

STUDIO LEGALE ASSOCIATO ALESSANDRO CARDUCCI & ANTONIO PIVETTI

1. ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO ED ORGANIZZAZIONI PRIVATE SOGGETTE A C.D. “CONTROLLO ANALOGO” DA PARTE DI ENTI PUBBLICI

La nozione di organismo di diritto pubblico, nata nel diritto comunitario e poi recepita nell’ordinamento interno, ha assunto rilievo in sede di delimitazione dell’ambito soggettivo di operatività della disciplina comunitaria (e nazionale di recepimento) relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e, dunque, delle c.d. procedure di “evidenza pubblica”.

La stessa normativa comunitaria, tesa a garantire il rispetto dei principi di libertà di iniziativa economica e non discriminazione, è passata, nel tempo, da una elencazione tassativa delle “*amministrazioni aggiudicatrici*” ad una nozione più elastica, in modo da evitare che la stessa venisse aggirata mediante la creazione di enti formalmente privati.

Per quanto riguarda l’individuazione dei soggetti obbligati a rispettare le norme sull’evidenza pubblica negli appalti, le direttive comunitarie – e le relative norme di recepimento – designano, fra i destinatari della disciplina, oltre ai tradizionali enti pubblici, anche soggetti appartenenti ad una categoria residuale, definita, nel testo italiano, come “**organismo di diritto pubblico**”.

La *sedes materiae* è oggi l’art.3.26 del D.Lgs. n.163/06, che definisce questa figura come “*organismo, anche in forma societaria:*

- *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*

- *dotato di personalità giuridica;*

- *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”.*

La figura giuridica dell’“*organismo di diritto pubblico*” fu a suo tempo costruita dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giust. CE., 20.9.1988, C-31/87, *Beentjes.*) e poi recepita

nelle direttive comunitarie sugli appalti, per colpire le situazioni di privatizzazione puramente formale di enti tradizionalmente pubblici, che pur conservavano, nella nuova forma giuridica (di solito s.p.a.), le caratteristiche funzionali salienti di cui erano tradizionalmente dotati.

In altri termini, fu costruita per evitare che, attraverso privatizzazioni puramente formali, gli Stati membri eludessero le direttive comunitarie sugli obblighi di sottoporre a “gare europee” gli acquisti rilevanti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nel nostro ordinamento giuridico, prima delle innovazioni di derivazione comunitaria, le imprese pubbliche venivano classificate secondo il seguente schema:

A) aziende autonome, che costituivano articolazioni interne della pubblica amministrazione;

B) enti pubblici economici, che avevano carattere istituzionale e che erano, quindi, vincolati al perseguimento di una funzione predeterminata di produzione di beni o servizi senza scopo di lucro e che esercitavano la loro attività con strumenti giuridici privatistici;

C) società di capitali in mano pubblica che, almeno nella loro versione originale, erano pienamente assoggettate al regime privatistico.

A fronte di questa impostazione tradizionale, la figura dell’organismo di diritto pubblico è nata per coprire situazioni di confine, situazioni cioè caratterizzate da privatizzazioni formali senza liberalizzazione dei relativi mercati.

2. ORGANIZZAZIONI PRIVATE SOGGETTE A C.D. “CONTROLLO ANALOGO” DA PARTE DI ENTI PUBBLICI

La figura dell’organismo di diritto pubblico deve essere esaminata in parallelo alla categoria – sempre derivata dalla giurisprudenza comunitaria – delle **organizzazioni private soggette a controllo da parte di enti pubblici**, controllo analogo a quello che tali enti hanno sui propri uffici interni.

Tali organizzazioni sono legittimate a ricevere affidamenti *in house* senza gara, in quanto sostanzialmente corrispondenti, malgrado la forma privatistica, ad articolazioni interne della pubblica amministrazione.

Tale sistema – quanto meno nella sua formulazione originaria – poteva avere una sua coerenza, atteso che, in caso di privatizzazione puramente formale, la società in mano pubblica soggetta a “controllo analogo” a quello degli uffici interni dell’ente pubblico

avrebbe potuto ricevere affidamenti diretti da parte dell'ente controllante, senza doversi assoggettare all'onere di procedure competitive, trattandosi di strutture c.d. di "autoproduzione" di beni e servizi, per le quali l'ente pubblico aveva scelto la forma privatistica.

Al contempo, però, queste società formalmente private sono "organismi di diritto pubblico" e, per i propri acquisti, devono assoggettarsi alle regole dell'evidenza pubblica.

Più precisamente, pur avendo come propria finalità la produzione di beni e servizi dietro corrispettivo (proveniente dallo stesso ente controllante o dall'utenza pubblica) – e pur potendo anche qualificarsi come "imprese" – questi "organismi" di autoproduzione si collocano, funzionalmente, al di fuori della figura tipica dell'impresa operante sul mercato in regime di concorrenza.

In caso contrario, la sottoposizione al regime dell'evidenza pubblica costituirebbe un *handicap* insopportabile per l'impresa, la quale sarebbe costretta – a causa della "evidenza pubblica" – da un lato a comunicare anticipatamente e dettagliatamente al pubblico i propri programmi di approvvigionamento di beni o servizi, dall'altro a non potere ricercare liberamente sul mercato le occasioni negoziali più convenienti o innovative.

Il regime dell'evidenza pubblica si può giustificare, dunque, solo per organismi che sono collocati "fuori mercato", per finalità sociali o per ragioni di altro tipo, e che comunque godono di una rendita di posizione per ciò che riguarda il collocamento dei loro prodotti e i loro ricavi.

