

ROBERTO GAROFOLI

Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici.

(tratto da R. GAROFOLI- M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Giuffrè, di prossima pubblicazione)

Sommario. 1. Il rilievo applicativo della nozione di organismo di diritto pubblico: l'assoggettabilità alla disciplina di evidenza, il riparto di giurisdizione, l'accesso agli atti anche dopo la riforma della l. n. 241/1990, l'applicabilità dello statuto penale della pubblica amministrazione. 2. Nozione di organismo di diritto pubblico e nozioni comunitarie di pubblica amministrazione. 3. Il quadro normativo. Differenze rispetto all'impresa pubblica di cui alla direttiva 17/2004. 4. La qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico comporta l'assoggettamento alla disciplina pubblicistica per l'affidamento di qualsiasi appalto o è ipotizzabile un organismo di diritto pubblico *in parte qua*? 5. Gli elementi costitutivi della nozione interpretati tenendo conto della *ratio* sottesa alla disciplina comunitaria in tema di appalti. L'influenza pubblica dominante. 5.1. Organismo di diritto pubblico e affidamento *in house*, dopo Corte di Giustizia 11 gennaio 2005. 5.2. Il requisito teleologico: la preposizione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale. 5.2.1. La necessità di procedere alla doppia verifica relativa al carattere prima generale e poi non commerciale o industriale dei bisogni: il caso Ente Fiera. 5.2.3. Il carattere non commerciale o industriale dei bisogni. 5.3. La personalità giuridica. 6. Organismi di diritto pubblico e accesso: i casi giurisprudenziali. La recente riscrittura dell'art. 22, legge n. 241/1990.

1. Il rilievo applicativo della nozione di organismo di diritto pubblico: l'assoggettabilità alla disciplina di evidenza, il riparto di giurisdizione, l'accesso agli atti anche dopo la riforma della legge n. 241/1990, l'applicabilità della statuto penale della pubblica amministrazione.

La direttiva n. 18/2004, nel delimitare sul versante soggettivo l'ambito della sua operatività, ribadisce il riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico (art. 1, comma 9).

Si tratta di figura che, nata nel diritto comunitario e poi recepita nell'ordinamento interno, è da tempo al centro di un articolato dibattito giurisprudenziale e dottrinale di cui si intende in questa sede ripercorrere le tappe fondamentali¹.

¹ Sul tema cfr., *ex plurimis*, R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960; Id., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133; S. Tarullo, *Giustizia amministrativa ed appalti pubblici: influssi comunitari e linee di tendenza*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1107, 1549 e 1811; B. Delfino, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni*, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1083; D. Pallottino, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale* (nota a TAR Campania, Napoli, I Sez., 20 maggio 2003, n. 5868), in *Foro amm.*, TAR, 2003, 2337; B. Mameli, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2002, 66; V.

Prima ancora giova segnalare le principali implicazioni applicative connesse alla perimetrazione della nozione.

Su un primo e principale versante, la nozione assume rilievo in sede di delimitazione dell'ambito soggettivo di operatività della disciplina comunitaria (e nazionale di recepimento) relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti c.d. sopra soglia: la qualificazione del singolo ente in termini di organismo di diritto pubblico comporta quindi, in primo luogo, il doveroso rispetto delle direttive comunitarie in tema di appalti.

Si consideri, peraltro, che la nozione ha assunto, limitatamente al settore dei lavori pubblici, un autonomo riconoscimento ad opera del legislatore nazionale il quale, con l'art. 2 della legge Merloni ha imposto agli organismi di diritto pubblico l'obbligo di osservare le procedure ivi regolamentate a prescindere dall'importo dell'appalto da affidare.

A tale prima conseguenza di tipo sostanziale è strettamente connessa quella, di diritto interno, a connotazione squisitamente processuale.

Dalla qualificazione della stazione appaltante in termini di organismo di diritto pubblico, come tale tenuta ad osservare la disciplina comunitaria per l'affidamento dell'appalto, deriva infatti il radicarsi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quanto al contenzioso non afferente alla fase dello svolgersi del rapporto contrattuale.

L'art. 6, l. n. 205/2000, infatti, prevede la giurisdizione esclusiva ancorandola a nozioni di diritto amministrativo sostanziale, sia di carattere oggettivo che di carattere soggettivo.

La giurisdizione esclusiva si radica in particolare allorché cumulativamente:

- vi sia una procedura di affidamento di lavori, servizi o forniture, o di scelta del socio;
- la procedura di affidamento o di scelta del socio sia posta in essere da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, al rispetto del diritto comunitario, o delle procedure di evidenza pubblica delineate dal diritto interno, nazionale o regionale.

Caputi Jambrenghi, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13; G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839; V. Cerulli Irelli, *Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale a proposito della legge Merloni*, in *Giorn. dir. amm.* 1999, 1057; G. Vidotti, *Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 2001, 610; D. Marrama, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 585; D. Galli, *Brevi considerazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 1999, 529; E. Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, 71; G. Alpa, A. Carullo e A. Clarizia, *Le spa comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998; C. Volpe, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o introduzione di un modello*, in *Urb. e app.*, 2003, 714; A. Mascolini, *Sull'esclusione degli enti fieristici dalla normativa in materia di appalti: l'approccio sostanziale del Consiglio di Stato alla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Riv. amm. App.*, 1998, 128; C. Vivani, *Gli organismi di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133. Per quanto concerne il rapporto tra la categoria dell'organismo e quella della impresa pubblica: G. Fischione, *L'organismo di diritto pubblico tra mito e realtà*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1996, 967; nella sopraindicata opera cfr. il capitolo della professoressa Sandulli.

Il citato art. 6 radicando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sull'esclusivo presupposto del prescritto assoggettamento della stazione appaltante all'osservanza di procedure regolamentate dalla normativa europea, nazionale o regionale, pare quindi superare l'orientamento, espresso dalla decisione Cons. Stato, VI, n. 1478/1998², che invece pretendeva, in linea con le coordinate tracciate dall'art. 103 Cost., la natura pubblica del soggetto aggiudicatore.

Sotto il profilo soggettivo, la giurisdizione esclusiva dell'art. 6 va pertanto delineata tenendo conto delle norme sostanziali, comunitarie e interne volte ad indicare quali sono i soggetti che, nella scelta del contraente o del socio, sono tenuti al rispetto della disciplina comunitaria, ovvero al rispetto delle norme interne che delineano procedimenti di evidenza pubblica.

In definitiva, la giurisdizione esclusiva si presenta mobile, in quanto destinata ad espandersi od a restringersi, in parallelo con le scelte del legislatore relative alla individuazione dei soggetti tenuti a seguire la normativa di evidenza pubblica.

La formulazione ampia della disposizione - intesa a devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di appalti svolte da soggetti «comunque» tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale - pone in chiaro l'intento di attrarre alla giurisdizione amministrativa ogni procedura di aggiudicazione di appalti retta da norme pubblicistiche, senza che possa assegnarsi rilievo alcuno alla questione della natura giuridica, pubblica o privata, del soggetto preposto all'espletamento della gara.

Esclusivo presupposto fondante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è quello della sottoposizione del soggetto alle norme, di fonte comunitaria, nazionale o regionale, che impongono l'osservanza di procedure concorsuali per l'affidamento dell'appalto.

La norma processuale dell'art. 6, l. n. 205/2000 opera, pertanto, un rinvio alla disciplina sostanziale che regola l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dei pubblici appalti.

Il novero dei soggetti tenuti al rispetto delle procedure di scelta del contraente, comunitarie o di diritto interno, varia a seconda del tipo di appalto (lavori, servizi, forniture, settori esclusi), e va dunque enucleato analiticamente per ciascun appalto, al fine di determinare la giurisdizione.

Occorre pertanto individuare le categorie di soggetti tenute all'osservanza di:

- l. n. 109/1994 in materia di affidamento di lavori pubblici;

² In *Cons. Stato*, 1998, I, 1655; *Foro amm.*, 1998, 2748; *Corr. giur.*, 1999, 94 con nota di De Nictolis R., *Il Consiglio di Stato si pronuncia sul riparto di giurisdizione in tema di appalti indetti da concessionari di opera pubblica*; *Foro it.*, 1999, III, 178, con nota di Garofoli R., *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d. leg. n. 80/1998)*; *Giorn. dir. amm.*, 1999, 209, con nota di Guccione; *Giur. it.*, 1999, 628; *Giur. it.*, 1999, 1537 (m), con nota di Cannada Bartoli E.; *Nuovo dir.*, 1999, 311 (m), con nota di Boccia Neri; *Riv. amm. appalti*, 1999, 81; *Riv. giur. edil.*, 1999, I, 334; *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999, 268; *Urb. e app.*, 1999, 71, con nota di Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*.

- direttiva 93/37/CEE.
- d.lgs. n. 157/1995, in materia di affidamento di servizi pubblici;
- d.lgs. n. 358/1992, in materia di affidamento di pubbliche forniture;
- d.lgs. n. 158/1995, in materia di affidamento di pubblici appalti di lavori, servizi, forniture nei settori esclusi;
- d.lgs. n. 190/2002 in materia di affidamento di realizzazione e gestione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale;
- da ultimo, direttiva UE n. 18/2004, che ha unificato le precedenti direttive relative agli appalti nei settori di lavori, servizi, forniture.

Quest'ultima direttiva, per l'appunto, all'art. 1, co. 9, così individua le amministrazioni aggiudicatrici:

«Si considerano "amministrazioni aggiudicatrici": lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

Per "organismo di diritto pubblico" s'intende qualsiasi organismo:

- a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,*
- b) dotato di personalità giuridica, e*
- c) 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.*

Gli elenchi, non limitativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i criteri di cui al secondo comma, lettere a), b), e c), figurano nell'allegato III. Gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modificazioni intervenute nei loro elenchi».

Proseguendo in questa sommaria indicazione dell'implicazioni operative derivanti dalla verifica della effettiva estensione della nozione in esame, deve aversi riguardo al settore dell'accesso agli atti di gara.

A tenore dell'art. 23, l. n. 241/1990, in fatti, sono tenuti ad assicurare l'ostensione degli atti solo talune tipologie di soggetti, tra cui innanzitutto le pubbliche amministrazioni: se si ritiene, come si dirà, che a certe condizioni la nozione di pubblica amministrazione debba essere oramai perimetrata non obliterando le sollecitazioni derivanti dal diritto europeo e dalle sue accezioni di amministrazione pubblica, può concludersi nel senso che anche gli organismi di diritto pubblico,

ancorché formalmente privati per il diritto nazionale, debbano soggiacere alla normativa in tema di accesso.

A tale conclusione, già raggiunta come si osserverà in sede giurisprudenziale, è di recente pervenuto lo stesso legislatore nel modificare la legge n. 241/1990.

Il riscritto art. 22, infatti, nel delimitare l'ambito di operatività della disciplina in tema di accesso, fornisce la nozione di "pubblica amministrazione" cui riconduce *«tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario»*: se ne inferisce, allora, che anche gli organismi di diritto pubblico, limitatamente all'attività che espletano in tale qualità, in specie quella di stazioni appaltanti, dovranno assoggettarsi alla disciplina in tema di ostensione.

La penetrazione nell'ordinamento interno della nozione di organismo di diritto pubblico potrebbe ancora sortire effetti anche al di fuori del diritto amministrativo, sostanziale e processuale.

Il ripetuto recepimento dell'istituto in esame nella disciplina nazionale e la estensione che ne è conseguita dei confini tradizionalmente propri della nozione interna di pubblica amministrazione dovrebbero indurre invero ad interrogarsi sulle possibili implicazioni penalistiche.

Il problema è, in particolare, quello relativo alla assoggettabilità allo statuto penale della pubblica amministrazione dei soggetti operanti in strutture che, pur avendo veste societaria e quindi tendenzialmente privatistica alla stregua dei tradizionali (ma non certo indiscussi) criteri di identificazione di diritto interno, siano tuttavia qualificabili come organismi di diritto pubblico, come tali tenuti ad espletare attività procedimentalizzata ed oggettivamente pubblicistica in sede di individuazione dei soggetti cui affidare l'esecuzione di appalti.

Si consideri, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 357 c.p. sono pubblici ufficiali, come tali perseguibili ai sensi degli artt. 317 ss., i soggetti abilitati a formare o manifestare la volontà della pubblica amministrazione.

I profili relativi all'estensione della nozione di pubblica amministrazione sono quindi ancora dirimenti nel perimetrare, sul versante soggettivo, l'ambito di operatività della disciplina penalistica richiamata.

La questione non è certo di agevole soluzione; due precisazioni appaiono tuttavia necessarie.

Da un lato, la contestabilità dei reati contro la pubblica amministrazione a soggetti operanti all'interno di enti destinati ad essere pubblici solo in quanto qualificabili come organismi di diritto pubblico va naturalmente circoscritta sul piano oggettivo alla sola attività che l'ente espleta nella veste suddetta, ossia quella di stazione appaltante che indice e gestisce la procedura di gara; al di fuori di tale segmento di attività, l'ente torna ad essere soggetto privato, non riconducibile certo alla nozione di pubblica amministrazione.

Su un secondo versante, occorre tenere conto delle perplessità che, in termini di osservanza del principio di riserva di legge statale in ambito penale,³ possono derivare dal riconoscimento del rilievo penalistico della nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico; si consideri, peraltro, che si tratta di nozione ormai recepita nell'ordinamento interno, alla quale anzi il legislatore italiano ha assegnato un rilievo talvolta più ampio di quanto non imponesse la disciplina comunitaria, come avvenuto nella materia dei lavori pubblici.

2. Nozione di organismo di diritto pubblico e nozioni comunitarie di pubblica amministrazione.

Ancora in via preliminare, è importante sottolineare che non è comunque consentito desumere dalla definizione normativa di organismo di diritto pubblico, così come fornita dalle diverse direttive in tema di appalti pubblici ed ora dal citato art. 1, co. 9, della direttiva unificata n. 18/2004, una concezione comunitaria organica, cioè unitaria, di ente pubblico.

Ed invero, a differenza di quanto verificatosi nel nostro ordinamento interno, nel quale, nonostante la intrinseca varietà e multiformità tipologica dei diversi organismi qualificati come enti pubblici, si è tradizionalmente tentato di elaborare una concezione tendenzialmente unitaria di soggetto pubblico, in particolare attraverso quel faticoso, incerto ed oscillante percorso giurisprudenziale volto all'individuazione dei c.d. indici di riconoscibilità del carattere pubblico della persona giuridica, a livello comunitario, invece, la nozione di soggetto pubblico non è intesa come categoria unitaria, ma è elaborata, tanto sul piano normativo, quanto nell'interpretazione giurisprudenziale, settore per settore, adattandola, quindi, sí da estenderne o ridurne caso per caso l'ampiezza, alle esigenze sottese alla normativa delle singole materie nelle quali il riferimento al soggetto pubblico è necessario e obbligato.

Tale multiformità della nozione comunitaria di soggetto pubblico traspare in modo evidente se si passa ad esaminare in concreto le definizioni di persone giuridiche pubbliche fornite dalla Corte di giustizia nei singoli settori e la diversità riscontrabile tra le stesse: illuminante, al riguardo, il raffronto tra la definizione giurisprudenziale di pubblica amministrazione ormai costantemente fornita dai Giudici comunitari al fine di stabilire l'ambito di operatività della deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (art. 39 del Trattato, ex 48, § 1-3 del Trattato), prevista per gli impieghi nella pubblica amministrazione dall'art. 39, § 4, del Trattato Ce, e quella elaborata, sempre in sede giurisprudenziale, allo scopo di individuare gli apparati degli

³ Sia consentito rinviare, per l'esame del principio, a R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003.

ordinamenti dei singoli Stati membri nei cui confronti devono considerarsi operanti gli obblighi e i divieti previsti dalle stesse norme comunitarie, sì da poter imputare agli Stati di appartenenza le relative violazioni.

Quanto al primo dei due suindicati settori, è noto che principio fondamentale della costruzione comunitaria è quello della libertà di circolazione dei lavoratori, in forza del quale il cittadino di uno Stato membro può accedere alle opportunità lavorative offerte in un altro Stato della Comunità alle stesse condizioni assicurate al cittadino dello Stato ospitante, sia per quel che riguarda l'accesso al lavoro, sia per quel che attiene alle condizioni di impiego ed al trattamento economico.

Senonchè, l'art. 39 del Trattato, dopo aver enunciato il suddetto principio, dispone al paragrafo 4° che la sua operatività incontri un limite allorché si tratti di impieghi nella pubblica amministrazione: in giurisprudenza si è avvertita, quindi, la necessità di ricostruire la nozione di pubblica amministrazione divenuta centrale in sede di delimitazione dell'esatto ambito applicativo dell'indicato limite frapposto al pieno dispiegarsi del principio di libertà di circolazione dei lavoratori in ambito comunitario.

