

# Corte di Cassazione, SS.UU., 23/4/2008 n. 10443

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

ha pronunciato la seguente:

## Sentenza

sul ricorso iscritto al n. 25736 del Ruolo Generale degli affari civili del 2005, proposto da:

RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.A., in persona del direttore degli affari legali avv. E.R., legittimato per atto per notar Ragnisco di Roma, del 30 settembre 2004 (rep. n. 57385) e elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Carducci n. 4, presso 'avv. MORBIDELLI Giuseppe, che la rappresenta e difende, per procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

## contro

MONDIALPOL ROMA, s.p.a., con sede in (OMISSIS), in persona dell'amministratore delegato Dr.ssa C. C., elettivamente domiciliata in Roma, Piazza San Salvatore in Lauro n. 10, presso l'avv. PRESUTTI Avilio, che la rappresenta e difende, per procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

## nonchè

1) ISTITUTO DI VIGILANZA SI.PRO. (Sicurezza Professionale), con sede in (OMISSIS), alla (OMISSIS), s.r.l., in persona del legale rappresentante, già domiciliato presso il difensore avv. Fabrizio Paoletti in Roma alla Via G. Bazzoni n. 3; 2) ISTITUTO DI VIGILANZA CITTA' DI ROMA, con sede in (OMISSIS), in persona del legale rappresentante, già

elettivamente domiciliato in Roma, al Viale Mazzini n. 114/B;

- intimati -

avverso la decisione del Consiglio di Stato, Sezione sesta, n. 1770, del 15 febbraio - 18 aprile 2005;

Udita alla pubblica udienza del 12 febbraio 2008 la relazione del Cons. Dr. Fabrizio Forte;

Uditi l'avv. Traina, per delega dell'avv. Morbidelli, per la ricorrente e il P.M. Dr. CENICCOLA Raffaele, che ha concluso per il rigetto del ricorso e la giurisdizione del giudice amministrativo, ad

eccezione che per la questione relativa alla caducazione del contratto, che resta riservata alla giurisdizione del giudice ordinario.

## Fatto

Il Consiglio di Stato, con la decisione di cui in epigrafe, ha accolto l'appello principale della Mondialpol s.p.a. e respinto quello incidentale della Rai s.p.a. avverso la sentenza del T.a.r.

per il Lazio del 9 giugno 2004, confermando la sua giurisdizione sul ricorso dell'appellante principale.

Tale ricorso impugnava le note nn. 1410 e 1411 del 19 febbraio 2004 del direttore della divisione produzione TV della RAI s.p.a. con invito ad alcune imprese a partecipare a una gara riservata e la aggiudicazione di questa all'Istituto di vigilanza città di Roma e alla s.p.a. SI.PRO, cui si affidava l'appalto del servizio di vigilanza armata, per il periodo di due anni rinnovabile, di immobili della aggiudicatrice, per il prezzo di Euro 7.000.000,00.

Il T.a.r. per il Lazio aveva respinto il ricorso, dichiarando la giurisdizione nella materia del giudice amministrativo, ribadita anche dal Consiglio di Stato, con rigetto del gravame incidentale sul punto della Rai s.p.a. e accoglimento del ricorso e dell'appello principale della Mondialpol s.p.a..

Per quanto rileva in questa sede, la RAI s.p.a. aveva censurato la pronuncia di primo grado per la parte nella quale, pur riconoscendo che l'art. 8, par. 1, della Direttiva europea n. 38 del 14 giugno 1993, recepita dal D.Lgs. n. 158 del 1995, non assoggetta all'evidenza pubblica gli appalti di organismi che svolgono attività nel settore delle telecomunicazioni in regime di libera concorrenza, aveva però ritenuto applicabili tali regole all'appellante, quale impresa pubblica, per l'affidamento di appalti di servizi in altri settori, come quelli di vigilanza, di cui all'allegato 16 B, n. 23 del D.Lgs. citato, ai sensi dell'art. 2, comma 2, dello stesso.

La s.p.a. Rai, di cui lo Stato nomina il consiglio di amministrazione e gli organi di vigilanza, è stata ritenuta, dal T.a.r. per il Lazio, "organismo di diritto pubblico" o "impresa pubblica", secondo le definizioni date ratione materiae rispettivamente del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, art. 2, comma 1, lett. b e D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158, art. 2, comma 1, lett. b.

L'appellante incidentale aveva dedotto di essere una impresa pubblica che, operando nel settore radiotelevisivo, era comunque da ritenere "esclusa" dai settori c.d. speciali; ad essa non potevano applicarsi le direttive europee sugli appalti delle imprese pubbliche del settore delle telecomunicazioni nel cui elenco, allegato alla Direttiva comunitaria, essa non era stata neppure inclusa, con un silenzio che, data la sua importanza, era significativo.

Ad avviso del Consiglio di Stato, indipendentemente dalla sua natura giuridica, la RAI s.p.a è tenuta, nell'affidare lavori, servizi e forniture, a seguire, per la scelta del contraente, le procedure di evidenza pubblica soggette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con la indicazione di gara aperta, in base a regole pubblicistiche.

Pertanto il motivo d'appello sulla giurisdizione era respinto, dovendo qualificarsi la appellata impresa pubblica, ai sensi del D.Lgs. n. 158 del 1995, art. 2, comma 2, non tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica per gli appalti nel settore delle sole telecomunicazioni radiotelevisive e nei settori esclusi (art. 8 del cit. D.Lgs.), ma obbligata alla gara aperta ai sensi dell'art. 7 dello stesso D.Lgs., "per gli appalti di servizi di cui all'allegato 16-B", tra cui il n. 23 riporta i servizi "di sicurezza", con rilievo conseguente dell'art. 19 (prescrizioni tecniche) e art. 28 (comunicazioni alla Commissione CE) delle norme interne attuative delle direttive comunitarie n. 531 del 1990 e 38 del 1993.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che la Rai s.p.a. costituisca, ai sensi della L. 25 giugno 1993, n. 206, artt. 1 e 2, una società di interesse nazionale di cui al già vigente art. 2461 c.c. (oggi art. 2451 c.c., dopo il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), società a totale partecipazione pubblica, i cui componenti del consiglio di amministrazione sono designati dallo Stato e sulla quale il Ministero delle comunicazione e l'apposita Commissione parlamentare svolgono funzioni di controllo, vigilanza e indirizzo.

La Rai s.p.a. non è quindi tenuta ad applicare le norme di cui al D.Lgs. n. 158 del 1995, per i contratti "esclusi" indicati nell'art. 8 dello stesso D.Lgs., come gli appalti di servizi di telecomunicazione, ma resta soggetta, per gli altri appalti di lavori e servizi, alla normativa interna di applicazione delle direttive comunitarie, dovendo indire la gara secondo le regole comunitarie, quando debba affidare uno dei servizi elencati nell'allegato 16-B, come quello per cui è causa, di valore eccedente la soglia comunitaria.

Per tale appalto dovevano quindi applicarsi gli artt. 19 e 28 dello stesso D.Lgs., come previsto dal comma 3 del citato art. 7 e la tutela del cittadino che chiedi il controllo del rispetto della normativa e delle direttive citate nella gara e nella aggiudicazione, è affidata dalla L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 1, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto violativo delle regole sulla concorrenza l'invito riservato ad alcune imprese alla gara, con violazione delle regole dell'evidenza pubblica imposta invece dalle norme della U.E. e discriminante il divieto imposto di partecipare alla gara ai Raggruppamenti di imprese.

Per la cassazione della decisione di cui sopra, ha proposto ricorso di quattro motivi la RAI s.p.a. Radiotelevisione italiana e si è difesa la Mondialpol s.p.a. con controricorso, non resistendo le altre intimare aggiudicatarie del servizio.

## **Diritto**

1.1. Il primo motivo di ricorso deduce violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost. e dei principi desumibili dal R.D. 24 giugno 1924, n. 1054, art. 26, per avere la Mondialpol s.p.a. azionato un interesse illegittimo, non essendo titolare di una posizione tutelabile, in sede giurisdizionale, avendo fornito in precedenza i servizi di vigilanza armata agli immobili della RAI in base a un contratto concluso a trattativa privata, in contrasto con le norme di cui ora pretende l'applicazione.

Ciò comporta, ad avviso della ricorrente, l'assenza di un interesse legittimo di controparte nella presente vertenza e la conseguente richiesta di tutelare un interesse "illegittimo" o una situazione di fatto, con difetto assoluto di giurisdizione, in mancanza di una posizione soggettiva tutelabile.

2.1. Come ripetutamente rilevato da questa Corte "è inammissibile il ricorso per cassazione, pur se prospettato per motivi attinenti alla giurisdizione, avverso una decisione del Consiglio di Stato, che deduca la mancanza di tutelabilità della posizione giuridica fatta valere" (S.U. 20 settembre 2007 n. 19391, 23 dicembre 2005 n. 28500 e 10 luglio 2003 n. 10841).

Nel caso, la Mondialpol s.p.a. non ha proposto ricorso al T.a.r. per il Lazio in qualità di gestrice del servizio di vigilanza per il periodo precedente in base a un contratto concluso a trattativa privata, ma quale partecipante alla gara, di cui lamenta la illegittimità, con lesione di un suo interesse legittimo da violazione di norme d'azione da essa denunciata e riconosciuta dai giudici.

La questione della posizione fatta valere dalla ricorrente non riguarda la giurisdizione ma prospetta un error in iudicando dei giudici amministrativi sulla legittimazione della ricorrente, con questione affrontata e risolta al n. 11 della decisione del Consiglio di Stato oggetto del ricorso.

3. Il secondo e terzo motivo di ricorso devono esaminarsi insieme, perchè negano entrambi l'applicabilità della normativa comunitaria sulle procedure ad evidenza pubblica nella fattispecie, sul piano soggettivo, per la natura di società per azioni della RAI, da non qualificare organismo di diritto pubblico (secondo motivo) e su quello oggettivo, in rapporto al carattere non prioritario del servizio di vigilanza oggetto dell'appalto (terzo motivo).

3.1. Il secondo motivo di ricorso denuncia violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 2, all. E, e della L. 20 luglio 2000, n. 205, art. 6, per non avere il Consiglio di Stato escluso la ricorrente dalla soggezione alle norme comunitarie nella scelta dei contraenti, in materia di appalti di servizi.

La RAI s.p.a. non rientra secondo il ricorso tra le "amministrazioni aggiudicatrici" o tra i "soggetti aggiudicatori", di cui al D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158, art. 2, in quanto è una società per azioni gestrice di servizi radiotelevisivi, cui non si applicano le norme comunitarie sugli appalti pubblici. La ricorrente nega di essere un "organismo di diritto pubblico" (D.Lgs. n. 157 del 1995, art. 2, lett. b), deducendo che, anche a qualificarla in tal modo, per l'art. 1 n. 15 della Direttiva 93/38/CEE e per il D.Lgs. n. 158 del 1995, allegato 17, lett. h, nel settore delle telecomunicazione per i fornitori di servizi di radiodiffusione e televisivi, non vi è obbligo di applicare le norme comunitarie nelle gare di appalto di servizi.

