CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI
ordinanza 26 ottobre 2009 n. 22584

PREMESSO IN FATTO

Nel novembre 2007, A. s.p.a., società a capitale pubblico totalmente appartenente al Comune di S., quale concessionaria e gestrice del servizio idrico di questo ente locale, avviava una procedura per la scelta di un soggetto esterno, invitando più operatori del settore, tra cui scegliere quello a cui avrebbe affidato le analisi e il controllo delle acque per il 2008, con attività riservata per legge (D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 165, comma 1 e del D.Lgs. 2 febbraio, n. 31, art. 7, comma 3) ai laboratori interni dei concessionari ovvero ad altri gestori di servizi idrici, quale è A. per il Comune di I., società che aveva svolto tale controllo fino al 2007.

Ricevute offerte da più soggetti ritenute di costo troppo elevato, e dopo trattative con i partecipanti alla procedura e con terzi, il servizio è stato affidato ad una ditta privata, la M. di D. , con atto che, con ricorso del 7-8 marzo 2008 si è impugnato da A. 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 A. e M. dinanzi al giudice amministrativo, da loro era eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito, che ai sensi della L. 6 dicembre 1971, art. 23 bis, sul presupposto implicito della palese illegittimità dell'atto impugnato e del grave e irreparabile danno che A. 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, A. e M. di D., hanno proposto il regolamento di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c. e chiesto a questa Corte di dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario, non solo per non essere A. 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 è necessaria l'adozione delle procedure di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, essendo del resto evidente il carattere informale della procedura comparativa tra più offerte, adottata nel caso.

A., 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 inammissibilità ai sensi dell'art. 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'art. 367 c.p.c., ha accolto il ricorso di A. s.p.a., annullando l'atto di affidamento alla ditta M. e rigettando la domanda di risarcimento del danno, perchè generica e non provata.

Avverso tale pronuncia hanno proposto appello la A. s.p.a., che poi ha rinunciato al gravame, e la M. di D. , e tale impugnazione è 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'art. 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 M. il 10 aprile 2009, A. s.p.a. ha rinunciato al presente regolamento, con adesione di A. 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; M. ha depositato memoria illustrativa del ricorso ai sensi dell'art. 378 c.p.c., e prodotto documenti in allegato alla stessa.

DIRITTO

1. Preliminarmente, ai sensi dell'art. 274 c.p.c., devono riunirsi i due ricorsi di A. s.p.a. e M., del 28 aprile 2000, relativi al regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c. nella stessa causa principale, per la loro identità, entrambi tendendo alla declaratoria della giurisdizione dell'A.G.O. sul ricorso di A. s.p.a. che ha domandato l'annullamento dell'affidamento alla ditta M. di Del B., del servizio analisi e controllo delle acque trattate e distribuite dalla s.p.a. A..

Peraltro sul ricorso proposto da A. (n. 11663/08), il presente procedimento incidentale, ai sensi degli artt. 390 e 391 c.p.c., deve essere dichiarato estinto, avendo tale ricorrente rinunciato alla sua istanza, con adesione della controricorrente A. ai fini della compensazione delle spese.

2. Il ricorso n. 11834/08 della ditta M. di D. deve invece dichiararsi ammissibile, anche se deve rigettarsi, perchè infondato.

2.1. Deve anzitutto respingersi l'eccezione di inammissibilità dell'istanza di regolamento per mancata illustrazione del motivo, di ricorso, con la formulazione del quesito conclusivo di diritto di cui all'art. 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'art. 372 c.p.c., che presuppone più gradi di causa e il carattere impugnatorio del ricorso, e impone oneri solo per la produzione di documenti nell'ordinario giudizio di legittimità, 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, può quindi tenere conto dei documenti prodotti dalla ricorrente M., con memoria ex art. 378 c.p.c. (sentenza del Consiglio di Stato sopra citata del 2009 e statuto della s.p.a. A.), anche se non notificati mediante elenco, ex art. 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 inammissibilità 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'art. 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 è stata quindi oggetto di alcuna statuizione implicita o esplicita sulla questione da parte dei giudici amministrativi nella causa principale.

Ciò 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 M. di B., è quindi ammissibile.

