di appello) in cui la società *Edil GDM* osserva che, pur a prescindere dalla questione relativa al mancato esercizio del diritto di prelazione, gli atti impugnati risulterebbero comunque

illegittimi per aver impedito la presentazione di offerte in aumento ai sensi dell'art. 65 del R.D. 827 del 1924.

Ed infatti, anche in tale ipotesi l'asserita sussistenza di ben due delle condizioni dell'azione (la *legitimatio ad causam*, nonché l'interesse ad agire) risulterebbero fondate sulla sussistenza del rapporto locatizio, la cui cognizione (alla luce dei noti principi costituzionali - art. 103 Cost. -) risulta comunque sottratta al G.A.

6.1. Ciò, a tacere della circostanza secondo cui nel caso di specie le censure di parte attrice risulterebbero comunque infondate nel merito, atteso che l'art. 65 del R.D. 827 del 1924 prevede il ricorso allo strumento delle offerte in aumento come mera *facoltà* per l'Amministrazione (facoltà di cui l'Ente appellato ha legittimamente ritenuto di non avvalersi) e che i principi del corretto agire amministrativo non avrebbero comunque consentito alla P.A. di revocare l'aggiudicazione *medio tempore* intervenuta a fronte della presentazione da parte della ricorrente di un'offerta in aumento non contemplata (e legittimamente) in sede di *lex specialis*.

7. La rilevata carenza di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo esime il Collegio dall'esaminare la dedotta tardività del gravame.

8. Per le considerazioni che precedono, il ricorso incidentale deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso in primo grado per difetto di giurisdizione dell'adito Giudice amministrativo.

Sussistono nella specie giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite della presente fase del giudizio, anche in considerazione della complessità delle questioni coinvolte dalla presente decisione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe specificato, accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso in primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 26 febbraio 2008, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Bruno Rosario Polito	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere
Claudio Contessa	Consigliere, est.

Presidente

GIUSEPPE BARBAGALLO

Consigliere

Segretario

CLAUDIO CONTESSA

STEFANIA MARTINES

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è
stata trasmessa

al

Ministero.....
.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria