Corte di Cassazione, Sez. Un., ord. 26 ottobre 2009, n. 22584

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sui ricorsi iscritti ai n. 11663 e 11834 del Ruolo Generale degli affari civili del 2008, proposti rispettivamente da:

1) (…) s.p.a., con sede in (…), in persona del legale rappresentante p.t. Dr. F.F., autorizzato a ricorrere da Delib. Consiglio Amministrazione 17 aprile 2008 ed elettivamente domiciliato in Roma, alla Via G. Carducci n. 4, presso l'avv. ALBERTI Piergiorgio, che la rappresenta e difende, per procura a margine del ricorso n. 11663/08;
2) (…) di (…), con sede in (…), in persona di quest'ultimo, elettivamente domiciliato in Roma, alla Piazza Mazzini n. 27, con l'avv. Giovanni Di Gioia, che anche disgiuntamente con gli avv.ti Daniela Anselmi e Piera Sommovigo di Genova, questa ultima non iscritta all'albo dei cassazionisti, lo rappresentano e difendono, per procura a margine del ricorso n. 11834 del 2008;
- ricorrenti-

contro

s.p.a., con sede in (…), in persona del presidente in carica Dr. A. F., elettivamente domiciliato in Roma, a Viale Giulio Cesare n. 14, sc. A, int. 4, presso l'avv. PAFUNDI Gabriele, che, anche disgiuntamente con l'avv. Luigi Cocchi da Genova, la rappresenta e difende, per procure a margine dei controricorsi avverso le istanze dei due ricorrenti;
- controricorrente -

aventi ad oggetto i regolamenti preventivi di giurisdizione nella causa n. 241 de R.G. del 2008 del T.A.R. per la Liguria, introdotta da ricorso della (…) s.p.a. nei confronti di (…) s.p.a. e di (…) del (…), tendenti entrambi alla dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario cui si oppone, con controricorso, (omissis) s.p.a.;
Lette le conclusioni del P.C. e l'atto di rinuncia al regolamento di (…) s.p.a., cui aderisce (…) s.p.a. ai fini della compensazione delle spese;
udita, all'adunanza del 6 ottobre 2009, l'avv. Daniela Anselmi, per la ditta (…) di (…), che insiste per l'accoglimento del ricorso.

PREMESSO IN FATTO

Nel novembre 2007, (…) s.p.a., societa' a capitale pubblico totalmente appartenente al Comune di Sanremo, quale concessionaria e gestrice del servizio idrico di questo ente locale, avviava una procedura per la scelta di un soggetto esterno, invitando piu' operatori del settore, tra cui scegliere quello a cui avrebbe affidato le analisi e il controllo delle acque per il 2008, con attivita' riservata per legge (Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, articolo 165, comma 1 e del Decreto Legislativo 2 febbraio, n. 31,

articolo 7, comma 3) ai laboratori interni dei concessionari ovvero ad altri gestori di servizi idrici, quale e' (…) per il Comune di Imperia, societa' che aveva svolto tale controllo fino al 2007. Ricevute offerte da piu' soggetti ritenute di costo troppo elevato, e dopo trattative con i partecipanti alla procedura e con terzi, il servizio e' stato affidato ad una ditta privata, la (…) di (…), con atto che, con ricorso del 7-8 marzo 2008 si e' impugnato da (…) s.p.a. dinanzi al T.a.r. per la Liguria, con richiesta d'annullamento di esso e degli atti di gara, per violazione delle norme di cui sopra e: domanda di risarcimento del danno nei confronti di ambedue le controparti. Costituitesi (…) e (…) dinanzi al giudice amministrativo, da loro era eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito, che ai sensi della Legge 6 dicembre 1971, articolo 23 bis, sul presupposto implicito della palese illegittimita' dell'atto impugnato e del grave e irreparabile danno che (…) avrebbe subito per la sua esecuzione, fissava, con ordinanza n. 111/08 del 27 marzo 2008, l'udienza di discussione al successivo 15 maggio del 2008.
Prima di tale discussione, con i due ricorsi distinti di cui in epigrafe, entrambi notificati il 28 aprile 2008, (…) e (…) di (…). , hanno proposto il regolamento di giurisdizione ai sensi dell'articolo 41 c.p.c. e chiesto a questa Corte di dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario, non solo per non essere (…) soggetto tenuto ad osservare le procedure di evidenza pubblica nella scelta dei soggetti con i quali concludere i contratti, ma anche in rapporto al valore dell'appalto, inferiore ad euro 420.000, soglia comunitaria al di sotto della quale non e' necessaria l'adozione delle procedure di cui al Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, essendo del resto evidente il carattere informale della procedura comparativa tra piu' offerte, adottata nel caso.
(…), ad avviso dei ricorrenti, non aveva esercitato nella scelta del contraente poteri autoritativi e quindi nella presente causa solo il giudice ordinario aveva giurisdizione.
Con sentenza del 15 - 28 maggio 2008 il T.A.R. per la Liguria, delibata la palese inammissibilita' ai sensi dell'articolo 366 bis c.p.c., e la manifesta infondatezza del presente regolamento preventivo, che impediva la sospensione del processo in primo grado in esecuzione dell'articolo 367 c.p.c., ha accolto il ricorso di (…) s.p.a., annullando l'atto di affidamento alla ditta (…) e rigettando la domanda di.risarcimento del danno, perche' generica e non provata.
Avverso tale pronuncia hanno proposto appello la (…) s.p.a., che poi ha rinunciato al gravame, e la (…) di (…). , e tale impugnazione e' stata accolta dal Consiglio di Stato che, con decisione del 5 maggio - 28 settembre 2009, ha annullato la pronuncia del primo giudice solo "ai fini della sospensione del giudizio ai sensi dell'articolo 367 c.p.c.", rinviando gli atti al tribunale amministrativo competente, solo su tale punto e in riferimento alla statuizione cautelare.
Con atto notificato a mezzo posta a (…) il 10 aprile 2009, (…) s.p.a. ha rinunciato al presente regolamento, con adesione di (…) s.p.a. per la compensazione delle spese della procedura incidentale con la rinunciante, prima che fossero depositate le conclusioni del P.G. Dr. Pasquale Ciccolo, che ha chiesto di dichiarare la giurisdizione del giudice amministrativo; (…) ha depositato memoria illustrativa del ricorso ai sensi dell'articolo 378 c.p.c., e prodotto documenti in allegato alla stessa.

DIRITTO

1. Preliminarmente, ai sensi dell'articolo 274 c.p.c., devono riunirsi i due ricorsi di (…) s.p.a. e (…) , del 28 aprile 2000, relativi al regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'articolo 41 c.p.c. nella stessa causa principale, per la loro identita', entrambi tendendo alla declaratoria della giurisdizione dell'A.G.O. sul ricorso di (…) s.p.a. che ha

domandato l'annullamento dell'affidamento alla ditta (…) di (…), del servizio analisi e controllo delle acque trattate e distribuite dalla s.p.a. (…) .
Peraltro sul ricorso proposto da (…) (n. 11663/08), il presente procedimento incidentale, ai sensi degli articoli 390 e 391 c.p.c., deve essere dichiarato estinto, avendo tale ricorrente rinunciato alla sua istanza, con adesione della controricorrente (…) ai fini della compensazione delle spese.

2. Il ricorso n. 11834/08 della ditta (…) di (…).deve invece dichiararsi ammissibile, anche se deve rigettarsi, perche' infondato.