Per le norme ora citate non rileva il carattere di impresa pubblica della RAI, in quanto resta escluso normativamente il settore della radiotelevisione, dai servizi di telecomunicazioni di cui alla direttiva (cfr. art. 1, lett. a Dir. 92/50/CE del 18 giugno 1992 sui servizi, art. 2, par. 1, lett. a Dir. 93/36/CEE del 14 giugno 1993 sulle forniture e art. 4, lett. a, Dir. 93/37/CEE del 14 giugno 1993 sui lavori).

Allorchè si sono regolate in sede comunitaria le telecomunicazioni, da queste si sono infatti escluse le attività o "di radiodiffusione e di televisione" (art. 1, n. 15, Dir. 90/531/CEE del 17 settembre 1990, come novellato

dalla Dir. 93/38/CEE del 14 giugno 1993); queste ultime non sono oggetto delle Direttive in materia di forniture, lavori e servizi, con la conseguenza che i relativi contratti sono regolati solo dalla normativa nazionale.

Svolgendo la RAI attività di diritto privato come già affermato sempre dalla giurisprudenza (il ricorso cita Cons. St. Sez. 6<sup>a</sup>, 24 maggio 2002 n. 2869), la società non è soggetta, nella scelta dei contraenti, alle gare a evidenza pubblica delle norme comunitarie.

L'assetto proprietario della RAI, che la rende impresa pubblica, non incide sul fatto che essa comunque è "esclusa", quale gestrice di servizio radiotelevisivo, dai soggetti che operano nei servizi pubblici di telecomunicazioni tenuti ad aggiudicare gli appalti ai sensi della direttiva comunitaria.

Che l'attività della RAI sia prevalentemente nel settore della radiodiffusione e telediffusione è incontestabile e ad esso deve farsi riferimento per accertare il regime da applicare, tenendo conto che il criterio del fine prevalente è, sul piano ermeneutico, riconosciuto come regola generale di interpretazione in ambito comunitario.

Anche le recenti Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 marzo 2004 escludono dal loro campo di applicazione gli appalti che, nel settore delle telecomunicazioni, riguardino le radiotelevisioni, tanto che la RAI non compare nell'allegato 3 della citata direttiva 18 del 2004, che indica un elenco di soggetti operanti nel settore e vincolati all'evidenza pubblica nella scelta dei contraenti per l'affidamento di appalti.

Al fine di escludere la qualifica di organismo di diritto pubblico della Rai, il ricorso richiama le tre condizioni che, secondo la Corte di giustizia (sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96), individuano, cumulativamente e indefettibilmente, i soggetti tenuti a osservare le norme comunitarie nello affidamento degli appalti: 1) essere costituiti per soddisfare interessi generali, di carattere non industriale o commerciale; 2) essere dotati di personalità giuridica; 3) svolgere un'attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali e da organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, ovvero il cui organo d'amministrazione è costituito da membri, più della metà dei quali è designata da essi. Con la sentenza citata si è ritenuto organismo del tipo indicato, la Tipografia di Stato austriaca, perchè finalizzata a perseguire interessi generali di natura non commerciale nè industriale, dovendo produrre documenti necessari al funzionamento istituzionale dello Stato, come passaporti, patenti, carte d'identità, etc. così come la stessa Corte, con la sentenza 10 novembre 1998 causa C-360/96, relativa a una società per la raccolta di rifiuti, istituita da due comuni in Germania, ha ritenuto applicabile la Direttiva n. 50 del 1992, che esclude la rilevanza delle norme sulla concorrenza, allorchè l'appalto sia assegnato dall'aggiudicatrice a altra amministrazione, escludendo dagli organismi di diritto pubblico quelli non perseguiti fini di interesse generale, come la tutela dell'ambiente e della salute, ma di natura commerciale o industriale, essendo irrilevante, per presumere tale natura, il fatto che i bisogni soddisfatti siano perseguiti anche da imprese private concorrenti, costituendo la concorrenza mero indizio e non prova del carattere industriale o commerciale dei bisogni soddisfatti con i servizi forniti dall'organismo.

In ordine all'Ente Fiera di Milano, invece, con la sentenza del 10 maggio 2001 nelle cause C. 223-99 e C. 260-99, la Corte di giustizia ha ritenuto che detto ente fornisce servizi agli espositori dietro corrispettivo, soddisfacendo bisogni di natura commerciale ed escludendo quindi la qualifica dell'ente quale organismo di diritto pubblico.

Il requisito del soddisfacimento di bisogni di interesse generale, di natura non commerciale nè industriale, qualifica detti organismi come di diritto pubblico, ma non è incompatibile con l'ambiente concorrenziale in cui essi operano.

Rispetto ad alcuni bisogni, anche se soddisfacibili con l'offerta di beni e servizi esistenti già sul mercato, lo Stato può considerarli comunque connessi all'interesse generale, soddisfacendoli in modo prevalente ovvero cercando di mantenere su di essi una influenza determinante.

Ad avviso della ricorrente, quando vi sia una situazione di effettiva concorrenza, la fattispecie dell'organismo di diritto pubblico è difficilmente configurabile, a differenza da quanto accade quando l'offerta dei bisogni soddisfatti dalla persona giuridica avvenga in esclusiva e in modo da impedire la competitività con altre imprese.

La Corte di Giustizia, con altre sentenze citate in ricorso, in ordine a società a capitale pubblico operanti in concorrenza con imprese private, ha rimesso ai giudici nazionali di valutare la natura non commerciale o industriale dei bisogni di interesse generale perseguiti (così, rispetto ad una società esercente il servizio di pompe funebri - C. Giust. 27 febbraio 2003 in C. - 373/00 - o svolgente servizi di pianificazione o di costruzione per costruire immobili destinati a uffici, per la quale si è dato grande rilievo alla mancanza di uno scopo lucrativo - C. Giust. 22 maggio 2003, causa C-18/01, ovvero relativamente a una società a partecipazione pubblica per la costruzione di penitenziari - C. Giust. 16 ottobre 2003 nella C. 283/00).

Ad avviso della ricorrente, l'identificazione dei bisogni di interesse generale non commerciale o industriale, non può rilevarsi dalla natura dei bisogni, ma dal modo in cui l'attività è espletata; deve trattarsi di interesse non solo pubblico ma generale, da soddisfare con lo svolgimento di attività non avente natura commerciale o industriale, dovendosi tutelare la concorrenza anche per le società a capitale pubblico, che agiscono per soddisfare bisogni della natura da ultimo indicata.

Pur ritenendo importante il rilievo pubblicistico di molti organismi, assoggettando il maggior numero di soggetti alle procedure a evidenza pubblica nell'affidamento di appalti, occorre evitare che il sistema comunitario, particolarmente gravoso, incida sulla reale competitività tra imprese nel settore televisivo oggi esistente in Italia.

Gran parte delle entrate della ricorrente proviene dalla pubblicità, dalle sponsorizzazioni, dalle produzioni e attività commerciali ed editoriali di cui all'art. 5 della concessione di servizio assentita il 28 marzo 1994, non potendo il mero finanziamento pubblico giustificare la natura pubblica dei fini della società.

Il canone soddisfa e compensa gli obblighi di servizio pubblico assolti dalla RAI, quali la riserva di una quota dei suoi programmi a trasmissioni di tipo culturale, educativo, elettorale, a forme di promozione e tutela della cinematografia, la garanzia di fornire spazi per la propaganda elettorale, in conformità alle prescrizioni della Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza sui servizi radiotelevisivi.

I caratteri che dimostrano i fini di interesse generale della Rai s.p.a. sono l'obbligo di realizzare trasmissioni nel rispetto delle diverse tendenze politiche, culturali e sociali e per valorizzare la lingua e la cultura italiana (L. 23 dicembre 1996, n. 650, art. 1, comma 8), quello di destinare non meno del 65% della propria programmazione annuale, nella fascia oraria tra le ore 6 e le ore 24, e non meno dell'80% per la terza rete, a programmi che qualificano il servizio pubblico, come la informazione di attualità, approfondimenti e informazione a tema, trasmissioni a carattere istituzionale o dedicate a tematiche di carattere sociale e di pubblica utilità, dedicate a bambini e ragazzi, a carattere formativo, educativo, culturale ed etico, con tematiche scientifiche e ambientali, etc., e il limite della trasmissione di pubblicità, che diverrà ancora più pesante con l'attuazione della L. n. 249 del 1997, art. 3, comma 9, che impone di trasformare una delle reti RAI in una emittente che non può avvalersi di risorse pubblicitarie.

Per adempiere a un obbligo comunitario, il vigente contratto di servizio prevede una distinta contabilità delle risorse pubbliche rispetto a quelle derivanti da attività commerciali e dalla raccolta pubblicitaria e impone la distinzione dei costi dell'attività del servizio pubblico radiotelevisivo per verificare che le risorse pubbliche siano destinate solo ad essi.

Il D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177, art. 49, stabilisce che "per quanto non sia diversamente previsto dal presente testo unico la RAI - Radiotelevisione italiana s.p.a. è assoggettata alla disciplina delle società per azioni, anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione".

Infine la ricorrente deduce, a sostegno della tesi di non essere organismo di diritto pubblico soggetto a direttive comunitarie nelle gare per affidamento di appalti di servizi, il suo mancato inserimento negli elenchi esemplificativi di tali organismi, allegati alle Direttive stesse e alle norme interne di attuazione, nonostante la propria importanza e rilevanza economica.

Anche le scelte della Commissione in ordine agli aiuti di Stato ai servizi di radiodiffusione che limitano il finanziamento al solo perseguimento degli interessi generali, indicano che un aggravamento delle procedure per la scelta dei contraenti per la sola RAI e non per le imprese concorrenti, renderebbe più difficile la competizione con queste, tanto che sul piano normativo tutti gli appalti nel settore delle telecomunicazioni sembra saranno esentati dalla obbligatorietà dell'osservanza della normativa comunitaria, che di regola non si applica agli enti pubblici economici.

3.2. In terzo luogo, si lamenta poi violazione delle medesime norme di cui al secondo motivo, per non avere la sentenza impugnata rilevato che il D.Lgs. n. 158 del 1995, non trova applicazione per gli appalti dei servizi di vigilanza, perchè non essenziali, con la conseguenza che per la loro aggiudicazione non può trovare applicazione la L. n. 205 del 2000, art. 6, e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Per gli appalti di cui al D.Lgs. n. 158 del 1995, allegato 16-B, e della Direttiva n. 38 del 1993, le imprese pubbliche sono tenute ad osservare solo una parte della normativa comunitaria, che incide invece interamente per gli appalti dei servizi prioritari di cui all'allegato 16-A; per i servizi non prioritari di cui all'altro allegato già richiamato, rilevano invece le sole norme tecniche e le procedure di assegnazione, oltre che la comunicazione alla Commissione, ai sensi degli artt. 18 e 24 della direttiva n. 38 del 1993.

In tal senso si sono pronunciati anche giudici amministrativi come il T.a.r. della Campania, con sentenza n. 1617/05 che ha escluso che la Rai, pur essendo un soggetto tenuto ad osservare i principi fondamentali del Trattato CEE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco e proporzionalità e trasparenza, in applicazione della direttiva n. 18 del 31 marzo 2004, sia vincolata a applicare tutte le procedure di evidenza pubblica della normativa comunitaria.

4.1. Il secondo e terzo motivo del ricorso sono infondati e da rigettare.

Non è contestato che la RAI s.p.a., alla data dell'appalto come a quella odierna, è impresa pubblica sotto forma societaria, perchè lo Stato ha una partecipazione rilevante in essa, detenendone la maggioranza del capitale e conservando ancor oggi, a mezzo della Commissione parlamentare di vigilanza, il potere di nominare i sette noni del suo consiglio di amministrazione (D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177, art. 49: da ora T.U. della radiotelevisione).

Il T.U. citato, chiarisce, all'art. 7, che la RAI è "la società concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo" istituita "al fine di favorire l'istruzione, la crescita civile e il progresso sociale, di promuovere la lingua italiana e la cultura, di salvaguardare l'identità nazionale e di assicurare prestazioni di utilità sociale", con il contributo pubblico da essa percepito, costituito dal canone versato dagli utenti; nella norma si precisa poi che l'informazione radiotelevisiva di qualsiasi emittente costituisce comunque un "servizio di interesse generale".

La sopravvenuta abrogazione di parte delle norme della L. n. 206 del 1993, istitutiva della RAI s.p.a., cui espressamente si rifà la decisione impugnata, non fa venir meno le ragioni per le quali esattamente la società ricorrente è stata qualificata dal Consiglio di Stato "impresa pubblica" e "organismo di diritto pubblico", ai sensi del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, art. 2 e D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158, art. 2, testi normativi oggi inglobati, anche in attuazione delle Direttive n.ri 17 e 18 del 31 marzo 2004, nel D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, cioè nel Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Restano ferme, con le citate nuove norme comunitarie, i principi enunciati nelle Direttive 90/531/CEE del 17 settembre 1990 e 93/38/CEE del 14 giugno 1993, sui quali si fonda la sentenza oggetto di ricorso e relativi alla disciplina delle procedure d'appalto dai soggetti aggiudicatori di cui alla legge, che operano nel settore delle telecomunicazioni, tra cui sono espressamente indicati le "imprese pubbliche" (cfr. del D.Lgs. n. 158 del 1995, art. 2, commi 1, lett. b, art. 2, art. 6), che mettono a disposizione o gestiscono "reti pubbliche di telecomunicazione" o prestano "uno o più servizi pubblici di telecomunicazione".

A queste ultime imprese, per gli appalti di servizi che non siano di radiodiffusione e televisione e eccedano la soglia di valore di cui alle Direttive comunitarie, devono applicarsi le regole delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta dell'appaltatore, per le quali ha giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo.

Gli artt. 1 delle Direttive n. 38 del 1993 e n. 531 del 1990, individuano il concetto di "rete pubblica di telecomunicazioni", precisando che i soggetti che forniscono servizi radiotelevisivi su una di dette reti, non sono regolati dalla direttiva; soggetti alle direttive sono però gli organismi o le imprese, che prestano "servizi pubblici di telecomunicazioni", cioè quelli "della cui offerta gli Stati membri hanno specificamente incaricato uno o più enti di telecomunicazioni", come è accaduto in Italia, per i servizi radiotelevisivi, con la RAI s.p.a..

Tali imprese pubbliche di telecomunicazioni operanti anche nei settori c.d. esclusi o speciali, come quelli della radiodiffusione o televisione, sono soggette alla normativa europea di cui alle direttive 90/53/CEE e

93/38/CEE, come risulta pure dal D.Lgs. n. 158 del 1995, art. 6, che ad esse da attuazione e dall'art. 1 punto 14 delle citate direttive.

Non è condivisibile l'affermazione del ricorso per la quale le imprese che prestano servizi radiotelevisivi, solo per tale ragione, sarebbero escluse dalle Direttive comunitarie in materia di appalti di servizi, perchè la "eccezione della radiodiffusione e della televisione" prevista per gli appalti di servizi di telecomunicazione non è estesa alle imprese che forniscono "servizi pubblici" di tale tipo.

In ogni caso la richiamata normativa europea sembra escludere solo le gare nel settore radiotelevisivo ma non le imprese che operano in tale settore, per appalti di servizi in settori diversi dal loro.

Dai "considerando" della Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 si rileva che "l'aggiudicazione di contratti relativi a determinati servizi audiovisivi nel settore delle trasmissioni radiotelevisive, è retta da considerazioni che rendono inappropriata l'applicazione delle norme sugli appalti".

In tal modo implicitamente sono considerati vincolati alle norme comunitarie, i contratti di appalto di servizi in settori diversi da quelli di cui sopra, tra cui quelli indicati negli allegati alle direttive stesse, allorchè debbano essere stipulati da tutte le imprese del settore delle telecomunicazioni e ovviamente anche da quelle pubbliche degli Stati membri che operano nel settore radiotelevisivo, tra cui è la RAI s.p.a, alla quale lo Stato italiano ha affidato il servizio pubblico.