La Corte di giustizia, muovendo dalla premessa per cui, stante il carattere fondamentale dei principi di libera circolazione e parità di trattamento dei lavoratori, non può riconoscersi alle deroghe di cui al citato paragrafo 4 dell'art. 39 "una portata più ampia di quella connessa al perseguimento del loro specifico scopo", onde evitare la sottrazione alla libera circolazione di un numero rilevante di posti⁴, ha formulato una definizione particolarmente restrittiva di pubblica amministrazione: in primo luogo, infatti, ha affermato che non sono sussumibili in siffatta nozione gli enti preposti alla gestione di attività che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, rivestono carattere imprenditoriale, quali per esempio i servizi di trasporto o di distribuzione di gas o energia.

In ogni caso, il Giudice comunitario, optando per una accezione restrittiva di pubblica amministrazione, ha sostenuto che la stessa debba essere elaborata ricorrendo ai criteri della "partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri" o della "tutela degli interessi generali dello Stato e degli enti pubblici"⁵: è necessario, quindi, perché operi la deroga al principio della libertà di circolazione dei lavoratori che si tratti di impieghi implicanti la titolarità o l'esercizio

⁴ Cfr. S. Cassese, *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Giorn. di dir. amm.*, 1996, 920 ss.

⁵ Cfr., *ex plurimis*, le sentenze 30 maggio 1989, in causa 33/88, Pilar Alluè e Carme Mary Coonan c. Università di Venezia (sulla questione dei lettori universitari), in *Racc.*, 1989, 1591; 27 novembre 1991, in causa C-4/91, Bleis (relativa agli insegnanti nelle scuole secondarie) in *Racc.*, 1991, I, 5627; 2 luglio 1996, in cause C-473/93, Commissione c. Granducato del Lussemburgo (relativa agli insegnanti nelle scuole primarie), C-173/94, Commissione c. Regno del Belgio (riguardante gli impieghi nei settori della distribuzione dell'acqua, del gas e dell'elettricità), C-290/94, Commissione c. Repubblica Ellenica (concernente i settori pubblici della distribuzione dell'acqua, del gas e dell'elettricità, i servizi operativi nel settore della pubblica sanità, i settori della pubblica istruzione, dei trasporti marittimi ed aerei, delle ferrovie, dei trasporti pubblici urbani e regionali, della ricerca effettuata a scopi civili, delle poste, delle telecomunicazioni e della radiotelevisione, nonché quello musicale e lirico), in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915 ss., con commento di S. Cassese, *op. ult. cit.*

di compiti di responsabilità da parte del dipendente ovvero la gestione di interessi squisitamente pubblicistici.

La stessa Corte di giustizia, peraltro, espressamente sottolinea che la nozione di pubblica amministrazione elaborata attraverso il riferimento a quei parametri ha carattere “funzionale”, adattandosi, cioè, alle esigenze sottese alla normativa di settore: la definizione giurisprudenziale di soggetto pubblico formulata con riferimento alla questione specifica della libera circolazione e dell’accesso agli uffici pubblici, pertanto, non può considerarsi vincolante allorché alla elaborazione del concetto di ente pubblico si proceda in altri settori di incidenza del diritto comunitario, così come, per converso, non può quella stessa definizione risultare condizionata dalle nozioni, non solo giurisprudenziali, ma anche normative, elaborate o formulate nel dare soluzione ad altre problematiche di rilievo comunitario o nel delimitare l’ambito soggettivo di efficacia di altri atti normativi.

Emblematico della preferenza accordata dalla Corte di giustizia alle ragioni dell’integrazione rispetto a quelle della coerenza e dell’uniformità dell’ordinamento, implicanti queste ultime la elaborazione di nozioni operanti in modo uniforme nei diversi settori di incidenza del diritto comunitario, è l’indirizzo seguito nell’ambito della dottrina dell’effetto diretto delle direttive.

Affermato, limitatamente ai soli rapporti c.d. verticali, il principio dell’efficacia diretta delle direttive contenenti disposizioni precisi ed incondizionate, il Giudice comunitario ha dovuto procedere alla concreta individuazione degli apparati organizzativi operanti nell’ambito delle realtà ordinamentali dei singoli Stati membri, nei cui confronti, in quanto non qualificabili come privati, le direttive rimaste inattuata possono essere invocate e le posizioni giuridiche soggettive sulle stesse fondate concretamente azionate: orbene, la Corte di giustizia sembra, al riguardo, adottare criteri di individuazione del carattere pubblico dell’ente ben più elastici e ampi di quanto non faccia in sede di interpretazione del citato art. 39, § 4, del Trattato.

Emblematico appare sul punto un precedente del 1989 con il quale la Corte di giustizia, dovendo decidere in merito alla natura “statale” di un ente, quale presupposto di applicabilità nei suoi confronti della direttiva 9 febbraio 1976, n. 207, in materia di discriminazioni fondate sul sesso nelle condizioni di lavoro, ha affermato che “fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest’ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti tra singoli”: in particolare, con tale pronuncia il Giudice comunitario ha ritenuto operante l’effetto diretto della direttiva nei confronti della *British Gas Corp.*, un ente britannico

(successivamente privatizzato in forza della *Gas Act* del 1986 e denominato *British Gas plc*, società di diritto inglese) costituito con legge per la fornitura del gas in monopolio, i cui amministratori - nominati dal ministro competente- erano tenuti al rispetto delle direttive di carattere generale e delle istruzioni attinenti alle modalità gestionali impartite dall'autorità politica.⁶

Chiarito, pertanto, che manca a livello comunitario una nozione unitaria di soggetto pubblico, essendo state normativamente previste e in giurisprudenza elaborate nozioni differenti in funzione dei diversi obiettivi che nei singoli settori di incidenza della disciplina europea si è inteso perseguire, si deve tuttavia osservare che ciò che accomuna tale molteplicità di accezioni è l'approccio di tipo sostanziale: alla individuazione dei soggetti pubblici, infatti, non si procede, tanto sul piano normativo, quanto su quello giurisprudenziale, alla stregua di criteri formali di definizione, bensì sulla base di parametri di tipo sostanziale, tra cui, in particolare, quello della sottoposizione a dominanza pubblica di carattere funzionale o strutturale.⁷

A tale approccio sostanziale non sono estranee le nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica rilevanti in sede di delimitazione dell'ambito soggettivo di efficacia rispettivamente della direttiva unificata n. 18/2004 e di quella n. 17/2004 concernente i settori speciali.

Come emergerà anzi dall'esame dei più recenti interventi giurisprudenziali, soprattutto del Giudice comunitario, siffatto approccio sostanziale si traduce nella difficoltà di identificare una volta per tutte uno o più dati formali al cui riscontro subordinare la qualificazione del singolo ente in termini di organismo di diritto pubblico; è necessario piuttosto valutare, caso per caso, le condizioni ed il contesto in cui l'ente espleta la sua attività, sì da verificare se sia o meno effettivamente assoggettato alle regole proprie della competizione economica. Solo la sostanziale indifferenza alle leggi del mercato e della competizione economica può innescare quel sospetto che l'ente possa preferire in sede di affidamento delle prestazioni di cui necessita le imprese nazionali discriminando quelle degli altri Stati membri: sospetto sotteso alla imposizione legislativa di precisi metodi di scelta dell'appaltatore.

3. Il quadro normativo. Differenze rispetto all'impresa pubblica di cui alla direttiva 17/2004.

Prima di procedere all'esame dell'Istituto, giova in breve ripercorrere l'evoluzione e la profonda trasformazione che la stessa disciplina comunitaria, segnatamente quella concernente la materia degli appalti pubblici di lavori, ha subito proprio in quelle disposizioni volte ad individuare gli enti

⁶ Sent. 12 luglio 1989, in causa 188/89, Foster c. British Gas, in *Racc.*, 1990, I-3133.

⁷ Sia consentito rinviare al riguardo a R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998.

e le amministrazioni tenute all'osservanza dei procedimenti di selezione e scelta del contraente ivi regolamentati, passando da una definizione di tipo chiuso delle Amministrazioni aggiudicatrici ad una più elastica⁸, contraddistinta dalla mancata previsione di una tassativa elencazione e dall'indicazione normativa di una serie di indici di riconoscimento della natura pubblica comunitaria.

In particolare, la prima direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici di opere, la 71/305/CEE, limitava il suo ambito soggettivo di efficacia alle sole Amministrazioni aggiudicatrici, individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche enumerate nell'allegato I, avente carattere tassativo.⁹

Siffatto criterio, tuttavia, si è subito mostrato lacunoso e soprattutto inidoneo a ricondurre sotto l'alveo di operatività della normativa concernente gli appalti pubblici quell'elevato numero di soggetti giuridici operanti nell'ambito dei singoli Stati membri che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, in quanto patrimonializzati o controllati o sovvenzionati dallo Stato o da altro ente pubblico, non erano tuttavia qualificabili come pubblici alla stregua di una valutazione formale, non essendo riconducibili nel novero delle persone giuridiche di diritto pubblico tassativamente individuate nell'allegato suindicato.

Proprio per colmare la suddetta lacuna di previsione normativa — e quindi con l'obiettivo di evitare che attraverso l'impiego, all'interno dei singoli Stati membri, di enti che, pur avendo una rilevanza pubblicistica, non erano formalmente qualificabili come pubblici alla stregua della suddetta previsione comunitaria, potessero ripetersi fenomeni di elusione della *ratio* stessa sottesa all'intero *corpus* normativo concernente la materia degli appalti pubblici — la direttiva 89/440/CE,¹⁰ non modificata dalla successiva 93/37 per quel che riguarda la delimitazione dell'ambito soggettivo di efficacia, ha introdotto un nuovo e diverso criterio di individuazione delle Amministrazioni

⁸ Cfr. I. Franco, *Appalti e concessioni di lavori pubblici e società per azioni a partecipazione pubblica*, Relazione al convegno tenutosi a Firenze il 15-16 novembre 1996, *Appalti pubblici fra disciplina comunitaria e nuovi modelli di gestione: regole, controlli e contenzioso*.

⁹ Tale allegato, in concreto, qualificava come persone giuridiche di diritto pubblico, in tutti gli Stati membri, «le associazioni di diritto pubblico costituite dagli enti pubblici territoriali come le associazioni di Comuni, i consorzi intercomunali, i Gemeindefverbande» e, in Italia, «le università statali, i consorzi per i lavori interessanti le università; gli istituti superiori scientifici e culturali, gli osservatori astrofisici, geofisici o vulcanologici; gli enti di riforma fondiaria; le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza».

¹⁰ Su tale direttiva v. il commento articolo per articolo di A. Bozzi, C. Malinconico, R. Pupipella, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 215 ss.; S. Cassese, *I lavori pubblici e la direttiva comunitaria n. 440/1989*, in *Foro Amm.*, 1989, 3518 ss.; R. Virgilio, *La direttiva 440/1989 ed i soggetti destinatari*, in *Riv. trim. Appalti*, 1990, 677 ss.; AA.VV., *Commento alla direttiva n. 89/440*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 253 ss.; F. G. Scoca, *Le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Quaderno della Associazione Carlo Cattaneo*, n. 27, Lugano, 1993. Sulle procedure di aggiudicazione cfr. A. Cancrini, *Le direttive comunitarie sui lavori pubblici e la legislazione nazionale*, in *Appalti pubblici: disciplina comunitaria ed adeguamento nazionale*, Roma, 1993, 74 ss. Per un quadro degli indirizzi giurisprudenziali emersi su alcune delle problematiche fondamentali poste dalle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici di lavori, oltre che di forniture e servizi, cfr. P. De Caterini - P. Gonnelli - R. Izzo, *Normativa comunitaria sugli appalti*, Padova, II ed., 1995.

aggiudicatrici, in quanto tali tenute al rispetto delle procedure di aggiudicazione previste a livello comunitario¹¹.

L'art. 1, lett. b), della suddetta direttiva, infatti, stabilisce che si considerano Amministrazioni aggiudicatrici, oltre che lo Stato e gli enti pubblici territoriali, gli « organismi di diritto pubblico », tali essendo quei soggetti giuridici « istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico». ¹²

Come evidente, la normativa comunitaria, con il chiaro e palese intento di «snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme» ¹³, sí da estendere l'ambito soggettivo di operatività delle direttive in tema di appalti pubblici¹⁴ — volte, come è noto, ad assicurare una *par condicio* tra i soggetti della Comunità interessati — ha fatto propria una nozione sostanziale di organismo pubblico, atteso il carattere non tassativo degli elenchi di cui all'allegato, così come desumibile dalla stessa formulazione normativa che, oltre a pretendere per gli stessi il requisito della maggiore

¹¹ È noto che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici riguarda fundamentalmente tre principali oggetti: gli appalti pubblici di lavori, quelli di forniture, nonché quelli di servizi. Carattere, per così dire, trasversale presenta, infine, la disciplina dei c.d. settori esclusi nei quali operano gli enti erogatori di acqua e di energia, gli enti che forniscono servizi di trasporto e quelli, infine, coinvolti nel settore delle telecomunicazioni: tale normativa concerne gli appalti sia di lavori che di forniture e di servizi relativi alle suindicate sfere. In concreto, la disciplina fondamentale degli appalti pubblici di lavori è data dalla direttiva 89/440/CE del 18 luglio 1989, recepita nel nostro ordinamento con D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 e successivamente abrogata a seguito dell'adozione della direttiva 93/37/CE del 14 giugno 1993, implicitamente recepita con la legge 11 febbraio 1994 n. 109, come modificata dalla legge n. 166/2002, recante la legge quadro in materia di lavori pubblici; quella relativa agli appalti di forniture è costituita dalla direttiva 93/36/CE del 14 giugno 1993 e dal D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358; quella, infine, concernente gli appalti di servizi è data dalla direttiva 92/50/CE del 18 giugno 1992 e dal D.Lgs. di attuazione 17 marzo 1995 n. 157. Per quel che concerne, invece, i lavori, le forniture e i servizi appaltati nei c.d. settori esclusi, il corpus normativo è fundamentalmente costituito dalla direttiva 93/38/CE del 14 giugno 1993 e dal D.Lgs. di attuazione del 17 marzo 1995 n. 158. È poi intervenuta, peraltro, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/52/CE con cui sono state modificate, per quel che attiene alla fissazione delle soglie di applicazione della normativa comunitaria in tema di appalti, nonché sotto diversi profili procedurali, le precedenti direttive 92/50/CE, 93/36/CE e 93/37/CE. Infine è intervenuta la direttiva n. 18/2004, volta ad introdurre una disciplina tendenzialmente unificata degli appalti pubblici nei tre distinti settori dei lavori, delle forniture e dei servizi.

¹² La suindicata definizione di organismo di diritto pubblico è pressoché letteralmente ripresa dall'art. 2, co. 1°, del D.Lgs. n. 406 del 1991. Per un recente tentativo di delimitazione della nozione in questione, volto anche ad inquadrarla nella più ampia e multiforme concezione comunitaria di soggetto pubblico e a verificare le implicazioni di diritto interno, in specie quelle coinvolgenti le questioni di riparto di giurisdizione, sia consentito rinviare a R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 960 ss.

¹³ In tal senso, cfr. G. Torregrossa, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in *Appaltare in Europa*, Rionero in Vulture, 1992 e in *Gli appalti nel settore energetico, Quaderni della Rass. giur. energ. elettr.*, 1994, 3 ss.

¹⁴ Per un esame dei principi ispiratori della disciplina comunitaria degli appalti pubblici nel più ampio ambito delle tendenze evolutive del diritto comunitario cfr. M. Chiti, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Privatizzazione ed efficienza della p.a. alla luce del diritto comunitario* (a cura di Angeletti), Milano, 1996, 137 ss.

completezza possibile, espressamente prevede la possibilità di una loro «revisione secondo la procedura di cui all'art. 35 ».¹⁵

Prima di passare all'esame degli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico giova ancora sottolineare il differente ambito soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria relativa agli appalti nei settori speciali (acqua, trasporti, energia, telecomunicazioni, cui la nuova Direttiva ha aggiunto le poste), originariamente esclusi dalla disciplina comunitaria degli appalti pubblici.¹⁶

Tale particolarità ha implicato una differente perimetrazione normativa della sfera di operatività propria del regime comunitario cui sono assoggettati gli appalti in tali settori.

Più precisamente, accanto allo Stato, agli enti territoriali, agli organismi di diritto pubblico e alle associazioni costituite da tali enti, compresi tra le "autorità pubbliche", la Direttiva n. 17/2004 ha riguardo anche alle "imprese pubbliche" (art. 2, co. 1, lett. a Direttiva 17/04).

Quanto alle imprese pubbliche¹⁷ sono considerate tali dalla Direttiva «*le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione*». A differenza di quanto previsto per l'organismo di diritto pubblico, si prescinde perciò dal fine perseguito, riconoscendosi valenza decisiva al legame tra l'impresa e la pubblica amministrazione "dominante". In particolare, secondo la medesima normativa, l'influenza dominante è presunta in caso di detenzione della maggioranza del capitale dell'impresa, di controllo della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa o di diritto di nominare più della metà dei componenti degli organi di amministrazione o di vigilanza. La categoria sopra definita comprende pertanto non soltanto le aziende autonome e gli enti pubblici economici, ma anche le società di capitali a prevalente partecipazione pubblica o comunque a dominanza pubblica.