In altri termini, la figura dell'organismo di diritto pubblico – e quella speculare dell'organismo sottoposto a "*controllo analogo*" – dovrebbero costruirsi funzionalmente sulla falsariga della vecchia figura dell'azienda autonoma, con le varianti della privatizzazione formale e dell'acquisto della personalità giuridica.

Dal punto di vista strutturale, la figura dell'organizzazione privata sottoposta al c.d. "*controllo analogo*" comprende anche strutture privatistiche come società di capitali o fondazioni, se caratterizzate da continuità sostanziale con le vecchie aziende autonome.

Coerenza vorrebbe, dunque, che questi organismi, formalmente privatistici ma sostanzialmente facenti ancora parte dell'organizzazione pubblica, fossero posti chiaramente fuori mercato, con una preclusione a svolgere attività collaterali in concorrenza con imprese private e al di fuori della loro funzione precipua di "autoproduzione", la quale è, a sua volta, articolabile in tre direzioni diverse:

- a) produzione di servizi a favore dello stesso ente controllante;
- b) produzione di beni pubblici, cioè destinati alla libera fruizione collettiva dei cittadini (per esempio, illuminazione pubblica, pulizia delle strade etc.);
- c) produzione di servizi pubblici, dietro corrispettivo ma con criteri di socialità (“servizio universale”) e in condizione di monopolio legale.

Tale disegno, però, è rimasto del tutto astratto e tendenziale, non essendo stato realizzato, ad oggi, neanche dalla giurisprudenza comunitaria.

Perfino nella materia degli affidamenti diretti *in house* – su cui sembrava che si fosse delineata una linea giurisprudenziale chiara e rigorosa – le pronunce che si sono susseguite nel tempo hanno mutato il quadro originariamente delineato.

Ed infatti, per lungo tempo, il concetto di “*controllo analogo*” è stato inteso dalla giurisprudenza comunitaria in maniera rigoristica, facendolo coincidere con un controllo sostanzialmente identico a quello eseguito, tradizionalmente in modo gerarchico, all’interno di una pubblica amministrazione.

Originariamente, infatti, la giurisprudenza comunitaria (cfr. a tal fine, tra le tante, Corte Giust. CE, 11.5.2006, C-340/04, *Carbotermo*; Corte Giust. CE, 6.4.2006, C-410/04, *ANAV*; Corte Giust. CE, 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*; Corte Giust. CE, 11.1.2005, C-26/03, *Stadt Halle*; Corte Giust. CE, 18.11.1999, C-107/98, *Teckal*) richiedeva, per la sussistenza del requisito del “*controllo analogo*”, la presenza di società:

- a) ove il soggetto pubblico controllava il 100% del capitale sociale (e senza programmi di privatizzazione);
- b) ove l’azionista pubblico aveva poteri di ingerenza talmente ampi da limitare l’autonomia dell’organo amministrativo;
- c) ove l’oggetto sociale era destinato, quanto meno in misura prevalente, alla produzione di servizi *in-house*.

Tale orientamento giurisprudenziale sembrerebbe, però, essere stato parzialmente modificato – o, quanto meno, messo in dubbio – da due recenti pronunce dei giudici comunitari.

La prima (Corte Giust. CE, 19.4.2007, C-295/05, *TRAGSA*) ha riconosciuto la legittimità di un regime di affidamento diretto ad una società in mano pubblica (con 99% del capitale al Regno di Spagna e il restante 1% ad alcuni enti pubblici locali), di lavori forestali, di sistemazione idrogeologica e simili.

Nel regime vigente, la società forestale statale spagnola (TRAGSA) è obbligata a svolgere quegli interventi forestali e di difesa idrogeologica che le siano commissionati da qualsiasi ente pubblico e sulla base di un prezzario predefinito.

Ebbene, in questo caso, la Corte di Giustizia ha ritenuto tale soggezione formale sufficiente ad integrare il c.d. “*controllo analogo*” dello Stato sulla società.

La modifica dell’orientamento giurisprudenziale precedente – come detto, particolarmente rigorista – può rinvenirsi dalla circostanza che la predetta società svolge, però, un’attività **anche in concorrenza, attuale o potenziale, con quella di imprese private.**

Quel che appare verosimile, comunque, è che, con la sentenza TRAGSA, la Corte di Giustizia ha introdotto un elemento di incertezza in un panorama giurisprudenziale che sembrava definito in modo coerente dalle sentenze precedenti.

Tale *revirement*, peraltro, sembrerebbe essersi accentuato con la più recente sentenza nel caso *ASI* (Corte Giust. CE, 17.7.2008, C-371/05, *A.S.I. / Comune di Mantova*), in cui – con riferimento ad una società controllata dal Comune di Mantova e da altri enti locali – la Corte di Giustizia ha riscontrato i requisiti del c.d. “*controllo analogo*” pur in presenza di partecipazione private (seppure di modesta entità) nel capitale societario, in virtù del controllo finanziario e contabile esercitato dal Comune attraverso deliberazioni consiliari di finanziamento ed attraverso la presenza di un funzionario delegato del Comune presso gli uffici della società.

Ebbene, dalle lettura di queste recentissime sentenze sembrerebbe che il rigore precedente – che aveva quasi determinato il venir meno dell’interesse pratico a costituire nuove società in mano pubblica – si sia attenuato e che la giurisprudenza comunitaria sia passata da un’idea di “*controllo analogo*” ispirata all’analogia con il controllo gerarchico proprio delle organizzazioni pubbliche ad un’idea di controllo molto più elastica, che è propria dei rapporti fra imprese (vale a dire, un controllo simile a quello disciplinato dal codice civile o a quello usato nella disciplina *antitrust* delle concentrazioni).

3. ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO

Analoghe incertezze sussistono, nella giurisprudenza comunitaria, anche con riferimento agli organismi di diritto pubblico.

Immediatamente dopo l’emanazione delle direttive sugli appalti (anni ’90), le prime sentenze interpretative della Corte di Giustizia affermarono un’interpretazione estensiva delle norme in materia, giustificata dalla preoccupazione di evitare l’elusione delle norme sull’evidenza pubblica.

In particolare, ci si riferisce ai due *leading cases* del 1998 (Corte Giust. CE, 15.1.1998, C-44/96, *Mannesmann*; Corte Giust. CE, 10.11.1998, C-360/96, *BFI Holding*), con cui la Corte di Giustizia riteneva che:

- a) i tre requisiti presenti nella definizione di organismo di diritto pubblico, dovevano essere posseduti **cumulativamente** dal soggetto *de quo* per potere essere appunto così qualificato;
- b) i “bisogni di carattere generale” costituivano una categoria più ampia, all’interno della quale si doveva individuare la sotto-categoria dei “bisogni di carattere non industriale o commerciale”;
- c) perché un ente fosse qualificato come organismo di diritto pubblico non occorreva che fosse incaricato unicamente di soddisfare bisogni di carattere non industriale o commerciale;
- d) perché un ente fosse qualificato come organismo di diritto pubblico non occorreva neanche che l’attività volta alla soddisfazione di bisogni di carattere non industriale o commerciale avesse carattere prevalente;
- e) l’esistenza di una concorrenza di imprese private non era di per sé sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato venisse qualificato come organismo di diritto pubblico.

In base a tali indicazioni, la nozione di organismo di diritto pubblico si dilatava notevolmente, fino a comprendere qualsiasi società in mano pubblica che avesse tra i propri compiti, anche a titolo non esclusivo, quello di produrre servizi di interesse economico generale.

Come conseguenza di tale impostazione, furono qualificati organismo di diritto pubblico una società austriaca svolgente funzioni analoghe a quelle del nostro Istituto Poligrafico dello Stato e una società in mano pubblica olandese operante nel settore dello smaltimento dei rifiuti, ove pure operavano imprese private in concorrenza con la società di cui si trattava.

I due predetti *leading cases* del 1998 lasciavano però sfocata la definizione del punto cruciale, relativo al “*carattere non industriale o commerciale*” dei bisogni soddisfatti dall’ente.

In particolare, si affermava (sentenza C-360/96, §§ 48-49) che “*l’esistenza della concorrenza non è del tutto irrilevante ai fini della soluzione della questione*” e che “*la circostanza che l’organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale*”.

Al fine di superare questo indizio negativo (e, quindi, di giungere a qualificare come organismo di diritto pubblico anche una società in mano pubblica, operante – almeno per qualche aspetto della sua attività – in concorrenza con imprese private) si indicavano due criteri differenti:

- nella sentenza *Mannesmann* si indicava la circostanza che l’ente fosse destinato a produrre “*documenti... strettamente collegati all’ordine pubblico ed al funzionamento istituzionale dello Stato*” (sentenza C-44/96, § 24);

- nella sentenza *BFI Holding* si indicava la circostanza che lo Stato “*intend[esse] mantenere un’influenza determinante*” e che sussistesse la possibilità che l’organismo in questione si “*lasci[asse] guidare da considerazioni non economiche*” (sentenza C-360/96, §§ 43 e 52).

Nelle sentenze immediatamente successive, la qualifica di organismo di diritto pubblico fu data ancora, e senza molti dubbi, ad una società in mano pubblica operante come successore di una precedente azienda forestale statale (Corte Giust. CE, 17.12.1998, C-306/97, *Connemara Machine Turf v. Coillte Teoranta*), ad una università pubblica (Corte Giust. CE, 3.10.2000, C-380/98, *University of Cambridge*), ad una società in mano pubblica incaricata della gestione di un depuratore (Corte Giust. CE, 12.12.2002, C-470/99, *Universale – Bau AG*, in *Foro it.*, 2004, IV, 337), ad una società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo ma in un contesto normativo oggi superato (quello sancito dalla Dir. 93/38/CE) in cui il settore delle telecomunicazioni era ancora inquadrato, nel suo insieme, fra i settori soggetti alla disciplina dell’evidenza pubblica (Corte Giust. CE, 7.12.2000, C-324/98, *Teleaustria*).

Dopo queste sentenze, la Corte di Giustizia operò un *revirement*, ponendo in essere **interpretazioni più restrittive** della nozione di organismo di diritto pubblico.

Illuminante, a tale riguardo, deve essere considerata la nota sentenza riguardante la Fiera di Milano (Corte Giust. CE, 10.5.2001, C-223/99, *Agorà c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*), laddove i giudici comunitari – pur sottolineando che l’ente in

questione operava senza scopo di lucro (non era stata ancora operata la trasformazione in s.p.a.) – rilevavano che il settore dell’organizzazione di manifestazioni fieristiche era caratterizzato da una situazione di concorrenza effettiva e che l’ente in questione operava secondo criteri di economicità, sì da “*sopporta[re] direttamente il rischio economico della propria attività*” (sentenza C-223/99, § 40).

Pertanto, i giudici comunitari giungevano alla conclusione secondo cui l’ente fiera non poteva essere qualificato come organismo di diritto pubblico (orientamento rafforzato l’anno successivo con la sentenza Corte Giust. CE, 15.1.2002, C-439/99, *Commissione c. Repubblica italiana*).

