

I.

L'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, L'IMPRESA PUBBLICA, LE SOCIETÀ *IN HOUSE*, LE SOCIETÀ MISTE E I SERVIZI PUBBLICI LOCALI**1. L'organismo di diritto pubblico: nozione, requisiti e risvolti applicativi.**

Come rilevato, la natura pubblica di una struttura societaria può anche conseguire alla riconduzione della stessa in talune **figure soggettive pubbliche di derivazione comunitaria**, ormai da tempo entrate a far parte della disciplina nazionale: si tratta, in specie, dell'**organismo di diritto pubblico**, dell'**impresa pubblica** e dei **soggetti cc.dd. in house**.

A) Nozione di organismo di diritto pubblico.

Prendendo le mosse dalla prima, giova considerare che il Codice dei contratti pubblici, nel fornire la **nozione di amministrazioni aggiudicatrici** così delimitando sul versante soggettivo l'ambito della sua operatività (art. 3), contiene il riferimento alla **nozione di organismo di diritto pubblico**.

Si tratta di una figura **nata nel diritto comunitario** e poi recepita nell'**ordinamento interno**.

In particolare, tale nozione è stata introdotta dalla direttiva 89/440/CE, la quale, all'art. 1, lett. b), stabilisce che si considerano **amministrazioni aggiudicatrici**, tenute in quanto tali al **rispetto delle procedure di aggiudicazione previste a livello comunitario**, 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*".

Come è evidente, la normativa comunitaria, con il chiaro e palese intento di "snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme", ha fatto propria una **nozione sostanziale di ente 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 completezza possibile, espressamente prevede la possibilità di una loro "revisione secondo la procedura di cui all'art. 35".

Siffatta impostazione sostanzialista è stata pienamente confermata dal Legislatore europeo anche nell'impianto delle **nuove direttive** 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, le quali hanno riprodotto pedissequamente la nozione di organismo di diritto pubblico elaborata dalle abrogate direttive nn. 17 e 18/2004.

In sede nazionale, riproducendo il contenuto delle citate direttive (a propria volta confermate del precedente impianto normativo di cui alle direttive nn. 17 e 18/2004), **l'art. 3, co. 1, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016** definisce l'organismo di diritto pubblico come qualsiasi soggetto, anche in forma societaria:

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

b. dotato di **personalità giuridica**;

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.

B) Elementi strutturali dell'organismo di diritto pubblico.

Come si è detto, gli **elementi strutturali** dell'organismo di diritto pubblico sono tre:

1) il possesso della personalità giuridica;

- 2) il fine perseguito, costituito dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
- 3) la sottoposizione ad una influenza pubblica dominante desumibile alternativamente dalla circostanza che:
 - a. l'attività del soggetto sia prevalentemente finanziata da un ente pubblico;
 - b. il soggetto stesso sia sottoposto al controllo dell'ente pubblico;
 - c. la maggioranza dei componenti degli organi di direzione, controllo e vigilanza sia nominata da un ente pubblico.

Tali 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 (Cfr. *Cons. St., sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570*).

1) Il possesso della personalità giuridica.

In relazione a tale primo elemento, ci si è chiesti se nella nozione di organismo di diritto pubblico possano essere ricomprese, in uno alle persone giuridiche di natura pubblica, anche quelle di **diritto privato**.

Sul *versante comunitario*, la Corte di Giustizia si è da sempre espressa nel senso dell'**indifferenza della forma giuridica di diritto interno** in sede di ricostruzione della nozione europea di organismo di diritto pubblico.

Sul *versante nazionale*, appare superata oramai la **tesi c.d. gestionale**, secondo cui è connaturata alla stessa forma societaria una natura imprenditoriale di tipo commerciale, per cui la nozione di organismo di diritto pubblico sarebbe in radice incompatibile con quella di società di capitali. Pertanto, ha trovato l'avallo della giurisprudenza prevalente la **tesi c.d. 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 commerciale, in quanto non assoggettate a regole di mercato e dunque non perseguite sulla base di criteri strettamente imprenditoriali.

2) Il fine perseguito, costituito dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

La sola circostanza dell'istituzione dell'ente per la realizzazione di **finalità di interesse generale** non integra di per sé la nozione di organismo pubblico comunitario, essendo necessario verificare che si tratti di persona giuridica istituzionalmente preordinata a realizzare interessi di tipo **non industriale o commerciale**.

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;
- solo allorché tale prima verifica dia esito positivo, è necessario verificarne la **natura non industriale o commerciale**: indagine, questa, più delicata e complessa.

Quanto al requisito negativo, la 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**.

L'esame oggettivo suggerito dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. *CGUE 22 maggio 2003, causa C-18/2001, caso Taitotalo*) riguarda il contesto e le modalità specifiche in cui si svolge l'attività dell'ente.

Secondo la Corte 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. Occorre prendere in considerazione diversi fattori e, in particolare, un **approccio fattuale** in base al quale deve verificarsi se il soggetto:

- a) opera in **normali condizioni di mercato**,
- b) persegue **scopi di lucro** e

c) **subisce le perdite commerciali** connesse all'esercizio della sua attività.

