

A cura di
Stefano Girella

Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche

L'ambito soggettivo nel sistema degli appalti
europeo e nazionale

FrancoAngeli
tsm - Trentino School of Management



1801. *tsm-Trentino School of Management/Studi e Ricerche*

La **tsm-Trentino School of Management** è una Scuola, costituita dalla Provincia autonoma di Trento, dalla Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Trento e dall'Università degli Studi di Trento, che opera nell'alta formazione per il settore pubblico e privato.

Per il migliore funzionamento dei Master e delle attività formative, vengono prodotti materiali di alto pregio scientifico e didattico destinati alla pubblica amministrazione e al comparto privato, in particolare turismo, arte e cultura. La collana raccoglie e propone questi contributi per alimentare con regolarità e garanzia di qualità la riflessione sulle problematiche del management, dell'alta formazione e dell'aggiornamento del personale in servizio, in particolare delle pubbliche amministrazioni.

1801. *tsm-Trentino School of Management/Studi e Ricerche*
Collana diretta da Mauro Marcantoni

1. Nadio Delai, Mauro Marcantoni, *Lo sviluppo come responsabilità diffusa. Primo rapporto sulla classe dirigente in Trentino*
2. Mauro Marcantoni, Vincenzo Veneziano, *Rapporto sui sistemi di valutazione della dirigenza nelle Regioni e nelle Province autonome. Modelli, strumenti ed esperienze a confronto*
3. Alberto Mancinelli, *La comunicazione sostenibile. Valori, reputazione e governo nelle democrazie complesse*
4. Umberto Martini, Josep Ejarque (a cura di), *Le nuove strategie di destination marketing. Come rafforzare la competitività delle regioni turistiche italiane*
5. Sara Guelmi, *ES.SER.CI. Esperienze di Servizio Civile. Il punto sulle attività delle Regioni*
6. Mauro Marcantoni, *Il Dirigente Pubblico come agente di innovazione*
7. Censis, tsm-Trentino School of Management, *Da Sovrano a Sistema. La metamorfosi dello Stato*
8. Ugo Morelli, Silvia Bruno (a cura di), *Il linguaggio crea mondi. Esplorazioni sulla natura dell'esperienza estetica e creativa*

A cura di
Stefano Girella

Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche

L'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale

FrancoAngeli
tsm-Trentino School of Management

In copertina: Fortunato Depero, Grattacieli e Tunnel (1930)
Tempera su cartoncino, cm 68 x 102,
Rovereto, Mart (Museo di Arte Moderna e Contemporanea di Trento e Rovereto)
(Archivio Fotografico Mart)

Copyright © Fortunato Depero by SIAE 2010

Copyright © 2010 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni qui sotto previste. All'Utente è concessa una licenza d'uso dell'opera secondo quanto così specificato:

1. L'Utente è autorizzato a memorizzare l'opera sul proprio pc o altro supporto sempre di propria pertinenza attraverso l'operazione di download. Non è consentito conservare alcuna copia dell'opera (o parti di essa) su network dove potrebbe essere utilizzata da più computer contemporaneamente;
2. L'Utente è autorizzato a fare uso esclusivamente a scopo personale (di studio e di ricerca) e non commerciale di detta copia digitale dell'opera. Non è autorizzato ad effettuare stampe dell'opera (o di parti di essa).
Sono esclusi utilizzi direttamente o indirettamente commerciali dell'opera (o di parti di essa);
3. L'Utente non è autorizzato a trasmettere a terzi (con qualsiasi mezzo incluso fax ed e-mail) la riproduzione digitale o cartacea dell'opera (o parte di essa);
4. è vietata la modificazione, la traduzione, l'adattamento totale o parziale dell'opera e/o il loro utilizzo per l'inclusione in miscelanee, raccolte, o comunque opere derivate.

a Lella

Sommario

Premessa	Pag.	9
Introduzione	»	11

Parte prima ORGANISMI PUBBLICI E SISTEMA GIURIDICO COMUNITARIO

1. Quadro normativo europeo	»	15
2. L'organismo di diritto pubblico nella giurisprudenza comunitaria	»	20
2.1. Sentenza Mannesmann	»	20
2.2. Sentenza Bfi Holding	»	23
2.3. Sentenza Treasury	»	27
2.4. Sentenza Ente Autonomo Fiera Di Milano	»	28
2.5. Sentenza Universale - Bau Ag	»	30
2.6. Sentenza Truley	»	32
2.7. Sentenze emesse nei confronti del Regno di Spagna, a seguito di ricorsi presentati dalla Commissione Europea	»	37
2.8. Sentenza Taitotalo	»	44
2.9. Sentenza Bayerischer Rundfunk	»	48
2.10. Sentenza Aigner	»	54
2.11. Conclusioni	»	59