Le sentenze successive non hanno apportato definitiva chiarezza:

- a) la sentenza *Truley* (Corte Giust. CE, 27.2.2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien GmbH*) ha dettato due importanti precisazioni: 1) la nozione di “*bisogno non industriale o commerciale*” rientra nel diritto comunitario e non può essere modificata discrezionalmente dal legislatore nazionale (sentenza C-373/00, § 40) e 2) la nozione di organismo di diritto pubblico, in quanto funzionale alla liberalizzazione dei mercati e alla trasparenza, “*deve essere estensivamente intesa*” (sentenza C-373/00, § 43). In particolare, in tale sentenza la Corte di Giustizia ha affermato che i servizi mortuari e di pompe funebri “*rispondono ad un bisogno di interesse generale*”, ma che l’eventuale “*esistenza di una concorrenza articolata consente, di per sé, di concludere per la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale*”;
- b) la sentenza *Taitotalo* (Corte Giust. CE, 22.5.2003, C-18/01, *Taitotalo*) assume rilevanza perché contiene alcune indicazioni di principio che rafforzano l’idea per cui non può essere qualificato organismo di diritto pubblico un ente che operi in un mercato concorrenziale (sentenza C-18/01, § 51); tuttavia, a seguito dell’esame delle caratteristiche concrete della fattispecie (una società in mano pubblica finlandese, costituita come promotore immobiliare per un’area di sviluppo industriale), la Corte di Giustizia ha concluso nel senso che la società in questione fosse stata costituita essenzialmente come strumento di attuazione di un programma politico (di promozione industriale di una parte del territorio) e che, pertanto, dovesse essere qualificata come organismo di diritto pubblico;

- c) la sentenza *SIEPSA* (Corte Giust. CE, 16.10.2003, C-283/00, *Commissione c. Regno di Spagna/SIEPSA*) ha rilevato che una società in mano pubblica spagnola, avente come compito esclusivo la costruzione e gestione di stabilimenti carcerari, pur avendo tutte le caratteristiche formali di una s.p.a. lucrativa, non offriva beni o servizi “*sul mercato libero, in concorrenza con altri operatori economici*” (sentenza C-283/00, § 87); inoltre, appariva “*poco probabile che questa debba sopportare essa stessa i rischi economici collegati alla sua attività*” (sentenza C-283/00, § 91); pertanto, la SIEPSA è stata qualificata come organismo di diritto pubblico;
- d) la pronuncia più recente *Fernwärme Wien* (Corte Giust. CE, 10.4.2008, C-393/06, *Fernwärme Wien*) si riferisce ad una società interamente posseduta dalla municipalità di Vienna e avente come compito principale (e quasi esclusivo) quello di fornire servizi di teleriscaldamento ad abitazioni private; la società è stata qualificata come organismo di diritto pubblico non solo per il carattere generale/sociale delle finalità a cui è preposta, ma anche perché risulta che, nell’offerta dei servizi specifici prodotti essa opera, sostanzialmente, come monopolista di fatto; la Corte ribadisce poi che l’assoggettamento al regime dell’evidenza pubblica, una volta che il soggetto sia qualificato come organismo di diritto pubblico riguarda l’insieme delle attività da esso svolte, anche nel caso in cui il soggetto svolga attività miste (in parte di interesse generale, in parte di libero mercato).

4. REQUISITI RICHIESTI DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA PER L’INDIVIDUAZIONE DI UN ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO

Da un esame delle predette pronunce della giurisprudenza comunitaria emerge che, attualmente, non sono state ancora definite le indicazioni in merito all’individuazione della figura dell’organismo di diritto pubblico.

In particolare, ancora oggi non è stata data una definizione netta e precisa della questione centrale nella disciplina dell’organismo di diritto pubblico, vale a dire quella relativa ai “*bisogni di carattere non industriale o commerciale*”.

Come visto, secondo buona parte delle pronunce della Corte di Giustizia, l'offerta di beni e servizi senza corrispettivo costituirebbe la giusta risposta per il soddisfacimento dei predetti bisogni.

In questo caso, una caratteristica essenziale dell'organismo di diritto pubblico sarebbe costituita non tanto dalla natura del bene o del servizio offerto, quanto dalla natura del bisogno soddisfatto.

Tale impostazione, però, presta il fianco a importanti rilievi critici, atteso che si dovrebbe, per l'appunto, individuare un organismo di diritto pubblico in base a giudizi di valore sul carattere "*essenziale o voluttuario*", "*naturale o artificiale*", moralmente apprezzabile o meno, del bisogno soddisfatto dall'attività economica dell'organismo stesso.

E tuttavia, questa impostazione – nonostante, come detto, l'alta probabilità di incorrere in inestricabili difficoltà ed in alti rischi di arbitrarietà delle scelte applicative – è largamente condivisa soprattutto nell'ordinamento giuridico interno.

Numerosi interpreti hanno sottolineato l'insufficienza di siffatto approccio, sostenendo che l'applicazione di criteri qualitativi fondati su giudizi di valore conduce a soluzioni insoddisfacenti, dal momento che numerosi bisogni di carattere spirituale o religioso – o comunque ritenuti essenziali per lo sviluppo della persona umana – sono soddisfatti da normali imprese, operanti in regime di libero mercato e strette dai vincoli dell'efficienza produttiva e del risultato di gestione, per le quali sarebbe incongrua l'applicazione del regime dell'evidenza pubblica (anche nel caso in cui il capitale sia, in tutto o in parte, di proprietà di enti pubblici).

Viceversa, può verificarsi che bisogni voluttuari svolti in condizioni di monopolio legale – che potrebbero ben giustificare l'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica – sono sottratti a tale disciplina, proprio sulla base della connotazione del bisogno soddisfatto.