Occorre peraltro rimarcare che detta Direttiva si applica esclusivamente agli appalti aggiudicati da tali soggetti nei settori da essa considerati. In tal senso opera innanzitutto l'art. 2 il quale stabilisce

¹⁵ In tal senso cfr. C. Malinconico, *Commento alla direttiva 89/440/CEE*, cit. 234. Il carattere non tassativo degli elenchi è sostenuto da D. Sorace, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1992, 357 ss., in part. 373, il quale, dopo aver osservato che potrebbe dubitarsi della «natura ricognitiva oppure costitutiva» degli elenchi in questione, ciò anche in considerazione della «non facile ricostruibilità» della procedura prevista per la loro revisione, rileva che, «data la precisione con la quale sono indicate le caratteristiche che un organismo deve avere per potere essere considerato di "diritto pubblico" agli effetti della direttiva, non pare agevole sostenere né che un organismo dotato di tali caratteristiche sia sottratto agli effetti della direttiva se non compreso nell'elenco, né, viceversa, che la direttiva si applichi ad organismi privi di quelle caratteristiche ma compresi nell'elenco».

¹⁶ Il considerando 8 della Direttiva 93/38 riferisce espressamente che "la loro esclusione era principalmente giustificata dal fatto che gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri sono disciplinati dal diritto privato". Il considerando 9 evidenzia che "la necessità di assicurare una effettiva liberalizzazione del mercato e un giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti in questi settori esige che gli enti interessati siano definiti in modo diverso dal semplice riferimento alla loro qualificazione giuridica".

¹⁷ Si rinvia alla dettagliata analisi della Prof.ssa Sandulli riportata nel volume di prossima pubblicazione suindicato.

che la Direttiva si applica agli enti aggiudicatori che a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui agli articoli da 3 a 7; b), «che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 3 a 7 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro».

La qualificazione oggettiva dell'appalto e la sua riconduzione nell'ambito di operatività della disciplina concernente i settori speciali assume rilievo talvolta decisivo quindi in sede di soluzione dei profili soggettivi, primo fra tutti quello relativo alla doverosa osservanza da parte del soggetto affidante delle procedure pubblicistiche nella ricerca del prestatore.

Ed invero, la applicazione della direttiva n. 17/2004, anziché di quella n. 18/2004, comporta che l'assoggettamento alle procedure pubblicistiche delineate dalla disciplina europea è subordinata alla sola qualificazione dell'ente affidante in termini di impresa pubblica, senza che sia necessario pertanto acclarare la sussistenza della sua istituzionale funzionalizzazione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non commerciale o industriale: requisito teleologico, quest'ultimo, proprio della sola e differente nozione di organismo di diritto pubblico.

La questione è correttamente esaminata in Cons. Stato, sez. VI, n. 167/2004.

Con l'intento di risolvere il problema della giurisdizione, in specie dell'applicabilità dell'art. 6, l. n. 205/2000, la sesta Sezione, pronunciandosi su controversia concernente la legittimità della gara indetta da Grandi Stazioni S.p.a. per l'affidamento del servizio di pulizia in quattordici grandi stazioni italiane, ha dovuto preliminarmente esaminare la questione relativa alla qualificabilità dell'appalto suddetto e alla sua riconducibilità nell'ambito di efficacia della direttiva in tema di appalti speciali o in quella riguardante gli appalti di servizi. L'opzione per quest'ultima soluzione (prospettata in via eventuale all'Adunanza plenaria con la citata ordinanza di rimessione) ha imposto ai Giudici di Palazzo Spada di verificare la ravvisabilità in Grandi Stazioni S.p.a. di ciascuno dei tre elementi costitutivi della nozione di organismo di diritto pubblico, essendo ormai ininfluenza la qualificazione, peraltro certa, della società citata come impresa pubblica.

4. La qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico comporta l'assoggettamento alla disciplina pubblicistica per l'affidamento di qualsiasi appalto o è ipotizzabile un organismo di diritto pubblico *in parte qua*?

Passando alla nozione di organismo di diritto pubblico, vanno esaminati i suoi tre elementi strutturali: il possesso della personalità giuridica, il fine perseguito, costituito dal soddisfacimento

di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, e la sottoposizione ad una influenza pubblica.

Prima di esaminarli distintamente, giova preliminarmente chiedersi se la sussistenza di ciascuno dei tre indicati elementi costitutivi implichi la qualificazione sempre ed in ogni caso dell'ente in termini di organismo di diritto pubblico, con conseguente assoggettamento dello stesso alle regole pubblicistiche di scelta del contraente, indipendentemente quindi dalle specifiche peculiarità del settore di attività al cui servizio sono destinate le prestazione che occorre reperire sul mercato. Non è infrequente, invero, il caso di enti che, muniti di personalità giuridica e sottoposti all'influenza pubblica dominante, svolgono molteplici attività, alcune delle quali soltanto volte al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale: si tratta di verificare se la disciplina pubblicistica debba essere osservata anche quando la prestazione da affidare sia strumentale all'espletamento di una tipologia di attività non volta al soddisfacimento dei bisogni suddetti.

È il problema relativo all'ammissibilità di un "*organismo di diritto pubblico in parte qua*".¹⁸

In senso contrario si è al riguardo espressa la Corte di Giustizia nel noto caso Mannesmann.

Ad avviso della Corte, infatti, al fine della qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è necessario che l'ente abbia in via esclusiva o prevalente lo scopo di soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale, ben potendo perseguire, oltre che tale scopo, anche (se del caso in via prevalente) quello di soddisfare interessi con carattere commerciale o industriale; secondo la Corte, infatti, «lo *status* di organismo di diritto pubblico non dipende dall'importanza relativa, nell'attività dell'organismo medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale».

In particolare, osserva la Corte che la condizione posta dalla direttiva, «secondo cui l'organismo dev'essere stato istituito per soddisfare «specificatamente» bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere»,¹⁹ e dunque l'ente è da qualificare organismo di diritto pubblico anche se «la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte» dall'Ente.²⁰

Ne consegue, nel ragionamento della Corte, che un Ente va qualificato organismo di diritto pubblico, con conseguente soggezione al diritto comunitario degli appalti, anche se svolge attività

¹⁸ TAR Lazio, Sez. III ter, 26.2.2003 n.1559, in riferimento ai gestori di aeroporti, passata in giudicato. La possibilità che la stessa figura giuridica soggettiva sia tenuta all'applicazione di discipline di volta in volta diverse è sostenuta anche da M. P. Chiti, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004, 70 ss.

¹⁹ Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, C. 44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, punto 26.

²⁰ Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, C. 44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, punto 25.

promiscue e molteplici, vale a dire sia attività volte a soddisfare un bisogno di interesse generale di carattere non commerciale o industriale, sia attività con tale carattere.

E, tanto, per esigenze di certezza:

«A questo proposito, occorre ricordare che, come si è detto al punto 26 della presente sentenza, lo stesso testo dell'art. 1, punto b), 2° comma, della direttiva 93/37 non esclude che un'amministrazione aggiudicatrice, oltre al suo compito di soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, possa esercitare altre attività.

Per quanto riguarda siffatte attività, si deve constatare anzitutto che l'art. 1, punto a), della direttiva non distingue tra gli appalti pubblici di lavori aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito. La mancanza di una distinzione del genere si spiega con la finalità della direttiva 93/37, che mira ad escludere il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Infine, un'interpretazione dell'art. 1, punto b), 2° comma, primo trattino, della direttiva 93/37 secondo la quale la sua applicazione varia in base alla parte relativa, più o meno ampia, dell'attività esercitata per soddisfare bisogni aventi carattere non industriale o commerciale sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto, il quale esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati».²¹

In sostanza la Corte di Giustizia, ha optato per la tesi secondo cui, una volta acclarata la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico, deve sempre ritenersi dovuto il rispetto della normativa comunitaria in tema di appalti, non solo per le attività volte a soddisfare un bisogno generale di carattere non commerciale o industriale, ma anche per le eventuali ulteriori attività propriamente commerciali o industriali: e, tanto, sia in base al tenore letterale delle direttive appalti, che non distinguono tra appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito volto a soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che con tale funzione non hanno alcuna attinenza, sia in base al principio della certezza del diritto, che esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati.

Il principio non pare abbia trovato tuttavia conferme nella successiva giurisprudenza comunitaria, la quale aveva ribadito soltanto che la circostanza che un soggetto svolga anche o addirittura in prevalenza attività commerciale non esclude che esso possa essere considerato organismo di diritto pubblico, dato che l'ente continua a provvedere a bisogni di interesse generale non industriale o

²¹ Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, C. 44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, punti 31 – 34.

commerciale, ma non afferma anche che tale qualifica valga ad attrarre anche le attività private nel regime pubblicistico.²²

La rigorosa posizione assunta dalla Corte di Giustizia è stata poi seguita anche dai Giudici italiani, in diverse occasioni.

Emblematica di tale piena adesione alla tesi dell'inammissibilità di una considerazione solo parziale di un soggetto come organismo di diritto pubblico appare la sentenza n. 4711/2002 con la quale la sesta Sezione del Consiglio di Stato interviene sul tema relativo alla ostensibilità degli adottati da Enel.it nell'ambito di una gara indetta per l'acquisto di personal computer. Con l'intento di dimostrare la sussistenza del requisito costituito dalla sottoposizione di Enel.it all'influenza pubblica dominante, i Giudici della sesta Sezione si impegnano nel dimostrare la natura pubblica, ed in specie di organismo di diritto pubblico di Enel.S.p.a., ossia del soggetto che controlla Enel.it.

La difesa di Enel.it aveva al riguardo osservato che Enel S.p.a., operando oramai in settori liberalizzati e aperti quindi al mercato concorrenziale, non potesse considerarsi a sua volta organismo di diritto pubblico.

La questione, da rimeditare a seguito della dismissione della terza *tranche* delle azioni detenute dal socio pubblico è stata affrontata dalla sentenza n. 4711/2002.

Soffermandosi sul requisito c.d. finalistico o teleologico della nozione di organismo di diritto pubblico, il Consiglio di Stato, rilevato che per bisogno non industriale o commerciale non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività, rimarca la circostanza per cui Enel S.p.a. è società costituita per il principale fine di gestire (anche attraverso le controllate) le attività di produzione e distribuzione dell'energia elettrica, tuttora solo in parte "liberalizzate", secondo criteri non propri di un soggetto privato, ma influenzati dallo stretto legame della società al potere pubblico e dalla reale capacità di quest'ultimo di incidere dall'esterno -e non semplicemente mediante il normale funzionamento dei meccanismi societari- sull'attività dell'ente, sì da garantirne la coerenza rispetto alle finalità pubbliche che attraverso lo stesso si intende perseguire. Saggiunge, quindi, e si tratta dell'affermazione ai nostri fini più significativa, che deve reputarsi irrilevante lo "svolgimento da parte dell'organismo di altre attività; la Corte di Giustizia CE ha, infatti, chiarito che il requisito del fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, non implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, ed anzi consente l'esercizio di altre attività (cfr., Corte Giust., 15-1-98, C - 44/96, Mannesmann, punti 26 e 31 - 35)".

²² Sentenza Arnhem, cit., punti 54 e 55.

L'assunto, prevalentemente sostenuto quindi dai Giudici comunitari e da quelli nazionali, non va peraltro del tutto esente da rilievi critici.

In primo luogo, appare debole l'impianto argomentativo sviluppato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Mannesmann nel sostenere la non ammissibilità di un organismo di diritto pubblico *in parte qua*, sostanzialmente destinato ad esaurirsi nel richiamo alla necessità di non turbare la certezza del diritto. Si tratta all'evidenza di un argomento che per un verso non appare sufficiente a giustificare la compromissione indiscriminata delle garanzie costituzionali della libertà di impresa, incisa dall'imposizione dell'obbligo di osservare minuziose procedure pubblicistiche nella ricerca del prestatore; per l'altro si rivela non pertinente in tutti quei casi in cui, per il tipo di attività considerata e per il complessivo regime cui la complessiva attività del soggetto è sottoposta, il dubbio sulla natura non industriale o commerciale e dunque i rischi di incertezza del diritto siano inesistenti.²³

Come è stato osservato, attraverso l'attrazione alla disciplina pubblicistica di tutte le attività comunque poste in essere da un soggetto privato inquadrabile, per alcune delle attività che è chiamato a svolgere, come organismo di diritto pubblico, si determinerebbe una poco coerente (ri)espansione del diritto pubblico in settori che il legislatore ha voluto sottoporre di regola al diritto comune, così invertendo il rapporto tra la regola (il diritto comune) e l'eccezione (il diritto pubblico).²⁴

L'irrazionalità del principio dell'attrazione in virtù della mera coincidenza soggettiva, assunto come assioma assoluto, appare per vero evidente quando si consideri che, portato alle estreme conseguenze, esso imporrebbe di estendere l'applicabilità delle normative comunitarie anche all'affidamento di attività assolutamente estranee al bisogno per il quale un soggetto è qualificato come organismo di diritto pubblico: sicché ad esempio se il soggetto affidatario del servizio poligrafico di un Paese membro dedicasse un settore della propria attività alla commercializzazione di giocattoli nello stesso o in un diverso Paese membro, operando quindi per tale settore in quelle condizioni di assoluta concorrenzialità, che la stessa giurisprudenza comunitaria utilizza per negare la natura di organismo di diritto pubblico, nondimeno, secondo la criticata impostazione interpretativa, nel caso in cui tale impresa decidesse di dare in appalto la pubblicità del suddetto settore, essa dovrebbe rispettare le disposizioni per gli appalti pubblici. L'inaccettabilità di tale estrema conseguenza induce necessariamente a concludere per l'ammissibilità almeno in linea teorica della nozione di organismo di diritto pubblico *in parte qua*.²⁵

²³ C. Guccione, *Commento alla sentenza della Corte di Giustizia*, 22 maggio 2003, in causa C- 18/01, cit.

²⁴ Chiti, *Impresa*, cit., 71.

²⁵ Cfr. Guccione, cit.

Sarebbe, tuttavia, necessario evitare che, per effetto delle commistioni finanziarie tra i distinti settori di attività espletate dal medesimo soggetto, si possa riproporre, anche per la ricerca di prestazioni strumentali all'attività non finalizzata al soddisfacimento di interessi generali a carattere non commerciale e industriale, quel rischio di indifferenza dell'appaltante alle logiche competitive che è alla base della elaborazione normativa della nozione stessa di organismo di diritto pubblico e dell'imposizione, quindi, dell'obbligo di osservare minuziose procedure pubblicistiche; rischio in ipotesi sdrammatizzato in presenza di un rigoroso sistema di separazione contabile, ma anche economico e finanziario, tra i distinti settori di intervento del soggetto.

5. Gli elementi costitutivi della nozione interpretati tenendo conto della *ratio* sottesa alla disciplina comunitaria in tema di appalti. L'influenza pubblica dominante.

Come osservato, tre sono gli elementi strutturali della nozione di organismo di diritto pubblico: il possesso della personalità giuridica, il fine perseguito, costituito dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, e la sottoposizione ad una influenza pubblica che si ha, alternativamente e non cumulativamente, quando l'attività dell'organismo è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, o quando la sua gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, o quando l'organo di amministrazione, di direzione, di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o dagli organismi di diritto pubblico.

Secondo il costante insegnamento del giudice comunitario tali tre elementi devono essere compresenti, sicché in assenza di una sola di tali tre condizioni, un organismo non può essere considerato di diritto pubblico, e dunque amministrazione aggiudicatrice.²⁶

Quanto all'ultima delle tre condizioni richieste, le direttive comunitarie prevedono che l' «influenza dominante degli enti politici»²⁷ possa desumersi da una serie di fattori indicati in forma alternativa

²⁶ Corte di giustizia, 15 gennaio 1998, C. 44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria; Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, C. 360/1996, BFI Holding; Corte di giustizia, V, 10 maggio 2001, C. 223/1999 e C. 260/1999, punto 26, che ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico in capo all'Ente Fiera di Milano; Corte di giustizia, 15 maggio 2003, C.214/2000; Corte di Giustizia, V, 22 maggio 2003, C.18/2001, Taitotalo Oy..

