



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 2342 del 1999, proposto da:
Disposito Rossella, rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Barsanti, Vincenzo Colacino, Carlo Andrea Gemignani, con domicilio eletto presso Vincenzo Colacino in Roma, via N. Ricciotti, 9;

contro

Fondazione Carnevale di Viareggio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Calogero Narese, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;
Comune di Viareggio;

nei confronti di

Canova Michele;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE II n. 00783/1998, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO OPERE PER MANIFESTAZIONE "CARNEVALE DI VIAREGGIO".

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2010 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Franzin, su delega dell' avv. Colacino, e Buccellato, su delega dell' avv. Narese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno dichiarato il difetto di giurisdizione in ordine alla controversia scaturita dal ricorso proposto da Deposito Rossella avverso gli atti relativi alla procedura finalizzata alla stipulazione del contratto di appalto avente ad oggetto la realizzazione di nove opere di prima categoria, cinque opere di seconda categoria e tredici opere appartenenti alla categoria “mascherate in gruppo”, relative alla manifestazione “Carnevale di Viareggio 1998”.

Il Tribunale ha posto a fondamento della declinatoria di giurisdizione la considerazione che la Fondazione Carnevale di Viareggio che ha indetto la procedura costituisce un soggetto di diritto privato sottoposto alla disciplina del codice civile e non destinatario delle regole di evidenza pubblica che le regolano la giurisdizione del giudice amministrativo.

L'appellante contesta gli argomenti posti a fondamento della sentenza gravata.

Resiste la Fondazione appellata.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

2. L'appello è fondato.

E' meritevole di accoglimento, in particolare, il motivo di gravame con il quale si deduce che, diversamente da quanto opinato dal Primo Giudice, la Fondazione Carnevale di Viareggio costituisce un organismo di diritto pubblico soggetto alle norme di evidenza pubblica dettate dalla disciplina comunitaria e dalla normativa nazionale di attuazione.

Alla stregua della disciplina che regola la materia, confluita da ultimo nell'art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163/2006, sono necessarie tre condizioni perché ricorra la figura dell'organismo di diritto pubblico, condizioni che devono ricorrere cumulativamente secondo l'interpretazione data dal giudice comunitario, e precisamente: 1) che l'organismo (anche in forma societaria) venga istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) che sia dotato di personalità giuridica; 3) che la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (cfr., da ultimo, Cassazione civile, sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225).

Detti presupposti sono sussistenti con riguardo alla Fondazione Carnevale di Viareggio.

Quanto al profilo della personalità giuridica, esso è ravvisabile con riguardo alla Fondazione in esame alla luce dell'interpretazione estensiva fornita, in conformità al principio dell'effetto utile, dalla giurisprudenza comunitaria che valorizza all'uopo la sussistenza di una soggettività giuridica in senso lato, anche di matrice privatistica.

In merito al requisito dell'influenza dominante, ricavabile disgiuntivamente dalla sussistenza di uno degli indici sintomatici elencati dalla disciplina europea e

nazionale, è sufficiente rammentare che il Comune di Viareggio nomina tutti componenti del Consiglio di Amministrazione e del Collegio dei Revisori dei Conti (sia pur tenendo conto delle designazioni degli enti fondatori successivamente intervenuti), dotando la Fondazione di un patrimonio iniziale, conferendogli periodici contributi, sia preventivi che a consuntivo del bilancio ed esercitando un penetrante potere di controllo sugli organi e sull'attività.

Deve infine essere ritenuto sussistente il requisito teleologico dato dalla finalizzazione dell'istituzione dell'ente al fine di soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (cfr. Corte Giust, sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punto 36, sulla distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, da un lato, e i bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale, dall'altro).

Dalla documentazione in atti si ricava che la Fondazione è stata costituita per uno scopo ben preciso, quello di approntare uno strumento agile, snello e duttile, in grado di svolgere con tempestività ed efficienza tutti gli atti organizzativi finalizzati alla manifestazione carnevalesca viareggina.

La notevole rilevanza culturale e sociale, oltre che economica, dell'istituzione è scandita con nettezza dalla dichiarazione resa dallo stesso Consiglio Comunale nelle premesse della deliberazione di costituzione della Fondazione (del C. C. n. 2 del 7.1.1985), laddove testualmente si legge che "... il Comune di Viareggio nelle attività promozionali dirette alla realizzazione del carnevale persegue un fine di particolare importanza, lo diversifica rispetto ad altri pure altrimenti rilevati, e lo riconnette in modo permanente ad un Ente - la Fondazione - che lo assume come proprio fino a trovare in esso la ragione della sua esistenza e che pure gli assicura continuità di realizzazione e autonomia istituzionale".

Viene quindi in rilievo una finalità di promozione socio - culturale ed economica del territorio e della popolazione viareggina, che il Comune annovera tra quelle fondamentali soggette alla sua cura e che, tuttavia, decide di gestire attraverso la creazione di un soggetto formalmente dotato di personalità giuridica distinta ma sostanzialmente costituente un'articolazione organizzativa dell'ente locale.

La stretta inerenza dell'attività della Fondazione alle finalità istituzionali del Comune consente di ravvisare la sussistenza di bisogni non solo generali ma anche di carattere non industriale e commerciale, ossia non suscettibili di essere efficacemente perseguiti mediante l'applicazione delle normali regole di mercato da parte di soggetti svincolati da controlli di stampo pubblicistico.

La circostanza che la Fondazione non svolga attività economiche ma si occupi della promozione di un evento di primario rilievo culturale con ricadute benefiche sulla collettività territoriale, differenzia la condizione della Fondazione rispetto all'Ente Fiera di Milano che svolge un'attività commerciale concretantesi nel fornire servizi agli espositori dietro versamento di un corrispettivo e, soprattutto, nel dotare gli operatori economici che espongono i propri beni e servizi di un'occasione di promozione e sviluppo della relativa commercializzazione. Se a tale profilo di differenziazione si aggiunge la considerazione che l'attività di promozione socio-culturale di un evento tradizionale appartenente al patrimonio storico di un Comune impedisce di configurare la sussistenza di un ambiente concorrenziale invece ravvisabile con riguardo agli enti fieristici, deve concludersi nel senso della non estensibilità alla Fondazione in parola delle coordinate ermeneutiche che hanno indotto la giurisprudenza comunitaria e nazionale ad escludere la qualificazione dell'Ente Fiera di Milano come organismo di diritto pubblico.

3. Le considerazioni che precedono consentono di ritenere che gli atti di gara adottati dalla Fondazione sono atti di natura pubblicistica sottoposti, già in base al

normale criterio di riparto, alla giurisdizione amministrativa, qualificata in termini di esclusività dall'art. 6 della legge n. 205/2000 e, poi, dall'art. 244 del codice dei contratti pubblici, da ultimo trasfuso nell'art. 133, comma 1 comma 1, lett. e, n., 1 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 al D.Lgs 2 luglio 2010, n. 104.

La sentenza di primo grado deve quindi essere annullata in accoglimento del ricorso in epigrafe. Ne consegue il rinvio della causa al Primo Giudice per l'esame del merito della controversia ai sensi dell'art. 35 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034..

Sussistono giusti motivi, vista la peculiarità della questione giuridica, per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla con rinvio a la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Cesare Lamberti, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione