

APPALTI: Procedura di affidamento – Organismo di diritto pubblico – Irricevibilità del ricorso – Risarcimento del danno.

Tar Liguria – Genova, Sez. II, 9 aprile 2021, n. 307

- in *Studium Iuris*, 9, 2021, pag. 1120, con nota di Fabio Pavanini, *RAI Pubblicità S.p.a. è qualificabile come organismo di diritto pubblico*.

“[...] Rai Pubblicità S.p.a. va qualificata come organismo di diritto pubblico e, quindi, come amministrazione aggiudicatrice che, in quanto tale, è tenuta all’osservanza del codice degli appalti nelle procedure di scelta dei contraenti, con conseguente appartenenza delle controversie insorte alla giurisdizione amministrativa esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a. [...]”

FATTO

La Società ricorrente ha curato l’allestimento e la gestione delle prime due edizioni (2017 e 2018) della manifestazione denominata “Radio 2 In The Club”, un “evento” collaterale al Festival di Sanremo che si sostanzialmente svolgeva nello svolgimento di attività di intrattenimento musicale presso il Forte di Santa Tecla.

RAI Pubblicità S.p.a. ha affidato l’organizzazione della prima edizione direttamente alla ricorrente che sostiene di aver proposto il relativo “format”; l’affidamento della seconda edizione è stato preceduto da una procedura selettiva tra cinque operatori del settore.

Con p.e.c. del 18 dicembre 2018 e successivo sollecito formulato con p.e.c. del 11 gennaio 2019, l’odierna ricorrente chiedeva di essere invitata alla procedura per l’affidamento del servizio di allestimento e gestione della terza edizione della manifestazione.

L’istanza è stata riscontrata con p.e.c. del 15 gennaio 2019, con la quale RAI Pubblicità S.p.a. informava che la procedura era tuttora in corso e invitava la Società ricorrente a presentare la propria offerta entro le ore 12.00 del successivo 18 gennaio.

Come si evince dagli scritti difensivi, RAI Pubblicità S.p.a. si era inizialmente risolta a non invitare l’odierna ricorrente in applicazione del principio di rotazione dei fornitori e tenendo conto di alcune informazioni negative sul conto della stessa, relative ad alcuni danni provocati all’edificio monumentale che aveva ospitato le prime due edizioni della manifestazione e al mancato pagamento di un fornitore.

Dopo aver eseguito un sopralluogo, la ricorrente comunicava a RAI Pubblicità S.p.a., con p.e.c. del 18 gennaio 2019, di essere impossibilitata a presentare la propria offerta a causa dell'insufficienza del tempo concesso.

L'edizione 2019 della manifestazione, che aveva assunto la nuova denominazione "Il Forte della Musica", è stata organizzata da Free Event S.r.l., individuata sulla base di una procedura selettiva fra sei operatori del settore cui era stata richiesto di formulare un'offerta con nota del 21 dicembre 2018.

Le interlocuzioni tra le parti per una definizione transattiva della potenziale controversia non davano esito positivo, sicché la Società interessata ha proposto il ricorso in epigrafe onde conseguire l'annullamento dello sconosciuto provvedimento di affidamento del servizio di allestimento e gestione della manifestazione.

La ricorrente deduce i seguenti motivi di gravame:

I) "Violazione degli artt. 71, 72 e 73 del d.lgs. 50/2016 e ss. modifiche, art. 3 della Cost., art. 1 della legge 241/90. Violazione dei principi di trasparenza, di pubblicità, di imparzialità, di parità di trattamento".

In violazione dei principi di trasparenza e pubblicità in materia di contratti pubblici, non è stato pubblicato alcun bando di gara.

II) "Violazione dei principi di correttezza, non discriminazione e parità di trattamento".

La scelta di non invitare la ricorrente è derivata da informazioni non verificate e non è stata adeguatamente motivata.

III) "Violazione e falsa applicazione degli artt. 64 e 61 del d.lgs. 50/2016".

Non è stato assegnato alla ricorrente il prescritto termine minimo di trenta giorni per la presentazione dell'offerta.

L'esponente chiede anche che RAI Pubblicità S.p.a. sia condannata al risarcimento del danno, quantificato nell'importo di € 200.000,00, per mancato guadagno, mancato arricchimento del curriculum professionale e perdita di *chance*.

Costituitasi in resistenza, RAI Pubblicità S.p.a. eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in quanto la controversia riguarderebbe un contratto di diritto privato stipulato da una società di capitali avente finalità tipicamente imprenditoriali, come tale estranea all'ambito di applicazione delle regole sull'affidamento dei contratti pubblici.