Parte seconda
ORGANISMI PUBBLICI
E SISTEMA GIURIDICO NAZIONALE

1. Quadro normativo nazionale	Pag.	65
2. L'organismo di diritto pubblico nella giurisprudenza nazionale	»	68
2.1. Giurisprudenza di legittimità (Corte di Cassazione)	»	68
2.1.1. Conclusioni	»	79
2.2. Giurisprudenza amministrativa	»	81
2.2.1. Conclusioni	»	152

Parte terza
L'IMPRESA PUBBLICA NELLE PRONUNCE
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

1. Giurisprudenza europea	»	157
Appendice		
Organismi di diritto pubblico e appalti in house	»	173
Indice sentenze	»	175
Postfazione	»	181

Premessa

Come debbono operare, in tema di appalti, gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche? La materia, ancorché trattata e regolamentata, nel proprio ambito, da ciascuno degli Stati membri dell'Unione europea, è di più complessa applicazione dopo l'introduzione delle norme comunitarie che, necessariamente, hanno come obiettivo primario quello di omogeneizzare le regole.

Tanto più, considerata la delicatezza della materia, al centro, spesso, di complesse controversie che richiedono norme di garanzia in ordine alla concorrenza e alla trasparenza di mercato.

L'analisi comparata delle norme attualmente vigenti nei singoli Stati membri evidenzia peraltro differenze talvolta significative, a maggior ragione se ci si riferisce ai Paesi dell'Est, di recente ingresso comunitario e per i quali lo sforzo di adeguamento è senza dubbio più complesso.

E l'Italia? Cosa deve eventualmente cambiare della propria giurisprudenza in materia di appalti pubblici, per essere coerente con i principi ispiratori delle indicazioni europee? È una delle domande alle quali questo volume si propone di rispondere, a partire da una più puntuale definizione di organismo pubblico e di impresa pubblica. Questo, dando per già acquisita la normativa che riguarda Stato, Regione, Provincia, Comune e consorzi tra questi enti.

La pubblicazione è articolata in tre parti. La prima tratta di organismi pubblici e del sistema giuridico comunitario, con capitoli illustrativi e con il richiamo a diverse sentenze; la seconda illustra invece il quadro normativo nazionale e l'organismo di diritto pubblico nella giurisprudenza nazionale; la terza richiama le pronunce della Corte di Giustizia in ordine all'impresa pubblica.

Introduzione

Le nuove direttive comunitarie in tema di coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti di lavori, forniture e servizi (nn. 17 e 18/CE del 31.03.2004), pongono al centro dell'attenzione, tra le tematiche degne di rilievo, quella dell'applicazione soggettiva della normativa comunitaria. In altri termini, emerge, da queste particolari fonti di diritto, la complessa problematica dell'individuazione dei soggetti di diritto obbligati a rispettare la disciplina europea in tema di procedure ad evidenza pubblica, intesa quale strumento di attuazione dei più generali principi della concorrenza e della trasparenza del mercato.

Trattasi di analisi tutt'altro che scontata, quanto alle ipotizzabili soluzioni, e dalla prospettazione della quale dipende una più o meno ampia estensione del diritto comunitario degli appalti.

Se da un lato, infatti, non appare assolutamente necessario soffermarsi sulle nozioni di enti quali Stato, Regione, Province, Comuni e relative associazioni fra i medesimi soggetti, considerando sufficientemente sedimentate le corrispondenti definizioni nella cultura giuridico-amministrativa, non altrettanto può sostenersi per soggetti quali gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche, che presentano elementi di incertezza e zone d'ombra la chiarificazione delle quali costituisce un preciso dovere per gli operatori giuridici, proprio al fine di garantire il rispetto degli obblighi assunti in sede comunitaria ed espressamente sanciti anche nella nostra Carta costituzionale.

Procedendo ad individuare gli argomenti che si ritiene opportuno esaminare, gli stessi devono essere circoscritti, principalmente, a due figure soggettive, appunto: gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche. Con la precisa avvertenza che, proprio in virtù del tenore delle norme europee ed interne, gran parte dell'esame delle problematiche relative al

concetto di impresa pubblica e di attività imprenditoriale è ricavabile, a contrario, da quelle riguardanti il concetto di organismo di diritto pubblico, a causa della specularità delle due nozioni.

Da un punto di vista prettamente metodologico saranno esaminate, in primo luogo, la normativa e la giurisprudenza comunitarie in tema di organismo di diritto pubblico; successivamente, verranno analizzate, sullo stesso argomento, la normativa e la giurisprudenza nazionali. Da ultimo, si cercherà di evidenziare, sinteticamente, i tratti salienti della nozione di impresa pubblica e le sostanziali diversità rispetto a quella di organismo di diritto pubblico.

L'aspetto essenziale del lavoro consisterà nell'analisi della giurisprudenza in tema di appalti pubblici. Quest'ultima, dunque, sarà, spesso, richiamata per esteso, in modo tale da soddisfare una duplice imprescindibile finalità: evitare, da un lato, che affermazioni eccessivamente sintetiche favoriscano una distorta rappresentazione delle varie argomentazioni giuridiche ad opera di colui che funge da intermediatore tra il materiale analizzato ed i lettori; mettere in condizione i medesimi soggetti, dall'altro, di riflettere ed elaborare le varie motivazioni, con un maggior grado di autonomia di giudizio.

È necessario, infatti, che l'operatore giuridico e/o amministrativo conosca "direttamente" settori del diritto che, oggigiorno, rappresentano indispensabili strumenti di lavoro. Soprattutto, poi, se collocati in un contesto, quello della pubblica amministrazione, in cui va sempre più accentuandosi il profilo della discrezionalità dell'azione amministrativa integrata, però, da un più alto livello di responsabilità. Ecco allora che, alla luce delle richiamate considerazioni, avere a disposizione, relativamente ad ogni materia, raccolte di giurisprudenza nonché analisi e commenti sulla medesima dovrebbe rendere l'attività amministrativa più rapida ed efficace e, auspicabilmente, immune da vizi di ogni sorta.

Parte prima

*Organismi pubblici e
sistema giuridico comunitario*

1. Quadro normativo europeo

Punto di partenza ineluttabile rimane, comunque, l'esposizione del vigente quadro normativo comunitario.

L'art. 1, c. 9, della direttiva n. 18/CE 2004 recita che "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;
- 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 terzo. Gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modificazioni intervenute nei loro elenchi".

A sua volta, la direttiva n. 17/CE del 2004, che coordina le procedure di appalto in determinati settori (acqua, energia, trasporti e servizi postali), all'art. 2 (Enti aggiudicatori) dispone che:

- 1) "Ai fini della presente direttiva s'intende per:
 - a) amministrazioni aggiudicatrici: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da uno o più di

tali enti pubblici territoriali o da una o più di tali organismi di diritto pubblico. Per organismi di diritto pubblico s'intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- dotato di personalità giuridica;
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione si soggetta al controllo di questi ultimi o 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) Imprese pubbliche: 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.

L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa:

- detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure
- controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure
- hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del Consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

2) La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori:

a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una 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.

3) Ai fini della presente direttiva i diritti speciali o esclusivi sono diritti, concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di un'attività di cui agli articoli da 3 a 7 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività".

A questo punto, si ritiene opportuno esplicitare alcune considerazioni generali, di carattere logico e letterale, che dovranno essere tenute costantemente presenti nell'ambito del lavoro.

In primo luogo, deve essere sottolineato che le precitate vigenti direttive (nn. 17 e 18) sostituiscono le corrispondenti ed anteriori fonti rappresentate

dalle direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE (sostituite dalla n. 18/2004/CE) e 93/38/CEE (a sua volta superata dalla n. 17/2004/CE).

Nonostante le evidenti necessità di adeguamento, caratterizzanti il sistema degli appalti degli anni '90, il nuovo quadro normativo (entrato in vigore dal 1° febbraio 2006) si contraddistingue più per una operazione di razionalizzazione delle procedure di aggiudicazione, che per una radicale riforma. E tale circostanza si riflette, immediatamente, anche in rapporto alla disciplina giuridica che, per quanto riguarda le tematiche trattate, non muta minimamente.