Secondo tali interpreti, il ricorso al regime dell'evidenza pubblica sarebbe giustificato come un correttivo al normale funzionamento delle negoziazioni di mercato, correttivo cui si può ricorrere, ragionevolmente, quando l'organismo *de quo* operi in condizioni di monopolio o quasi-monopolio e non corra, concretamente, alcun rischio d'impresa, sicché gli eventuali errori gestionali non si tradurrebbero in risultati negativi di gestione, atti a provocare meccanismi di sanzione (di qualsiasi natura) a carico degli amministratori dell'organismo.

Pertanto, a detta di tali interpreti, sarebbe ragionevole interpretare in senso economico la dizione "*non industriale o commerciale*" e quindi nel senso tipico della c.d. logica

dell'impresa, abbandonando il terreno – per la verità abbastanza incerto, in quanto discrezionale – della qualificazione dei “bisogni” sulla base di giudizi di valore.

In tal modo, l'applicazione *tout court* delle norme sull'evidenza pubblica non avrebbe un fondamento razionale.

Tale impostazione dottrinarica, peraltro, è seguita dalla giurisprudenza comunitaria, la quale però – nella ricostruzione della figura dell'organismo di diritto pubblico – manifesta incertezza in ordine alla rilevanza giuridica di due elementi, di centrale importanza:

- a) l'esistenza o meno di una concorrenza articolata nei mercati in cui il soggetto in questione svolge la propria attività;
- b) la circostanza che il soggetto in questione sopporti effettivamente, e non su base meramente formale, il rischio d'impresa.

Per la giurisprudenza comunitaria il fatto che l'organismo in questione operi in un mercato concorrenziale non osta alla qualificazione dello stesso come organismo di diritto pubblico, ma non è del tutto irrilevante: dovere affrontare la concorrenza è, infatti, un indice negativo rispetto al preteso carattere essenziale dell'organismo di diritto pubblico, ma non è comunque un elemento decisivo; secondo detta interpretazione giurisprudenziale, alcuni organismi rimangono sostanzialmente pubblici anche se operano in concorrenza con altri.

Più precisamente, secondo i giudici comunitari se un organismo produce beni o servizi in concorrenza con altri, si deve presumere che esso sia impresa *tout court* e che, quindi, non debba essere assoggettato alle norme sull'evidenza pubblica.

Tuttavia, essendo tale presunzione soltanto relativa, può accadere che un organismo sotto controllo pubblico, pur operando in un mercato concorrenziale, sia concretamente sottratto al rischio d'impresa, come accade allorché gli enti pubblici che esercitano il controllo su tale organismo garantiscono, comunque, la copertura finanziaria dei costi, senza imporre all'ente (e dunque ai suoi amministratori) un concreto vincolo dei risultati di bilancio.

Ciò può accadere legittimamente – vale a dire senza che si cada nel divieto degli aiuti pubblici alle imprese – soltanto perché l'organismo, anche se operante in un mercato concorrenziale, ha come propria missione quella di garantire la fruizione di un certo bene o servizio in regime di “servizio universale”, e cioè a prezzi sociali per i meno abbienti (ad esempio, un'agenzia comunale di servizi funebri, una scuola pubblica, etc.).

Può altresì capitare che l'organismo sotto controllo pubblico, pur nell'ambito di un mercato concorrenziale, operi senza concreto vincolo dei risultati di bilancio, come accade (per i giudici comunitari) nel caso di organismo che gode di una posizione di monopolio o quasi-monopolio di fatto (cfr. i superiori casi comunitari *SIEPSA* e *Fernwärme Wien*).

La giurisprudenza comunitaria, dunque, pone l'accento sul "rischio d'impresa" piuttosto che sullo "scopo di lucro": pertanto, pur non avendo (all'epoca) scopo di lucro, la Fiera Milano non è qualificata come organismo di diritto pubblico perché operava in regime di concorrenza con altri operatori, mentre le summenzionate società *SIEPSA* e *Fernwärme Wien* sono qualificate organismo di diritto pubblico perché – pur perseguendo uno scopo di lucro – operano in un contesto monopolistico.

In tal senso, più recentemente la Corte di Giustizia ha ritenuto sussistente una "impresa" e non un organismo di diritto pubblico anche in mancanza di scopo di lucro, sul presupposto che il soggetto in questione offriva beni o servizi dietro corrispettivo (Corte Giust. CE, 29.11.2007, C-119/06, relativo ad un caso riguardante l'affidamento diretto di servizi di trasporto malati con ambulanze ad associazioni senza fini di lucro).

Alla luce di ciò, è possibile desumere dalle superiori pronunce comunitarie un criterio discretivo razionale, secondo cui ***“la società, o altra forma di organizzazione di natura privatistica, ma in mano pubblica, è organismo di diritto pubblico, ai fini delle norme sull'evidenza pubblica, se opera esclusivamente come fornitore di servizi in autoproduzione per la pubblica amministrazione, o se opera in condizioni di monopolio, legale o di fatto, ovvero ancora se ha una propria missione di servizio universale, che le consente di operare senza vincoli di copertura dei costi”***.

Tale orientamento giurisprudenziale comunitario, nonostante il tentativo di razionalizzazione in esso contenuto, presenta però un **ulteriore profilo di incertezza**, relativo a quegli organismi che svolgono **attività miste**.

Secondo i giudici comunitari, la qualifica di organismo di diritto pubblico permane anche se l'attività *“non industriale o commerciale”* non è prevalente.

Al riguardo, però, la stessa giurisprudenza non fornisce criteri di misura, sicché potrebbe anche ipotizzarsi che sia sufficiente una presenza, anche marginale, di attività *“non industriali o commerciali”*, per qualificare come organismo di diritto pubblico un organismo che svolga prevalentemente una normale attività d'impresa.

Tale impostazione dei giudici comunitari – per la verità non esplicita, ma desumibile dal *trend* che ha caratterizzato le relative pronunce – ha favorito alcune interpretazioni, per così dire, estremistiche del predetto criterio discrezionale, soprattutto da parte della giurisprudenza italiana.

5. L'INDIVIDUAZIONE DELL'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

In materia di organismo di diritto pubblico, la giurisprudenza italiana ha scelto una interpretazione **ulteriormente estensiva** rispetto a quella comunitaria.

Per comprendere tale interpretazione, è opportuno scendere nel dettaglio e ricordare che **sono stati considerati organismi di diritto pubblico**:

- enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e assistenza, ancorché privatizzati (cfr. **Cass. civ.**, SS.UU., 8.6.2007, n.13398 con riferimento alla Cassa Naz. Prev. Ass. Dottori Commercialisti; **Cons. Stato**, Sez. VI, 23.1.2006, n.182; **Cons. Stato**, sez. VI, 30.10.2006, n.6450 e **T.A.R. Lazio**, Roma, sez. III, 1.3.2006, n.1521, entrambe con riferimento all'ENASARCO; **T.A.R. Lazio**, Roma, sez. III, 6.4.2006, n.2333, con riferimento all'ENPAM);
- aziende sanitarie locali (**T.A.R. Lazio**, Roma, sez. III, 21.4.2006, n.2908);
- enti culturali e di promozione artistica, operanti come fondazioni (**Cass. civ.**, SS.UU., 8.2.2006, n.2637, con riferimento alla Fondazione Accademia di S.Cecilia; **T.A.R. Sicilia**, Palermo, sez. II, 16.5.2002, n.1281, con riferimento alla Fondazione Teatro Massimo di Palermo; **T.A.R. Lombardia**, Milano, 23.12.1999, n.5049, con riferimento all'Ente autonomo Teatro Opera Genova);
- enti pubblici di ricerca (**Cons. Stato**, sez. V, 23.8.2006, n.4959, con riferimento al C.I.R.A. – Centro italiano ricerche aerospaziali);
- società pubbliche di promozione dello sviluppo di un territorio (**Cons. Stato**, sez. V, 27.1.2006, n.241, con riferimento alla società Campitello Matese s.p.a.; **Cons. Stato**, sez. V, 10.4.2000, n.2078, con riferimento alla Società Valle d'Aosta Struttura s.r.l.);
- aziende o società regionali per l'edilizia residenziale pubblica (**Cass. civ.**, SS.UU., 21.12.1999, n.916).

In altri casi, invece, **la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico è stata più problematica.**

Ci si riferisce, in particolare, a:

- società in mano pubblica concessionarie di pubblici servizi di dimensione nazionale (cfr. **Cass. civ.**, SS.UU., 23.4.2008, n.10443; **T.A.R. Lazio**, sez. III *ter*, 9.6.2004, n.5460; **T.A.R. Lombardia**, Milano, 22.5.2002, n.2143, tutte riferite alla RAI – Radiotelevisione Italiana S.p.A. che, ai sensi del D.Lgs. n.177/05, continua ad essere concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, che gestisce in regime di contabilità separata, mentre per larga parte della sua attività opera in concorrenza con altre imprese);
- società in mano pubblica concessionarie di pubblici servizi di dimensione locale (**T.A.R. Puglia**, Bari, sez. I, 12.6.2008, n.1480, in merito ad una società concessionaria del servizio di distribuzione di gas naturale; **T.A.R. Lazio**, Roma, sez. III *ter*, 3.5.2004, n.3666, in merito alla Se.Port. s.r.l. società di servizi controllata da un'Autorità portuale; **T.A.R. Campania**, Napoli, sez. I, 20.5.2003, n.5868 con riferimento alla società Metronapoli S.p.A., concessionaria della gestione delle linee 1 e 2 della metropolitana di Napoli);
- società fornitrici di servizi *in house* alla pubblica amministrazione (**Cons. Stato**, sez. V, 13.12.2006, n.7369, in merito a società di servizi risultanti dalla trasformazione di precedenti aziende autonome del Comune di Genova; **Cons. Stato**, sez. III, 11.4.2000. n.588, in merito a So.Ge.I., società di gestione del sistema informativo del Ministero delle Finanze e dell'Anagrafe tributaria; **Cons. Stato**, sez. IV, 13.2.1996, n.147, per Lombardia Informatica S.p.A.);
- ex titolari di monopoli legali nazionali che continuano a svolgere parte dell'attività in regime di concessione esclusiva (**Cons. Stato**, sez. VI, 24.5.2002, n.2855, **Cons. Stato**, sez. VI, 2.3.2001, n.1206, **Cons. Stato**, sez. VI, 1.4.2000, n.1885, tutte riguardanti Poste Italiane S.p.A.; **T.A.R. Lazio**, sez. III *ter*, 8.8.2006, n.7110, **Cons. Stato**, sez. VI, 17.9.2002, n.4711, **T.A.R. Lombardia**, Brescia, 9.3.2004, n.203, tutte riguardanti società del gruppo Enel);
- società pubbliche svolgenti funzione di finanziarie di sviluppo, finalizzate ad investire per la costituzione, ristrutturazione o promozione di imprese (**T.A.R. Trentino-Alto Adige**, sez. Trento, 7.11.2005, n.298, in ordine all'Agenzia per lo