²⁷ D. Sorace, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., 377, il quale, quanto alla rilevanza di tale nozione comunitaria di ente di diritto pubblico, e facendo riferimento al concetto più ampio di «pubblici poteri», comprensivo anche dello Stato e degli enti locali, rileva, per un verso, che «vi è la preoccupazione che il loro collegamento diretto o indiretto con gli interessi di parti limitate della popolazione europea renda i “pubblici poteri” propensi a discriminare coloro che appartengono a gruppi di popolazione diversi (e in particolare a diverse popolazioni nazionali)»; per altro verso, che «si può temere che la loro natura di entità politiche (o comunque dirette e controllate da entità politiche) e non economiche le porti a non adottare nelle scelte da fare per assicurarsi la prestazione di certi servizi da parte di imprese private quel criterio dell'efficienza economica che potrebbe garantire l'imparzialità in simili

e sostanzialmente coincidenti con gli indici di riconoscimento della pubblicità degli enti già elaborati, sia pure per altri fini, dagli ordinamenti dei singoli Stati membri, quali quelli del fine pubblico, delle sovvenzioni pubbliche aventi carattere maggioritario, del controllo pubblico, dell'ingerenza dello Stato o di altro ente pubblico nella nomina di un *quorum* qualificato di componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza degli organismi in questione: senonché, tali parametri sintomatici della natura pubblica comunitaria sono utilizzabili, per così dire, disgiuntamente, nel senso che, se si prescinde dal fine pubblico, il cui perseguimento da parte del singolo organismo è sempre necessario perché lo stesso debba considerarsi sottoposto alla normativa in tema di appalti, la verifica della sussistenza di uno solo di essi è sufficiente perché il soggetto avente personalità giuridica possa e debba essere qualificato come organismo di diritto pubblico.²⁸

Per quel che attiene, in particolare, al requisito del finanziamento pubblico maggioritario dell'attività espletata dal soggetto di cui è in discussione la qualificabilità in termini di organismo di diritto pubblico, sono state esaminati in giurisprudenza distinti profili problematici, tra cui in specie quelli relativi alla nozione stessa di "finanziamento" e ai criteri alla cui stregua valutarne la prevalenza.

Per una migliore comprensione del primo dei due profili e della relativa soluzione interpretativa seguita dalla giurisprudenza comunitaria giova tenere conto della *ratio* di fondo sottesa alla elaborazione normativa della nozione stessa di organismo di diritto pubblico e degli obiettivi pertanto perseguiti dal legislatore comunitario nel disciplinare il settore degli appalti pubblici, anche per quel che attiene ai profili soggettivi.

occasioni. Da qui l'imposizione di regole comunitarie dirette ad ottenere il risultato della imparzialità mediante vincoli giuridici che dovrebbero tenere il posto dei vincoli economici non operanti».

²⁸ Il legislatore nazionale, peraltro, oltre agli organismi di diritto pubblico, ha indicato con particolare analiticità i destinatari della disciplina in tema di appalti pubblici di lavori, di fatto ampliando l'ambito soggettivo imposto dalla direttiva comunitaria. L'art. 2 L. 11 febbraio 1994, come mod. dalla L. 2 giugno 1995, n. 216, e, poi, dalla L. 10 novembre 1998 (c.d. Merloni-ter), infatti, nel delimitare l'ambito soggettivo di applicazione della legge, indica i seguenti soggetti: a) le Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici, compresi quelli economici, gli enti e le Amministrazioni locali, le loro associazioni e consorzi nonché gli altri organismi di diritto pubblico; b) i concessionari di lavori pubblici, di cui all'articolo 19, co. 2, i concessionari di esercizio di infrastrutture destinate ad un pubblico servizio, le aziende speciali e i consorzi di cui agli artt. 23 e 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, le società di cui all'articolo 22 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, e successive modificazioni, le società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o di servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, nonché i concessionari di pubblici servizi e i soggetti di cui al D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158, qualora operino in virtù di servizi speciali ed esclusivi, per lo svolgimento di lavori, di qualsiasi importo, individuati con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'art. 8, comma 6, del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158, e comunque i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari, sempre che non si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate separatamente e appaltate separatamente in quanto strettamente connesse e funzionali alla esecuzione di opere comprese nella disciplina del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158; c) i soggetti privati, relativamente ai lavori di cui all'allegato A del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, nonché ai lavori civili relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici ed universitari, di importo superiore a 1 milione di ECU, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitali che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei lavori.

Si tratta di puntualizzazione che certo tornerà particolarmente utile nella ricostruzione del significato da ascrivere al requisito teleologico costituito dalla connotazione non commerciale o industriale dei bisogni generali al cui soddisfacimento l'organismo di diritto pubblico deve essere istituzionalmente deputato, ma che assume rilievo già in sede di esame di questo primo requisito costitutivo, quello cioè della sottoposizione ad influenza pubblica dominante desunta dal "finanziamento" prevalente dell'attività ad opera di soggetto pubblico.

L'obiettivo primario perseguito è quello di assicurare che, nell'importante settore degli appalti, sia assicurato il pieno dispiegarsi del principio di concorrenza, certo compromesso allorché in ciascuno degli Stati membri assuma rilievo decisivo, nella scelta dei prestatori, il criterio della nazionalità.

L'ordinamento comunitario intende quindi evitare che i candidati o gli offerenti nazionali siano preferiti, per il solo fatto della nazionalità, nell'assegnazione degli appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici; detto altrimenti il diritto europeo, interessato ad assicurare il pieno rispetto della *par condicio* tra le imprese della comunità, è interessato ad evitare che la scelta dei prestatori cui affidare l'esecuzione degli appalti sia disancorata da considerazioni attente alla sola qualità dell'offerta presentata e sia piuttosto condizionata da ragioni o condizionamenti di tipo diverso, in specie politico.

Nel dettaglio, può dirsi che nell'ottica del legislatore europeo il principio della competizione può essere soddisfatto in due modi tra loro alternativi, uno per così dire naturale, l'altro artificialmente imposto.

Naturaliter, il corretto funzionamento della libera competizione intracomunitaria tra imprese è affidato alla natura del soggetto chiamato a scegliere il prestatore ed al regime giuridico cui la sua attività è sottoposta: in specie, la circostanza che l'affidante sia soggetto operante in un regime concorrenziale, mosso da finalità lucrative, pienamente responsabile della propria politica di impresa, sottoposto conseguentemente al rischio di eventuali perdite derivanti dalle opzioni assunte, è normalmente idonea a tranquillizzare il legislatore comunitario circa la rispondenza a ragioni meramente economiche delle scelte che lo stesso soggetto assume in sede di scelta del prestatore cui affidare la produzione delle risorse di cui abbisogna per l'espletamento della propria attività.

Il rispetto del principio di concorrenza è in questa prima e naturale ipotesi affidato al funzionamento dei normali meccanismi economici e di mercato.

Quando, tuttavia, le indicate condizioni non ricorrono, paventandosi quindi il rischio che la scelta del prestatore possa essere condizionata da ragioni extraeconomiche, ed in particolare da indicazioni a connotazione politica provenienti dall'ente pubblico di riferimento, il legislatore comunitario interviene imponendo l'osservanza di minuziose procedure a carattere pubblico,

assuntamene idonee a garantire imparzialità della stazione appaltante e, a valle, il confronto competitivo tra i soggetti operanti nel settore delle commesse pubbliche.

Ebbene la indicata *ratio* sottesa alla disciplina comunitaria in tema di appalti pubblici pare opportunamente condizionare gli orientamenti che il Giudice comunitario, e come si dirà di recente anche quello nazionale, segue nel ricostruire il significato da riconoscere a ciascuno dei tre elementi costitutivi della nozione di organismo di diritto pubblico.

Tornando al requisito della influenza pubblica dominante, ed in particolare al primo dei tre fattori alternativi indizianti della sua sussistenza, costituito come si è detto nel finanziamento maggioritario dell'attività ad opera di un soggetto pubblico, la Corte di Giustizia, nel caso *University of Cambridge*,²⁹ ha correttamente osservato che per "finanziamento" rilevante occorre intendere le sole erogazioni concesse da un'amministrazione aggiudicatrice senza alcun vincolo di sinallagmaticità rispetto ad una controprestazione posta a carico del soggetto ricevente.

L'indirizzo interpretativo così espresso appare del tutto in linea con le ragioni sottese all'intervento normativo comunitario nel settore degli appalti, se solo si considera che solo il versamento svincolato da una corrispondente prestazione posta a carico del ricevente risultano idonee a generare o rinforzare quel legame di stretta dipendenza tra percettore e amministrazione pubblica, da cui può nascere il rischio che il primo sia condizionata dalle indicazioni fornite dalla seconda nella scelta di eventuali appaltatori.

Quanto al secondo profilo problematico, relativo come osservato alla individuazione della misura percentuale da considerare nel qualificare "prevalente" il finanziamento fornito dal soggetto pubblico, la Corte di giustizia, nella stessa vicenda processuale citata, ha ritenuto che vada applicato un canone di tipo meramente quantitativo, sostenendo che "in modo maggioritario" debba essere inteso di "più della metà": occorre tenere conto, quindi, della globalità delle entrate di cui il soggetto "finanziato" si avvale, comprese quelle eventualmente derivanti dall'espletamento dell'attività commerciale, applicando quindi, a valle di tale ricognizione, il suddetto criterio percentuale a connotazione esclusivamente quantitativa.

Siffatta interpretazione risente della definizione di impresa pubblica *ex art. 1, sub 2)*, della direttiva n. 93/38/CEE (ora direttiva n. 17/2004), nella quale le autorità pubbliche detengono, direttamente o indirettamente, la maggioranza del capitale sociale sottoscritto dell'impresa medesima oppure controllano la maggioranza dei voti a cui danno diritto le quote di partecipazione emesse da tale impresa. Come aveva già osservato l'Avvocato generale, se un'impresa può essere qualificata « impresa pubblica » alla luce dei suddetti requisiti quantitativi, tali requisiti rilevano *a fortiori* anche

²⁹ Corte Giust. CE, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge C. H.M. Treasury*, in *Urb. e app.*, n. 1/2001.

allorché si tratta di stabilire quando un finanziamento pubblico debba essere qualificato « preponderante ».

Ad abundantiam si osserva che l'art. 1, lett. b), comma 2, terzo trattino, delle direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, prevede come alternative, ai fini della qualificazione come «organismo di diritto pubblico», l'ipotesi «finanziata in modo maggioritario» e l'ipotesi in cui l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali «più della metà» sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, confermando così l'estraneità nella prima delle due ipotesi di qualsiasi valutazione di tipo qualitativo e l'esclusiva rilevanza di un criterio quantitativo.

Nel fornire poi una corretta valutazione della percentuale di finanziamento pubblico di un dato organismo, la Corte di Giustizia, riconoscendo che un organismo può essere finanziato in parte anche con fondi non pubblici, senza per questo perdere la propria qualità di amministrazione aggiudicatrice, sottolinea la necessità di tenere in considerazione l'insieme delle entrate delle quali tale organismo si avvale, ivi comprese quelle derivanti da un'attività commerciale.

Infine, per quanto concerne l'arco temporale all'interno del quale valutare il requisito del finanziamento pubblico maggioritario, si osserva che le esigenze di certezza del diritto e di trasparenza impongono che sia l'Università in questione sia i terzi interessati sappiano, fin dall'inizio dell'esercizio finanziario, se gli appalti previsti nel corso di tale esercizio rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37. Ne consegue che, ai fini dell'attribuzione della qualifica di « amministrazione aggiudicatrice » ad una Università, il calcolo del modo di finanziamento di quest'ultima deve essere effettuato sulla scorta dei dati disponibili all'inizio dell'esercizio finanziario, ancorché queste abbiano natura previsionale. Si esclude che il requisito possa essere valutato solo al momento dell'indizione della gara d'appalto (si veda Corte Giust. CE, 15 gennaio 1998 (in causa C-44/96), *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.*, di cui al par. 122.1., dove si sottolinea che il principio della certezza del diritto esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati).

Con riferimento, invece, al secondo elemento indiziante la sussistenza dell'influenza pubblica dominante, costituito dal «controllo della gestione», si è sostenuto che a provare la dominanza pubblica è sufficiente il possesso da parte di soggetti pubblici della maggioranza delle quote azionarie dell'organismo societario. Si è pure escluso che il controllo cui si riferiscono le norme comunitarie e che consente, come si è detto, di individuare la sussistenza di una dominanza pubblica sull'organismo soggetto al controllo qualificandolo quale organismo di diritto pubblico, sarebbe esclusivamente quello esercitabile da parte di Enti pubblici con modi e forme diversi dalla

partecipazione maggioritaria ed incentrati su controlli amministrativi sull'organizzazione e sull'attività della società. Ed invero, “nessun elemento testuale depone in tal senso e, semmai, la dizione ampia ed onnicomprensiva utilizzata per individuare il controllo sulla gestione nella norma qui in esame implica necessariamente che la forma più conosciuta ed applicata nell'ordinamento societario per assumere il controllo di una Società di capitali (quella appunto di acquisirne il pacchetto di maggioranza o comunque una quota di capitale sociale idonea ad assicurarne in concreto il controllo) fosse ben presente al legislatore comunitario. Del resto la funzione della disposizione in esame, di consentire a tutti gli operatori del settore idonei dal punto di vista morale, tecnico e finanziario, di accedere ai flussi finanziari pubblici (o attivati da Enti pubblici o ad essi equiparati) in condizioni di parità e secondo le regole della concorrenza, sarebbe vanificata se fosse consentito agli Enti pubblici di costituire Società con proprie partecipazioni maggioritarie non soggette all'obbligo di contrattare con procedure ad evidenza pubblica. Né si può trascurare la considerazione che la quota maggioritaria nella partecipazione societaria da parte di soggetti pubblici influenza in modo decisivo sia il finanziamento delle attività che la costituzione degli organi di vigilanza e direzione della Società stessa”.³⁰

5.1. Organismo di diritto pubblico e affidamento *in house* dopo Corte di Giustizia 11 gennaio 2005.

L'analisi del primo dei tre elementi necessari perchè il soggetto possa qualificarsi come organismo di diritto pubblico impone di valutare i rapporti intercorrenti tra l'istituto in esame e quello, concettualmente distinto, dell'affidamento *in house*.

Come è noto, l'istituto dell'affidamento *in house* (o dell'*in house providing*, come tale contrapposto al *contracting out* o *outsourcing*), prima del suo sostanziale recepimento nella disciplina italiana in tema di servizi pubblici³¹, è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria a partire dalla celebre

³⁰ Consiglio di Stato, V, 22 agosto 2003, n. 4748.

³¹ Il riferimento è all'art. 113, co. 5, T.U enti locali, come riscritto dal d.l. n. 269/2003. L'art. 14 del decreto-legge n. 269/2003, conv. con L. 24 novembre 2003, n.326, in particolare, riscrivendo l'art. 113, d. lgs. n. 267/2000, dopo aver previsto quale regola generale l'obbligo di indire e gestire procedure ad evidenza pubblica per la selezione della società di capitali cui affidare il servizio pubblico locale a rilevanza economica, eccettua due casi rispettivamente contemplati dalle lett. b) e c) della previsione citata. La gara infatti non è richiesta, così consentendosi l'affidamento diretto, quando si tratta di “società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche” (lett. b), ovvero di “società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”: previsione, quest'ultima che richiama la nozione tipicamente comunitaria di affidamento *in house*. Per un'approfondita disamina della figura organizzatoria del c.d. affidamento *in house* cfr. D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 247 ss.; Galesi, in *Urb. e app.*, 2004, cit. Cfr., anche, A. Annibaldi, *Gli*

sentenza resa nel caso Teckal,³² nella quale sono stati individuati i due criteri cumulativi, la cui contemporanea sussistenza consente di sottrarre alle procedure di aggiudicazione previste per gli appalti pubblici tutti quei rapporti intercorrenti tra una pubblica amministrazione ed un ente soggetto all'influenza dominante di quest'ultima.

La pronuncia della Corte di Giustizia consegue ad una questione pregiudiziale, proposta dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, relativamente all'interpretazione della direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, ed in particolare dell'art. 6, secondo cui: «la presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione (aggiudicatrice) [...], in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato».

Due le principali questioni scandagliate dalla Corte di Giustizia nella decisione indicata. Da un lato, quella dei criteri alla stregua dei quali individuare la normativa comunitaria applicabile per l'aggiudicazione di appalti misti, aventi ad oggetto tanto la fornitura di prodotti quanto la gestione di servizi. Dall'altro, una volta acclarata la prevalenza nel caso di specie della direttiva 93/36 in tema di appalti pubblici di forniture, quella della doverosa osservanza delle procedure di evidenza pubblica disciplinate dalla medesima direttiva allorché l'appalto debba essere affidato ad un ente che sia esso stesso amministrazione aggiudicatrice: ipotesi, quest'ultima, espressamente contemplata e regolamentata dall'art. 6 della direttiva 92/50 (ora art. 18 della direttiva unificata n. 18/2004) in tema di appalti pubblici di servizi, non anche, invece, dalla direttiva 93/36 afferente agli appalti di forniture.

Una breve esposizione della vicenda processuale è utile per la migliore comprensione del percorso ermeneutico seguito dai Giudici comunitari.

Il comune di Viano, senza osservare alcuna procedura di gara, ha affidato all'AGAC - consorzio costituito da diversi comuni, compreso quello di Viano, per la gestione dei servizi dell'energia e dell'ambiente, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 142/90- il servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali, segnatamente la conduzione e la manutenzione degli impianti termici degli edifici comunali interessati, compresi gli interventi migliorativi necessari, nonché la fornitura di combustibili. Avverso la delibera comunale ha proposto ricorso la Teckal (impresa privata operante

affidamenti "in house": dal diritto comunitario ai servizi pubblici locali, in *www.giust.it*. In giurisprudenza, cfr., Corte di giustizia CE, sent. 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal srl c. Comune di Vaiano e AGAC, in *www.europa.eu.int*, 51, ove si afferma che può eccezionalmente derogarsi alla regola che impone alle amministrazioni aggiudicatrici l'osservanza delle procedure di aggiudicazione di appalti allorché l'ente locale "eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano".

³² Corte Giust. CE, sez. V, sent. 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas - Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 227.

nel settore dei servizi di riscaldamento) lamentando il mancato rispetto delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla normativa comunitaria. Il Tar Emilia-Romagna, acclarata la sussistenza del limite di applicazione di 200.000 ECU, fissato dalle direttive 92/50 e 93/36, ha dovuto verificare quale delle direttive stesse dovesse trovare applicazione. Data la natura mista del compito affidato all'AGAC, il giudice a quo ha ritenuto di non poter escludere l'applicabilità dell'art. 6 della direttiva 92/50 a tenore del quale le procedure di evidenza pubblica non devono essere osservate allorché si tratti di appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato.

La Corte, sulla scorta dell'art. 2 della direttiva 92/50, ha quindi sostenuto, in primo luogo, che la prima delle due questioni sopra illustrate vada risolta alla stregua di un criterio meramente quantitativo: l'appalto pubblico avente ad oggetto nel contempo prodotti ai sensi della direttiva 93/36 e servizi ai sensi della direttiva 92/50 rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 qualora il valore dei prodotti previsti dal contratto sia superiore a quello dei servizi.

Ciò chiarito, i Giudici comunitari, verificata alla stregua del citato parametro quantitativo l'operatività -nel caso sottoposto al vaglio del Giudice *a quo*- della disciplina in tema di appalti di forniture, hanno escluso che la qualificabilità dell' AGAC come amministrazione aggiudicatrice potesse assumere rilievo in sede di perimetrazione dell'ambito di applicazione della direttiva 93/36: quest'ultima, infatti, non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici.

Osservano i Giudici comunitari, infatti, che la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno.

La circostanza che l'affidatario dell'appalto sia quindi qualificabile come organismo di diritto pubblico non esime certo dall'osservanza delle regole di gara.

Ciò impone, allora, di identificare con esattezza i criteri di distinzione tra gli elementi costitutivi della nozione di organismo di diritto pubblico e quelli in presenza dei quali, per giurisprudenza comunitaria, è consentito ricorrere all'affidamento c.d. *in house*.

Nella citata sentenza Teckal, in particolare, la Corte ha ritenuto che la normativa europea in tema di appalti pubblici non trova applicazione allorché manchi un vero e proprio

rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di «delegazione interorganica» o di servizio affidato eccezionalmente «*in house*». In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra una pubblica amministrazione ed una persona giuridica (formalmente) distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa solo quando ricorrano contemporaneamente i due criteri individuati dalla Corte:

- 1) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un «controllo analogo» a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- 2) il soggetto aggiudicatario deve «realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici» che lo controllano.

Si tratta allora di verificare se sussista un rapporto di sovrapposizione ovvero di diversità tra il requisito, costitutivo della nozione di organismo di diritto pubblico, della sottoposizione e all'influenza pubblica dominante e quello, necessario per l'affidabilità *in house* della prestazione, rappresentato dalla sottoposizione dell'affidatario ad un controllo dell'affidante “analogo” a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi.

Senza esaminare in questa sede l'elemento centrale dell'istituto dell'affidamento *in house*, è possibile osservare che il controllo “analogo”, diversamente dall'influenza pubblica dominante desumibile anche da un finanziamento maggioritario all'”attività”, presuppone sempre, invece, un controllo di tipo strutturale,³³ il solo idoneo ad attestare quell'ingerenza pubblica sull'organizzazione imprenditoriale tale da far assumere all'affidatario natura di prolungamento organizzativo dell'amministrazione controllante.

Il solo controllo sull'attività, invece, non consente di qualificare il rapporto fra i due soggetti interessati alla stregua di un legame organizzativo meramente interno all'amministrazione stessa;³⁴ è necessario, quindi, un controllo di tipo strutturale, ossia un effettivo potere di ingerenza dell'amministrazione controllante nell'organizzazione della produzione del prestatore *in house*.

Si consideri, tuttavia, che un controllo di tipo strutturale è anche quello richiesto dalla definizione normativa di organismo di diritto pubblico allorché desume la sussistenza dell'influenza pubblica dominante dalla titolarità in capo al soggetto pubblico del potere di nomina di un *quorum* qualificato dei componenti degli organi di direzione o vigilanza.

³³ Cfr. D. Casalini, cit., 260 e ss.

³⁴ Così, D. Casalini, cit. L'autore, peraltro, specifica che il controllo analogo dell'*in house providing* non si identifica con il controllo strutturale valido per l'organismo di diritto pubblico ed individuato nell'«influenza pubblica dominante», poiché sembra soddisfatto ogniqualvolta l'amministrazione controllante si riservi un potere di ingerenza nell'organizzazione della produzione del prestatore *in house* anche a carattere meramente sanzionatorio, per l'esito negativo del controllo sull'attività, oppure quando il mero controllo a posteriori sia idoneo ad influenzare le decisioni dell'organismo controllato. In tal senso si richiamano le conclusioni contenute in Corte Giust. CE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH.

Il problema relativo alla differenziazione tra il “controllo analogo” richiesto per l’affidabilità in house e l’influenza pubblica dominante cui deve soggiacere l’organismo di diritto pubblico pare, tuttavia, sdrammatizzato per effetto del recente intervento di Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, secondo il cui avviso «*la partecipazione, anche minoritaria, di un’impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*». ³⁵

La sentenza ha quindi voluto porre un freno all’esplosione del fenomeno, escludendo in modo totale l’operatività dell’*in house* in favore di soggetti affidatari partecipati (anche in via assolutamente minoritaria) da un privato sulla scorta di una presunta incompatibilità assoluta tra interessi pubblici e privati.

La Corte ha quindi ammesso gli affidamenti *in house* solo per i soggetti a totale partecipazione pubblica, requisito, quest’ultimo, certo non richiesto perché possano ravvisarsi gli estremi dell’organismo di diritto pubblico.

Si consideri, ancora, che lo stesso controllo azionario totalitario non è pacificamente ritenuto sufficiente ad integrare il presupposto del “controllo analogo”, alla cui integrazione concorrerebbero ulteriori fattori strutturali: profilo, questo, sul quale la Corte di Giustizia dovrà pronunciarsi essendo stata interrogata dalla quinta sezione del Consiglio di Stato con l’ordinanza di rinvio pregiudiziale 22 aprile 2004, n. 2316.

Con l’ordinanza citata, in particolare, si è chiesto alla Corte se “il possesso dell’intero capitale del soggetto affidatario, nella specie una società per azioni, possa garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell’organizzazione burocratica di una pubblica Amministrazione”.

Appare chiara, allora, la maggiore pregnanza del requisito del controllo analogo rispetto a quello della sottoposizione ad influenza pubblica dominante: se il primo comprende il secondo non può dirsi sempre vero l’assunto inverso.

Il tema relativo ai rapporti tra affidamento in house e organismo di diritto pubblico merita peraltro di essere esaminato anche sotto differente angolo visuale.

Ed invero, anche l’affidatario *in house*, proprio in quanto proiezione organizzativa e parte integrante dell’amministrazione controllante e affidante, deve considerarsi a sua volta amministrazione aggiudicatrice, come tale soggetta all’osservanza della disciplina pubblicistica, allorché intenda reperire sul mercato risorse strumentali all’esercizio dell’attività affidatagli senza gara.

³⁵ In www.giustamm.it, con commento critico di A. Clarizia.

Tale scontata considerazione induce a ritenere che l'affidatario *in house* integri un nuovo ed ulteriore nozione di amministrazione aggiudicatrice, cui si applica la disciplina di gara a carattere pubblicistico, al pari degli enti pubblici e degli organismi di diritto pubblico.

Ciò che preme in questa sede osservare è che tale sottoposizione alla disciplina pubblicistica discende dal solo fatto dell'intervenuto affidamento *in house* senza che debba certo procedersi al riscontro, in capo all'affidatario, dei requisiti propri dell'organismo di diritto pubblico, in specie quelle teleologico costituito dalla istituzionale preposizione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non commerciale o industriale.

5.2. Il requisito teleologico: la preposizione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale.

La mera sottoposizione all'influenza dominante dell'ente politico non è ancora sufficiente perché il soggetto possa qualificarsi come organismo di diritto pubblico: accanto ai requisiti costituiti dal possesso della personalità giuridica e dalle situazioni strutturali o funzionali (finanziamento o controllo pubblico o composizione degli organi direttivi o di vigilanza) attestanti l'esistenza di uno stretto collegamento con l'organizzazione amministrativa pubblica, le direttive comunitarie richiedono, infatti, un elemento di tipo negativo, prescrivendo che la persona giuridica sia istituita « per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale».

È in relazione a tale ultimo criterio di delimitazione della nozione in questione che sono sorte le maggiori difficoltà di carattere esegetico, tanto a livello dottrinale quanto sul piano giurisprudenziale.

La doverosa attenzione alla formulazione letterale induce ad osservare che la sola circostanza della istituzione dell'ente per la realizzazione di finalità di interesse generale non è ancora sufficiente perché lo stesso possa essere ricondotto alla nozione di organismo pubblico comunitario, essendo, al contrario, necessario verificare che non si tratti di persona giuridica istituzionalmente preordinata a realizzare interessi, sí di carattere generale, ma afferenti, tuttavia, allo sviluppo industriale o commerciale.

Nel procedere all'esegesi della parte più problematica della nozione in esame, quella cioè con la quale si indica il requisito negativo della finalizzazione dell'attività dell'ente al soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, non è possibile pertanto prescindere dall'esigenza di far luogo ad una lettura ed interpretazione unitaria della definizione fornita.

Tale lettura, in particolare, induce ad escludere la correttezza di qualsiasi tentativo inteso a porre in secondo piano il riferimento al carattere non commerciale o industriale dei bisogni al cui soddisfacimento l'ente deve orientare la propria attività, valorizzando oltre modo, invece, il riferimento normativo alla natura «generale» degli stessi.

Ed invero, tra le due peculiarità che devono contrassegnare i bisogni da soddisfare, ossia il carattere generale e quello non industriale o commerciale, quest'ultimo assume senza dubbio una maggiore importanza e pregnanza qualificatoria, se solo si considera che la necessaria funzionalizzazione degli organismi in questione al soddisfacimento di interessi di rilievo collettivo può normalmente ricavarsi già dall'altro indice definitorio costituito dalla sottoposizione dell'ente all'influenza dell'autorità pubblica: in assenza di tale finalizzazione dell'ente al perseguimento di un tal genere di interessi, infatti, non si comprenderebbero le ragioni dell'ingerenza dei pubblici poteri nella vita dell'organismo, sotto forma di finanziamento, controllo o composizione dei suoi organi di vertice.

E' quanto del resto ripetutamente sostenuto nella giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Si è precisato infatti che ai fini della qualificazione dell'ente aggiudicatore, il carattere non industriale o commerciale dell'attività deve ritenersi essenziale per la verifica della sussistenza del requisito sopra richiamato.³⁶ Non tutti i bisogni di interesse generale rivestono invero carattere non industriale o commerciale avendo il legislatore comunitario distinto tra bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e quelli, pure a connotazione generale, privi tuttavia del secondo requisito indicato.³⁷ Si impone pertanto un duplice e distinto accertamento; in prima battuta occorre valutare che l'attività al cui perseguimento l'ente è preposto sia volta al soddisfacimento di un interesse di carattere generale, avendo un impatto sulla collettività.³⁸ Solo allorché tale prima verifica dia esito positivo, è necessario verificarne la natura non industriale o commerciale: indagine, questa, più delicata e complessa come emergerà dall'esame delle pronunce dei giudici comunitari e nazionali.

5.2.1. La necessità di procedere alla doppia verifica relativa al carattere prima generale e poi non commerciale o industriale dei bisogni: il caso Ente Fiera.

L'esigenza di far luogo alla duplice verifica indicata, senza esaurire il riscontro del requisito finalistico che si esamina nell'accertamento della natura generale dei bisogni istituzionalmente

³⁶ Sentenza Gemeente Arnhem- BFI Holding, cit.

³⁷ Sentenza Gemeente Arnhem BFI holding, cit., punto, 36; sentenza del 10 maggio 2001, causa C-223/99 e C-260/99, Agorà, punto 32 e da ultimo sentenza del 22 maggio 2003, C-18/01, Taitotalo.

³⁸ Come ritenuto per l'organizzazione di fiere, nel caso dell'Ente Fiera di Milano, su cui v. *infra* nel testo.

perseguiti dall'ente, è emersa in tutta la sua chiarezza nella vicenda relativa alla qualificabilità in termini di organismo di diritto pubblico dell'Ente Fiera di Milano.

Si è registrata al riguardo una profonda evoluzione nella giurisprudenza interna, di cui è opportuno dare atto con l'intento di rimarcare come, sia pure gradualmente e dopo non poche oscillazioni, i Giudici nazionali siano venuti maturando l'esigenza di tenere distinti i profili relativi alla natura generale dei bisogni e al loro carattere non commerciale ed industriale.

In un primo arresto giurisprudenziale, relativo per l'appunto a controversia attinente agli atti emanati dall'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano nella fase dell'affidamento di un appalto per la costruzione di nuovi padiglioni espositivi, si è espressamente affermato che tale ente, « pur espletando attività di carattere commerciale », va qualificato come organismo di diritto pubblico ⁽³⁹⁾: in particolare, il giudice amministrativo è giunto a questa conclusione attraverso una scissione concettuale non condivisibile tra il carattere sicuramente commerciale dell'attività espletata dall'ente fieristico (quale quella relativa alla locazione degli spazi espositivi) e il carattere generale dei bisogni per il cui soddisfacimento l'ente stesso è stato istituito, tra i quali in particolare « quello di promuovere lo sviluppo economico, favorendo la conoscenza dei prodotti dell'industria italiana e straniera da parte dei commercianti e di una consistente massa di consumatori, con la realizzazione di un punto di incontro tra produttori, venditori e acquirenti ».

L'indirizzo ermeneutico seguito dal Consiglio di Stato è apparso invero difficilmente conciliabile con il dato normativo, nella parte in cui sembra attribuire rilevanza solo al primo dei requisiti richiesti dalla definizione di organismo di diritto pubblico, ossia quello costituito dall'essere l'ente « istituito per soddisfare bisogni di interesse generale », senza riconoscere alcuna importanza, nella ricostruzione della categoria giuridica in esame, al requisito negativo del «carattere non commerciale o industriale»: al contrario, come osservato, un orientamento interpretativo che intenda considerare la disposizione nella sua interezza non può prescindere dal valutare in concreto se i bisogni di interesse generale per il cui soddisfacimento l'ente è istituito abbiano carattere non commerciale o industriale, ovvero, aderendo ad altra tesi interpretativa, se l'attività concretamente svolta dall'ente presenti o meno tale carattere.

Ed invero, è agevole osservare, da un lato, che gli enti fieristici espletano, come lo stesso Consiglio di Stato ha rilevato, un'attività di tipo essenzialmente commerciale, dall'altro, che la loro istituzione, rispondendo all'esigenza che sia garantita una presenza di poteri pubblici nel sistema delle relazioni

³⁹ Cons. di Stato, Sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, 667 ss., con nota di M. Gola, *Appalti di opere ed enti pubblici economici: una questione da approfondire* e in *Giur. it.*, 1995, III, 525 ss., con nota di B. Mameli, *Gli enti fieristici e le procedure dell'evidenza amministrativa*, cit. A diversa conclusione era giunto il giudice di primo grado che, riconoscendo all'Ente autonomo Fiera di Milano natura giuridica di fondazione privata, e non invece di ente pubblico, aveva escluso l'applicabilità all'Ente stesso delle disposizioni dettate dal D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, di attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di appalti di lavori pubblici e declinato la propria giurisdizione. Cfr. Tar Lombardia, Sez. I, 24 marzo 1994, n. 221, in *I TAR*, 1994, I, 1850.

economiche, è senza dubbio funzionale al soddisfacimento di bisogni sí di interesse generale, ma aventi pur sempre carattere commerciale o industriale *in senso lato*.⁴⁰

La possibilità di qualificare l'Ente fiera come organismo di diritto pubblico è stata ribadita, ma alla stregua di motivazioni almeno in parte differenti, in un'ulteriore pronuncia con la quale il giudice amministrativo di primo grado, dopo aver sottolineato che «nell'ambito comunitario, la nozione di ente pubblico (come diffusamente elaborata da dottrina e giurisprudenza nazionali) è irrilevante ai fini dell'applicabilità della disciplina pubblicistica in tema di contrattazione», ha escluso che l'attività di promozione e di incentivo di determinati settori economico-produttivi, istituzionalmente espletata dall'Ente, sia riconducibile alla nozione comunitaria di «attività industriale o commerciale», afferendo quest'ultima solo ed esclusivamente «alla soddisfazione diretta della domanda di servizi del singolo cittadino-consumatore»: in particolare, ad avviso del Tar, l'ente è qualificabile come organismo di diritto pubblico anche quando, pur espletando un'attività di promozione e di incentivo di altrui attività economiche, e pur operando con una «strumentazione imprenditoriale» e con «criteri di economicità», non sia dedito tuttavia «all'esercizio immediato di attività industriale e commerciale»⁴¹.

