



16766-22

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

- PIETRO CURZIO - Primo Presidente -
- FRANCESCO TIRELLI - Presidente di Sezione -
- GIACOMO TRAVAGLINO - Presidente di Sezione -
- ENRICO MANZON - Consigliere -
- ENRICO SCODITTI - Consigliere -
- ALBERTO GIUSTI - Consigliere -
- GUIDO MERCOLINO - Consigliere -
- ANTONELLA PAGETTA - Rel. Consigliere -
- ANTONIO PIETRO LAMORGESE - Consigliere -

RIC. CONTRO
DECISIONI DI
GIUDICI SPECIALI

Ud. 05/04/2022 -
CC

R.G.N. 12261/2021

Rep.

evn 16766

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 12261-2021 proposto da:

(omissis)

(omissis) , in persona del legale

rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis)

(omissis) , presso lo studio dell'avvocato

(omissis) , che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato (omissis) ;

- ricorrente -

contro

172
22

ANAC - AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE, in persona del
Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI
PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 6787/2020 del CONSIGLIO DI STATO,
depositata il 03/11/2020.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
05/04/2022 dal Consigliere ANTONELLA PAGETTA;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale
GIOVANNI BATTISTA NARDECCHIA, il quale conclude per il rigetto del
ricorso.

A

FATTI DI CAUSA

1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione (in prosieguo Anac o Autorità), nell'esercizio della legittimazione ad agire attribuitale dall'art. 211, commi 1 *bis* e 1 *ter* del d. lgs. n. 50 del 2016, adì il giudice amministrativo chiedendo l'annullamento del bando di gara avente ad oggetto la <<Procedura Aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro ... per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led. Dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati (omissis) >> e degli atti connessi. Il bando indicava (omissis) a r.l. quale "centrale di committenza" e (omissis) (omissis) (da ora (omissis)) quale "stazione appaltante".

L'Anac dedusse la illegittimità degli atti della procedura in quanto né (omissis) né (omissis) S.C. a r.l. possedevano i requisiti per bandire la gara per la stipula di Convenzioni Quadro per l'acquisizione di forniture a favore di pubbliche amministrazioni in quanto non iscritte nell'elenco dei soggetti aggregatori, elenco istituito ai sensi dell'art. 9 d.l. n. 66 del 2014 conv. in legge n. 89 del 2014; i soggetti aggregatori erano, infatti, i soli, oltre a (omissis) s.p.a., a poter stipulare Convenzioni Quadro ai sensi dell'art. 3, n. 1 d. lgs. n. 50 del 2016. L'Autorità dedusse, inoltre che né (omissis) né (omissis) (omissis) a r.l. rientravano nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" quali definite dalla lettera a) dell'art. 3 d. lgs. cit. o degli "organismi di diritto pubblico" di cui alla lettera d) dell'art. 3 cit. o delle associazioni o consorzi costituiti dai detti soggetti; da tanto derivava l'impossibilità giuridica di assumere la qualifica di "centrale di committenza", qualifica riservata, ai sensi dell'art. 3 d. lgs. cit., lettera i), alle "amministrazioni aggiudicatrici" o agli enti aggiudicatori che

forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività' di committenza ausiliarie.

Dedusse inoltre la esistenza di vizi intrinseci del bando tali da renderlo incompatibile con le previsioni del Codice dei contratti pubblici.

2. Il T.A.R. Lombardia accolse il ricorso.

La decisione fu confermata dal Consiglio di Stato che respinse l'appello proposto da (omissis) .

Il Consiglio di Stato, per quel che qui rileva, confermò la valutazione di illegittimità della procedura attivata dai "soggetti (omissis)" sul rilievo che né (omissis) s.c. a r.l., che aveva indetto la procedura di gara spendendo la qualifica di "centrale di committenza", né (omissis) (omissis) , indicata nel bando come "stazione appaltante", potevano essere qualificate come "centrali di committenza" o "soggetti aggregatori" stante il difetto della prescritta iscrizione nell'elenco istituito ai sensi dell'art. 9 d.l. n. 66/ 2014 cit. conv. in legge n. 89/ 2014, cit., requisito indispensabile per poter bandire la gara ai fini della stipulazione delle Convenzioni Quadro di cui all'art. 3, comma 1, lettera dddd) d. lgs . n. 50/2016 cit.; rilevò, in particolare, la insufficienza a tal fine della iscrizione nell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti istituita presso Anac. Il giudice amministrativo respinse, inoltre, la eccezione di difetto di giurisdizione, svolta in via subordinata dall'appellante (omissis) , osservando che il punto oggetto di accertamento non concerneva la natura di amministrazione aggiudicatrice (o, in alternativa, di soggetto di diritto privato di (omissis) (omissis)), ma solo il difetto di qualificazione come "centrale di committenza" o "soggetto aggregatore" e conseguentemente la incapacità a svolgere le relative funzioni; tanto costituiva <<specifico vizio della procedura di gara avviata da (omissis)