- Sviluppo S.p.A.; **Cons. Stato**, sez. VI, 22.1.2001, n.192, con riferimento alla Società per l'imprenditoria giovanile, appartenente al gruppo Sviluppo Italia S.p.A., quest'ultima pure qualificata organismo di diritto pubblico);
- società pubbliche dotate di una "*specific mission*" (ex art.86, Tratt. CE), ancorché operanti in settori ormai aperti alla concorrenza (**Cons. Stato**, sez. VI, 12.2.2007, n.550 per Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.);
 - società in mano pubblica operanti in settori di pubblici servizi locali liberalizzati, in cui vi è concorrenza di imprese private (**T.A.R. Friuli-Venezia Giulia**, 26.10.2006, n.698; **Cons. Stato**, sez. V, 22.4.2004, n.2292, con riferimento ad una società in mano pubblica avente come oggetto sociale lo smaltimento di rifiuti);
 - società in mano pubblica svolgente compiti di promozione sportiva (**T.A.R. Lombardia**, Milano, sez. III, 9.5.2001, n.3738, per Milanosport S.p.A.);
 - Ente Nazionale Risi, ente pubblico economico svolgente attività di promozione e sostegno della produzione risicola nazionale (**Cons. Stato**, sez. VI, 19.5.2008, n.2279);
 - consorzio di comuni, svolgente funzione di centrale d'acquisto di materiale scolastico (**Cass.civ.**, SS.UU., 5.2.1999, n.24);
 - società in mano pubblica incaricata dell'attuazione del programma di risanamento ambientale di un sito contaminato (**T.A.R. Lombardia**, Milano, sez. III, 20.8.1998, n.1955, per Bagnoli S.p.A.);
 - ente pubblico economico regionale, concessionario di servizi pubblici di trasporto locali (**T.A.R. Sardegna**, 29.8.2003, n.1040, per l'Azienda Regionale Trasporto Sardo);
 - numerose imprese concessionarie di costruzione e gestione di infrastrutture, in proprietà pubblica totale o prevalente (**Cons. Stato**, sez. IV, 1.10.2007, n.5031, per Acquedotto Pugliese S.p.A.; **T.A.R. Veneto**, Venezia, sez. I, 26.3.2007, n.1029, per la società di gestione dell'aeroporto di Venezia; **T.A.R. Campania**, Napoli, sez. II, 21.3.2007, n.2600, per Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.; **Cons. Stato**, sez. V, 14.6.2005, n.544, per Consorzio Autostrade Siciliano; **Cass. civ.**, SS.UU., 12.5.2005, n.9940, per Interporto di Padova s.p.a.; **Cass. civ.**, SS.UU., 15.4.2005, n.7800, per Raffaello s.p.a. società di gestione dell'aeroporto di Ancona-Falconara; **Cons. Stato**, ad.plen., 23.7.2004, n.9, per Ferrovie dello Stato

s.p.a.; **Cons. Stato**, sez. VI, 22.4.2004, n.2292, per società controllata da enti locali per costruzione e gestione discarica rifiuti; **Cass. civ.**, SS.UU., 1.4.2004, n.6408, per Società Autovie Venete; **T.A.R. Lombardia**, Brescia, 26.3.2004, n.254, per società di gestione aeroportuale; **Cass. civ.**, SS.UU., 27.1.2004, n.1479, per Centro Agroalimentare di Parma s.r.l.; **Cons. Stato**, sez. VI, 22.1.2004, n.167, per Grandi Stazioni S.p.A.; **Cons. Stato**, sez. VI, 17.12.2003, n.2840, per Società Interporto Toscano; **Cons. Stato**, sez. VI, 21.7.2003, n.2141, per SAGAT, società di gestione dell'aeroporto di Torino; **T.A.R. Veneto**, sez. III, 26.5.2003, n.3014, per società di gestione dell'aeroporto di Venezia; **T.A.R. Lazio**, Roma, sez. III *ter*, 21.10.2002, n.8918, per Grandi Stazioni S.p.A., in quanto controllata da Ferrovie dello Stato, a sua volta qualificabile come organismo di diritto pubblico; **T.A.R. Veneto**, sez. I, 1.8.2002, n. 3841, per Interporto di Padova S.p.A.; **Cons. Stato**, sez. VI, 24.9.2001, n.5007, per Italferr S.p.A. in quanto società collegata a Ferrovie Stato S.p.A.; **Cons. Stato**, sez. VI, 7.6.2001, n.3090, per Società Autovie Venete; **Cons. Stato**, sez. V, 3.3.2001, n.1227, per Autobrennero S.p.A., società pubblica di gestione autostradale; **Cons. Stato**, sez. VI, 1.4.2000, n.1885, per SEA Aeroporti Milano S.p.A.; **Cons. Stato**, sez. VI, 28.10.1998, n.1478 per Società Interporto Toscano; **T.A.R. Emilia-Romagna**, sez. II, 26.10.1996, n.327, per Ente autonomo fiere internazionali di Bologna);

- società concessionaria di costruzione e gestione di autostrade, ormai privatizzata ma ritenuta pur sempre sotto controllo pubblico (Cfr., di recente, **Cons. Stato**, sez. IV, 13.3.2008, n.1094 per Autostrade per l'Italia S.p.A.);
- fondazioni bancarie (**T.A.R. Lazio**, Roma, sez. I, 31.7.2007, n.7283);
- l'Agenzia del Comune di Roma per la preparazione del Giubileo (**T.A.R. Lazio**, sez. II, 20.5.1998, n. 962; **Cons. Stato**, sez. II, 28.2.1996, n.366).

Infine, in altri casi – numericamente ridotti, ma significativi – la giurisprudenza nazionale, seppure con moltissime incertezze, ha ritenuto mancanti le caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico.

