

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello iscritto al NRG. 3980 dell'anno 2005 proposto da AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Antonio Baldassarre, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, Pizza Mignanelli, n. 3;

contro

NBA INSURANCE BROKERS S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Federico Tedeschini, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, Largo Messico, n. 7 (presso lo studio del secondo);

e nei confronti di

AON S.p.A. (già AON NIHOLS S.R.L.), in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III ter, n. 16612 del 20 dicembre 2004;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della NBA Insurance Brokers s.r.l.;

Viste le memorie difensive di costituzione prodotte dalle parti a

sostegno delle proprie tesi difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 15 del 17/01/2008;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2008, il Consigliere

Carlo Saltelli;

Udito l'avvocato Baldassarre per la società appellante;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza n. 16612 del 20 dicembre 2004 il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III ter, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto dalla NBA Insurance Brokers s.r.l. per l'annullamento dell'affidamento a trattativa privata del servizio di brokeraggio per l'anno 1998 operato dalla società Autostrade S.p.A. (successivamente Autostrade per l'Italia S.p.A.) in favore della AON S.p.A. (già AON Nikols s.r.l.), nonché per il risarcimento del danno subito, a titolo di perdita di chance, a causa dell'omesso invito a partecipare alla gara per l'affidamento del predetto servizio, dichiaratolo inammissibile nella parte in cui era stato rivolto nei confronti del Ministero del tesoro (successivamente Ministero dell'economia e delle finanze), lo ha invece accolto per il resto, annullando l'atto di affidamento e condannando la intimata società Autostrade per l'Italia S.p.A. al risarcimento del danno da perdita di chance, "da liquidarsi in separata sede secondo i criteri ex art. 35, c. 2, l per. del Dlg 31 marzo 1998 n. 80 esposti in motivazione e nel termine colà indicato", oltre al pagamento delle spese di giudizio.

In sintesi, secondo il Tribunale: a) non vi era alcuna prova circa il fatto che il rapporto di brokeraggio in questione riguardasse le prestazioni di natura assicurativa inerenti non già l'attività relativa alla concessione della rete autostradale, bensì le attività proprie dell'iniziativa economico - commerciale dell'impresa; b) non poteva condividersi la tesi difensiva dell'intimata società Autostrade per l'Italia S.p.a., secondo cui l'attività di brokeraggio costituisse una prestazione d'opera professionale e non un servizio assoggettato alle regole di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157; c) il fatto che non fosse stata data prova da parte della ricorrente che l'importo del servizio di brokeraggio in questione superasse la c.d. soglia comunitaria (anche a prescindere dalla circostanza che la prova che l'affidamento in questione non fosse assoggettato alle regole dell'evidenza pubblica gravava sulla parte resistente) era irrilevante, in quanto la vera questione controversa riguardava la legittimità del ricorso alla trattativa privata; d) nel merito, infine, non poteva dubitarsi che la società intimata, quale concessionaria di pubblico servizio, soggiacesse alla disciplina del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e che, quindi, l'affidamento del servizio di brokeraggio dovesse avvenire nel rispetto delle regole sull'evidenza pubblica, completamente omesse nel caso di specie senza che fosse stata fornita neppure alcuna prova sulla giustificazione della scelta di procedere a trattativa privata; e) a ciò conseguiva l'annullamento dell'assegnazione del servizio alla controinteressata ed il diritto della ricorrente al risarcimento del danno, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

La società Autostrade per l'Italia S.p.A. con atto notificato il 15 aprile 2005 (e depositato il 13 maggio 2005) ha chiesto al riforma della prefata statuizione, sostenendo, innanzitutto, che i primi giudici avevano travisato la questione giuridica sottesa alla controversia in esame, individuandola erroneamente nella illegittimità del

ricorso alla trattativa privata (allorquando una società di gestione di un servizio pubblico si trovi a dover ricercare sul mercato soggetti erogatori di determinati servizi), laddove essa riguardava l'esistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 per l'esperimento di gara ad evidenza pubblica, relativamente all'appalto pubblico di servizi. Al riguardo, secondo l'appellante, pur non potendo negarsi che l'appalto di servizi contestato aveva un valore superiore alla c.d. soglia comunitaria (requisito oggettivo), mancava invece il requisito soggettivo, non potendo ritenersi, per un verso, che l'Autostrade per l'Italia S.p.A. fosse configurabile quale organismo di diritto pubblico, atteso che essa non era "dipendente" da alcun ente pubblico (territoriale o non) o da altro organismo di diritto pubblico ed evidenziando, per altro verso, che il rapporto di brokeraggio non riguardava affatto i servizi attinenti alla gestione autostradale.

La società NBA Insurance Broker s.r.l. si è costituita in giudizio deducendo l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso appello, chiedendone il rigetto; con successiva memoria ha poi illustrato le proprie tesi difensive.

DIRITTO

L'appello è infondato e deve essere respinto, potendo pertanto prescindersi dall'esame della eccezione di irricevibilità per violazione dell'articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotta dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 (eccezione che pure non è sfornita di fondamento).

Invero, non può condividersi la tesi della società appellante che nega di potere essere qualificata come organismo di diritto pubblico e di essere pertanto assoggettata alle regole fissate dal decreto legislativo 17 maggio 1995, n. 157, in tema di affidamento di un appalto di servizi.

Risulta decisiva, al riguardo, ad avviso della Sezione, la circostanza che, ai sensi della disposizione contenuta nel sesto comma dell'articolo 10 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 ("Interventi correttivi di finanza pubblica"), "la costruzione e la gestione delle autostrade è l'oggetto sociale principale della Società Autostrade S.p.A.", con la conseguenza che detta società, indipendentemente dalla sua organizzazione giuridica di società per azioni di diritto privato, ha finalità oggettivamente pubbliche e la sua attività, anche per essere esercitata in regime di concessione amministrativa - ha natura di attività amministrativa e non di attività di diritto privato (Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 1998, n. 8854).

D'altra parte la costruzione e la gestione delle autostrade (che, come si è sopra ricordato, costituisce l'oggetto principale della società appellante) costituisce evidentemente attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali, di tal che l'ente cui tale attività è affidata è da qualificare come organismo di diritto pubblico, irrilevante essendo la sua natura giuridica privatistica; è stato sottolineato, proprio con riguardo alla nozione di organismo di diritto pubblico, che un'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente da un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale (C.d.S., sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292).

Non può, poi, sottacersi che con la decisione n. 1821 del 30 marzo 2000 questa Sezione, in relazione all'impugnazione del rifiuto della società Autostrade S.p.A. a consentire l'accesso richiesto proprio da NBA Insurance Broker s.r.l. agli atti e ai documenti relativi alla scelta del nuovo soggetto al quale era stato affidato

il servizio assicurativo, aveva già chiarito che l'attività svolta da detta società era da considerarsi assoggettata alle norme sulla trasparenza amministrativa, come una pubblica amministrazione, trattandosi di una concessionaria di un pubblico servizio.

Sulla base di tali considerazioni (e non essendo stato provato dall'appellante che il servizio di brokeraggio oggetto del contestato appalto era effettivamente estraneo all'attività oggetto della concessione) non può dubitarsi della correttezza delle conclusioni raggiunte dai primi giudici, il ricorso alla trattativa privata per l'aggiudicazione di un appalto dovendo essere considerato una eccezione al principio generale della gara pubblica, che costituisce lo strumento normale per l'effettiva attuazione dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, e di quelli di matrice comunitaria rispetto della concorrenza e di non discriminazione.

D'altra parte, non può fare a meno di rilevarsi che non è stata fornita dalla società appellante alcuna prova e neppure alcun indizio circa la ricorrenza degli specifici presupposti di legge che avrebbero consentito di procedere alla scelta del contraente attraverso il sistema eccezionale della trattativa privata; né è stata fornita alcuna giustificazione circa la sussistenza di fatti gravi ed eccezionali che avrebbero oggettivamente impedito l'espletamento della procedura di evidenza pubblica.

L'appello deve pertanto essere respinto, sussistendo tuttavia, ad avviso della Sezione, con riferimento alla questione della configurazione dell'appellante quale organismo di diritto pubblico, giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto dall'Autostrade per l'Italia S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III ter, n. 16612 del 20 dicembre 2004, così provvede:

- respinge l'appello e compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, addì 11 gennaio 2008, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quarta - riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Carlo SALTELLI - Presidente f.f., est.

Salvatore CACACE - Consigliere

Sergio DE FELICE - Consigliere

Eugenio MELE - Consigliere

Vito CARELLA - Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 13 MAR. 2008