(attraverso (omissis)), vizio maturato in un ambito pubblicistico, trattandosi di procedura di scelta del contraente posta in essere da soggetto che, in astratto, potrebbe essere tenuto all'applicazione dell'evidenza pubblica ma che in relazione alla concreta vicenda aveva illegittimamente esercitato il potere>>. In questa prospettiva, secondo la sentenza qui impugnata, divenivano non pertinenti i richiami alle pronunzie del Consiglio di Stato che avevano dichiarato il difetto di giurisdizione amministrativa dopo avere escluso in radice la natura di amministrazione aggiudicatrice (o di soggetto equiparato all'amministrazione aggiudicatrice) del soggetto che aveva adottato i provvedimenti impugnati.; diveniva, inoltre, irrilevante stabilire se (omissis) fosse riconducibile alla definizione legale di "organismo di diritto pubblico" quale delineata dal Codice degli appalti pubblici.

3. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. (omissis) (omissis) sulla base di un unico motivo, illustrato con memoria. Anac ha resistito con controricorso .

Il P.G. ha concluso per il rigetto del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo parte ricorrente deduce violazione degli articoli 7 e 133, comma 1, lett. e), d. lgs. n. 104 del 2010 e dell'art. 3, comma 1, lett. d) d. lgs. n. 50/ 2016 cit..

Premette che a differenza di quanto affermato dal Consiglio di Stato nella concreta fattispecie assumeva rilievo la corretta qualificazione giuridica di (omissis) onde verificarne la riconducibilità al perimetro allargato delle pubbliche amministrazioni tenute al rispetto della normativa pubblicistica sull'affidamento dei contratti pubblici; sostiene che solo in ipotesi di inquadramento del committente nelle

categorie di soggetti indicati dall'art. 3, comma 1, lett. a) d. lgs. n. 50/2016 cit. era infatti integrato il presupposto indispensabile per la devoluzione delle controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

In questa prospettiva deduce che, come sostenuto dall'Anac medesima nel proprio ricorso, essa (omissis), per la quale, con statuizione divenuta definitiva, il giudice amministrativo aveva escluso la natura di "amministrazione aggiudicatrice", presentava caratteristiche che non ne consentivano la riconduzione neppure all'ambito definito dalla nozione legale di "organismo di diritto pubblico"; (omissis) era, infatti, un'associazione di diritto privato, costituita ai sensi dell'art. 36 cod. civ., priva di personalità giuridica, rispetto alla quale non era predicabile la sussistenza di alcun elemento (quale, ad esempio, un finanziamento pubblico maggioritario o un'influenza pubblica dominante, ecc.) destinato a connotarla quale organismo di diritto pubblico.

Sottolinea, quindi, che essa (omissis) non aveva mai sostenuto la sussistenza di un'ipotetica legittimazione all'affidamento di Convenzioni quadro di cui all'art. 26 legge n. 488 del 1999 e che già nelle difese di primo grado aveva chiarito che il *nomen iuris* del contratto oggetto di affidamento non intendeva in alcun modo fare riferimento alle prerogative di Consip s.p.a. e degli altri soggetti aggregatori.

Sulla scorta di tali considerazioni contesta i presupposti per il radicarsi della giurisdizione del giudice amministrativo osservando che: a) per la configurabilità dell'azione amministrativa era necessario, ai sensi dell'art. 103 Cost., che l'azione fosse proposta nei confronti di un soggetto riconducibile al perimetro allargato della pubblica amministrazione; b) la giurisdizione esclusiva sancita dall'art. 133,

comma 1, lett. e) n. 1 cod. proc. amm. con riferimento alle controversie relative alle procedure di affidamento lavori, servizi, forniture presupponeva anch'essa determinate caratteristiche soggettive nella stazione appaltante.

2. Nel controricorso Anac converge sostanzialmente con la ricostruzione fattuale dell'Associazione ricorrente relativa alle caratteristiche di (omissis) che non ne consentirebbero la riconducibilità al novero delle pubbliche amministrazioni o ai soggetti ad esse equiparate, ma assume la inammissibilità del ricorso di controparte per inerire la censura formulata al concreto esercizio delle attribuzioni giurisdizionali ed essere in definitiva intesa a censurare un *error in iudicando* ovvero *in procedendo*.

3. Il ricorso è infondato.

L'art. 133, comma 1, lett. e), punto 1 cod. proc. amm. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*.

La giurisprudenza di legittimità, con condivisibile orientamento, ha affermato che per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle controversie in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 133, lett. e), del d.lgs. n. 104 del 2010, occorre che si verta in tema di appalto sottoposto all'applicazione del procedimento ad evidenza pubblica in

ragione della riconducibilità del suo oggetto all'ambito di attività indicate negli artt. 115-121 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici) nonché dell'inquadramento del committente nelle categorie di soggetti indicate dall'art.3 stesso decreto legislativo, sicché essa non è configurabile allorché la stazione appaltante, pur non essendovi tenuta, si sia volontariamente vincolata all'osservanza del predetto regime pubblicistico, in tal modo procedimentalizzando l'individuazione in concreto dell'appaltatore (Cass. Sez. Un. 20/09/2019, n. 23541; Cass. Sez. Un. 01/03/2018, n. 4899; Cass. Sez. Un. 29/05/2012 n. 8511; Cass. Sez. Un. 20/03/2009, n. 6771).

Secondo i richiamati precedenti, quindi, al fine del radicamento della giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo si richiede che ricorrano, cumulativamente, entrambi i presupposti, oggettivo e soggettivo.

Tali requisiti ed in particolare quello soggettivo, devono ritenersi nello specifico entrambi sussistenti sulla base della lettura della previsione dell'art. 133, comma 1, lett. e), punto 1 cod. proc. amm., alla luce di indicazioni di sistema tratte dalla disciplina in tema di appalti pubblici e dalla stessa previsione della speciale legittimazione ad agire riconosciuta all'Anac dall'art. 211, commi 1 *bis* e 1 *ter* del Codice dei contratti pubblici.

Occorre muovere dalla considerazione che il modello organizzativo prefigurato dal d. lgs. n. 50/2016 cit. riconosce la qualifica di <<centrale di committenza>> a un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie (art. 3, comma 1 lett. i) d. lgs. cit.) e definisce «amministrazioni aggiudicatrici», le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque

denominati, costituiti da detti soggetti (art. 3 comma 1, lett. a) cit.) e «soggetto aggregatore», le centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, con chiara opzione di riserva della funzione "appalti" a soggetti riconducibili all' ambito pubblicistico.

Tale opzione di fondo non presta il fianco a problemi di compatibilità comunitaria.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la normativa europea della disciplina interna previgente, rappresentata dal d. lgs. n. 163 del 2006, che in relazione al modello organizzativo dei consorzi di comuni, escludeva la possibilità di costituire figure di diritto privato quali, ad es. il consorzio di diritto comune con la partecipazione anche di soggetti privati e che poneva una limitazione territoriale dell'ambito di operatività delle centrali di committenza a quella degli enti aderenti, ha ritenuto la stessa non in contrasto con il diritto europeo ed in particolare con i principi di libera prestazione dei servizi e di apertura alla concorrenza delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (Corte di Giustizia C-3/2019, 4 giugno 2020).

La scelta di collocare in ambito anche soggettivamente pubblicistico lo svolgimento delle procedure di affidamento, ribadita dall'attuale Codice degli appalti, viene generalmente ritenuta ispirata all'esigenza di prevenzione del rischio di infiltrazioni criminali, nonché di efficace controllo della spesa pubblica ed, in definitiva, volta a prevenire rischi di deviazioni rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico all'acquisizione delle prestazioni migliori, dai migliori operatori economici.

In sintonia con l'esigenza, particolarmente avvertita dal legislatore, di assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico in un ambito particolarmente esposto al rischio di "deviazioni" si pone la speciale legittimazione ad agire riconosciuta all'Anac dall'art. 211, comma 1-bis, d. lgs. n. 50/2016 cit., secondo il quale *L'ANAC e' legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*

A riguardo è stato osservato che l'introduzione della speciale legittimazione processuale in capo ad Anac muta il normale carattere del processo amministrativo sui contratti pubblici come processo fra i partecipanti alle procedure e le pubbliche amministrazioni, mediante l'introduzione di un soggetto esterno alle parti dell'operazione economica, destinato ad intervenire a tutela esclusiva del pubblico interesse generale e, quindi in funzione di garanzia dello svolgimento, secondo criteri di trasparenza e legalità, delle procedure ad evidenza pubblica.

Le considerazioni che precedono, tenuto altresì conto della natura dichiaratamente impugnatoria dell'azione esperibile dall'Autorità, – che implica il riconoscimento della giurisdizione amministrativa quale ambito proprio di relativo esercizio – inducono ad affermare anche in relazione alla fattispecie in esame, caratterizzata dall'intermediazione nelle procedure di affidamento di un soggetto sostanzialmente privato, che si pone quindi al di fuori del modello legale, la sussistenza del requisito soggettivo prescritto dall'art. 133, comma 1, lett. e), punto 1 cod. proc. amm. .

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il riferimento ai *soggetti comunque tenuti ... all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica* - riferimento che ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), punto 1 cod. proc. amm. connota da un punto di vista soggettivo le controversie in oggetto consentendo il radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo - deve essere interpretato non come strettamente attinente al soggetto che ha, per così dire, "materialmente" espletato la procedura, ma come qualificazione da riferire al soggetto per le esigenze del quale si ricorre alla procedura ad evidenza pubblica restando in concreto irrilevante se il soggetto *comunque tenuto* abbia proceduto direttamente allo svolgimento della procedura o si sia avvalso di una sorta di tramite o intermediario. Ciò che qualifica da un punto di vista soggettivo la procedura è, in altri termini, l'essere destinata al reperimento di *pubblici lavori, servizi, forniture* in favore di un soggetto che non potrebbe legittimamente procurarseli al di fuori delle disposizioni in tema di evidenza pubblica.

La diversa interpretazione propugnata dalla ricorrente, che valorizza il dato testuale rappresentato dal riferimento a *procedure di affidamento ... svolte da soggetti comunque tenuti...*, non appare, come già evidenziato, coerente con le specifiche esigenze alla base del modello organizzativo adottato dal legislatore nella disciplina degli appalti pubblici, fortemente ispirato alla necessità di evitare, in un ambito particolarmente esposto, deviazioni dall'interesse pubblico generale.

In altri termini, la interpretazione sollecitata dalla ricorrente ^(omissis) appare del tutto irragionevole e non congruente con le indicazioni di sistema in quanto finisce per escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in presenza di violazioni particolarmente gravi le quali, come nel caso di specie, investono lo stesso presupposto

soggettivo di una procedura attivata attraverso le sembianze estrinseche di una gara soggetta alle disposizioni in tema di evidenza pubblica.

In concorrente prospettiva, deve ulteriormente osservarsi che escludere in fattispecie quale quella in esame la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per affermare quella del giudice ordinario comporta il rischio di rendere in concreto "non giustiziabili", in contrasto con la speciale legittimazione di Anac, situazioni connotate da grave difformità rispetto al modello legale delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica, difformità che potrebbero, in caso di giurisdizione dell'a.g.o., rilevare solo in presenza dell'iniziativa di un soggetto privato, per la quale si richiede l'esistenza di uno specifico, concreto ed attuale interesse ad agire.

In base alle considerazioni che precedono il ricorso deve essere quindi respinto e per l'effetto confermata la giurisdizione del giudice amministrativo

Al rigetto del ricorso consegue il regolamento delle spese di lite secondo soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna (omissis)
(omissis) alla rifusione delle
spese di lite che liquida in € 10.000,00 per compensi professionali ,
oltre spese prenotate a debito.

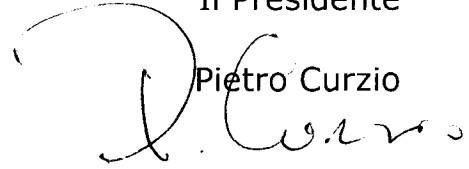
Ai sensi dell'art. 13, co. 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni unite,
il 5 aprile 2022.

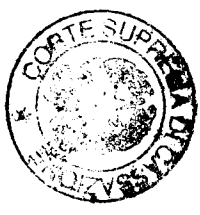
5

Il Presidente

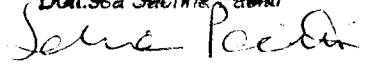
Pietro Curzio



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi 2.4 MAG. 2022



Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Sabrina Paolucci



Il Funzionario Giudiziario