Viene eccepita, altresì, l'irricevibilità del ricorso proposto oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla data di ricevimento della lettera di invito alla procedura.

Nel merito, la parte resistente controdeduce ai motivi di ricorso, argomentando anche nel senso dell'inammissibilità della domanda risarcitoria in quanto indeterminata e non provata.

La ricorrente ha depositato note di udienza *ex d.l.* n. 28/2020 allo scopo di evidenziare la tardività delle produzioni documentali e delle memorie difensive della controparte di cui chiede, pertanto, lo stralcio dagli atti del giudizio.

La causa è stata chiamata all'udienza del 17 febbraio 2021 e, all'esito della trattazione orale da remoto, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Denunciando la mancata pubblicazione di un bando di gara e l'insufficienza del tempo concesso per presentare un'offerta, la Società ricorrente domanda l'annullamento dello sconosciuto provvedimento con cui Rai Pubblicità S.p.a. ha affidato a Free Event S.r.l. il servizio di allestimento e gestione della manifestazione denominata "Il Forte della Musica", svoltasi *a latere* dell'edizione 2019 del Festival di Sanremo.

L'interesse di parte ricorrente era concentrato fin dall'inizio sulla domanda di risarcimento dei danni cagionati dal mancato affidamento del servizio, poiché la manifestazione si era conclusa in data 11 febbraio 2019 ed il ricorso è stato notificato solamente il successivo 9 marzo.

2) In via preliminare, la ricorrente chiede che siano stralciate dagli atti del giudizio le produzioni documentali effettuate dalla controparte in data 27 gennaio 2021 e la memoria depositata il successivo 1° febbraio, oltre i termini previsti dall'art. 73, comma 1, c.p.a.

Tuttavia, la stessa parte ricorrente prospetta che la procedura selettiva per cui è causa sarebbe attratta alla disciplina del codice dei contratti pubblici, sicché la domanda di annullamento ricade nell'ambito di applicazione degli artt. 119 e 120 c.p.a. che prevedono il dimezzamento dei termini processuali.

Il rito abbreviato di cui alle citate disposizioni trova applicazione anche nel caso in cui siano contestualmente proposte, come nella specie, la domanda di annullamento e la conseguenziale domanda di risarcimento del danno.

Ne consegue la tempestività del deposito dei documenti e della memoria, rispettivamente effettuati venti e quindici giorni liberi prima dell'udienza.

3) La Società resistente solleva una questione di giurisdizione in quanto si verterebbe in tema di attività prive di rilievo pubblicistico, poste in essere da un soggetto imprenditoriale che opera nel mercato delle comunicazioni commerciali.

Il vaglio di tale eccezione implica la definizione della natura giuridica della Società e dell'ambito in cui essa è sottoposta alla disciplina del codice dei contratti pubblici.

In fatto, si evince dalla visura camerale in atti che Rai Pubblicità S.p.a. ha come oggetto sociale la raccolta di pubblicità destinata ai programmi radio-televisivi ed è interamente partecipata da RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a.

Nella memoria difensiva, la Società resistente precisa di essere concessionaria esclusiva della pubblicità radiofonica e televisiva sulla RAI, ma di operare anche sul mercato concorrenziale.

Ciò premesso, si rileva che la questione afferente l'ascrivibilità della "Società madre" alla categoria degli organismi di diritto pubblico è stata univocamente risolta in senso affermativo sia dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 gennaio 2020, n. 54 e 9 giugno 2004, n. 5460) sia da quella di legittimità (Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28330 e 23 aprile 2008, n. 10443).

Tuttavia, considerando i possibili margini di incertezza in ordine all'ambito applicativo della cosiddetta "teoria del contagio", appare anche opportuno verificare se i requisiti propri di Rai Pubblicità S.p.a. consentano di ricondurla direttamente alla categoria predetta e, pertanto, di qualificarla come amministrazione aggiudicatrice, con conseguente obbligo di osservare le norme di evidenza pubblica nella scelta dei propri contraenti.

Non constano precedenti giurisprudenziali relativi al soggetto in questione, fatta eccezione per l'ordinanza della quinta Sezione n. 6124 del 12 dicembre 2014, con la quale il Consiglio di Stato, sia pure pronunciandosi in sede di regolamento di competenza ed in materia di accesso documentale, ha precisato che *"Rai Pubblicità S.p.a. è qualificabile, sotto il profilo soggettivo, come "Pubblica Amministrazione" ai sensi dell'art. 13, comma 1, prima parte, c.p.a. [...] Tale qualificazione discende dall'art. 7, comma 2, c.p.a. secondo cui "Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo"*;

Tanto precisato, si osserva che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016, la nozione di "organismi di diritto pubblico" comprende *"qualsiasi organismo, anche in forma societaria [...] 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui 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 d'amministrazione, di direzione 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"*.