La Rai ovviamente non è tenuta a osservare la normativa Cee per i contratti del settore in cui opera e deve rispettarla per appalti di servizi diversi.

Irrilevante è quindi l'elenco allegato alle Direttive e al D.Lgs. n. 158 del 1995, nel quale sono inclusi, con carattere esemplificativo, come enti vincolati alla normativa CEE, il Ministero delle poste e i preesistenti Ente Poste Italiane e Sip, ma non la RAI s.p.a. la quale, essendo impresa concessionaria del servizio "pubblico" radiotelevisivo, ad essa assegnato dallo Stato, rientra tra gli affidatari di un servizio "pubblico" di telecomunicazioni che resta distinto nella direttiva stessa dagli altri servizi dello stesso tipo non pubblici, per i quali solo sembra prevista la eccezionale deroga di quelli "della radiodiffusione e della televisione".

Il criterio ermeneutico del fine prevalente che lo stesso secondo motivo di ricorso afferma essere usato di regola nell'ermeneutica delle norme sui soggetti aggiudicatori dagli organi di giustizia europea, che in più occasioni hanno ritenuto l'esclusione di un fine principalmente lucrativo come caratterizzante l'impresa pubblica (Corte di Giust. 22 maggio 2003 in C. 18/01 e 3 ottobre 2000 in C- 380/98), e non hanno dato rilievo all'esistenza di imprese concorrenti nella fornitura dello stesso servizio per determinare l'esclusione delle modalità di affidamento di appalti previsti nelle Direttive europee (così C. Giust. 27 febbraio 2003 in causa C. 373/99), conferma la natura di impresa pubblica della Rai, che deve scegliere i contraenti nei servizi diversi dalla radiodiffusione e dalla televisione, osservando le norme comunitarie.

La ricorrente quindi deve tenere conto delle norme comunitarie e interne negli appalti dei servizi accessori, anche se, per assicurare i migliori servizi di telecomunicazione radiotelevisiva, nessun vincolo comunitario esiste a suo carico nella scelta dei contraenti, che forniscono servizi di radiodiffusione e televisione, per i quali del resto la medesima libertà hanno le imprese concorrenti che operano nella stessa zona geografica a condizioni identiche (D.Lgs. n. 158 del 1995, art. 8, comma 1, lett. c).

La Rai s.p.a. gestisce un servizio che risponde a bisogni riconosciuti come "generali" e non solo pubblici dalla legislazione, in un settore nel quale lo Stato intende conservare influenza, dando in concessione il servizio pubblico pagato in parte comunque significativa e per la realizzazione di fini non commerciali, dal canone degli utenti.

Le modalità di esercizio dell'attività della società ricorrente sono pubbliche e devono rispondere all'interesse generale, in corrispondenza degli obblighi concessori, riportati nello stesso ricorso e tendenti a realizzare fini di interesse generale e non meramente pubblico.

Come impresa pubblica, operante nel settore dei servizi "pubblici" di telecomunicazioni radio e televisive in concessione, la società ricorrente è un organismo costituito per soddisfare finalità di interesse generale, oggi normativamente individuate all'art. 7 del T.U. della radiotelevisione ed è soggetta al controllo dello Stato.

La Rai s.p.a. è infatti tenuta all'osservanza delle Direttive comunitarie nelle gare per i servizi di cui al D.Lgs. n. 158 del 1995, art. 7, essendo irrilevanti le prospettive de jure condendo di liberalizzazione nella materia.

In conclusione, sul piano soggettivo, a differenza di quanto dedotto con il secondo motivo di ricorso, la RAI s.p.a. deve qualificarsi organismo di diritto pubblico, in quanto resta ancora la impresa "pubblica", cui lo Stato ha affidato la gestione del servizio "pubblico" radiotelevisivo su cui intende conservare la sua influenza; essa quindi deve osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica nella scelta dei propri contraenti per gli appalti dei servizi (ad eccezione di quelli "esclusi" del settore radiotelevisivo).

La società deve ottemperare alle direttive comunitarie e alle norme interne attuative delle stesse per gli appalti di valore eccedente le soglie di valore indicate per i servizi di cui al D.Lgs. n. 158 del 1995, art. 7, tra i quali vi sono quelli dell'allegato 16-B, che al n. 23 prevede i servizi di vigilanza, oggetto della presente controversia, relativa ad un appalto biennale rinnovabile per un corrispettivo di Euro 7.000.000,00.

Pertanto l'affidamento del servizio di vigilanza del valore indicato rientra, per la natura del soggetto che doveva aggiudicarlo, tra quelli che devono aggiudicarsi con una gara con le modalità di cui alle norme comunitarie e interne tra i partecipanti, per la cui tutela giurisdizionale, il D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, lett. d, come sostituito dalla L. 2 luglio 2000, n. 205, art. 7, comma, 1, lett. a, prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dal 10 agosto 2000 e quindi all'epoca del presente ricorso al T.a.r. per il Lazio nel 2004.

4.2. In ordine poi alla pretesa esclusione oggettiva dell'appalto di vigilanza armata dalla disciplina delle Direttive nella materia, il motivo di ricorso si riferisce con chiarezza al D.Lgs. n. 158 del 1995, art. 7, u.c., che prevede per i servizi di cui alle prestazioni riportate nell'elenco allegato 16-B, l'applicazione dei soli art. 19 e 28 dello stesso D.Lgs. (corrispondenti agli artt. 18 e 24 della direttiva 93/38).

Come bene afferma il Consiglio di Stato nel paragrafo 7 della decisione impugnata "Quanto alla, applicabilità degli articoli 19 e 28 (richiamati dal D.Lgs. n. 158 del 1995, art. 7, comma 3) emerge che essi - per gli appalti indicati nell'allegato 16-B - hanno ribadito l'obbligo di indizione della gara:

- l'art. 19 (che ha attribuito rilievo alle specifiche prescrizioni dell'appalto) al comma 7 si riferisce ai "bandi pubblicati ai sensi dell'art. 11";

- l'art. 28 ha disposto che "i soggetti aggiudicatori che hanno assegnato un appalto... comunicano alla Commissione Ce... i risultati della procedura di aggiudicazione".

Pertanto qualora sia superata la soglia comunitaria, solo mediante l'indizione della prescritta gara l'impresa pubblica può aggiudicare i servizi indicati nell'allegato 16-B, tra cui quello di vigilanza, anche quando la sua unica o prevalente attività sia quella inerente alle telecomunicazioni".

L'obbligo della Rai s.p.a. di assegnare l'appalto del servizio di vigilanza armata dei suoi cespiti immobiliari, con il procedimento a evidenza pubblica di cui alle norme comunitarie, non rispettato nel caso per il carattere riservato, alle imprese invitate, della gara e per la discriminazione che impediva ai Raggruppamenti di imprese di partecipare alla stessa, oltre che per le prescrizioni tecniche difformi da quelle comunitarie, conferma l'esercizio abusivo dei poteri pubblici attribuiti alla ricorrente nella fattispecie e la piena legittimità dell'affermata giurisdizione del giudice amministrativo che, con il rigetto anche del terzo motivo di ricorso, non può che confermarsi pure per tale diversi profilo.

Tale ultima affermazione supera la pretesa carenza di poteri pubblici della Rai nella presente controversia, per la quale si esclude la giurisdizione del giudice amministrativo nella memoria della ricorrente ai sensi dell'art. 378 c.p.c., in base alla lettura delle norme processuali data dalla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204.

Del resto, appare ovvio che i bisogni di interesse generale sopra riportati e la scelta del legislatore di realizzarli a mezzo della società ricorrente, costituiscono il fondamento nel caso dei poteri esercitati nella stessa gara dalla Rai s.p.a. e della necessità dell'evidenza pubblica di quest'ultima, per scegliere il fornitore di un servizio accessorio a quello voluto pubblico dallo Stato, come dimostra pure la successiva evoluzione normativa della materia.



5.1. Con il quarto motivo di ricorso la RAI censura la sentenza impugnata per avere annullato il contratto stipulato per effetto della gara, dichiarandone la caducazione degli effetti, in quanto la giurisdizione esclusiva attiene solo alla procedura di affidamento e non può incidere sul contratto successivo, senza considerare che nessun annullamento di contratti stipulati dalla P.A. può aversi senza richiesta del soggetto pubblico che è stato parte dell'atto, come rilevato in più sentenze dei giudici ordinari.

La scelta del Consiglio di Stato in ordine alla caducazione degli effetti del contratto costituisce eccesso di potere esterno dei giudici amministrativi che, con tale statuizione, si sono sostituiti alla P.A. in una prerogativa di essa, che è quella di determinare l'annullamento del contratto da essa stessa stipulato e la caducazione dei suoi effetti in sede di autotutela o con domanda al giudice ordinario.

6.1. Appare opportuno riprodurre il n. 17" della decisione del Consiglio di Stato interamente: "L'annullamento degli atti di attivazione della procedura, comporta l'annullamento, per illegittimità derivata, degli atti ulteriori del procedimento, nonché la caducazione degli effetti dei contratti conclusi dalla s.p.a. RAI con le società appellate, contro interessate in primo grado. Va invece respinta la domanda di risarcimento del danno, riformulata in questa sede dall'appellante, poichè: già in primo grado è stata proposta solo subordinatamente al mancato accoglimento della domanda di annullamento; l'interesse strumentale dell'appellante - volto alla rinnovazione della gara - è integralmente soddisfatto con le precedenti statuizioni di annullamento; le spese di partecipazione sono state sostenute per ottenere ugualmente le aggiudicazioni, malgrado la presentazione dell'offerta neppure risultasse essenziale per la proposizione del ricorso di primo grado".

La statuizione sulla caducazione degli effetti del contratto costituisce una pronuncia incidentale della decisione impugnata, neppure chiesta espressamente dalla società ricorrente; essa sembra emessa al fine di evidenziare come l'interesse della s.p.a.

Mondialpol a rinnovare la gara sia stato soddisfatto dai disposti annullamenti, accogliendosi il ricorso di detta società per quanto di ragione, in ordine all'illegittimità della procedura di aggiudicazione ma non per la domanda di risarcimento dei danni per equivalente, proposta comunque in via subordinata.

La rilevata caducazione degli effetti del contratto stipulato, come conseguenza dell'annullamento della procedura illegittima, non sembra costituire nel caso una forma di "reintegrazione in forma specifica" mai chiesta dalla ricorrente e decisa dal Consiglio di Stato di ufficio al solo fine di rigettare la domanda di risarcimento del danno per equivalente, sulla quale neppure dovrebbe esservi una pronuncia specifica, essendo la domanda della ricorrente proposta solo in subordine al mancato accoglimento del ricorso proposto in via principale accolto dal giudice, secondo quanto si afferma nella decisione stessa.

Anche a non considerare che un siffatto annullamento reintegratorio dovrebbe essere disposto dal giudice ordinario ovvero in via di autotutela dalla stessa Rai s.p.a. per evitare il superamento dei limiti esterni dei poteri del giudice amministrativo (in tal senso potrebbe leggersi S.U. 31 marzo 2005 n. 6743), deve però negarsi che oggi unica legittimata a chiedere in via giurisdizionale l'annullamento del contratto sia l'amministrazione aggiudicatrice che, con la sua condotta illegittima, ha determinato l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione (in tal senso Cass. 8 maggio 1996 n. 4269, che sembra ritenere sussistere lo straripamento di potere se l'annullamento non avviene a iniziativa del soggetto aggiudicatore).

Peraltro, come risulta chiaramente dalla decisione impugnata, la società ricorrente non ha, nella fattispecie concreta, chiesto di annullare i contratti stipulati dalla Rai con le imprese aggiudicatarie e la pronuncia d'ufficio della caducazione degli effetti del contratto comunque costituisce straripamento dei poteri del Consiglio di Stato, che non può sostituirsi ai soggetti aggiudicatori nelle scelte relative agli effetti dei contratti da questi stipulati, all'esito delle gare svolte in modo illegittimo.

L'eccesso di potere giurisdizionale esterno non è neppure escluso dal rilievo solo interno e incidentale che la decisione impugnata sembra dare alla statuizione della caducazione degli effetti del contratto, come appare ribadito nelle conclusioni della sentenza:

"Per le ragioni che precedono: l'appello principale va respinto con reiezione della domanda risarcitoria", precisandosi subito dopo che "va accolto l'appello principale, sicchè, in riforma della gravata sentenza e in accoglimento del ricorso di primo grado, vanno annullate le note n. 1410 e 1411 del 19 febbraio 2004, con i conseguenti atti della gara", senza riferimento esplicito agli effetti dei contratti stipulati all'esito della stessa.

Peraltro la decisa caducazione degli effetti dei contratti conclusi con le altre imprese aggiudicatarie enunciata espressamente in sentenza, determina l'eccesso dei limiti esterni del potere giurisdizionale, non potendo il giudice amministrativo sostituirsi nelle determinazioni dell'amministrazione in ordine agli effetti del contratto stipulato in base ad una gara illegittimamente espletata e dovendo su tali effetti decidere solo il giudice ordinario (cfr. in tal senso la recentissima S.U. 28 dicembre 2007 n. 27169 e la vasta giurisprudenza da questa citata).

Nonostante vi sia una determinazione contraria dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici (n. 24 del 2 ottobre 2002), si è più volte affermato dalla giurisprudenza anche di queste S.U. che, nei casi di asta pubblica o di licitazione privata, ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 16, comma 4, il processo verbale di aggiudicazione costituisce estrinsecazione dello stesso accordo delle parti per cui il contratto assume funzione solo formale e riproduttiva di detto verbale (S.U. 20 ottobre 2007 n. 22063, 19 gennaio 2007 n. 1142 e Cass. 26 maggio 2006 n. 12629).

In tali fattispecie, oggi normativamente venute meno per l'espressa distinzione tra aggiudicazione e contratto di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11, comma 7, deve condividersi la giurisprudenza amministrativa che, con l'annullamento degli atti di gara, fa coincidere quello dei contratti conclusi per effetto dell'aggiudicazione e all'esito della stessa (Cons. Stato, Sez. 6<sup>a</sup>, 30 maggio 2003 n. 2992).

Al di fuori di fattispecie eccezionali, deve ritenersi che il giudice amministrativo di regola esaurisce la propria giurisdizione sulle procedure di affidamento con l'annullamento degli atti di gara e del verbale di aggiudicazione in materia di pubblici servizi, ai sensi del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, lett. d, eccedendo dai limiti dei propri poteri quando annulli i contratti stipulati all'esito di dette gare o si pronunci sugli effetti di questi.

Dai contratti sorgono diritti soggettivi la cui lesione non è effetto della gara e la cui tutela resta quindi riservata ai giudici ordinari, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In relazione agli effetti dei contratti stipulati all'esito di affidamento illegittimo di un pubblico servizio, non può negarsi il difetto di giurisdizione e l'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo denunciato con il quarto motivo di ricorso, che deve quindi accogliersi, con cassazione della sola statuizione della decisione impugnata sui contratti conclusi dalla Rai s.p.a. con le società intime e sui loro effetti.

7. In conclusione, i primi tre motivi del ricorso sono infondati e devono rigettarsi, dichiarandosi la giurisdizione del giudice amministrativo sulla gara in controversia e sugli atti preparatori di essa, mentre il quarto motivo di ricorso deve accogliersi e, in rapporto ad esso, deve cassarsi la statuizione della decisione impugnata sulla caducazione degli effetti dei contratti conclusi dopo il procedimento annullato.

Il parziale accoglimento del ricorso e la novità delle questioni proposte in questa sede giustificano la compensazione delle spese tra le parti dell'intero giudizio, compresa la presente fase di Cassazione.

#### **P.Q.M.**

La Corte rigetta i primi tre motivi del ricorso e dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti di gara e sulle aggiudicazioni annullate con la decisione impugnata; accoglie il quarto motivo di ricorso e cassa la decisione impugnata in ordine alla caducazione degli effetti dei contratti stipulati all'esito delle gare illegittimamente svolte, dichiarando che su questi ultimi ha giurisdizione il giudice ordinario. Compensa le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, il 12 febbraio 2008.

Depositato in Cancelleria

il 23 aprile 2008