

APPALTI SOTTO SOGLIA, PRINCIPIO DI LEGALITA' E RIPARTO DELLE GIURISDIZIONI

di

Damiano Pallottino

*Avvocato amministrativista e Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
presso la Facoltà di Giurisprudenza della Terza Università di Roma*

SOMMARIO: 1. - Premessa. — 2. - La teoria dell' "organo indiretto" e l'orientamento del Giudice amministrativo degli anni '90. — 3. - La riforma del processo amministrativo e la giurisdizione esclusiva sugli appalti. — 4. - L'intervento delle Sezioni Unite del 2003 e l'adeguamento del Consiglio di Stato.

1. – Premessa.

Il presente lavoro prende spunto da una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato ⁽¹⁾, e costituisce la naturale prosecuzione di un precedente articolo pubblicato da chi scrive su altra Rivista specialistica, quale nota alla sentenza del Tar Campania annullata dai giudici di Palazzo Spada ⁽²⁾.

In quella sede, nell'aderire alle conclusioni di carattere "sostanziale" cui era giunto il giudice di prime cure circa il necessario rispetto dei principi ricavabili dal Trattato UE da parte dei soggetti aventi connotazioni pubblicistiche ("amministrazioni aggiudicatrici", ivi compresi gli "organismi di diritto pubblico" e le "imprese pubbliche") nei procedimenti per l'affidamento di appalti d'importo inferiore alla soglia di applicazione delle direttive comunitarie e della normativa interna (nazionale o regionale) di settore, ma nel contestare le conclusioni "processuali" circa la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine alle relative controversie, si sottolineava come alcune pronunce del Consiglio di Stato immediatamente successive alla riforma del processo amministrativo del 2000 (cui si era allineato il Tribunale campano) avessero principiato un errato orientamento giurisprudenziale volto a concentrare tali controversie dinanzi al Giudice amministrativo ⁽³⁾.

¹ Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554.

² D. PALLOTTINO, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche ed organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale (nota a Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 maggio 2003 n. 5868)*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 2337.

³ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro amm.*, 2001, 614; sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934, in *Cons. Stato*, 2002, I, 348; sez. V, 10 marzo 2003, n. 1295, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 1007.

Si evidenziava altresì il pericolo di un effettivo consolidamento di tale orientamento giurisprudenziale, attesa la sua indiscutibile autorevolezza, salvo un successivo intervento di senso contrario da parte del Giudice delle giurisdizioni.

Così è stato nel periodo immediatamente successivo alla pubblicazione del commento alla sentenza del Tar Campania ⁽⁴⁾, a seguito della cassazione senza rinvio da parte delle Sezioni Unite civili ⁽⁵⁾ di una delle decisioni del Consiglio di Stato che, in linea con il suddetto orientamento della giurisprudenza amministrativa, aveva dichiarato la sussistenza della giurisdizione (esclusiva) del Giudice amministrativo in ordine ad una gara d'appalto sotto soglia indetta da un ente pubblico economico, ossia da un soggetto non tenuto "obbligatoriamente" all'applicazione della normativa pubblicistica per l'affidamento di commesse d'importo inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria o interna di settore ⁽⁶⁾.

2. - La teoria dell' "organo indiretto" e l'orientamento del Giudice amministrativo degli anni '90.

Prima di esaminare il contenuto della pronuncia del Consiglio di Stato del novembre scorso ⁽⁷⁾, occorre svolgere alcune brevi considerazioni circa l'evoluzione normativa e giurisprudenziale verificatasi nel corso degli anni in ordine agli aspetti "processuali" nell'ambito degli affidamenti di appalti da parte di soggetti non rientranti formalmente nell'apparato e nell'organizzazione amministrativa.

Nel nostro sistema giudiziario, caratterizzato com'è noto dal pluralismo giurisdizionale ⁽⁸⁾, sin dagli inizi degli anni '80 la Giurisprudenza si è fatta carico di esaminare la complessa tematica del sistema del riparto delle giurisdizioni ordinaria ed amministrativa in ordine alle procedure d'individuazione degli appaltatori da parte di soggetti che, pur assumendo veste formalmente privatistica, svolgono attività funzionalizzate alla cura di interessi pubblici.

In particolare, le Sezioni Unite della Corte di cassazione civile dell'epoca fornirono un criterio - noto come teoria dell' "organo indiretto" - che avrebbe condizionato tutta la Giurisprudenza fino alla metà degli anni '90, e che traeva origine dal problema concernente la natura giuridica degli atti adottati dai soggetti concessionari di lavori pubblici (specie di sola costruzione) per l'individuazione dei propri appaltatori.

In forza di tale teoria, la concessione di lavori pubblici veniva intesa come un provvedimento amministrativo mediante il quale l'amministrazione trasferiva in capo al

⁴ v. precedente nota 2.

⁵ Cass., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17635, in *Mass.*, 2003.

⁶ Cons. Stato, sez. IV, n. 934/02, cit. nella precedente nota 3.

⁷ Cons. Stato, sez. V, n. 7554/04, cit. nella precedente nota 1.

⁸ In ordine al sistema di riparto delle giurisdizioni come delineato a livello costituzionale, anche se anteriore a C. Cost. n. 204/04, sia consentito rinviare al mio lavoro, *Osservazioni sulla legittimità costituzionale del nuovo sistema di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 1461.

concessionario privato le proprie funzioni e potestà pubblicistiche, affinché quest'ultimo agisse come organo indiretto dell'amministrazione concedente, con la relativa conseguenza che l'attività svolta dal concessionario privato doveva considerarsi come attività amministrativa in senso obiettivo e idonea a produrre nei confronti dei terzi gli stessi effetti che avrebbe prodotto l'azione dell'amministrazione.

Sulla base di tali considerazioni, gli atti adottati dai soggetti concessionari nell'ambito dei procedimenti di individuazione dei contraenti venivano considerati come veri e propri provvedimenti amministrativi incidenti in posizioni giuridiche di interesse legittimo dei destinatari, e come tali conoscibili dal Giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità⁽⁹⁾.

Tale orientamento venne ribadito dalla Cassazione verso la metà degli anni '90 nella notissima sentenza sulla "Siena Parcheggio", in cui venne dichiarata la giurisdizione del Giudice ordinario in ordine agli atti adottati dalle società miste deputate alla gestione dei servizi pubblici locali nei procedimenti di individuazione dei contraenti, e ciò in quanto (a detta della Suprema Corte) il trasferimento di funzioni e potestà pubblicistiche in capo ad un soggetto privato presupponeva necessariamente l'adozione di un provvedimento concessorio da parte dell'amministrazione, inesistente nel caso sottoposto al sindacato di legittimità del Giudice delle giurisdizioni⁽¹⁰⁾.

Com'è noto, negli stessi anni, si fece largo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato un orientamento volto a contestare alla base le conclusioni cui erano giunte le Sezioni Unite della Cassazione civile in ordine alla menzionata teoria dell'organo indiretto⁽¹¹⁾.

In estrema sintesi, sulla base di un ragionamento assolutamente convincente, il massimo organo della giustizia amministrativa negò fermamente che un'amministrazione, in assenza di un'espressa previsione legislativa ed attraverso un semplice provvedimento di concessione, potesse trasferire a soggetti privati funzioni e poteri tipicamente pubblici, con la relativa conseguenza che la semplice qualifica di "concessionario di lavori pubblici" non poteva valere *ex se* a conferire agli atti da questo emanati la natura di provvedimenti amministrativi, incidenti come tali in posizioni di interesse legittimo dei destinatari.

E' bene precisare come i giudici di Palazzo Spada fossero giunti a tale conclusione sulla base del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost., in forza del quale l'unica fonte del potere

⁹ Cass., sez. un., 14 aprile 1983, n. 2602, in *Mass.*, 1983; 3 novembre 1983, n. 6474, in *Mass.*, 1983; 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro amm.*, 1991, 655.

¹⁰ Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro amm.*, 1996, 32 con nota di BOCCHI; sul punto, cfr. altresì Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 493 con nota di CANNADA BARTOLI; 28 novembre 1996, n. 10616, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1996, 1285; 28 agosto 1998, n. 8541, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1998, 1227.

¹¹ tra le tante, si segnalano le più significative: Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, in *Foro amm.*, 1995, 984; 20 maggio 1995, n. 498, in *Foro amm.*, 1995, 1010; sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in *Foro amm.*, 1996, 3321; sez. VI, 18 settembre 1998, n. 1267, in *Foro amm.*, 1998, 2397; 27 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro amm.*, 1998, 2748; sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, in *Foro amm.*, 1999, 1225; 10 aprile 2000, n. 2078, in *Foro amm.*, 2000, 1280.

amministrativo è la legge, e che conseguentemente solo quest'ultima può conferire il potere di esercitare potestà autoritative.

La sussistenza della giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo in ordine alle controversie sorte nell'ambito dei procedimenti di individuazione degli appaltatori venne infatti sostenuta dal Consiglio di Stato sulla base del puro diritto positivo comunitario - che già all'epoca aveva ricondotto nella categoria delle "amministrazioni aggiudicatrici" anche soggetti formalmente privati (concessionari, fondazioni, consorzi, società per azioni, a responsabilità limitata, ecc.) ma svolgenti attività preordinate alla cura di interessi pubblici ⁽¹²⁾ -, e non già sulla base dell'artificio della concessione traslativa di funzioni e potestà pubblicistiche elaborato dalla Cassazione, e ciò sulla base della ineccepibile circostanza che le norme che attribuiscono a soggetti privati il potere di emanare provvedimenti amministrativi hanno natura eccezionale.

In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, la natura provvedimento-amministrativa andava riconosciuta agli atti adottati da tutte le categorie di soggetti riconducibili nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" tenute all'applicazione delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici, comprendenti tanto le amministrazioni pubbliche intese *stricto sensu* (Stato, Regioni, altri enti locali e tutte le pubbliche amministrazioni in generale), quanto soggetti aventi veste formalmente privata ma svolgenti attività volte alla cura di interessi pubblici ("organismi di diritto pubblico" ed "imprese pubbliche").

In altre parole, poiché gli atti emanati dalle amministrazioni pubbliche tradizionali nella scelta dei contraenti privati hanno indiscutibilmente consistenza di provvedimenti amministrativi, il Consiglio di Stato concluse che la stessa natura non poteva che essere riconosciuta agli atti emanati anche dai soggetti privati rientranti nella categoria comunitaria delle "amministrazioni aggiudicatrici", e come tali sindacabili dal Giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità.

3. - La riforma del processo amministrativo e la giurisdizione esclusiva sugli appalti.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 80/98, e successivamente con l'approvazione della L. n. 205/00, le indicazioni fornite dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato menzionata ⁽¹³⁾ sono state positivizzate a livello normativo, con la sola differenza costituita dal tipo di giurisdizione di legittimità del Giudice amministrativo, che da "generale" è stata cambiata in "esclusiva".

¹² Com'è noto, l'istituto dell' "organismo di diritto pubblico" venne introdotto verso la fine degli anni '80 con la Dir. 89/440/CEE in materia di appalti di lavori pubblici (successivamente sostituita dalla Dir. 93/37/UE), per poi essere esteso agli appalti pubblici di servizi (Dir. 92/50/CEE) e di forniture (Dir. 93/36/UE), nonché agli appalti nei settori "speciali" dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni (Dir. 93/38/UE). Accanto alla categoria dell' "organismo di diritto pubblico", quest'ultima direttiva ha altresì previsto la figura dell' "impresa pubblica", ritenuta conseguentemente amministrazione aggiudicatrice e come tale soggetta all'applicazione della disciplina pubblicistica per l'affidamento degli appalti nei settori "speciali".

¹³ v. precedente nota 11.

Ed infatti, in forza della disposizione contenuta nell'art. 6 della L. n. 205/00, sono attribuite alla giurisdizione amministrativa esclusiva la conoscenza di *“tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”*.

Sostanzialmente analoga risultava altresì la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/98 (come novellato dall'art. 7 della L. n. 205/00), relativo agli affidamenti aventi carattere strumentale alla gestione di un servizio pubblico preesistente, successivamente dichiarato incostituzionale dai giudici della Consulta nella ormai ben nota sentenza n. 204/04.

La legislazione del triennio 1998-2000 pose pertanto fine alla disputa tra le Sezioni Unite e il Consiglio di Stato, prevedendo l'attribuzione di tali controversie alla giurisdizione “speciale” del Giudice amministrativo, indipendentemente dalla natura provvedimento-amministrativa degli atti emanati dai soggetti privati rientranti nella categoria delle “amministrazioni aggiudicatrici”.

Ed infatti, sul versante della giustizia ordinaria, le Sezioni Unite della Cassazione civile si sono limitate a prendere atto della scelta legislativa e a fare una mera applicazione delle menzionate disposizioni normative, affermando la sussistenza della giurisdizione “esclusiva” del Giudice amministrativo in ordine alle procedure di aggiudicazione disciplinate dalle normative ivi menzionate (comunitarie, nazionali o regionali), e non già la giurisdizione “generale di legittimità” affermata dal Consiglio di Stato anteriormente alla riforma del processo amministrativo e basata sulla natura amministrativa degli atti emanati da soggetti privati rientranti nella categoria delle amministrazioni aggiudicatrici⁽¹⁴⁾.

Per dovere di completezza è tuttavia opportuno sottolineare la circostanza che la teoria dell'“organo indiretto” esaminata nel precedente § 2, che si riteneva definitivamente (e finalmente) superata, parrebbe aver ripreso corpo nella giurisprudenza più recente della Suprema Corte⁽¹⁵⁾.

Tale orientamento, ove venisse confermato, rischierebbe di acquistare una grandissima ed alquanto pericolosa rilevanza nell'attuale sistema di riparto delle giurisdizioni, specie a seguito della declaratoria d'incostituzionalità della normativa sopra menzionata ad opera dei giudici della Consulta con la già citata decisione n. 204/04.

E ciò non tanto nella specifica materia degli appalti, attesa la sopravvivenza dell'art. 6 della L. n. 205/00 (non toccato dalla Corte costituzionale), quanto e soprattutto in quelle materie non espressamente disciplinate sul punto dalla normativa comunitaria ed interna (tra le tante si pensi

¹⁴ cfr. Cass., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 24, in *Giur. it.*, 1999, 1510; 13 febbraio 1999, n. 64, in *Giur. it.*, 1999, 1508; 12 giugno 1999, n. 332, in *Urb. e app.*, 1999, 1349; 30 giugno 1999, n. 363, in *Foro it.*, 1999, I, 2847.

¹⁵ Cass., sez. un., 1 aprile 2004, n. 6408, in *Mass.*, 2004, che, nel richiamare il proprio orientamento di cui alla sentenza nota come “Fratelli Costanzo” (n. 12221/90, cit.), ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine alle controversie sorte nell'ambito dei procedimenti di affidamento di appalti “*di opere pubbliche o di pubblici servizi, allorché il procedimento di individuazione del contraente sia condotto da una società privata quale concessionaria di un'amministrazione pubblica*” (v. punto 5 della parte motiva, pag. 20).

alle concessioni miste di beni e servizi, quali ad esempio gli affidamenti delle aree di servizio pertinenti alle sedi autostradali e della gestione delle attività di distribuzione carburanti e di ristorazione).

In tali circostanze, sulla base della teoria dell'organo indiretto, la sola qualifica di concessionario della pubblica amministrazione sarebbe infatti sufficiente ad imprimere la natura provvedimentale-amministrativa agli atti dallo stesso emanati nell'individuazione dei propri contraenti, malgrado l'assenza di una qualsivoglia normativa che imponga al concessionario stesso di rispettare i principi dell'evidenza pubblica nell'affidamento delle commesse.

4. – L'intervento delle Sezioni Unite del 2003 e l'adeguamento del Consiglio di Stato.

Come già osservato nella premessa del presente lavoro, la giurisprudenza del Consiglio di Stato immediatamente successiva alla riforma del processo amministrativo del 2000 (cui si era allineato il Tar Campania più volte menzionato) aveva sostenuto l'obbligo per tutti i soggetti formalmente privati - sottoposti ad influenza pubblica dominante e la cui attività fosse principalmente volta alla cura di interessi pubblici (organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche) - di affidare gli appalti di lavori, di servizi ovvero di forniture sulla base di procedure ad evidenza pubblica anche nell'ipotesi in cui il loro importo fosse inferiore alla soglia comunitaria di applicazione delle diverse direttive comunitarie in materia ⁽¹⁶⁾.

Tale sembrava l'orientamento definitivo del massimo consesso della giustizia amministrativa, fino alla pubblicazione della decisione delle Sezioni Unite della Cassazione civile menzionata nella premessa del presente lavoro ⁽¹⁷⁾, con cui si è detto è stata cassata senza rinvio una delle decisioni del Consiglio di Stato facente parte di quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa in tema di appalti sotto soglia ⁽¹⁸⁾.

In quella sede, nel disattendere le conclusioni di carattere "processuale" cui era giunto il Consiglio di Stato, la Suprema Corte ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione dell'A.G.O. in ordine a tutte le gare indette da soggetti non tenuti obbligatoriamente all'applicazione della normativa pubblicistica (comunitaria o interna) nella scelta dei propri contraenti, quali in particolare gli enti pubblici economici e tutte le categorie di soggetti aventi i requisiti dell' "organismo di diritto pubblico" per l'affidamento di appalti sotto soglia.

Assolutamente corretto appare il complesso motivazionale della pronuncia delle Sezioni Unite civili - il cui intervento veniva auspicato da chi scrive nel commento al Tar Campania poi annullato dal Consiglio di Stato -, le quali hanno sostenuto che l'ambito della giurisdizione (esclusiva) del Giudice amministrativo è delimitata dalla normativa oggi in vigore (art. 6 della L. n. 205/00), tanto sotto il profilo "oggettivo" (affidamento di appalti pubblici), quanto sotto quello

¹⁶ v. giurisprudenza elencata nella precedente nota 3.

¹⁷ Cass., sez. un., n. 17635/03, cit. nella precedente nota 5.

¹⁸ Cons. Stato, sez. IV, n. 934/02, cit. nella precedente nota 3.

“soggettivo” (organismi tenuti all’applicazione della normativa ivi richiamata), con la relativa conseguenza che tale giurisdizione non può sussistere nell’ipotesi in cui l’ente appaltante, pur non essendone tenuto, “*abbia di fatto comunque optato per una procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente*”, altrimenti si finirebbe con il rendere “*arbitra la stessa Pa di scegliere, in prospettiva, il giudice che preferisca*” (19).

Ed è in tale contesto che va collocata la recente sentenza del Consiglio di Stato menzionata nella premessa (20), che ha infatti dichiarato la sussistenza della giurisdizione ordinaria in ordine ad una controversia concernente l’affidamento da parte di una società per azioni a prevalente capitale pubblico locale (Soc. Metronapoli p.a.) di un appalto di servizi d’importo inferiore alla soglia comunitaria (30.000 euro ca.) per la manutenzione ordinaria e straordinaria di alcuni impianti presenti in una stazione metropolitana.

In primo grado era avvenuto che l’impresa già aggiudicataria della progettazione e realizzazione di detti impianti aveva proposto ricorso al Tar Campania avverso gli atti con cui la stazione committente aveva affidato l’appalto in esame ad altra impresa senza l’esperimento di una regolare procedura concorsuale, lamentando la violazione dell’art. 7 del D.Lgs. n. 157/95 che consente il ricorso alla trattativa privata da parte delle amministrazioni aggiudicatrici solamente in presenza di casi eccezionali e congruamente motivati.

Dopo aver dichiarato la sussistenza della giurisdizione amministrativa in ordine alla controversia, il giudice di prime cure aveva accolto il ricorso affermando che i contratti affidati da soggetti privati equiparati alle pubbliche amministrazioni - ancorché non regolamentati dalle direttive comunitarie di settore (appalti sotto soglia e in generale ogni tipo di contratto non espressamente disciplinato a livello europeo) - sono comunque soggetti alle regole previste dal diritto comunitario, che “*considera il ricorso alla scelta diretta [...] quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione*”.

In riforma di detta decisione, ed in netta controtendenza rispetto al menzionato orientamento del Giudice amministrativo successivo alla L. n. 205/00, come si è detto il Consiglio di Stato ha dichiarato la giurisdizione dell’A.G.O. per insussistenza dei “*presupposti oggettivi per la devoluzione della controversia al giudice amministrativo*” (21), e ciò tanto nell’ipotesi in cui l’affidamento in esame debba essere qualificato come appalto pubblico di servizi di cui al D.Lgs. n. 157/95, quanto nel caso in cui venga ricondotto nella categoria degli appalti relativi al trasporto pubblico rientranti nei “settori speciali” (ex “esclusi”) di cui al D.Lgs. n. 158/95 (22), in considerazione della circostanza che l’importo economico della commessa affidata a trattativa

¹⁹ Cass., sez. un., n. 17635/03 cit. (v. punto 3.3. della parte motiva); sul punto sia consentito rinviare al mio lavoro, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche ed organismi di diritto pubblico*, cit., 2351.

²⁰ Cons. Stato, sez. V, n. 7554/04, cit. nella precedente nota 1.

²¹ Cons. Stato, sez. V, n. 7554/04 cit. (v. punto 4 della parte motiva).

privata (30.000 euro ca.) è comunque inferiore a quelli previsti da tali normative (rispettivamente 200.000 e 400.000 euro).

Il massimo organo della giustizia amministrativa ha pertanto negato la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine alla controversia sopra esaminata.

Non quella “esclusiva” *ex art. 6 della L. n. 205/00*, poiché lo stesso attribuisce a tale tipo di giurisdizione la conoscenza delle controversie insorte tra gli aspiranti appaltatori e i soggetti “comunque” tenuti ad applicare la normativa comunitaria sugli appalti, ovvero nazionale o regionale in materia di procedimenti ad evidenza pubblica.

E non quella “generale di legittimità”, per assenza di atti che costituiscano esercizio di potestà autoritative incidenti in posizioni di interesse legittimo.

Sulla base delle conclusioni cui è giunta la Cassazione a Sezioni Unite civili nella sentenza del novembre 2003 già esaminata ⁽²³⁾, e nel pieno rispetto del principio di legalità di cui all’art. 97 Cost., il Consiglio di Stato ha sostenuto che al fine di radicare la giurisdizione amministrativa è necessario che la stazione appaltante sia tenuta per legge ad “*osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria*”, non essendo viceversa sufficiente l’obbligo di rispettare i principi fondamentali del Trattato UE, a fronte dei quali “*la posizione della stazione appaltante è di soggezione, mentre la correlativa posizione del soggetto privato che ne lamenta la violazione è di diritto soggettivo, non avendo la stazione appaltante alcun potere autoritativo di disciplina di dette situazioni soggettive*” ⁽²⁴⁾.

Ne deriva la sussistenza della giurisdizione del Giudice ordinario a conoscere delle controversie relative a tutti i procedimenti di affidamento di lavori, servizi o forniture svolti da soggetti che - pur avendo in astratto i caratteri sostanziali dell’organismo di diritto pubblico o dell’impresa pubblica - non siano comunque tenuti obbligatoriamente a svolgere procedure ad evidenza pubblica previste dalle normative pubblicistiche (comunitaria o interna) nella scelta del contraente, ossia per tutti gli appalti d’importo inferiore alla soglia di applicazione di dette normative, come tra l’altro recentemente confermato dalla Adunanza Plenaria dello stesso Consiglio di Stato ⁽²⁵⁾.

Da ultimo, e sempre in applicazione del principio di legalità, è stata sottolineata la circostanza che nel caso di specie la stazione appaltante - indipendentemente dalla sua riconducibilità nelle categorie dell’organismo di diritto pubblico o dell’impresa pubblica - non era altresì soggetta all’applicazione obbligatoria delle procedure ad evidenza pubblica prescritte dalla normativa sulla contabilità generale dello Stato (poiché vincolante per le sole amministrazioni

²² Cons. Stato, sez. V, n. 7554/04 cit. (v. punto 4.1. della parte motiva).

²³ Cass., sez. un., n. 17635/03, cit. nella precedente nota 5.

²⁴ Cons. Stato, sez. V, n. 7554/04 cit. (v. punto 4.3. della parte motiva).

²⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 luglio 2004, n. 9 (v. punto 3 della parte motiva).

statali), ovvero dalle normative sugli enti locali o sugli enti parastatali, né risultano emanate al riguardo specifiche norme regionali ⁽²⁶⁾.

Sulla base di tutte le suesposte considerazioni si può pertanto concludere che, con quest'ultima pronuncia, il Consiglio di Stato si è finalmente adeguato al dettato normativo, dichiarando il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo - nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità tanto generale quanto esclusiva - in ordine a tutte quelle controversie concernenti procedimenti non disciplinati da alcuna normativa (appalti sotto soglia), ed in particolare quelle tra soggetti privati aventi i caratteri dell'organismo di diritto pubblico o dell'impresa pubblica e le imprese concorrenti.

Ed infatti, in ordine alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, si è detto che l'obbligo di rispettare la normativa per l'affidamento degli appalti (comunitaria, nazionale ovvero regionale) costituisce l'unico presupposto (legislativo) per la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo (art. 6 della L. n. 205/00).

Quanto invece alla giurisdizione generale di legittimità, la natura privatistica di un organismo (società, consorzio, fondazione, ecc.) - che solo per alcuni affidamenti (quelli sopra soglia) appartiene alla categoria delle "amministrazioni aggiudicatrici" - esclude aprioristicamente la possibilità per lo stesso di emanare atti aventi natura provvedimento-amministrativa nel corso dei procedimenti di aggiudicazione di appalti sotto soglia, con conseguentemente devoluzione delle eventuali controversie alla giurisdizione del Giudice ordinario.

E' interessante osservare che a conclusioni non dissimili parrebbe essere giunto recentemente il Tar Basilicata in ordine ad una controversia concernente un appalto di servizi sotto soglia affidato da un'azienda ospedaliera ⁽²⁷⁾.

In particolare, nel partire dal presupposto che le aziende sanitarie agiscono mediante atti di diritto privato e che gli affidamenti degli appalti di servizi e forniture sotto soglia sono disciplinati da norme di diritto privato ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 502/92, il Tribunale lucano ha concluso per il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine alle controversie concernenti la fase di individuazione degli appaltatori, e ciò tanto nella sua giurisdizione generale di legittimità per assenza di provvedimenti esercizio di potestà pubblicistiche incidenti in posizioni di interesse legittimo, quanto nella giurisdizione esclusiva ex L. n. 205/00 poiché "*l'azienda ospedaliera non è obbligata a un procedimento pubblico di scelta né dalle norme comunitarie né dalle norme statali*" ⁽²⁸⁾.

Infine, e sotto diversa angolatura, tutte le considerazioni sinora svolte consentono di concludere che gli istituti dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica non possono

²⁶ Cons. Stato, sez. V, n. 7554/04 cit. (v. punto 4.4. della parte motiva).

²⁷ Tar Basilicata, 30 ottobre 2004, n. 733.

²⁸ sul punto v. altresì Tar Friuli Venezia Giulia, 22 aprile 2003, n. 159, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 2631; 28 giugno 2003, n. 483, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 1783; Tar Piemonte, sez. II, 31 maggio 2004, n. 968.

essere configurati se non nell'ambito di quei procedimenti disciplinati dalle normative che li prevedono, e dunque non solo in relazione alla specifica materia degli appalti, ma anche in relazione all'importo della commessa da affidare ⁽²⁹⁾.

Al di fuori di tali ipotesi (appalti sotto soglia e, in generale, ogni tipo di contratto non regolamentato), la riconducibilità di un soggetto in tali categorie non ha più ragione di essere presa in considerazione, come tra l'altro sottolineato in alcune circostanze dalla stessa Giurisprudenza amministrativa nel periodo successivo alla riforma del processo amministrativo del 2000 ⁽³⁰⁾.

²⁹ cfr. Cass., sez. un., 21 dicembre 1999, n. 916, in *Giur. it.*, 2000, 1043.

³⁰ cfr. Tar Veneto, sez. I, 30 gennaio 2003, n. 898, in *Giur. it.*, 2003, 1961 (v. punto 3 della parte motiva).