Ci si riferisce in particolare a:

- società in mano pubblica concessionaria (monopolista) di una casa da gioco (**T.A.R. Valle d'Aosta**, 15.11.2007, n. 140 per il Casino di Saint Vincent;

- enti fieristici (**Cass. civ.**, SS.UU., 4.4.2000, n.97; **Cons. Stato**, sez. VI, 29.4.2008, n.1913; occorre però evidenziare che pronunce antecedenti, come **T.A.R. Lombardia**, Milano, sez. III, 3.3.1998, n.440 e **T.A.R. Emilia-Romagna**, Bologna, sez. II, 26.10.1996, n.327, avevano qualificato anche gli enti fiera come organismi di diritto pubblico);
- società mista concessionaria di costruzione e gestione di infrastrutture pubbliche come le stazioni ferroviarie (**Cass. civ.**, SS.UU., 4.5.2006, n.10218 e **Cons. Stato**, sez. V, 6.10.2003, n.5902 per Grandi Stazioni s.p.a.; anche qui occorre evidenziare che, prima della pronuncia delle Sezioni Unite, tale società era stata qualificata dal **Cons. Stato**, ad.plen., 23.7.2004, n.9, come organismo di diritto pubblico o come impresa pubblica);
- società in mano pubblica svolgente attività di gestione aeroportuale (**T.A.R. Lombardia**, Milano, sez. III, 15.2.2007, n.266, per S.E.A., società di gestione degli aeroporti milanesi; ma in senso contrario si era pronunciato **Cons. Stato** n.1885/00);
- società in mano pubblica concessionaria di pubblici servizi di trasporto (**T.A.R. Campania**, Salerno, 19.7.2005, n.1290, per Autoservizi Irpini s.p.a.);
- ente pubblico economico consortile (**Cass. civ.**, SS.UU., 20.11.2003, n.17635, per Azienda Energetica S.p.A. - Etschwerke AG, già Azienda Elettrica Consorziata delle città di Bolzano e Merano).
- società mista incaricata della costruzione e gestione di un centro agroalimentare (**Cass. civ.**, SS.UU., 2.3.1999, n.107);
- società mista incaricata della gestione di un parcheggio (**Cass. civ.**, SS.UU., 6.5.1995, n. 491, per Siena Parcheggi S.p.A.);
- comitato organizzatore dei giochi olimpici invernali di Torino (**T.A.R. Piemonte**, sez. II, 3.3.2004, n.362, *“in quanto l'organizzazione delle Olimpiadi non risponde ad un bisogno di interesse pubblico e, in ogni caso, il Comitato stesso svolge un'attività di tipo imprenditoriale su di un mercato concorrenziale”*);
- società in mano pubblica costituita per la socializzazione di persone detenute (**C.G.A. Sicilia**, sez. consult., 11.6.1996, n.323, in quanto sembra essere stata considerata decisiva la finalità di lucro, prevista statutariamente);

- l'Enel S.p.A. (**T.A.R. Umbria**, 15.3.1999, n.206, in aperto contrasto con l'orientamento prevalente succitato).

Alla luce delle superiori pronunce – e, soprattutto, in considerazione del quesito proposto – è possibile affermare che l'orientamento prevalente della giurisprudenza nazionale è andato oltre le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, già a loro volta frutto di un'interpretazione estensiva delle norme.

A fondamento di tale interpretazione c'è, senza dubbio, la convinzione che l'applicazione più ampia possibile della disciplina dell'evidenza pubblica assicurerebbe il massimo della concorrenza fra le imprese operanti nei mercati di riferimento (anche se, in verità, ad avviso di non pochi Autori sarebbe vero, come detto in precedenza, l'esatto contrario, atteso che la sottoposizione al regime dell'evidenza pubblica potrebbe costituire un grave *handicap* per imprese soggette alla concorrenza).

Altra evidente ed incontestabile considerazione che si può fare dalla lettura del precedente elenco di sentenza è che gli orientamenti giurisprudenziali non sono fermissimi, e che su varie figure – dalle imprese elettriche a quelle concessionarie di costruzione e gestione di infrastrutture di uso pubblico – affiorano dubbi ed emergono risultati contrastanti con quelli affermati dall'orientamento dominante.

Ad aumentare tale incertezza applicativa, giova richiamare un recentissimo pronunciamento della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, 10.9.2008, n.4326), in cui il Giudice amministrativo ha affermato che l'A.T.E.R.P. (azienda territoriale per l'edilizia residenziale pubblica) di Roma è un organismo di diritto pubblico.

Al riguardo, osserva il Consiglio di Stato che – anche a prescindere dall'ascrivibilità dell'Azienda appellante al novero degli enti pubblici economici – ciò non esclude, in alcun modo, la sua concomitante ascrivibilità al novero degli organismi di diritto pubblico (tale principio, del resto, era già stato espresso in Cons. Stato, Sez. VI, sent. 19.5.2008, n. 2279), dal momento che la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico è attribuita dalla concomitante sussistenza dei tre elementi, e cioè:

- possesso della personalità giuridica;
- circostanza per cui il soggetto di cui trattasi sia istituito per soddisfare specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
- circostanza che l'attività del soggetto in questione sia finanziata in modo maggioritario da un Ente pubblico, ovvero che la relativa gestione sia da esso

controllata, ovvero che gli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti, almeno per la metà, da componenti da esso designati.

Ebbene, a causa di tale elevato grado di incertezza applicativa, ma anche dell'orientamento prevalente della giurisprudenza italiana, appare **prudenziale – nei casi di confine – adottare procedure competitive (talora ambigualmente dichiarate come gare private, frutto di scelta autonoma del soggetto aggiudicatore) – per la scelta dei contraenti.**