In queste ultime ipotesi, i bisogni generali perseguiti avranno evidentemente carattere industriale o commerciale, con la conseguenza 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.

3) La sottoposizione ad un'influenza pubblica.

Tale elemento si desume da una serie di **fattori** indicati in forma **alternativa** 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 (*cf. supra Cap. II, Sez. I, par. 2*), quali:

a) il **fine pubblico**;

b) le **sovvenzioni pubbliche aventi carattere maggioritario**;

c) il **controllo pubblico**;

d) l'**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.

Pertanto, 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.

Aggiungasi, quanto al punto *sub b*), che per "**finanziamento**" rilevante occorre intendere le erogazioni concesse da un'amministrazione aggiudicatrice senza alcun vincolo di sinallagmaticità rispetto ad una controprestazione posta a carico del soggetto ricevente (*CGCE 3 ottobre 2000, C-380/98, University of Cambridge*). Quanto all'individuazione della misura percentuale che determina la **prevalenza** del finanziamento fornito dal soggetto pubblico, la giurisprudenza comunitaria ritiene che vada applicato un canone di tipo quantitativo, sostenendo che per "in modo maggioritario" sia da intendersi "**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 a valle di tale ricognizione, il criterio percentuale. Vi è finanziamento pubblico maggioritario anche quando l'apporto economico proviene da contributi versati dagli utenti a ciò tenuti sulla base di una previsione di legge (*CGCE 13 dicembre 2007, C-337/06*).

Con riguardo, invece, al punto *sub c*), ovvero al "**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.

C) L'organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

Giova considerare che non è infrequente 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. In tale ipotesi, ci si è chiesti se debba essere comunque osservata la disciplina pubblicistica anche quando la prestazione da affidare sia strumentale all'espletamento di una tipologia di attività non rivolta al soddisfacimento dei bisogni suddetti (si tratta del problema relativo all'ammissibilità di un **organismo di diritto pubblico in parte qua**).

Secondo la **giurisprudenza comunitaria**, un ente va qualificato organismo di diritto pubblico, con conseguente soggezione al diritto comunitario degli appalti, **anche se svolge attività 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. 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.

Il principio, enunciato dalla sentenza *Mannesmann*, non pare però aver trovato conferme nella successiva giurisprudenza comunitaria, la quale ha ribadito soltanto che la circostanza che un soggetto svolga anche attività commerciale non esclude che possa essere considerato come organismo di diritto pubblico. Viceversa, non si è più affermato che tale qualifica valga ad attrarre anche le attività private nel regime pubblicistico (v. *CGCE 10 novembre 1998, C-360/96, Arnhem*).

D) Conseguenze applicative dell'inquadramento di un ente come organismo di diritto pubblico.

Giova segnalare, infine, le principali *implicazioni applicative* connesse alla perimetrazione della nozione di organismo di diritto pubblico:

1) la qualificazione del singolo ente in termini di organismo di diritto pubblico comporta, come già acclarato, il doveroso **rispetto delle direttive comunitarie in tema di appalti**;

2) 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 il radicarsi della **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** quanto al contenzioso non afferente alla fase dello svolgersi del rapporto contrattuale.

L'art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205 (e ora l'art. 133, lett. e), n. 1), c.p.a.), infatti, prevede la giurisdizione esclusiva allorché cumulativamente:

- ci 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;

3) riguardo al settore dell'**accesso agli atti**, si ritiene che anche gli organismi di diritto pubblico, ancorché formalmente privati per il diritto nazionale, debbano soggiacere alla normativa in tema di accesso. Invero, l'art. 22 della l. n. 241 del 1990, 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. Nello stesso senso si colloca anche l'**art. 2, d.P.R. n. 184 del 2006** (recante il "*Regolamento disciplina accesso ai documenti amministrativi*") che stabilisce che il diritto di accesso è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto privato limitatamente all'attività di pubblico interesse da questi svolta. Da ultimo si deve ricordare che *Cons. St. Ad. Plen. 28 giugno 2016 n.13*, proprio partendo dalla natura di organismo di diritto pubblico di Poste Italiane S.p.A., ha ritenuto che il diritto di accesso è esercitabile dai dipendenti della società rispetto agli atti relativi alle prove selettive di accesso, alla progressione di carriera ed ai provvedimenti di auto-organizzazione degli uffici, incidenti in maniera diretta sulla disciplina, di rilevanza pubblicistica, del rapporto di lavoro;

4) quanto all'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 criteri di identificazione di diritto interno, siano tuttavia qualificabili come organismi di diritto pubblico, va precisato che la contestabilità dei reati contro la Pubblica amministrazione a tali soggetti va naturalmente circoscritta sul piano oggettivo alla sola attività che l'ente espleta nella veste 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 alla nozione di Pubblica amministrazione.

Si deve ricordare, infine, come, secondo un orientamento, la qualifica di organismo di diritto pubblico del soggetto passivo renda configurabile l'aggravante di cui all'art. 640, comma secondo, n.1 c.p. (v. *Cass. pen., Sez. II, 30 ottobre 2012, n. 42408*).

2. L'impresa pubblica.

La nozione di impresa pubblica viene in rilievo in relazione all'ambito soggettivo di applicazione della