2.1. Deve anzitutto respingersi l'eccezione di inammissibilita' dell'istanza di regolamento per mancata illustrazione del motivo, di ricorso, con la formulazione del quesito conclusivo di diritto di cui all'articolo 366 bis c.p.c., non essendovi in questa sede un'impugnazione di pronuncia giurisdizionale della quale si denunci a violazione di legge (S.U. 22 ottobre 2007 n. 22059, 5 marzo 2008 n. 5924).
Tale natura di procedimento incidentale del regolamento nella causa principale, rende inoltre non necessaria l'applicazione in questa sede dell'articolo 372 c.p.c., che presuppone piu' gradi di causa e il carattere impugnatorio del ricorso, e impone oneri solo per la produzione di documenti nell'ordinario giudizio di legittimita', da non osservare per questa fase particolare del giudizio di primo grado instaurata con il presente regolamento (S.U. ord. 19 maggio 2004 n. 9532, 23 febbraio 2001 n. 73).
La Corte, quale giudice del fatto nella presente decisione, puo' quindi tenere conto dei documenti prodotti dalla ricorrente (omissis), con memoria ex articolo 378 c.p.c. (sentenza del Consiglio di Stato sopra citata del 2009 e statuto della s.p.a. (omissis), anche se non notificati mediante elenco, ex articolo 372 c.p.c..
Sull'appello della decisione del Tar per la Liguria del 2008 il Consiglio di Stato, con la indicata pronuncia del settembre 2009, ha annullato la sentenza di primo grado, qualificando non corretta la delibazione del Tar sulla manifesta inammissibilita' e/o infondatezza del presente regolamento, annullando tale punto della pronuncia che aveva chiuso il primo grado della causa principale, "con rinvio della controversia al Tribunale amministrativo, ai fini della sospensione del giudizio ai sensi dell'articolo 367 c.p.c." (pag. 6 e 7 sentenza), nulla disponendo sulle censure relative al merito della causa e sul punto della giurisdizione, che non e' stata quindi oggetto di alcuna statuizione implicita o esplicita sulla questione da parte dei giudici amministrativi nella causa principale.
Cio' esclude qualsiasi problema di giudicato sulla giurisdizione e, di conseguenza, il regolamento deve ritenersi ammissibile, anche non qualificando "condizionata" la sentenza del Tar per la Liguria del 28 maggio 2008, che ha deciso pure nel merito la causa (in tal senso S.U. ord. 1 marzo 2006 n. 4508, 22 maggio 2005 n. 14070, 19 maggio 2004 n. 9534, 2 luglio 2003 n. 10464, tutte sulla scia di S.U. 17 dicembre 1999 n. 905).
Si deve poi comunque negare la sopravvenuta carenza d'interesse del ricorrente al regolamento, per essere venuta meno, a causa dell'annullamento in appello della sentenza del Tar del 2008, la implicita decisione sul potere del giudice adito di pronunciare sul ricorso, da presumere per effetto della pronuncia di cui sopra che ha tra l'altro rigettato la domanda di risarcimento del danno (S.U. ord. 2 maggio 2006 n. 10064, S.U. 10 dicembre 2003 n. 18895 e 18 dicembre 1997 n. 12830 e, per un caso particolare recente, S.U. ord. 13 marzo 2009 n. 6057).
Il ricorso per regolamento di giurisdizione della (…) di (…), e' quindi ammissibile.

2.2. (…) s.p.a., come risulta dal comma 1, dell'articolo 3 del suo Statuto prodotto dalla ricorrente, ha come oggetto sociale la "realizzazione di servizi pubblici" di interesse generale ad essa affidati dal Comune di Sanremo, tra cui - primo tra altri - quello di "captazione, sollevamento, potabilizzazione, trasporto e distribuzione dell'acqua".
Tale scopo sociale sembra inserire l'appalto oggetto della gara di cui alla presente causa, per tale profilo, nel Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, articolo 209 e nel settore c.d. escluso dell'"acqua", in rapporto all'alimentazione della rete idrica con acqua potabile, in attuazione della Direttiva CE n. 17 del 31 marzo 2004, con conseguente applicabilita', ai sensi dell'articolo 206 dello stesso Decreto Legislativo, o codice dei contratti pubblici, delle norme sulle procedure di evidenza pubblica, in ordine alla scelta dei contraenti tra piu' soggetti in concorrenza di quello cui affidare i controlli dell'acqua.
Il comma 2 del predetto articolo dello statuto di (omissis) s.p.a. sancisce che "la societa' potra' inoltre, purche' in forma strumentale e non prevalente, compiere tutte le operazioni commerciali, industriali ... ritenute necessarie e utili al perseguimento dell'oggetto sociale".