In secondo luogo, è estremamente utile appuntare l'attenzione sui c.d. "considerando", che costituiscono il preambolo della disciplina vera e propria contenuta nelle direttive e palesano i motivi e le finalità che hanno guidato il legislatore comunitario.

Relativamente all'argomento esaminato (applicazione soggettiva delle nuove direttive), è opportuno evidenziare, in particolare, il dispositivo dei "considerando" n. 2 e 4 della direttiva n. 18/2004.

Nei medesimi viene puntualizzato che "L'aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantire gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato" (n. 2).

"Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati" (n. 4).

Concetti sostanzialmente identici esprimono i "considerando" n. 9 e 11 della direttiva n. 17/2004/CE.

Si intuisce chiaramente, da quanto specificato, che la priorità fondamentale, per il legislatore comunitario, è quella della più ampia liberalizzazione dei mercati e della maggiore garanzia possibile dei meccanismi concorrenziali, in modo tale da contrastare, efficacemente, il fenomeno

della “concentrazione” economica e del consolidamento di posizioni dominanti.

Riportando l’attenzione sul profilo esaminato, e cioè quello dell’individuazione dell’ambito di applicazione soggettiva delle nuove direttive comunitarie in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti, deve essere evidenziato come la necessità di una simile operazione emerga chiaramente dalla redazione delle norme che procedono all’identificazione dei soggetti ai quali applicare le nuove disposizioni europee.

La direttiva n. 18/2004/CE include, infatti, nella categoria degli organismi pubblici ogni soggetto in possesso di determinati requisiti. La locuzione letterale “qualsiasi”, più di ogni altra, traduce in norma l’esigenza del legislatore europeo di allargare, il più possibile, il cerchio dei soggetti sottoposti alla disciplina comunitaria degli appalti.

Ma vi è anche un ulteriore elemento letterale che supporta, ancor più, l’osservazione precedente: la circostanza che gli elenchi che indicano, per ogni Stato membro, i vari organismi di diritto pubblico e che sono allegati alla direttiva n. 18, non rivestono il carattere di nomenclatura tassativa a differenza di quanto avveniva in passato. Il che significa, in altri termini, come, al fine di procedere ad una esaustiva e puntuale catalogazione degli organismi di diritto pubblico, sia necessario rinviare tale operazione alle autorità pubbliche e quindi, in particolare, alla giurisprudenza.

La direttiva n. 17 propone una nozione di organismo di diritto pubblico del tutto corrispondente a quella, appena commentata, definita dalla direttiva n. 18.

La prima, però, aggiunge espressamente un nuovo soggetto rispetto a quelli previsti nella direttiva n. 18: l’impresa pubblica. Anche tale ultima figura è tratteggiata con modalità alquanto generali ed attraverso parametri di individuazione previsti in modo alternativo tra loro.

Le norme europee tendono, quindi, ad adattarsi al processo di profonda trasformazione che ha inciso la nozione di pubblica amministrazione, che, non a caso, qualche autorevole giurista definisce caratterizzata da “multiformità”¹.

Oggi giorno, infatti, un esatto procedimento di individuazione di un soggetto pubblico non può prescindere dall’esame di una serie di necessari indicatori (modalità di finanziamento, di gestione, composizione degli organi di vertice, finalità, ecc.), considerato che, frequentemente, anche soggetti che, dal punto di vista formale, dovrebbero essere considerati privati, denotano, sostanzialmente, una natura squisitamente pubblicistica (società a

¹ Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè ed., 2001, pp. 563-564.

capitale pubblico maggioritario, a capitale pubblico minoritario, soggetti privati sovvenzionati attraverso finanziamenti pubblici ecc.).

Ecco spiegato perché, in tale materia, diventa fondamentale l'esame della casistica giurisprudenziale, stante la necessità di valutare l'esercizio di attività pubblica o privata in relazione ad ogni singola fattispecie. Le considerazioni precedenti, danno conto, poi, della valenza residuale della nozione di organismo di diritto pubblico, soggetto giuridico che tende ad attrarre le figure non inquadrabili nel novero degli enti tradizionali.

Dal punto di vista prettamente interpretativo, appare opportuno evidenziare un principio coniato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: il principio del c.d. effetto utile.

In base al medesimo, tra le possibili interpretazioni di una norma, occorre privilegiare quella che le attribuisca un significato pratico effettivo, che risulti funzionale al perseguimento degli obiettivi comunitari.