Tale percorso motivazionale, pur prestandosi a rilievi critici, dal momento che, come lo stesso Consiglio di Stato aveva espressamente affermato nel precedente giurisprudenziale sopra indicato, l'attività di locazione degli spazi espositivi costituisce una tipica ipotesi di « esercizio immediato di attività commerciale », appare sul piano teorico più apprezzabile, trasparendo la consapevolezza dell'importanza da assegnare al requisito negativo del carattere non industriale o commerciale dei bisogni: la mera constatazione del loro carattere generale, infatti, non esonera il giudice amministrativo dallo sforzo ulteriore di dimostrare che gli stessi non presentino tale natura industriale o commerciale.

Al riguardo, il Tar sembra, in realtà, riferire, seguendo la formulazione letterale della definizione di organismo di diritto pubblico, tale requisito ai bisogni al cui soddisfacimento l'Ente stesso è

⁴⁰ L'indirizzo seguito dal Consiglio di Stato, del resto, è in contrasto con l'interpretazione seguita a livello comunitario: cfr., per quel che concerne gli enti fieristici, le decisioni della Commissione delle Comunità europee, 71/337/CEE, CEMATEX, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 277 del 1971; 71/498/CEE, UNIDI, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 228 del 1975; 77/722/CEE, BPICA, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 299 del 1977; 83/666/CEE, SMM & T., in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 376 del 1983; 86/499/CEE, VIFKA, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 291 del 1986; 18 settembre 1987, Internationale Dentschau, in *G.U.C.E.*, serie L, n. 293 del 1987; 69/90/CEE, EMO, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 69 del 1990.

⁴¹ Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 17 novembre 1995, n. 1365, in I TAR, 1996, I, 102 ss., ove si osserva che « nell'accezione comunitaria, l'attività industriale e commerciale estranea all'organismo pubblico comunque non riguarda l'attività di promozione e di incentivo di determinati settori economico-produttivi, afferendo invece alla soddisfazione diretta della domanda di servizi del singolo cittadino-consumatore. In buona sostanza, l'ente mantiene le connotazioni pubbliche del diritto comunitario anche quando si limiti a promuovere e coordinare le attività altrui, senza esercizio immediato di attività industriale o commerciale... l'Ente autonomo Fiera internazionale di Milano, pur espletando attività di carattere commerciale, quale è ad esempio quella relativa alla locazione dei propri spazi espositivi, è stato istituito per soddisfare bisogni di interesse generale, come la promozione dello sviluppo economico, attraverso la conoscenza dei prodotti dell'industria italiana e straniera da parte dei commercianti».

istituzionalmente orientato: ed invero, probabilmente muovendo dalla consapevolezza della difficoltà di sostenere che l'attività espletata dall'Ente fiera non presenta carattere commerciale, tale non potendosi non considerare l'attività di locazione degli spazi espositivi, il giudice amministrativo compie una valutazione di tipo teleologico, rilevando che, nella concezione comunitaria, per bisogno di tipo commerciale o industriale deve intendersi quello che trova soddisfazione mediante la diretta prestazione di servizi al singolo cittadino-consumatore, non anche, invece, quello soddisfatto con la mera promozione dello sviluppo economico.⁴²

A conclusione opposta è pervenuto, invece, *Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 1998, n. 1267*, che ha, viceversa, escluso la qualificabilità dell'Ente Fiera Milano in termini di organismo di diritto pubblico facendo perno sulla connotazione commerciale dell'attività fieristica, «legata alla promozione ed alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale».

La tesi negativa è stata poi accolta dalle *Sezioni Unite di Cassazione con sent. 97 del 4 aprile 2000*,⁴³ con la quale si è conseguentemente sostenuta la facoltà dell'Ente Fiera di affidare a terzi appalti senza l'obbligo di osservare le procedure di evidenza pubblica comunitaria: nel dettaglio, le Sezioni unite, pur riconoscendo la natura generale dei bisogni istituzionalmente soddisfatti dall'Ente fieristico, escludono la natura “non commerciale” degli stessi rimarcando la finalizzazione dell'attività espletata al soddisfacimento delle esigenze proprie del mercato, nonché, in particolare, il contesto tendenzialmente concorrenziale in cui lo stesso ente è destinato ad operare.

Da ultimo, sul punto, la *sentenza 10 maggio 2001* (in cause riunite C-229/99 e 260/99) con la quale la *Corte di Giustizia* ha considerato decisivo, al fine di escludere la qualificazione dell'Ente Fiera come organismo di diritto pubblico, la duplice circostanza per cui lo stesso agisce in concorrenza con altri operatori fieristici (circostanza non dirimente, come si vedrà, ma indiziante); e, soprattutto, il rilievo che detto soggetto opera, al fine di favorire l'incontro tra operatori privati, sopportando il rischio di perdite senza finanziamenti pubblici, e quindi essendo costretto ad una logica operativa che tende naturalmente ad assecondare meccanismi competitivi e concorrenziali. In sostanza l'ente, pur non perseguendo scopi lucrativi, segue una gestione che si fonda su criteri di rendimento, efficacia e redditività.⁴⁵

5.2.3. Il carattere non commerciale o industriale dei bisogni.

⁴² A conclusione opposta è pervenuto, invece, *Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 1998, n. 1267*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 1233, che ha escluso la qualificabilità dell'Ente Fiera Milano in termini di organismo di diritto pubblico facendo perno sulla connotazione commerciale dell'attività fieristica, « legata alla promozione ed alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale ».

⁴³ In *Urb. e app.*, n. 7/2000, 718, con commento di B. Mameli.

⁴⁵ In *Edilizia e territorio*, 20/2001 con nota di R. Mangani, *I giudici comunitari si sono pronunciati su due domande pregiudiziali*.

E' questo, come rilevato, il tratto costitutivo in relazione al quale si sono registrate le più consistenti perplessità interpretative, di molto stemperate a seguito dei più recenti interventi del Giudice comunitario e del sostanziale allineamento che agli stessi ha mostrato di operare la più interessante giurisprudenza nazionale.

Per vero, nella stessa giurisprudenza comunitaria si è assistito ad una certa evoluzione chiaramente sintomatica delle difficoltà riscontrate dagli stessi Giudici europei nel cogliere il significato vero di tale requisito: si può sostenere che, proprio in relazione a tale elemento, i Giudici europei hanno mostrato nel tempo di adeguare il proprio approccio interpretativo all'istituto dell'organismo di diritto pubblico sì da tener conto delle esigenze ultime perseguite dalla disciplina europea nel settore degli appalti pubblici.

Tale piena consapevolezza non era ancora emersa (o quanto meno non risultava pienamente esplicitata) nelle prime e più note pronunce intervenute al riguardo.

Tra queste quella resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Mannesmann*.⁴⁶

Alla disamina del percorso motivazionale sviluppato dal Giudice comunitario è opportuno anteporre la ricostruzione della vicenda amministrativa sottoposta al vaglio del *Bundesvergabeamt*, il Giudice austriaco che ha sollevato, ai sensi dell'art. 177 del Trattato, le questioni pregiudiziali sulle quali la Corte di Giustizia ha dovuto prendere posizione.

La Tipografia di Stato austriaca, ente economico che, oltre a poter esercitare altre attività, tra cui la produzione di stampati vari o l'edizione e la distribuzione di libri, giornali ecc., è istituzionalmente preposto, ai sensi dell'art. 2 della legge austriaca n. 340 del 1 luglio 1981, alla produzione, in favore dell'amministrazione federale, di stampati in relazione ai quali è imposto l'obbligo del segreto o l'osservanza di norme di sicurezza, quali passaporti, patenti, carte di identità, Gazzetta ufficiale, acquistava nel febbraio del 1995 la *Strohal Gesellschaft mbH* e nell'ottobre dello stesso anno costituiva, per il tramite della società ormai acquisita, la *Strohal Rotationsdruck GesmbH*, con capitale quasi interamente detenuto dalla predetta struttura societaria: immediatamente dopo, la Tipografia di Stato austriaca bandiva un appalto per la progettazione e l'esecuzione degli impianti tecnici necessari perché la costituita *Strohal Rotationsdruck GesmbH* potesse dare inizio alla

⁴⁶ Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GesmbH, in *Foro it.*, 1998, IV, 133, con nota di R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 437 ss., con commento di Guccione, *Gli organismi di diritto pubblico nella normativa comunitaria sugli appalti*, e in *Urbanistica e appalti*, 1998, 431 ss., con nota di C. Viviani, *Gli organismi di diritto pubblico davanti alla Corte di Giustizia. Una recente disamina della nozione di organismo di diritto pubblico si rinviene in Corte di Giustizia*, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, GEMEENTE ARNHEM, Gemeente Rheden e BFI Holding BV, non ancora in Raccolta. Vedi più di recente Corte di Giustizia, sed. plen. 10 novembre 1998, la quale ha evidenziato che bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale ben possono essere soddisfatti da imprese private, sez. V, 7 dicembre 1998.

relativa attività, riservandosi il diritto di trasferire in qualsiasi momento i diritti e gli obblighi contrattuali ad un terzo, ossia prevedibilmente allo stesso suindicato organismo societario.

Tale bando determinava l'insorgere, tra l'associazione austriaca delle imprese industriali d'impianti edilizi, da un lato, e la Tipografia austriaca e la *Strohal Rotationsdruck GesmbH*, dall'altro, di una controversia afferente alla qualificabilità dell'ente appaltante come amministrazione aggiudicatrice: questione, questa, alla cui soluzione è inevitabilmente ed inscindibilmente connessa quella della necessità o meno di osservare nel caso di specie le procedure dell'evidenza pubblica comunitaria.

Nel dare risposta alle questioni pregiudiziali sottoposte al suo vaglio dal Giudice austriaco, il Giudice comunitario si è mostrato ben consapevole dell'esigenza di riconoscere la dovuta importanza, in sede di ricostruzione della nozione di organismo di diritto pubblico, al requisito negativo in esame.

La Corte di Giustizia ha, in primo luogo, esaminato la questione della riconducibilità della Tipografia di Stato austriaca alla nozione di organismo di diritto pubblico: al riguardo, la Corte, acclarato che si tratta di soggetto avente personalità giuridica e riscontrata la sua sottoposizione all'« influenza dominante » dello Stato (sottoposizione desunta dalle modalità di nomina del direttore generale, dalla soggezione al controllo della Corte dei conti e di un ufficio statale incaricato di vigilare sugli stampati soggetti ad un regime di sicurezza, nonché ancora dalla partecipazione maggioritaria dello Stato al relativo capitale), è passata a verificare se sia stato tale ente « istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale ».

Sul punto, i Giudici di Lussemburgo hanno valorizzato la circostanza per cui l'attività di produzione di documenti istituzionalmente spettante all'ÖS è immediatamente diretta al soddisfacimento di bisogni strettamente afferenti « all'ordine pubblico ed al funzionamento istituzionale dello Stato », bisogni « che esigono una garanzia di approvvigionamento e condizioni di produzione che garantiscano il rispetto delle norme di riservatezza e di sicurezza »: la Corte, in particolare, è giunta a tale risultato logico sottolineando, da un lato, la istituzionale preposizione dell'ente alla produzione, in esclusiva, di documenti amministrativi ufficiali, taluni dei quali soggetti al segreto o all'osservanza di norme di sicurezza, come i passaporti, le patenti e le carte d'identità, altri destinati alla diffusione di testi legislativi, regolamentari ed amministrativi dello Stato, dall'altro, la determinazione dei prezzi degli stampati ad opera di un organismo a composizione prevalentemente pubblica⁴⁷ e la sottoposizione degli stampati medesimi, allorché soggetti a regime di sicurezza, alla vigilanza di un ufficio statale.

⁴⁷ L'art. 12 della legge federale sulla Tipografia di Stato austriaca, infatti, prevede che i prezzi degli ordinativi sono fissati — secondo le norme che regolano il commercio e tenendo conto, in particolare, della necessità di conservare capacità disponibili — su domanda del direttore generale dell'ÖS, dal Consiglio economico, composto, secondo l'art. 8,

Nell'ambito del percorso logico volto ad escludere il carattere commerciale o industriale dei bisogni di interesse generale istituzionalmente soddisfatti dalla tipografia di Stato austriaca, il Giudice comunitario sembra, quindi, riconoscere una valenza decisiva alla circostanza per cui l'ente in questione, ancorché dotato di un apparato imprenditoriale e tenuto al rispetto delle «norme che regolano il commercio» (art. 1, co. 2°, della citata legge federale sulla Tipografia di Stato austriaca n. 340/1981), non è istituzionalmente preposto al soddisfacimento di bisogni diffusi, atteso che, lungi dal prestare servizi in favore della collettività, ossia dei singoli e molteplici consumatori, fa fronte alle esigenze del singolo ente di riferimento: nell'argomentare il carattere non commerciale o industriale dei bisogni soddisfatti dall'ÖS, la Corte rimarca, infatti, la funzionalizzazione dell'attività demandata all'ente in questione al « funzionamento istituzionale dello Stato » ed alla soddisfazione, quindi, delle relative esigenze di approvvigionamento di documenti.

La natura non commerciale o industriale dei bisogni generali al cui soddisfacimento la Tipografia di Stato è deputata viene desunta dal fatto di essere istituzionalmente preposta all'approvvigionamento dello Stato, anziché al soddisfacimento dei bisogni diffusi della collettività.

I Giudici comunitari vogliono in tal modo valorizzare il fatto che la Tipografia non opera in un regime competitivo, fruendo di un'esclusiva per quel che attiene alla produzione in favore della amministrazione pubblica di talune tipologie di documenti: non risulta, tuttavia, ancora del tutto chiarito il significato dell'espressione “non commerciale o industriale” e le esigenze sostanziali sottese alla sua inclusione nella definizione normativa di organismo di diritto pubblico.

Un passo in avanti, ancora tuttavia insufficiente, il Giudice comunitario lo compie nella direzione esposta con la *sentenza del 10 novembre 1998 resa nel caso BB Holding*.

Due Comuni olandesi decidono di procedere alla fusione dei rispettivi servizi di gestione della raccolta dei rifiuti direttamente affidandoli ad una società appositamente costituita, senza previamente indire ed espletare una procedura di gara: alle contestazioni mosse in giudizio dalla società BB Holding che, operando in quel settore di mercato, lamentava per l'appunto l'affidamento di quel servizio in assenza della procedura di evidenza regolamentata dalla normativa comunitaria, i due Comuni olandesi invocano l'applicabilità al caso in questione dell'art. 6 della direttiva concernente gli appalti di servizi, in forza del quale i meccanismi di gara non vanno necessariamente azionati allorché affidatario dell'appalto sia un soggetto riconducibile nella nozione europea di amministrazione aggiudicatrice e, quindi, di organismo di diritto pubblico.

Assume, pertanto, carattere decisivo la questione della qualificabilità in termini di organismo di diritto pubblico della società cui i due Comuni olandesi avevano affidato il servizio di gestione dei rifiuti.

n. 2, di dodici membri di cui otto sono nominati dalla Cancelleria federale o da diversi ministeri e quattro dal consiglio d'impresa.

Nella citata sentenza la Corte di Giustizia enuncia due principi destinati ad assumere importanza decisiva in sede di scrutinio degli indirizzi seguiti dai Giudici nazionali (vedi paragrafo che segue). Da un lato, *il Giudice comunitario esclude a chiare lettere che possa avere rilievo ostativo alla riconducibilità dell'ente nella nozione in esame la sua veste societaria*; dall'altro, rimarca che in sede di ricostruzione di siffatta tipologia di soggetto pubblico comunitario non è decisivo il regime giuridico cui è sottoposta l'attività dallo stesso espletata, quanto, piuttosto, la natura e consistenza dei bisogni per il cui soddisfacimento lo stesso è istituito ed opera.

In particolare, *non è determinante in senso preclusivo la circostanza che l'ente operi in regime di concorrenza con altri soggetti*: tale circostanza, infatti, pur sintomatica della natura commerciale ed industriale dei bisogni soddisfatti dall'ente, non è sempre decisiva, posto che lo stesso genere di attività può essere talvolta istituzionalmente diretta ad appagare bisogni di altra natura.

I giudici comunitari riferiscono, quindi, il requisito in discussione non già all'attività espletata o alle modalità di gestione della stessa, quanto piuttosto ai bisogni per il cui soddisfacimento l'ente è istituito ed opera: sicché, un ente, ancorché operante nel rispetto di criteri commerciali e nell'esercizio di un'attività a carattere imprenditoriale, può essere ugualmente sussunto nella nozione di organismo di diritto pubblico, allorché i bisogni dallo stesso istituzionalmente soddisfatti non assumano carattere industriale o commerciale, afferendo, per esempio, come ritenuto con riguardo al caso BB Holding, alla tutela della salute pubblica e dell'ambiente. L'attività di raccolta e trattamento dei rifiuti è stata vista come riconducibile a bisogni di carattere generale, in quanto correlata a esigenze di salute pubblica e tutela ambientale, che i privati non riuscirebbero (o potrebbero non riuscire a garantire); di qui il titolo giustificativo dell'intervento statale, con la creazione di un organismo che in ogni caso soddisfi dette esigenze generali nell'assunto che il libero gioco della concorrenza dei soggetti privati possa non essere sufficiente.

Della sentenza citata, tuttavia, il passaggio più importante è proprio quello con il quale si rimarca l'importanza che, in sede di verifica circa la sussistenza del requisito negativo in esame, assume la circostanza che il soggetto opera in ambiente concorrenziale.

Il fatto che il soggetto operi in un mercato a concorrenza articolata è indicato quale fattore altamente indiziante, ancorché di per sé non sempre decisivo, della natura commerciale dei bisogni soddisfatti e della non qualificabilità del soggetto stesso in termini di organismo di diritto pubblico.

Il percorso evolutivo della giurisprudenza comunitaria trova il suo momento di maggiore consapevolezza nella sentenza 22 maggio 2003, C.18/2001, resa nel caso Taitotalo.

Secondo la Corte, a natura non industriale o commerciale dei bisogni istituzionalmente soddisfatti può dirsi sussistente allorché si tratti di bisogni che da un lato sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di servizi e beni sul mercato e, dall'altro, al cui soddisfacimento lo Stato preferisce

provvedere direttamente ovvero con modalità organizzative tali da consentirgli di mantenere un'influenza dominante.⁴⁸

L'esame oggettivo suggerito dalla Corte riguarda il contesto e le modalità specifiche in cui si svolge l'attività dell'ente. In particolare, il fatto che il soggetto operi in un contesto concorrenziale non è considerato di per sé sufficiente, ma non è neppure ritenuto un fattore irrilevante, dato che l'esistenza di una concorrenza può costituire un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale ha carattere industriale o commerciale.⁴⁹ Secondo i giudici comunitari occorre prendere in considerazione diversi fattori ed in particolare se il soggetto: i) opera in normali condizioni di mercato, ii) persegue scopi di lucro e iii) subisce le perdite commerciali connesse all'esercizio della sua attività. In queste ultime ipotesi, si potrebbe invero difficilmente sostenere che i bisogni generali perseguiti abbiano carattere non industriale o commerciale. Da questo approccio fattuale, consegue che non vi sarebbe alcuna ragione per applicare in questo ambito le direttive comunitarie in materia di appalti, proprio in considerazione del fatto che un soggetto che persegue uno scopo di lucro e che assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate, non potendo quindi contravvenire ai principi di trasparenza e concorrenzialità che costituiscono il fondamento stesso della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.⁵⁰

A tale ultimo indirizzo, volto a suggerire un approccio fattuale, caso per caso, si è allineata la giurisprudenza nazionale nel caso Grandi Stazioni S.p.a.

Nel sostenere la natura non commerciale o industriale dei bisogni perseguiti dalla citata società, la sesta Sezione del Consiglio di Stato, nell'ordinanza di rimessione n. 167/2004, valorizza infatti proprio gli elementi indizianti elencati dalla Corte di Giustizia nel caso Taitotalo.

Dimostrando di condividere in pieno l'impostazione dei Giudici comunitari, in fatti, i Magistrati di Palazzo Spada, sulla scorta di un attento esame dello statuto, del contratto tra F.S. e Grandi Stazioni s.p.a., del bando e disciplinare dell'appalto di servizi affidato, osservano che:

- "Grandi Stazioni s.p.a. utilizza i complessi immobiliari di 14 stazioni ferroviarie, che rimangono di proprietà di Ferrovie;

⁴⁸ Sentenza Taitotalo, cit punto 47 e sentenza Siepsa par. 80; sul punto si veda anche ordinanza del Consiglio di Stato di rimessione all'adunanza plenaria n. 167/04, punti 15 e ss.

⁴⁹ Sentenza BFI Holding, cit, punto 48 e 49.

⁵⁰ Sentenza Taitotalo, cit., punto 51; e sentenza Siepsa, par. 81 e 82; inoltre sull'esigenza di un'analisi fattuale si veda sentenza Truely punto 44. La ratio delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici è che esse si applicano dove non c'è concorrenza e hanno lo scopo di assicurare che non vi sia violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione, in quanto attraverso le procedure di evidenza pubblica l'ente finanziato o controllato dallo Stato si lascia guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98 University of Cambridge, punto 17).

- Grandi Stazioni s.p.a. gestisce non solo immobili occasionalmente connessi con le infrastrutture ferroviarie, ma anche quelle porzioni delle stazioni ferroviarie, che sono in parte esse stesse infrastrutture ferroviarie e in parte strettamente strumentali alle infrastrutture ferroviarie;
- per questa seconda parte di attività Grandi Stazioni s.p.a. non persegue solo fini di carattere commerciale/industriale, ma anche fini di interesse generale non aventi carattere commerciale/industriale;
- in particolare, è da qualificare come interesse generale quello della corretta ristrutturazione, manutenzione e utilizzazione degli spazi di stazione costituenti infrastruttura ferroviaria o a questa direttamente connessi e strumentali, atteso che le stazioni ferroviarie sono utilizzate dalla collettività indifferenziate precipuamente per la fruizione del servizio di trasporto ferroviario;
- Grandi Stazioni s.p.a. è tenuta a provvedere, tra l'altro, alla pulizia di opere che si possono qualificare infrastrutture ferroviarie in senso stretto (binari e relativi marciapiedi), e di opere che per essere strettamente strumentali a queste ultime (le sale di attesa, le biglietterie, i posti di polizia e simili, i depositi bagagli e i servizi igienici), sono qualificate dal diritto comunitario, parimenti, come infrastrutture ferroviarie, nell'ambito della nozione di «edifici al servizio delle infrastrutture» (si potrebbero definire come infrastrutture ferroviarie in senso lato);
- il servizio di pulizia di infrastrutture ferroviarie e di spazi strettamente connessi al servizio di trasporto ferroviario, quali sale di attesa, biglietterie, posti di polizia, depositi bagagli, assume i connotati di servizio strumentale al servizio pubblico di trasporto ferroviario, volto a soddisfare un bisogno di interesse generale non avente carattere commerciale o industriale; sicché la pulizia delle infrastrutture ferroviarie in senso stretto e in senso lato costituisce un interesse generale, perché soddisfa un bisogno dell'intera collettività;
- Grandi Stazioni s.p.a. non opera in regime di concorrenza per ciò che attiene all'utilizzo e riqualificazione e manutenzione delle stazioni, ma è monopolista di tali attività: secondo l'art. 1.3. del contratto le è concesso «lo sfruttamento economico in esclusiva» dei complessi immobiliari delle stazioni;
- Grandi Stazioni s.p.a. non assume in proprio il rischio e i costi del servizio di pulizia per cui è processo;
- Grandi Stazioni s.p.a. non offre il servizio di pulizia sul mercato, solo ai singoli consumatori, ma lo effettua precipuamente nell'interesse di F.S. che ne sopporta in via principale il costo;
- il costo finale di tali servizi è a carico non di Grandi Stazioni s.p.a., ma degli utilizzatori dei complessi immobiliari, tra cui F.S. – Divisione infrastrutture;
- Grandi Stazioni s.p.a. opera, in definitiva, nella gestione di tali servizi, quale *longa manus* di F.S.

È vero che Grandi Stazioni s.p.a. è tenuta ad affidare il servizio di pulizia con criteri imprenditoriali, ma il criterio imprenditoriale che connota la gestione delle stazioni ferroviarie, attiene, appunto, al criterio gestionale dell'attività, ma non alla natura degli interessi in gioco.

Il criterio imprenditoriale della gestione, come insegna la Corte comunitaria, non comporta di per sé il carattere commerciale o industriale degli interessi a cui è finalizzata la istituzione di Grandi Stazioni s.p.a.

Si deve ritenere che Grandi Stazioni s.p.a., nel cui oggetto sociale è compreso, tra l'altro, il servizio di pulizia dei complessi immobiliari di 14 grandi stazioni italiane, costituisce organismo di diritto pubblico perché, oltre ad avere personalità giuridica ed essere sottoposta ad influenza pubblica, è stata istituita per il «soddisfacimento di un bisogno generale avente carattere non commerciale o industriale», nel significato che ha tale espressione secondo il giudice comunitario.

È infatti un bisogno di interesse generale la corretta manutenzione delle stazioni ferroviarie che sono utilizzate dalla collettività indifferenziata per fruire del trasporto ferroviario.

Tale bisogno di interesse generale non ha, nella sua concreta articolazione e disciplina, carattere commerciale o industriale in quanto:

- Grandi Stazioni s.p.a. non opera in regime di concorrenza, perché per contratto ha acquisito «lo sfruttamento economico in esclusiva» dei complessi immobiliari delle Stazioni;
- Grandi Stazioni s.p.a. non sopporta in proprio il costo e il rischio del servizio di pulizia delle stazioni, perché Grandi Stazioni s.p.a. addebita tale costo, secondo il criterio millesimale, a Ferrovie – Divisione Infrastrutture e alle altre Divisioni di Ferrovie e agli altri utilizzatori dei Complessi Immobiliari, e percepisce in ogni caso, a prescindere dal buon esito dei contratti di pulizia, una provvigione fissa del 6% del prezzo contrattuale”.

5.3. La personalità giuridica.

L'unico profilo problematico postosi in relazione a quest'ultimo elemento costitutivo attiene alla idoneità della nozione di organismo di diritto pubblico a ricomprendere, in uno alle persone giuridiche cui in ambito nazionale si riconosce natura pubblica, quelle di diritto privato.

Sul tema si è registrato un dibattito quasi esclusivamente nazionale, essendosi subito schierata la Corte di Giustizia nel senso della indifferenza della forma giuridica di diritto interno in sede di ricostruzione della nozione europea di organismo di diritto pubblico.

A livello nazionale, la questione assume un rilievo applicativo centrale, attesa la diffusione degli organismi societari a partecipazione pubblica, tra cui, in particolare, quelli costituiti a livello locale in ossequio alla previsione normativa di cui all'art. 22 della L. n. 142/1990 (ora artt. 113 e 117 del D.Lgs. 267/2000), che ha espressamente riconosciuto tra le possibili forme di gestione dei servizi

pubblici locali la « società per azione a prevalente capitale pubblico locale, qualora, in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio da erogare, si renda necessaria la partecipazione di più soggetti pubblici o privati, nonché quelli provenienti dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici economici.

Per quel che concerne gli appalti di servizi, in specie, deve, inoltre, prendersi atto della duplice rilevanza della questione della riconducibilità degli enti societari in esame alla nozione di organismo di diritto pubblico, dal momento che l'art. 6 della direttiva n. 92/50/CEE (ora art. 8 della direttiva unificata n. 18/2004), in materia appunto di appalti pubblici di servizi,⁵¹ esenta dall'ambito di operatività della relativa disciplina quegli appalti «aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'art. 1, lett. b), in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato», con la conseguenza che la nozione in esame assume importanza al fine di individuare, non solo i soggetti che, in sede di aggiudicazione di appalti a terzi, sono tenuti ad osservare le regole comunitarie dell'evidenza pubblica, ma anche quelli ai quali, in quanto qualificabili come «amministrazioni aggiudicatrici», possono essere direttamente affidati appalti di servizi da parte di altre «amministrazioni aggiudicatrici», senza che debbano rispettarsi le procedure dell'evidenza pubblica imposte dalla disciplina comunitaria.

Nel dibattito dottrinale è possibile enucleare distinte posizioni: si tratta, in realtà di un contrasto interpretativo che non trova sponda nella giurisprudenza comunitaria che, fermamente, sostiene l'indifferenza della veste societaria dell'ente in sede di verifica della sua incasellabilità nella nozione di organismo di diritto pubblico.

Nel dibattito nazionale si contendono il campo *la tesi gestionale* (ormai isolata) e *quella funzionale*. Non si condivide, al riguardo, il primo orientamento dottrinale che, ritenendo connaturata alla stessa forma societaria una connotazione imprenditoriale di tipo commerciale e ritenendo incompatibile, anche sul piano letterale, la nozione di organismo di diritto pubblico con quella di società di capitali, da considerare, ad avviso dei fautori di tale indirizzo, soggetto giuridico di natura necessariamente privatistica, tende aprioristicamente ad escludere in modo assoluto che organismi societari di tal genere possano essere ricondotti alla categoria comunitaria in questione.⁵²

Tale eccessiva valorizzazione di aspetti formali non appare infatti coerente né con l'atteggiamento del legislatore comunitario, attento, invece, ai profili di tipo sostanziale, né, tanto meno, con la stessa evoluzione che ha caratterizzato la normativa comunitaria in tema di appalti pubblici, sí da determinare un ampliamento dell'ambito soggettivo di efficacia della stessa: in primo luogo, infatti,

⁵¹ Tale norma è stata riprodotta dall'art. 5, comma 2, lett. b), del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 con cui la direttiva citata è stata recepita nel nostro ordinamento.

⁵² A. Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 159 ss., in part. 184 ss.

è stato osservato che il legislatore europeo sembra di frequente incorrere in « incertezze ed approssimazioni [...] alle prese con tematiche organizzative nelle quali occorre trattare con concetti spesso di per sé connotati da forte relatività ed ambiguità, e non sempre univocamente intesi o addirittura non sempre usati nei diversi ordinamenti degli Stati membri-senza dire della necessità di esprimersi con terminologie giuridiche di lingue diverse che in realtà sono spesso reciprocamente intraducibili». ⁵³

D'altra parte, quella tendenza dottrinale ad attribuire particolare rilevanza a profili di tipo formale e alla ritenuta incompatibilità della natura privatistica della società di capitali rispetto al carattere pubblicistico dell'organismo di cui alle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici, oltre a non tenere conto della fondamentale circostanza per cui quelle comunitarie sono nozioni del tutto autonome rispetto alle figure soggettive conosciute dai singoli ordinamenti degli Stati membri, con la conseguenza che la loro ricostruzione non può essere dalle stesse condizionate, non sembra prestare la necessaria considerazione alle ragioni che hanno determinato il legislatore comunitario nel passare da una definizione di tipo chiuso delle Amministrazioni aggiudicatrici ad una più elastica, caratterizzata dalla mancata previsione di una tassativa elencazione e dall'indicazione normativa di una serie di indici di riconoscimento della natura pubblica comunitaria, consistenti in condizioni di tipo finalistico ed organizzativo: ragioni tra cui, in specie, la chiara consapevolezza che su distinzioni e classificazioni di tipo puramente formale avrebbero potuto fondarsi agevoli manovre elusive della disciplina in tema di appalti pubblici da parte di quei Paesi membri nei quali l'esercizio di servizi e funzioni pubbliche sono non di rado affidate ad enti aventi forma diversa da quella dei tipici enti pubblici. ⁵⁴

I criteri alla stregua dei quali verificare la riconducibilità del singolo ente, quale che sia la forma giuridica assunta nell'ambito del singolo ordinamento nazionale, alla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico sono, pertanto, quelli precedentemente esposti in sede di esame degli elementi costitutivi della nozione medesima.

Si è così affermata la tesi funzionale in forza della quale devono considerarsi organismi di diritto pubblico tutti gli enti, compresi quelli aventi forma societaria, la cui attività sia finalizzata a produrre utilità strumentali per l'interesse generale e comunque «aventi carattere non industriale o

⁵³ D. Sorace, *op. cit.*, 374-375.

⁵⁴ Cfr., in tal senso, L. Righi, *op. cit.*, 355-356. In giurisprudenza, la compatibilità tra conformazione societaria e la nozione comunitaria in questione è stata riconosciuta, con riferimento alle società locali, da Cons. Stato, Sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1428, che ha ravvisato gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico nella società Agenzia romana per la preparazione del Giubileo costituita, ai sensi dell'art. 22 L. n. 142/1990, dal Comune di Roma, unitamente con la Provincia di Roma, la Regione Lazio e la Camera di commercio (con la successiva partecipazione della Cassa depositi e prestiti), per la gestione appunto dei servizi correlati al Giubileo.

commerciale», in quanto «non assoggettate a regole di mercato e dunque non perseguite sulla base di criteri strettamente imprenditoriali»⁵⁵.

Si tratta dell'indirizzo seguito nella decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1478/1998, con la quale è stata reputata decisiva ai fini della soluzione delle questione definitoria la circostanza che la società Interporto di Livorno fosse deputata alla gestione di un servizio pubblico non in regime di concorrenza, sí da atteggiarsi ad organo destinato a sostituire l'ente pubblico nell'espletamento di funzioni istituzionali. Al riguardo, è stato rilevato che la qualificazione di una società come organismo di diritto pubblico non è neanche pregiudicata dalla circostanza che la società eserciti altre attività imprenditoriali diverse rispetto a quelle reputate di interesse pubblico, dal momento che la qualità di organismo di diritto pubblico può anche riguardare un singolo settore di attività (purché abbia una sua coerenza interna e sia circoscritto da alcuni dati di univoca percezione) e che lo *status* di organismo non dipende dall'importanza relativa che assumono, nel panorama complessivo delle attività del soggetto, gli individuati bisogni di carattere non industriale e commerciale.⁵⁶

L'orientamento va ulteriormente sviluppato considerando le più recenti acquisizioni della giurisprudenza comunitaria prima illustrata: la qualifica di organismo di diritto pubblico va esclusa ogni qualvolta, sulla scorta di un approccio fattuale attento alle peculiarità del caso concreto, la società sia partecipata da un soggetto pubblico che, lungi dal voler operare alla stregua di mero investitore pronto a muoversi nel rispetto dei parametri propri di un imprenditore destinato ad operare sul mercato, persegue scopi di altra natura strumentalizzando a tal fine lo strumento societario, al riparo pertanto dai rischi economici propri di una comune gestione di impresa.

Nella giurisprudenza comunitaria, a va sul punto segnalato l'intervento di *Corte di Giustizia*, 15 maggio 2003, che, pronunciandosi nel senso dell'illegittimità comunitaria della legislazione spagnola laddove escludeva dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, gli enti pubblici con status privatistico, ha sostenuto che “non si può interpretare la nozione di organismo di diritto pubblico impiegata dall'art. 1, lett. B), secondo comma, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, nel senso che per gli Stati sia lecito escludere direttamente le società commerciali sotto controllo pubblico dall'ambito di applicazione soggettivo di tali direttive ...”.

6. Organismi di diritto pubblico e accesso: i casi giurisprudenziali. La recente riscrittura dell'art. 22, legge n. 241/1990.

⁵⁵ L. Righi, *op. cit.*, 361. A tale orientamento aderisce D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss., in part. 76.

⁵⁶ Così Cons. Stato, sez. V, 1° aprile 2000, n. 2078.

La capacità delle nozioni comunitarie di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica di incidere sulla soluzione di delicate questioni di diritto interno si è manifestata, di recente, proprio in tema di accesso ai documenti amministrativi: è noto, al riguardo, che ai sensi dell'art. 23 della L. 241/1990, i soggetti obbligati a consentire l'esercizio del diritto di accesso sono le amministrazioni dello Stato, ivi comprese le aziende autonome, gli enti pubblici e i concessionari di pubblici servizi. Si è posta, in giurisprudenza, la questione della operatività delle norme di cui alla L. n. 241/90 con riferimento agli atti delle procedure di gare ad evidenza pubblica comunitaria svolte da soggetti che, sussumibili nel novero degli organismi di diritto pubblico, non siano qualificabili, tuttavia, come enti pubblici alla stregua dell'ordinamento nazionale.

Il problema, in particolare, è stato portato per la prima volta al vaglio giurisprudenziale con riferimento agli atti della procedura di licitazione privata espletata, per l'affidamento di un appalto di servizi per importo superiore alla soglia comunitaria, dall'Ente Fiera di Milano⁵⁷: al riguardo, il Giudice amministrativo, nel motivare l'annullamento del provvedimento di diniego della richiesta ostensiva, oltre a richiamare l'indirizzo giurisprudenziale propenso a riconoscere l'azionabilità del diritto di accesso con riguardo all'attività di diritto privato svolta da enti di sicura dominanza pubblicistica, ha valorizzato la natura di organismo di diritto pubblico ascrivibile all'Ente in questione (prima della svolta interpretativa sopra illustrata).

In realtà, nello stringato apparato motivazionale i Giudici meneghini, richiamando, quasi alternativamente, la questione della permeabilità dell'attività di diritto privato e quella della ravvisabilità nell'Ente Fiera dei requisiti costitutivi propri della figura comunitaria dell'organismo di diritto pubblico⁵⁸, sembrano sovrapporre due profili diversi, afferenti, rispettivamente, alla delimitazione dell'ambito oggettivo e soggettivo dell'accesso.

Il nodo da sciogliere, in effetti, è quello della applicabilità della disciplina di cui agli artt. 22 ss. della L. n. 241/90 nei confronti di soggetti che, pur non essendo qualificabili come enti pubblici alla stregua dei criteri di classificazione in uso nel diritto interno, siano soggetti pubblici in base ad una normativa di settore di fonte comunitaria.

Un maggiore impegno motivazionale connota, invece, l'impostazione ermeneutica elaborata dal Tar Lombardia nel dare soluzione ad una vicenda originata dalla presentazione di una richiesta ostensiva avente ad oggetto gli atti di una gara ad evidenza pubblica comunitaria effettuata

⁵⁷ Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 3 marzo 1998, n. 440, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 976, con commento di F. Caringella, *Rito abbreviato, ricorso incidentale e organismi di diritto pubblico*.

⁵⁸ Non si trascuri, d'altra parte, che, come rilevato, la qualificabilità dell'Ente Fiera come «organismo di diritto pubblico» è tutt'altro che scontata. *Contra*, in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 1998, n. 1267, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 1233, che ha escluso la qualificabilità dell'Ente Fiera Milano in termini di organismo di diritto pubblico facendo perno sulla connotazione commerciale dell'attività fieristica, «legata alla promozione ed alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale».

dall'Agip S.P.A.:⁵⁹ quest'ultima società aveva addotto, a sostegno del rigetto dell'*actio ad exhibendum*, la propria veste societaria e, pertanto, la propria natura privata, inferendone la propria non assoggettabilità alle regole della trasparenza amministrativa dettate dalla L. n. 241/1990.

Il Giudice amministrativo di primo grado, invece, mostrandosi di contrario avviso, enuncia il principio secondo cui «in tutti i casi in cui il soggetto precedente esplica attività funzionalizzata mediante lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica comunitaria» deve trovare applicazione la disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi, in quanto la caratterizzazione pubblicistica dell'attività svolta rende irrilevante la natura privatistica o la veste societaria dell'ente in questione.

Il Tribunale amministrativo, pertanto, sposta l'analisi sul versante oggettivo, sottolineando che, nel perimetrare l'ambito di invocabilità del diritto di accesso, occorre fare riferimento, non tanto alla « natura formale dell'ente » nei cui confronti è esercitata l'*actio ad exhibendum*, quanto, piuttosto, alla « natura in concreto dell'attività svolta », con la conseguenza che le regole sulla trasparenza vanno rispettate «in ogni caso di azione funzionalizzata, da conformare ai principi dell'imparzialità ex art. 97 Cost.».

L'attenzione del legislatore del 1990 verso le peculiarità sostanziali dell'attività effettivamente demandata all'ente, anziché per le questioni afferenti alla qualificazione formale dell'ente stesso, è desunta, peraltro, da un dato di diritto positivo, costituito dall'« accezione particolarmente ampia e non letterale di « amministrazione dello Stato » accolta dalla L. n. 241/90 che, nell'indicare i soggetti passivi dell'accesso, « comprende (tutti) gli enti pubblici e financo i concessionari di pubblici servizi »: orbene, proprio l'inclusione della categoria dei concessionari — comprensiva di « strutture organizzate con forme societarie e comunque con finalità di lucro » — nel novero dei soggetti tenuti all'osservanza delle norme in tema di accesso corrobora, ad avviso del Giudice amministrativo, l'assunto secondo cui la delimitazione dell'ambito di applicabilità della normativa in questione va effettuata privilegiando il criterio oggettivo della natura dell'attività in concreto svolta. Il risultato interpretativo cui giunge il Giudice amministrativo è senz'altro condivisibile: basti pensare, al riguardo, che, diversamente opinando, si finirebbe per diversificare il regime di permeabilità degli atti adottati in seno alle procedure di evidenza pubblica comunitaria e ciò in applicazione di criteri di classificazione delle figure soggettive validi in ambito nazionale, ma comunque ininfluenti in sede di delimitazione dell'ambito soggettivo di efficacia della normativa comunitaria in tema di appalti.

Detto in dettaglio, la sottoposizione degli organismi di diritto pubblico e delle imprese pubbliche ad un regime di conoscibilità degli atti di gara differente rispetto a quello cui sono sottoposti gli enti qualificabili come pubblici alla stregua del diritto interno costituirebbe una irragionevole

⁵⁹ Milano, Sez. III, 25 maggio 1998, n. 1119, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 976

discriminazione, atteso che entrambe le figure soggettive in questione sono comunque tenute all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica disciplinate a livello europeo e al rispetto, pertanto, dell'esigenza di imparzialità che, intesa come divieto di discriminazioni fondate sul canone della nazionalità, è sottesa alla regolamentazione comunitaria: riconoscendo il diritto di accesso solo allorché le procedure concorsuali previste a livello europeo siano gestite da organismi riconducibili alla nozione interna di ente pubblico si rischierebbe di sacrificare, in ultima analisi, gli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario con la elaborazione di una nozione elastica di Amministrazioni aggiudicatrici, posto che la preclusa conoscenza degli atti adottati nel corso della procedura di gara non consentirebbe di snidare eventuali fattori discriminatori che in quegli stessi atti ben possono annidarsi.⁶⁰

Le suesposte considerazioni di tipo sostanziale, del resto, possono essere integrate da una riflessione più vicina al dato normativo, utile per completare il percorso argomentativo seguito dal Tar Lombardia nella pronuncia n. 1119: non può trascurarsi, infatti, che lo sforzo argomentativo profuso dal Giudice amministrativo, per quanto pregevole ed apprezzabile, elude la questione centrale della riconducibilità degli organismi di diritto pubblico nel novero dei soggetti passivi dell'accesso, così come identificati dagli artt. 23, L. n. 241/90 e 2, co. 1, del regolamento 27 giugno 1992, n. 352.

Tale profilo soggettivo, infatti, non può essere del tutto obliterato e agevolmente superato alla stregua di considerazioni afferenti alla sola natura dell'attività espletata:⁶¹ d'altra parte, una interpretazione della disciplina in questione sensibile alle novità di fonte comunitaria consente di pervenire agli stessi sbocchi ermeneutici cui è approdato il Tar Lombardia, senza tuttavia trascurare la doverosa disamina degli aspetti soggettivi.

L'art. 23 della L. n. 241/1990, come noto, nell'indicare i soggetti nei cui confronti il diritto di accesso può essere esercitato, cita le «amministrazioni dello Stato, ivi comprese le aziende autonome, gli enti pubblici ed i gestori di pubblici servizi».

⁶⁰ Cfr., sul punto, G. Sciullo, *L'accesso agli atti delle procedure di gara fra normativa comunitaria e disciplina nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 1235 ss., in part. 1237. L'A., dopo aver rilevato che « diversamente che per le forme di pubblicità relative ai bandi e avvisi di gara e agli avvisi di aggiudicazione, in ordine all'accesso agli atti delle procedure di gara la disciplina comunitaria risulta assai contenuta », occupandosi soltanto dei capitoli d'onere e dei documenti e delle informazioni rispetto a questi « complementari » o « supplementari », osserva che tale limitato riconoscimento comunitario del diritto di accesso in tale specifico settore non esclude affatto l'operatività delle previsioni di diritto interno volte a disciplinare, in generale, la materia dell'accesso: « si dovrà infatti riconoscere che, come esplicitamente ammettono le direttive 65/89 e 13/92 (art. 2) a proposito dei documenti di gara o comunque connessi con la procedura di aggiudicazione, fattori discriminatori possano annidarsi negli atti relativi alle procedure, sicché il principio dell'accesso, quanto meno nella misura in cui consente di far emergere detti fattori, ben può considerarsi in linea con la finalità comunitaria ».

⁶¹ L'importanza del profilo soggettivo e la necessità, pertanto, di tener conto della valenza precettiva degli artt. 23, L. n. 241/90, e 2, co. 1, D.P.R. n. 352/92, sono poste in evidenza nel ricorso in appello proposto, avverso la citata sentenza n. 1119/98, dalla Società ENI (Divisione Agip), nel quale si sottolinea la non ascrivibilità dell'Agip (oggi Eni) alle categorie soggettive dell'ente pubblico e del concessionario di pubblici servizi.

Orbene, non vi è motivo per dubitare che, qualora un determinato settore rinvenga nel diritto comunitario, anziché in quello interno, la sua fonte di disciplina, la delimitazione dell'ambito soggettivo di efficacia della normativa nazionale in tema di accesso debba essere effettuata tenendo conto della nozioni di amministrazione elaborate, con riferimento a quello specifico settore, dallo stesso ordinamento europeo, sicché deve ritenersi che tra «tutte le pubbliche amministrazioni» rientrino a pieno titolo i soggetti cui le norme di fonte europea prescrivono, presupponendone la connotazione pubblicistica, l'osservanza delle procedure concorsuali, ivi compresi, pertanto, gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche.⁶²

È quanto espressamente sostenuto dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 4711 del 2002 riguardante il caso Enel.it.

Nell'argomentare l'ostensibilità degli atti di gara adottati da Enel.it, il Consiglio di Stato, riconoscendone la natura di organismo di diritto pubblico, afferma che "il recepimento della nozione di organismo di diritto pubblico ha contribuito, in via generale, ad allargare l'ambito dei concetti di atto amministrativo e di soggetto amministrativo. Con riguardo alla disciplina dell'accesso, la nozione di pubblica amministrazione e più in generale dei soggetti indicati dall'art. 23 della legge n. 241/90 deve essere intesa in senso ampio tale da ricomprendere anche gli organismi di diritto pubblico. Peraltro, nel caso di specie, la qualificazione di Enel.it come organismo di diritto pubblico deriva dal riconoscimento che si tratta di un soggetto che opera quale "branca informatica" di Enel s.p.a., gestore di pubblico servizio. Pertanto, non appare ragionevole una interpretazione che condurrebbe a ritenere assoggettato alla disciplina sull'accesso l'attività di una divisione (informatica) di Enel s.p.a. e non soggetta la (sostanzialmente analoga) attività svolta da un organismo solo formalmente separato. Il principio di trasparenza, cui è finalizzata la normativa in materia di accesso, abbraccia ogni attività espletata in ossequio al principio di imparzialità della P.a., intesa in senso ampio. L'accesso va quindi garantito nei casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno imponga al soggetto pubblico (anche organismo di diritto pubblico) l'attivazione di procedimenti per la formazione delle proprie determinazioni, in specie per la scelta dei propri contraenti. Al fine di evitare irragionevoli discriminazioni nel regime giuridico proprio di soggetti parimenti deputati all'esercizio di attività ascrivibili a soggetti pubblici e soggette ai principi di imparzialità e trasparenza, si osserva che la conformazione in senso pubblicistico di talune strutture soggettive finisce inevitabilmente per ampliare il novero delle attività nel cui esercizio si impone la rigorosa osservanza del principio di imparzialità e conseguentemente di

⁶² La dilatazione del concetto di soggetto pubblico e della connessa nozione di atto amministrativo, quale inevitabile conseguenza della penetrazione del diritto comunitario nel tessuto dell'ordinamento nazionale, è stata di recente sostenuta, con il diverso intento di tracciare i nuovi confini della giurisdizione del Giudice amministrativo, da Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, su *Urbanistica e appalti*, n. 1/1999, nonché su Guida al diritto, n. 50/1998, 113, con nota di R. Garofoli, *Gare pubbliche: il concessionario di un'opera non è sempre un organo indiretto della P.A.*

trasparenza, cui il diritto di accesso è funzionale. Deve quindi ritenersi che gli atti di una procedura ad evidenza pubblica (o anche di una procedura negoziata), indetta da un organismo di diritto pubblico, siano "accessibili" ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241/90".

Si tratta di soluzione ormai recepita in sede normativa per effetto della recente riscrittura dell'art. 22 della legge n. 241/1990 che, nel delimitare l'ambito di operatività della disciplina in tema di accesso, fornisce la nozione di "pubblica amministrazione" cui riconduce «tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario»: se ne inferisce, allora, che anche gli organismi di diritto pubblico, limitatamente all'attività che espletano in tale qualità, in specie quella di stazioni appaltanti, dovranno assoggettarsi alla disciplina in tema di ostensione.