I fini di interesse generale in materia di servizio idrico indicati comportano la esigenza di controlli "per la verifica della qualita' dell'acqua destinata al consumo umano", compiutamente regolati da norme d'azione (Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, articolo 165 e Decreto Legislativo 2 febbraio 2001, n. 31, articolo 7), per le quali essi devono eseguirsi o da laboratori interni delle societa' gestrici del servizio o da altri gestori di servizi idrici, anche di altri enti locali, come (…) s.p.a..
La destinazione a consumo umano dell'acqua gestita dalla societa' a capitale pubblico, interamente del Comune di Sanremo, esclude ogni scopo immediato di tipo "industriale o commerciale" nell'espletamento del servizio idrico, istituito solo per soddisfare esigenze di interesse generale in regime di non concorrenza, come tali non aventi natura industriale o commerciale, pure se, per il raggiungimento dei propri fini sociali, la concessionaria (…) puo' compiere operazioni strumentali di tipo commerciale.
Puo' allora affermarsi, in ordine ai presupposti soggettivi per l'applicazione delle regole di evidenza pubblica in tema di scelta del contraente e alla conseguente sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformita' alle conclusioni del P.G. e della richiamata sentenza del Tar per la Liguria del 2008, che la s.p.a. (…), soggetto societario gestore del servizio idrico di un ente locale a totale dominanza di esso, servizio fornito non in regime di concorrenza, rientra tra gli organismi di diritto pubblico, tendendo a soddisfare esigenze di interesse generale a carattere non industriale ne' commerciale e costituito per esercitare un'attivita' interamente finanziata dal Comune di Sanremo (Decreto Legislativo n. 163 del 2006, articolo 3, comma 26) e deve quindi qualificarsi "organismo di diritto pubblico" o "amministrazione aggiudicatrice" ai sensi della norma da ultimo citata (S.U. ord. 7 ottobre 2008 n. 24722, S.U. 8 giugno 2007 N. 13398, 4 maggio 2006 n. 0218).
La definizione che la decisione del Consiglio di Stato sembra preferire di "impresa pubblica", in quanto connessa alle eventuali attivita' commerciali strumentali svolte da (…) s.p.a., non comporta esclusione della disciplina del codice dei contratti pubblici ne' determina i dubbi indicati in detta pronuncia sulla giurisdizione esclusiva del G.A. (Decreto Legislativo n. 163 del 2006, articolo 238, comma 7).
Tale qualifica si discosta dallo statuto sociale per le ragioni indicate, e soprattutto non tiene conto che un soggetto societario a capitale interamente pubblico puo' essere organismo di diritto pubblico nei sensi indicati dell'articolo 32, comma 1, lettera c del

codice dei contralti pubblici, e che tale definizione, nello svolgimento di attivita' strumentali, non e' incompatibile con quella di "impresa pubblica", cui da preferenza il Consiglio di Stato nella decisione del 2009 piu' volte citata. Deve quindi valutarsi nella concreta fattispecie in che veste (…) s.p.a., quale gestore del servizio pubblico, ha agito, come gia' affermato da questa Corte e da una parte della giurisprudenza amministrativa (S.U. 23 aprile 2008 n. 10443 e Tar del Lazio 9 giugno 2004 n. 5460), non potendo nel caso che affermarsi che l'affidamento delle attivita' di analisi e controlli dell'acqua, in quanto espressione di poteri-doveri, che le richiamate leggi del 2001 e del 2006 attribuiscono ad ogni societa' gestrice del servizio idrico degli enti locali, anche in rapporto ai fini statutari di tale tipo di societa', la individua nella fattispecie come organismo di diritto pubblico in detto affidamento, come affermato dal Tar per la Liguria nel 2008 e dedotto dal P.G. nelle sue conclusioni.
(omissis) s.p.a., in difformita' da quanto deduce la ditta (omissis) nel suo ricorso, e' organismo di diritto pubblico e amministrazione aggiudicatrice, ne' e' sufficiente la qualifica di impresa pubblica, ad essa attribuita dall'istante in questa sede, e dal Consiglio di Stato nel 2009, ad escludere l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica nei settori c.d. esclusi (cfr. Decreto Legislativo n. 163 del 2006, articolo 207); invero anche in tale veste di imprese pubbliche, le amministrazioni aggiudicatrici devono attenersi ai principi di trasparenza del diritto comunitario nell'assegnazione di appalti sotto soglia comunitaria come quello per cui e' causa, del valore di circa euro 100.000 (Corte Giustizia Ce. Sez. 4, 15 maggio 2003, in cause riunite C-147/06 Secap e C-148/06, Santorso ed altre).
2.2. In rapporto alla dedotta inapplicabilita', nel caso di specie, delle norme sui contratti pubblici per il valore dell'appalto inferiore a quello per il quale deve applicarsi la disciplina di evidenza pubblica, di cui al l'articolo 28 del codice dei contratti pubblici, e' facile rilevare che non solo ai sensi del Decreto Legislativo n. 163 del 2006, articolo 121, anche per il contratto oggetto di gara di importo inferiore alla soglia comunitaria, e' applicabile l'articolo 244 sulla giurisdizione esclusiva del G.A. e che l'appalto de quo, comunque, avendo ad oggetto una attivita' relativa alla distribuzione dell'acqua, non e' soggetto alla soglia comunitaria (cosi' proprio il Decreto Legislativo n. 163 del 2006, articolo 28 e sul tema Consiglio di Stato Sez. 5, 29 maggio 2006 n. 3261 e altre che estendono la giurisdizione alle gare per appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria).
Come deduce il P.G. nelle sue conclusioni, l'appalto di cui e' causa, anche se infra soglia comunitaria, perche' di valore inferiore ad euro 420.000, rientra tra quelli soggetti alle procedure di evidenza pubblica, per il combinato disposto del Decreto Legislativo n. 163 del 2006, articolo 20, comma 2, secondo il quale "gli appalti di servizi elencati nell'allegato 2-A sono soggetti alle disposizioni del presente codice" e dell'Allegato 2-A, punto 12, che espressamente si riferisce agli appalti di "servizi di sperimentazione tecnica e analisi", come quello per cui e' causa, il cui affidamento, con la scelta dell'appaltatore, e' soggetto alla giurisdizione esclusiva dell'A.G.A., con conseguente infondatezza, anche per tale profilo del regolamento proposto dalla ditta (omissis) .
2.3. Infine non puo' non rilevarsi che la ricorrente (omissis) ha chiesto specificamente nel caso il rispetto delle norme d'azione di cui al citato Decreto Legislativo n. 31 del 2001 e Decreto Legislativo n. 152 del 2006 e dato il rilievo che assumono, nella individuazione del giudice, le forme di tutela in concreto richieste (articolo 386 c.p.c. e S.U. 23 dicembre 2008 n. 30254), indipendentemente dalla giurisdizione esclusiva dell'A.G.A. di cui all'articolo 244 del codice dei contratti pubblici, nella concreta

fattispecie si e' chiesta al Tar, da (…) s.p.a., la tutela di interessi legittimi connessi alle norme d'azione che regolano analisi e controlli delle acque destinate al consumo umano, sopra piu' volte richiamate.
3. Pertanto il ricorso di (…) deve essere rigettato, ma la particolarita' della vicenda e i dubbi sulla giurisdizione in essa derivanti dalla pronuncia del Consiglio di Stato del settembre 2009, che questa Corte non condivide, giustificano la insistenza della ricorrente nel procedimento incidentale e la totale compensazione delle spese di questo, anche tra tale ricorrente e le altre parti, in specie, la controricorrente (…) s.p.a. che ha aderito alla chiesta compensazione in rapporto al procedimento incidentale estinto.

P.Q.M.

Riuniti i ricorsi, dichiara estinto il procedimento incidentale sul ricorso n. 11663/08 di (…) s.p.a. e rigetta il regolamento proposto dalla Ditta (…) di (…). con il ricorso n. 11834/08; dichiara nel processo principale la giurisdizione del giudice amministrativo adito, cui rinvia la causa per la decisione, compensando le spese dei presenti procedimenti incidentali, riuniti, tra tutte le parti.

Depositata in cancelleria
il 26 ottobre 2009