2.2. A. s.p.a., come risulta dal comma 1, dell'art. 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 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 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 applicabilità, ai sensi dell'art. 206 dello stesso D.Lgs., o codice dei contratti pubblici, delle norme sulle procedure di evidenza pubblica, in ordine alla scelta dei contraenti tra più soggetti in concorrenza di quello cui affidare i controlli dell'acqua.

Il comma 2 del predetto articolo dello statuto di A. s.p.a.

sancisce che "la società potrà inoltre, purchè 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 qualità dell'acqua desti nata al consumo umano", compiutamente regolati da norme d'azione (D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 165 e D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 31, art. 7), per le quali essi devono eseguirsi o da laboratori interni delle società gestrici del servizio o da altri gestori di servizi idrici, anche di altri enti locali, come A. s.p.a..

La destinazione a consumo umano dell'acqua gestita dalla società 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 A. può compiere operazioni strumentali di tipo commerciale.

Può 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 conformità alle conclusioni del P.G. e della richiamata sentenza del Tar per la Liguria del 2008, che la s.p.a. 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 nè commerciale e costituito per esercitare un'attività interamente finanziata dal Comune di Sanremo (D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 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. 10218).

La definizione che la decisione del Consiglio di Stato sembra preferire di "impresa pubblica", in quanto connessa alle eventuali attività commerciali strumentali svolte da Amaie s.p.a., non comporta esclusione della disciplina del codice dei contratti pubblici nè determina i dubbi indicati in detta pronuncia sulla giurisdizione esclusiva del G.A. (D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 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 può essere organismo di diritto pubblico nei sensi indicati dell'art. 32, comma 1, lett. c del codice dei contralti pubblici, e che tale definizione, nello svolgimento di attività strumentali, non è incompatibile con quella di "impresa pubblica", cui da preferenza il Consiglio di Stato nella decisione del 2009 più volte citata. Deve quindi valutarsi nella concreta fattispecie in che veste A. s.p.a., quale gestore del servizio pubblico, ha agito, come già 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 attività di analisi e controlli dell'acqua, in quanto espressione di poteri-doveri, che le richiamate leggi del 2001 e del 2006 attribuiscono ad ogni società gestrice del servizio idrico degli enti locali, anche in rapporto ai fini statutari di tale tipo di società, 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.

A. s.p.a., in difformità da quanto deduce la ditta M. nel suo ricorso, è organismo di diritto pubblico e amministrazione aggiudicatrice, nè è 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. D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 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 è 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 inapplicabilità, nel caso di specie, delle norme sui contralti pubblici per il valore dell'appalto inferiore a quello per il quale deve applicarsi la disciplina di evidenza pubblica, di cui al l'art. 28 del codice dei contratti pubblici, è facile rilevare che non solo ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 121, anche per il contratto oggetto di gara di importo inferiore alla soglia comunitaria, è applicabile l'art. 244 sulla giurisdizione esclusiva del G.A. e che l'appalto de quo, comunque, avendo ad oggetto una attività relativa alla distribuzione dell'acqua, non è soggetto alla soglia comunitaria (così proprio il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 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 è causa, anche se infra soglia comunitaria, perchè di valore inferiore ad Euro 420.000, rientra tra quelli soggetti alle procedure di evidenza pubblica, per il combinato disposto del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 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 è causa, il cui affidamento, con la scelta dell'appaltatore, è soggetto alla giurisdizione esclusiva dell'A.G.A., con conseguente infondatezza, anche per tale profilo del regolamento proposto dalla ditta M.

2.3. Infine non può non rilevarsi che 1a ricorrente Amat ha chiesto specificamente nel caso il rispetto delle norme d'azione di cui al citato D.Lgs. n. 31 del 2001 e D.Lgs. n. 152 del 2006 e dato il rilievo che assumono, nella individuazione del giudice, le forme di tutela in concreto richieste (art. 386 c.p.c. e S.U. 23 dicembre 2008 n. 30254), indipendentemente dalla giurisdizione esclusiva dell'A.G.A. di cui all'art. 244 del codice dei contratti pubblici, nella concreta fattispecie si è chiesta al Tar, da A. 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 più volte richiamate.

3. Pertanto il ricorso di M. deve essere rigettato, ma la particolarità 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 Amat 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 A. s.p.a. e rigetta il regolamento proposto dalla Ditta M. di D. 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.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite Civili, il 6 ottobre 2009.

Depositata in Cancelleria il 26 ottobre 2009.