Rai Pubblicità S.p.a. soddisfa all'evidenza le condizioni previste *sub* 2) e 3), siccome dotata di personalità giuridica e detenuta al 100% da RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.a. alla quale, come già rilevato, è riconosciuta natura di organismo di diritto pubblico.

Non può dubitarsi, inoltre, che la Società in questione sia stata istituita per soddisfare esigenze di interesse generale della "Società madre" alla quale garantisce, attraverso la raccolta pubblicitaria, una parte essenziale delle risorse necessarie per l'esercizio del servizio pubblico radiotelevisivo, non avente carattere esclusivamente commerciale.

In conseguenza, Rai Pubblicità S.p.a. persegue interessi di rilevanza pubblicistica e risponde al requisito "teleologico" *sub* 1), essendo indifferente che, oltre alle attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, essa svolga anche attività a scopo di lucro sul mercato concorrenziale (cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 5 ottobre 2017, n. 567).

Alla luce di queste considerazioni, Rai Pubblicità S.p.a. va qualificata come organismo di diritto pubblico e, quindi, come amministrazione aggiudicatrice che, in quanto tale, è tenuta all'osservanza del codice degli appalti nelle procedure di scelta dei contraenti, con conseguente appartenenza delle controversie insorte alla giurisdizione amministrativa esclusiva *ex art.* 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a.

4) E' fondata, invece, l'eccezione di irricevibilità del ricorso.

Va premesso che, essendo stata concretamente invitata a presentare un'offerta per l'affidamento del servizio di cui si controverte, la Società ricorrente non ha interesse a dedurre l'illegittimità costituita dalla circostanza che non sia stato pubblicato un bando di gara.

Si evince chiaramente dalle argomentazioni di parte ricorrente, infatti, che la scelta di non presentare un'offerta non è stata determinata da eventuali riserve in ordine al metodo di scelta del contraente, ma esclusivamente dalla ritenuta intempestività dell'invito alla gara, atteso che il tempo concesso non sarebbe stato sufficiente per reperire i fornitori.

La lesione, pertanto, derivava direttamente dalla "lettera di invito" del 15 gennaio 2019, considerata "escludente" in quanto ostativa alla presentazione di un'offerta corretta e consapevole.

Ne consegue l'onere di contestare immediatamente la lesività di tale atto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), nel termine accelerato di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a., sicché è tardivo il ricorso notificato con p.e.c. del 9 marzo 2019, laddove la conoscenza dell'atto lesivo era maturata il precedente 15 gennaio.

5) Va rigettata la domanda di risarcimento per equivalente proposta da un soggetto che, non avendo presentato un'offerta nella contestata procedura di gara né impugnato tempestivamente la *lex*

specialis pretesamente escludente, è rimasto estraneo alla procedura medesima e non può dimostrare che si sarebbe con elevata probabilità aggiudicato l'appalto.

L'istanza risarcitoria, in ogni caso, è del tutto indeterminata e generica, posto che la ricorrente si è limitata ad indicare le voci di danno e l'importo di cui chiede il risarcimento, senza allegare alcun elemento di prova in ordine all'utile che avrebbe potuto conseguire attraverso l'esecuzione del contratto, neppure facendo riferimento a quello conseguito nelle precedenti edizioni della manifestazione.

Anche il danno curricolare, quale specificazione del danno da perdita di *chance*, presuppone una prova adeguata in ordine al *quantum* che, nella fattispecie, è stata del tutto omessa.

Si consideri, infine, che la ricorrente non ha ritenuto di attivarsi tempestivamente prima della manifestazione e di presentare istanze cautelari per tutelare la propria posizione di aspirante all'esecuzione del relativo servizio.

Come precisato del tutto recentemente dalla quinta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 962 del 2 febbraio 2021, l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, tra i quali va annoverato il rimedio cautelare, costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini della mitigazione e finanche dell'esclusione del danno.

Ne consegue, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., la non risarcibilità del danno che, nella fattispecie, avrebbe potuto essere evitato con l'ordinaria diligenza.

6) L'assoluta peculiarità in fatto della vicenda controversa giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio tramite videoconferenza del giorno 17 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Richard Goso, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Referendario

L'ESTENSORE

Richard Goso

IL PRESIDENTE

Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO