

L'art. 1, comma 10-ter, del D.L. n. 162/08: il legislatore si 'dimentica' della primauté del diritto comunitario

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il previgente contesto normativo e giurisprudenziale. - 3. L'art. 1, comma 10-ter. - 4. Sulla compatibilità comunitaria dell'art. 1, comma 10-ter. - 5. Sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10-ter - 6. Sull'incidenza dell'art. 1, comma 10-ter, sui contratti attivi degli Enti. - 7. Sulle possibili conseguenze derivanti dagli affidamenti diretti. - 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Nuovi e complessi scenari si aprono sulla materia degli appalti pubblici a seguito della recente introduzione di una norma in grado di suscitare molteplici spunti di discussione.

Ci si riferisce all'art. 1, comma 10-ter, del D.L. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2008, n. 201 (nel prosieguo, anche "art. 1, comma 10-ter"), il quale prevede che: "*Ai fini della applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non rientrano negli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico gli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e di cui al decreto legislativo 10 febbraio 1996, n. 103, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture*".

Con il presente scritto si intende svolgere un esame preliminare della compatibilità comunitaria nonché della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10-ter, con esclusivo riferimento alla sua applicabilità, sotto il versante soggettivo, agli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza trasformati in associazioni o in fondazioni ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. 30 giugno 1994, n. 509 (gli "Enti")¹.

* Il presente articolo è frutto di una riflessione comune fra i due autori. Tuttavia, il primo, il secondo, il terzo e l'ottavo paragrafo sono stati redatti da Antonio Lirosi, mentre il quarto, il quinto, il sesto ed il settimo paragrafo da Marco Martinelli. Si segnala, altresì, che lo scritto è in corso di pubblicazione sul prossimo numero della rivista *Il Foro Amministrativo - T.A.R.* Si avverte, infine, che tutte le sentenze citate sono facilmente reperibili sui siti istituzionali delle rispettive autorità giudiziarie.

¹ L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1, comma 10-ter, involge anche gli enti di cui al D.Lgs. 10 febbraio 1996, n. 103, vale a dire gli enti di previdenza privati per i liberi professionisti, nonché gli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e cioè le fondazioni ex bancarie. Quanto ai primi, le considerazioni esposte nel testo possono estendersi anche a tali enti. Quanto ai secondi, sebbene gli stessi non siano espressamente compresi nell'elenco esemplificativo allegato alla Direttiva 2004/18/CE, la giurisprudenza nazionale non ha mancato di qualificarli come organismi di diritto pubblico (v. TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 luglio 2007, n. 7283; Cons. St., sez. cons. norm., 1 luglio 2002, n. 1354, che limita la qualificazione di organismo di diritto pubblico alle fondazioni bancarie di natura non associativa). Nonostante esuli dagli scopi del presente scritto valutare la compatibilità comunitaria nonché la legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10-ter, in relazione alle fondazioni ex bancarie, le considerazioni che seguono possono in parte valere anche per queste ultime.

2. Il prevalente contesto normativo e giurisprudenziale.

È opportuna, anzitutto, una sintetica ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale anteriore all'entrata in vigore dell' art. 1, comma 10-ter.

Com'è noto, per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti tenuti a rispettare le norme sull'evidenza pubblica negli appalti, le Direttive comunitarie (*i.e.*, Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 per i cd. "settori ordinari" e la Direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 per i cd. "settori speciali") e la relativa normativa interna di recepimento (*i.e.*, il D.Lgs. n. 163/06; il "Codice dei Contratti Pubblici") designano, tra i destinatari della disciplina (le "amministrazioni aggiudicatrici"), oltre alle amministrazioni in senso tradizionale, anche soggetti ad esse equiparati ed appartenenti ad una categoria residuale definita come "organismo di diritto pubblico".

Ai sensi della pertinente normativa comunitaria e nazionale di recepimento (art. 1, § 9, comma 2, della Direttiva 2004/18/CE² che ha il suo *pendant* nell'art. 3, comma 26, del Codice dei Contratti Pubblici), la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico postula, indifferentemente dalla sua veste giuridica pubblicistica o privatistica, la concorrente e simultanea sussistenza di tre elementi costitutivi (cd. "indici rilevatori")³:

a) la circostanza che il soggetto di cui trattasi sia istituito per soddisfare specificamente esigenze d'interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (cd. requisito teleologico);

b) il possesso della personalità giuridica;

c) la circostanza che l'attività del soggetto in questione sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure che la relativa gestione sia sottoposta al controllo di questi ultimi, oppure che gli organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (cd. requisito dell'influenza pubblica dominante).

L'elencazione, non tassativa⁴, degli organismi di diritto pubblico e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i menzionati indici rilevatori figura, per ciascun Stato membro, nell'Allegato III della Direttiva 2004/18/CE, integralmente trasposto dall'Allegato III del Codice dei Contratti Pubblici. Ai fini che qui rilevano, per quanto concerne l'Italia, sono espressamente inclusi tra le categorie di organismi di diritto pubblico "gli enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza".

² Identica definizione della nozione di "organismo di diritto pubblico" è contenuta nell'art. 2, § 1, lett. a), comma 2, della Direttiva 2004/17/CE che si applica agli enti aggiudicatori operanti in determinati settori. Atteso che gli Enti non rientrano nei settori disciplinati da tale Direttiva, nel prosieguo si farà esclusivo riferimento alla Direttiva 2004/18/CE.

³ La giurisprudenza e la letteratura in materia sono, ovviamente, vastissime. Da ultimo, quanto alla giurisprudenza, cfr. CGE, 10 aprile 2008, C-393/06, *Fernwärme Wien*; Cass., sez. un., 7 ottobre 2008, n. 24722; Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4326; quanto alla dottrina, M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in www.federalismi.it, 2008, n. 16.

⁴ La giurisprudenza comunitaria ha più volte precisato che tale elenco, pur non essendo esaustivo, è volto ad essere il più completo possibile (cfr. CGE, 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99, punto 36, *Agorà/Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*; *idem*, 10 novembre 1998, C-360/96, punto 50, *Gemeente Arnhem/BFI Holding BV*), seppur il suo grado di precisione diverga da uno Stato membro all'altro (cfr. CGE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley*, punto 39).

Per quanto qui interessa, la giurisprudenza nazionale, anche prima dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, ha più volte avuto modo di affrontare la questione della riconducibilità degli Enti alla nozione comunitaria degli organismi di diritto pubblico (e, conseguentemente, della loro soggezione alle specifiche procedure dell'evidenza pubblica previste dalla normativa nazionale di recepimento delle direttive comunitarie in materia), risolvendola - all'esito di un'approfondita analisi condotta proprio in ossequio ai canoni interpretativi dettati dalla giurisprudenza comunitaria - unanimemente in senso positivo⁵.

E' appena il caso di evidenziare che la stessa giurisprudenza nazionale ha rinvenuto una significativa conferma della qualifica degli Enti come organismi di diritto pubblico nella sopravvenuta Direttiva 2004/18/CE che, come si è detto, menziona espressamente tra le categorie degli organismi di diritto pubblico di diritto italiano quella degli "enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza ed assistenza"⁶. Proprio su tale rilievo, si è esclusa la necessità di sottoporre al vaglio della Corte di Giustizia ex art. 234 TCE la questione interpretativa dell'ascrivibilità degli Enti al novero degli organismi di diritto pubblico ai sensi del diritto comunitario⁷.

3. L'art. 1, comma 10-ter.

Nel contesto testé delineato, senza che fosse intervenuta alcuna modifica di carattere sostanziale della disciplina degli Enti, né alcun mutamento del succitato orientamento giurisprudenziale, si inserisce l'art. 1, comma 10-ter.

La norma, introdotta in sede di conversione del D.L. n. 162/08 con un emendamento (n.1.14/bis), si prefigge lo scopo di esonerare gli Enti dall'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica di derivazione comunitaria trasposta dal Codice dei Contratti Pubblici, escludendoli d'imperio dal relativo ambito di applicazione soggettivo mediante l'indicazione della loro non riconducibilità negli "elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico".

Dall'esame dei lavori parlamentari, si evince, infatti, che la norma in esame è volta "ad escludere la natura di organismo di diritto pubblico per gli enti trasformati in associazioni o fondazioni nei casi in cui gli stessi non fruiscano di finanziamenti pubblici o altre provvidenze di carattere finanziario. Si intende in tal modo evitare ogni possibile incertezza interpretativa rispetto a situazioni, che si sono anche verificate nell'esperienza applicativa, nelle quali non si giustifica la soggezione alla disciplina che prescrive il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica"⁸. A tal proposito,

⁵ Cons. St., sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, con riferimento alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti; Cass., sez. un., 15 maggio 2006, n. 11088, con riferimento alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza per gli ingegneri ed architetti liberi professionisti (INARCASSA); Cons. St., sez. VI, 30 ottobre 2006, n. 6449, con riferimento alla fondazione Enasarco; Cass., sez. un., 8 giugno 2007, n. 13398, con riferimento alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti, che conferma la citata decisione del Cons. St. n. 182/06; Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2007, n. 4060, con riferimento all'ENPAM; TAR Umbria, 4 aprile 2006, n. 204, con riferimento all'ONAOSI.

⁶ Cass., sez. un., n. 13398/07, cit.; Cons. St. n. 182/06, cit.; *idem*, n. 4060/2007, cit.; Cass., sez. un., n. 11088/06, cit.

⁷ Cass., sez. un., n. 13398/07, cit.; Cons. St., n. 182/06, cit.

⁸ Senato, VIII Commissione Permanente - resoconto sommario n. 46 del 13 novembre 2008. L'opposizione aveva, invece, evidenziato che tali Enti "dovrebbero continuare a far ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori appalti e ciò in relazione al numero ed al

ritenendo che l'emendamento in discussione andasse sostanzialmente ad incidere sugli "elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico" riportati nell'Allegato III al Codice dei Contratti Pubblici, era stata prospettata "l'opportunità di riformulare la disposizione in termini di novella al citato codice, anche al fine di preservare la struttura di fonte unitaria del testo codicistico"⁹.

In sostanza, l'art. 1, comma 10-ter, mira a sottrarre gli Enti, nella scelta dei propri appaltatori, dall'obbligo di rispettare le puntuali procedure ad evidenza pubblica disciplinate, in pedissequo recepimento della normativa comunitaria, dal Codice dei Contratti Pubblici.

Se, quindi, la portata precettiva della norma sembra chiara (esclusione degli Enti dalla categoria degli organismi di diritto pubblico ai fini dell'applicabilità del Codice dei Contratti Pubblici e conseguente esonero dall'obbligo di rispettare le procedure ad evidenza pubblica di derivazione comunitaria ivi recepite), non altrettanto può dirsi dell'inciso conclusivo con cui vengono "fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture".

Un'interpretazione letterale dell'inciso, in linea con il dato precettivo della norma, induce a ritenere gli Enti liberi di scegliere, nell'ambito della loro autonomia, i propri appaltatori senza alcun obbligo di applicare le puntuali procedure ad evidenza pubblica di matrice comunitaria trasposte dal Codice dei Contratti Pubblici, incontrando il solo limite di fornire una pubblicità notizia dell'appalto. In mancanza di particolari indicazioni sul punto, si potrebbe sostenere che la determinazione della forma e del contenuto della pubblicità notizia sia rimessa al libero convincimento dell'ente appaltante e che egualmente sia rimessa alla sua libera determinazione la scelta di effettuare tale pubblicità prima o dopo la conclusione del contratto. Peraltro, è opportuno sottolineare che il legislatore non ha disciplinato le conseguenze derivanti dalla mancata osservanza delle "misure di pubblicità".

Tuttavia, in ossequio al canone ermeneutico secondo cui l'interprete è tenuto a dare della disposizione di diritto interno un'applicazione conforme al diritto comunitario¹⁰, è prospettabile anche un'altra lettura dell'inciso *de quo* che potrebbe definirsi 'comunitariamente orientata'. In particolare, considerando l'inciso in parola come formula riassuntiva dei principi fondamentali del diritto comunitario in tema di appalti pubblici indicati dal secondo considerando della Direttiva 2004/18/CE (segnatamente, del principio di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità¹¹), si potrebbe

rilievo degli stessi. Si tratta di un'esigenza che dovrebbe sempre essere tenuta in particolare considerazione, specialmente nell'attuale momento storico in cui è necessario favorire trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa in materia" (Senato, VIII Commissione Permanente - resoconto sommario n. 61 del 18 dicembre 2008).

⁹ Camera dei Deputati, parere del Comitato per la legislazione Disegno di legge n. 1936-A; inoltre cfr. Camera dei deputati, Servizio Studi-Dipartimento Ambiente, Adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione, sostegno ai settori autotrasporto, agricoltura e pesca, opere per il G8 e adempimenti tributari per le regioni Marche ed Umbria, D.L. n. 162/2008 - A.C. 1936, schede di lettura e normativa di riferimento n. 84, ove si sottolinea l'opportunità "di intervenire direttamente quale novella al ... Codice dei Contratti Pubblici".

¹⁰ V., da ultimo, CGE, 18 dicembre 2007, C-357/06, Frigerio, punto 28.

¹¹ Secondo quanto chiarito dalla "Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici" (in GUUE, C179/2, 1 agosto 2006), il rispetto di tali principi impone: (i) l'obbligo di garantire un livello di pubblicità adeguato; (ii) l'obbligo di aggiudicare gli appalti secondo procedure

sostenere che, pur essendo stati gli Enti esclusi dal perimetro soggettivo di applicazione del Codice dei Contratti Pubblici e, quindi, dall'osservanza delle rigorose procedure ad evidenza pubblica di derivazione comunitaria ivi trasposte, rimanga ferma in capo agli stessi la necessità di scegliere i propri appaltatori nel rispetto dei suddetti principi in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato CE (i quali si elevano, come chiarito dalla giurisprudenza nazionale, a principi generali di tutti i contratti pubblici e che sono "*direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne ed in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario*"¹²). In quest'ottica, seppure svincolata dall'applicazione delle rigorose regole dell'evidenza pubblica poste dalla normativa comunitaria e recepite dal Codice dei Contratti Pubblici, s'imporrebbe in capo agli Enti una scelta del contraente comunque informata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare a favore di ogni potenziale offerente non solo un adeguato livello di pubblicità, ma anche il controllo sull'imparzialità dell'affidamento¹³. Ovviamente, in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ("CGE"), l'osservanza di tali principi - da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza, soprattutto economica, della commessa da affidare - presuppone che gli appalti in questione presentino, in

"*eque*" e "*imparziali*". Quanto al primo, secondo la Commissione europea, pur spettando agli enti aggiudicatori scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti, tale scelta deve essere guidata da una valutazione dell'importanza dell'appalto per il mercato interno, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo, nonché delle pratiche abituali nel settore interessato. In particolare, forme di pubblicità adeguate (a seconda dell'importanza dell'appalto) sono, nell'ordine, le seguenti: Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea; Internet; Gazzette Ufficiali nazionali; bollettini nazionali specializzati in pubblicazione di appalti pubblici; quotidiani a diffusione nazionale o regionale o pubblicazioni specializzate; mezzi di pubblicazione locali. Quanto al contenuto della pubblicità, l'avviso pubblicitario può limitarsi ad una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto da aggiudicare e della procedura di aggiudicazione accompagnata da un invito a prendere contatto con l'ente aggiudicatore. Quanto all'obiettivo di seguire procedure "*eque*" e "*imparziali*", ad avviso della Commissione europea questo può dirsi raggiunto tramite: (a) una descrizione non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto; - la garanzia dell'uguaglianza di accesso per tutti gli operatori economici, escludendo ogni previsione che comporti una discriminazione diretta o indiretta; (b) la previsione di termini adeguati per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta; (c) un approccio trasparente e oggettivo che assicuri a tutti i partecipanti di conoscere in anticipo le regole applicabili e di avere la certezza che tali regole siano applicate nello stesso modo per tutti gli operatori; (d) la garanzia che la decisione definitiva di aggiudicazione dell'appalto sia conforme alle regole procedurali fissate all'inizio e rispettosa dei principi di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento.

¹² Cfr. Cons. St., ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1, secondo cui il rispetto dei suddetti principi "*impon[e] la previa indizione di una gara, seppure informale ... I principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (ad esempio, le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica; da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362)*" (cfr. § 7, in diritto). Sul punto, v. anche Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280, ove si afferma che "*suddetti principi trovano applicazione in tutti i casi in cui un soggetto pubblico decida di individuare un contraente per l'attribuzione di una utilitas di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato*".

¹³ Va, tuttavia, segnalato che nello stesso D.L. n. 162/08 il legislatore, all'art. 1, comma 10-*quinq*ues, ha esteso, in materia di lavori pubblici, la trattativa privata fino a 500.000 Euro prevedendo testualmente che "*I lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti ... nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza ...*". In tal caso, quindi, al contrario di quanto avvenuto nell'art. 1, comma 10-*ter*, il legislatore ha chiaramente enucleato i principi da seguire nella selezione degli appaltatori.

considerazione delle proprie caratteristiche, un cd. interesse transfrontaliero certo¹⁴ tale da attrarre le imprese di altri Stati membri¹⁵.

Ulteriore profilo di indagine è quello relativo alla possibilità di estendere in via retroattiva alle eventuali violazioni al Codice dei Contratti Pubblici compiute in precedenza il più favorevole regime introdotto dall'art. 1, comma 10-ter.

Come è noto, ai sensi dell'art. 11 delle Preleggi al Codice Civile la legge non può disporre che per l'avvenire, salva, beninteso, un'espressa menzione di retroattività - che nella specie manca - ovvero la sua qualifica in termini di legge di interpretazione autentica, alla quale è connaturata l'efficacia retroattiva.

A tal proposito, si segnala che il Servizio Studi della Camera dei Deputati, nelle schede di lettura predisposte per il D.L. n. 162/08 - che, tuttavia, non rivestono carattere ufficiale, avendo una mera finalità interna per l'attività degli organi parlamentari e dei parlamentari -, ha qualificato l'art. 1, comma 10-ter, come "*norma interpretativa ai fini dell'applicazione della disciplina del Codice dei Contratti Pubblici*". C'è da chiedersi, quindi, se l'art. 1, comma 10-ter abbia il crisma della legge di interpretazione autentica.

¹⁴ V., da ultimo, CGE, 15 maggio 2008, C-147/06 e 148/06, *Secap/Comune di Torino*, punti 19-21, in cui si è ribadito che "*le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia prevista espressamente in ciascuna delle citate direttive (ordinanza 3 dicembre 2001, C 59/00, Vestergaard, Racc. pag. I 9505, punto 19). Pertanto, le disposizioni di tali direttive non si applicano agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime (v., in tal senso, sentenza 21 febbraio 2008, C 412/04, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 65). Ciò non significa tuttavia che questi ultimi appalti siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (ordinanza Vestergaard, cit., punto 19). Infatti, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, per quanto concerne l'aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non sono soggetti alle procedure previste dalle norme comunitarie, le amministrazioni aggiudicatrici sono cionondimeno tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato e in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (sentenza Telaustria e Telefonadress, cit., punto 60; ordinanza Vestergaard, cit., punti 20 e 21; sentenze 20 ottobre 2005, causa C 264/03, Commissione/Francia, Racc. pag. I 8831, punto 32, e 14 giugno 2007, causa C 6/05, Medipac Kazantzidis, Racc. pag. I 4557, punto 33). Tuttavia, in conformità alla giurisprudenza della Corte, l'applicazione delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato alle procedure di aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla soglia di applicazione delle direttive comunitarie presuppone che gli appalti in questione presentino un interesse transfrontaliero certo (v., in tal senso, sentenze 13 novembre 2007, causa C 507/03, Commissione/Irlanda, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 29, nonché Commissione/Italia, cit., punti 66 e 67)". In proposito, la citata Comunicazione interpretativa della Commissione delinea gli indici alla luce dei quali un appalto sottosoglia può suscitare un interesse non limitato al diritto interno e in ragione di ciò soggiacere alle norme di diritto comunitario (cd. interesse transfrontaliero certo). Detti requisiti sono: l'oggetto dell'appalto; l'importo stimato; le caratteristiche del settore di riferimento; il luogo geografico di esecuzione dell'appalto stesso.*

¹⁵ A tal proposito, si segnala l'ulteriore interpretazione dell'inciso in parola fornita da D. PONTE, *Slitta ancora il divieto sugli arbitrati disciplina operativa dopo il 31 marzo*, in *Guid. Dir.*, 24 gennaio 2009, 58 ss., spec. 60-61. Secondo l'A., l'unico limite all'esclusione, sotto il profilo soggettivo, degli Enti dall'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici "*viene individuato nelle misure di pubblicità degli appalti, che continuano ad applicarsi anche a tali soggetti*". Si sottolinea peraltro come lo stesso A. manifesti una certa perplessità riguardo ad una simile interpretazione dell'inciso in discorso: "*Tale ultimo inciso conferma le perplessità che emergono dalla semplice lettura della norma, in quanto le misure di pubblicità costituiscono la prima parte di un complesso di regole difficilmente scindibili, dettate dal codice dei contratti pubblici sull'onda di ben noti principi e nel perseguimento degli obiettivi della tutela della concorrenza e della formazione di un mercato quanto più ampio e libero possibile, mentre tali esclusioni paiono dare del concetto di libertà una visione più interna ed egoistica, rispetto a quella ad esempio percepibile dal Trattato dell'Unione europea*".

È pacifico in giurisprudenza che una norma ha carattere effettivamente interpretativo, e, quindi, efficacia retroattiva solo quando, rimanendo immutato il tenore testuale della disposizione interpretata, se ne chiarisca o precisi il significato o si privilegi, rendendola vincolante, una tra le tante interpretazioni possibili, essendo sufficiente che la scelta ermeneutica imposta dalla legge rientri fra le varianti compatibili con il tenore letterale del testo interpretato, stabilendo un significato che ragionevolmente poteva essere ascritto alla legge anteriore¹⁶. La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che la legge di interpretazione autentica può essere emanata anche in presenza di un indirizzo giurisprudenziale univoco, ma in contrasto con una certa linea di politica del diritto che, mediante la stessa legge, si intende affermare¹⁷.

Applicando i suddetti principi al caso in esame, non sembra che all'art. 1, comma 10-ter, possa attribuirsi portata retroattiva. Anzitutto, la norma non è formulata come interpretativa, né si autoqualifica come tale. Inoltre, piuttosto che avere carattere interpretativo, l'art. 1, comma 10-ter tende ad introdurre disposizioni nuove e contrastanti rispetto alle precedenti, atteso che l'esclusione degli Enti dalla categoria di organismi di diritto pubblico costituita dagli "*enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza ed assistenza*" non sembra un'opzione ermeneutica ragionevolmente desumibile dall'ordinaria esegesi della stessa categoria in quanto non compatibile con il suo tenore letterale¹⁸.

Al contrario, all'art. 1, comma 10-ter, sembra più correttamente attribuibile un vero e proprio carattere innovativo. Con la duplice conseguenza che lo stesso può trovare applicazione successivamente alla sua entrata in vigore (*i.e.*, 23 dicembre 2008) e che le eventuali violazioni al Codice dei Contratti Pubblici compiute in precedenza dovranno essere valutate sulla base della disciplina normativa applicabile *ratione temporis*.

4. Sulla compatibilità comunitaria dell'art. 1, comma 10-ter.

L'art. 1, comma 10-ter, suscita non poche perplessità a livello comunitario sotto tre distinti profili.

Anzitutto, come si è anticipato, gli "*enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza*" figurano espressamente, per quanto riguarda l'Italia, tra le categorie di organismi di diritto pubblico elencate all'Allegato III della Direttiva 2004/18/CE (di cui l'Allegato III del Codice dei Contratti Pubblici costituisce pedissequo recepimento).

¹⁶ C. Cost., 19 gennaio 1995, n. 15; Cons. Giust. Amm., sez. giur., 15 dicembre 2008, n. 1050.

¹⁷ C. Cost., 22 novembre 2000, n. 525; Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2006, n. 310.

¹⁸ C. Cost., 3 novembre 2005, n. 409. Anche C. Conti, sez. contr. Veneto, 5 dicembre 2008, n. 179, ha ribadito "*che può definirsi di interpretazione autentica la legge - o l'atto ad essa equiparato -, che stabilisce successivamente quale significato il legislatore vuole che sia attribuito ad una precedente disposizione legislativa, imponendone l'interpretazione corretta con efficacia retroattiva. Perché ciò avvenga, è necessario che il dettato della norma interpretativa abbia natura meramente dichiarativa e di accertamento, e non ecceda la portata precettiva teorica della disposizione precedente. Per individuare una legge d'interpretazione autentica con effetto retroattivo occorre fare riferimento non solo alla cosiddetta auto qualificazione (lettera della legge, intitolazione della legge, lavori preparatori, ecc.), ma anche a indicatori obiettivi, come la struttura della fattispecie normativa, in cui emerge chiaramente il collegamento tra la disposizione interpretata e la disposizione interpretante, che si saldano per formare un precetto normativo unitario*".

Non appare dubitabile la riconducibilità degli Enti nell'ambito di tale categoria. In tal senso, depone chiaramente la rubrica del D.Lgs. n. 509/1994 che si riferisce, testualmente, alla "*trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza*".

In conformità a quanto sostenuto in una fattispecie analoga dall'Avv. Generale Mazak¹⁹, può ritenersi che il solo fatto che gli Enti - per il tramite della loro indubbia riconducibilità alla categoria degli "*enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza*" - figurino nell'Allegato III della Direttiva 2004/18/CE, dia luogo alla presunzione decisiva che, per il legislatore comunitario, essi rivestano la qualifica di organismi di diritto pubblico e, pertanto, rientrino nel novero dei soggetti tenuti a scegliere il proprio contraente in applicazione delle specifiche procedure di aggiudicazione disciplinate dalla suddetta Direttiva. E invero, sebbene all'elencazione contenuta nell'Allegato III della Direttiva 2004/18/CE venga comunemente riconosciuto carattere non tassativo, può sostenersi che, con l'adozione di tale elenco, il legislatore comunitario abbia inteso indicare taluni organismi che, a suo avviso, devono essere considerati organismi di diritto pubblico²⁰. In altri termini, nell'adottare la Direttiva 2004/18/CE, il legislatore comunitario ha ritenuto necessario redigere un elenco dei soggetti di tutti gli Stati membri che, in quel momento, si consideravano compresi nella nozione di organismo di diritto pubblico. Tale lettura appare, del resto, coerente con la decisione *Truley* della CGE ove si afferma che "*se un determinato organismo non figura nell'elenco contenuto nell'allegato I della direttiva 93/37 [sostituita dalla Direttiva 2004/18/CE], occorre verificare, per ogni fattispecie, la situazione giuridica e di fatto di tale organismo al fine di valutare se soddisfi o meno un bisogno di interesse generale*"²¹, con ciò lasciando intendere che l'inclusione negli elenchi in questione di un soggetto indica quantomeno che esso riveste per il legislatore comunitario le caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico²².

La posizione del legislatore comunitario riflette, d'altronde, anche il citato orientamento della giurisprudenza nazionale che pacificamente ha qualificato gli Enti come organismi di diritto pubblico. Va rammentato, peraltro, che la giurisprudenza nazionale, nel respingere la richiesta di rinvio interpretativo alla CGE della questione sulla riconducibilità degli Enti alla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, ha proprio valorizzato la menzione nell'Allegato III della Direttiva 2004/18/CE degli "*enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza*".

Ne discende che l'art. 1, comma 10-*ter*, nella misura in cui esclude gli Enti - malgrado la loro menzione nell'Allegato III della Direttiva 2008/18/CE e in assenza di modifiche introdotte da norme comunitarie sopraggiunte - dal novero degli organismi di diritto pubblico ai fini dell'applicabilità del Codice dei Contratti Pubblici,

¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Mazak, 16 dicembre 2008, C-300/07, punto 30. La fattispecie concerne l'ascrivibilità al novero degli organismi di diritto pubblico delle casse mutue tedesche, anch'esse espressamente menzionate, per quanto riguarda la Germania, nell'Allegato III alla Direttiva 2004/18/CE.

²⁰ *Ibidem*, punto 30.

²¹ CGE, C-373/00, *Adolf Truley*, *cit.*, punto 44.

²² Si noti, inoltre, che la CGE ha spesso utilizzato l'elencazione degli organismi di diritto pubblico contenuta negli allegati alle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici come parametro di riferimento al fine di determinare la riconducibilità a tale categoria dei soggetti non figuranti nei predetti elenchi: cfr. CGE, C-360/96, *BFI Holding*, *cit.*, punto 51; *idem*, C-223/99 e C-260/99, *Agorà e Excelsior*, *cit.*, punto 37.

conseguentemente esonerandoli dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica di matrice comunitaria, sembra condurre a risultati incompatibili con il diritto comunitario.

Sotto un secondo profilo, occorre considerare che gli Stati membri non possono modificare unilateralmente il contenuto dell'Allegato III della Direttiva 2004/18/CE.

L'art. 1, n. 9, di quest'ultima prevede, infatti, che gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione europea (la "Commissione") le modificazioni intervenute nei loro elenchi di organismi di diritto pubblico. Dall'art. 79 della medesima Direttiva risulta che solo la Commissione ha facoltà di modificare "*gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico di cui all'allegato III, allorché ciò si renda necessario in base a quanto notificato dagli Stati membri*". In tal caso, la Commissione è obbligata ad applicare la procedura di comitato di cui all'art. 77 della Direttiva 2004/18/CE. In altre parole, la modifica degli elenchi in discorso presuppone una valutazione preliminare, sotto il profilo della necessità dell'intervento, da parte della Commissione che, in caso di esito positivo, è tenuta ad avviare la procedura di comitato²³.

A quanto consta, non risulta che, finora, lo Stato italiano abbia notificato alcunché in proposito alla Commissione, né che quest'ultima abbia avviato la procedura di comitato per quanto concerne gli Enti.

L'art. 1, comma 10-ter, pur se formalmente non ha modificato la categoria degli "*enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza*", è andato sostanzialmente ad incidere sul suo contenuto, escludendo gli Enti dal relativo novero. Tale intervento, sebbene fatto con esclusivo riferimento al Codice dei Contratti Pubblici, si traduce in una modifica unilaterale all'elenco di cui all'Allegato III della Direttiva 2004/18/CE, e come tale appare in contrasto con il diritto comunitario, atteso che detto elenco può essere modificato, previo *placet* della Commissione, solo conformemente alla citata procedura di comitato.

Sotto un terzo profilo, è pacifico che la figura giuridica dell'organismo di diritto pubblico sia di integrale e stretta derivazione comunitaria²⁴.

La CGE - unica interprete del diritto comunitario - ha costantemente ribadito che alla nozione comunitaria autonoma di organismo di diritto pubblico debba essere data un'interpretazione funzionale ed estensiva per evitare facili elusioni alle norme dell'evidenza pubblica, tenendo conto del duplice obiettivo delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici di (i) "*eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e ... proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro*", nonché di (ii) "*escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o*

²³ In estrema sintesi, si tratta di una procedura consultiva in cui la Commissione sottopone al comitato consultivo per gli appalti pubblici (composto dai rappresentanti degli Stati membri e da un rappresentante della Commissione) un progetto di misure da adottare sul quale quest'ultimo è chiamato a esprimere un parere del cui utilizzo la Commissione stessa deve rendere conto (cfr. art. 3 della decisione 199/468/CE del 28 giugno 1999 in *GUCE*, 17 luglio 1999, L184).

²⁴ In dottrina, G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2007, 685 ss., secondo cui "*l'ordinamento europeo non ha elaborato proprie categorie, salvo quella di organismo di diritto pubblico*"; nonché "*confrontando le categorie giuridiche presenti nell'ordinamento interno e in quello comunitario ... l'unica figura giuridica la cui creazione è di derivazione comunitaria è quella di organismo di diritto pubblico*". V., inoltre, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2000, 10 ss. In giurisprudenza, Cons. St., n. 4060/07, *cit.*

controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche”²⁵. In altre parole, la nozione di organismo di diritto pubblico rientra nel diritto comunitario e deve essere interpretata “in modo autonomo e uniforme in tutta la Comunità”²⁶, tenendo conto del contesto in cui essa è inserita e delle finalità perseguite dalla normativa comunitaria in tema di appalti pubblici²⁷. In breve, si tratta di una nozione autonoma che l’ordinamento comunitario non attinge dal diritto degli Stati membri.

In questa prospettiva, la CGE ha sempre statuito che, per stabilire se un soggetto rivesta le caratteristiche dell’organismo di diritto pubblico - e rientri, come tale, nel novero dei soggetti tenuti al rispetto delle regole dell’evidenza pubblica disciplinate dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici -, occorre verificare, caso per caso, e prendendo in esame tutti gli elementi di fatto e di diritto, la ricorrenza degli indici di riconoscimento sopra indicati, alla luce della *ratio* sostanziale che permea la qualifica normativa di tali organismi come “*amministrazioni aggiudicatrici*”.

Sebbene non risultino pronunce della CGE sul punto, è proprio seguendo i dettami elaborati in materia dalla stessa CGE che la citata giurisprudenza nazionale, nelle sue massime autorità, è giunta all’univoca conclusione che gli Enti siano da ascrivere al novero degli organismi di diritto pubblico, soddisfacendo tutte e tre le condizioni per essere ritenuti tali.

Preme segnalare che, in fattispecie similari aventi ad oggetto norme di Stati membri che esoneravano dalle regole dell’evidenza pubblica determinate figure soggettive in quanto tali, la CGE, nell’accogliere i ricorsi per inadempimento ex art. 226 TCE proposti dalla Commissione, ha sempre stigmatizzato la prassi di escludere a priori dall’ambito di applicazione *ratione personae* delle norme di recepimento delle direttive comunitarie alcuni soggetti, anche se gli stessi possono soddisfare gli indici rivelatori della nozione di organismo di diritto pubblico²⁸. È interessante notare come la CGE abbia sostanzialmente avallato le argomentazioni prospettate dalla Commissione secondo cui: (i) la sfera di applicazione soggettiva delle direttive in tema di appalti pubblici è determinata dalle stesse e non da disposizioni nazionali, con la conseguenza che la qualificazione data da uno Stato membro ad un determinato soggetto ai fini dell’applicabilità delle regole dell’evidenza pubblica poste dalla normativa comunitaria “è irrilevante”; (ii) gli Stati membri, nel trasporre le direttive comunitarie nell’ordinamento nazionale, “sono tenuti a rispettare il senso dei termini e delle nozioni

²⁵ Cfr. CGE, C-373/00, *Adolf Truley*, cit., punti 41 e 42, e la giurisprudenza ivi richiamata.

²⁶ Così CGE, 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione/Spagna*, punto 27.

²⁷ Tale canone metodologico è stato costantemente evidenziato dalla CGE. V. punto 35 della citata decisione *Adolf Truley* ove si legge: “Per costante giurisprudenza, tanto l’applicazione uniforme del diritto comunitario quanto il principio d’uguaglianza esigono che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell’intera Comunità, ad un’interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa (v., in particolare, sentenze *Ekro*, cit., punto 11; 19 settembre 2000, C-287/98, *Linster*, Racc. pag. I-6917, punto 43, e 9 novembre 2000, C-357/98, *Yiadom*, Racc. pag. I-9265, punto 26)”.

²⁸ Si tratta di tre distinti ricorsi proposti dalla Commissione nei confronti del Regno di Spagna in cui si contestava l’incompatibilità comunitaria della normativa spagnola di recepimento delle direttive appalti per avere quest’ultima escluso dal proprio ambito di applicazione *ratione personae*: (i) gli enti di diritto privato (cfr. CGE, C-84/03, *Commissione/Spagna*, cit.); (ii) le società di diritto privato (CGE, 15 maggio 2003, C-214/00, *Commissione/Spagna*); (iii) un’impresa statale commerciale disciplinata dal diritto privato (CGE, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commissione/Spagna*).

che vi figurano, al fine di garantire l'uniformità dell'interpretazione e di applicazione delle norme comunitarie nei vari Stati membri", con la conseguenza che all'espressione organismo di diritto pubblico deve essere dato "il senso che essa ha in diritto comunitario"; (iii) se la legge di uno Stato membro esclude a priori dalla sfera di applicazione della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici figure soggettive che, sulla base della nozione comunitaria, sono qualificabili come organismi di diritto pubblico, ciò concretizza un non corretto recepimento della normativa comunitaria nell'ordinamento interno e, quindi, una violazione degli obblighi incombenti in capo allo Stato interessato in virtù delle disposizioni del TCE e delle pertinenti direttive²⁹.

Da quanto sopra riportato, si evince l'irrelevanza della qualificazione 'nominalistica' data discrezionalmente dal legislatore interno a determinate figure soggettive al fine della loro esclusione dall'ambito di applicazione *ratione personae* della normativa nazionale di recepimento delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici. Ne consegue che la qualifica di un soggetto in termini di organismo di diritto pubblico deve essere individuata con criteri oggettivi di diritto comunitario, sicché non può essere delimitata autonomamente dagli ordinamenti nazionali.

Appare, quindi, dubbia la compatibilità comunitaria dell'art. 1, comma 10-ter, con il quale il legislatore ha escluso d'imperio gli Enti dal novero degli organismi di diritto pubblico, senza che fosse intervenuta una modifica sostanziale della loro natura che ne giustificasse la non riconducibilità ad almeno uno degli indici rilevatori, né che fosse maturato *medio tempore* un diverso orientamento della giurisprudenza nazionale, ovvero fosse intervenuta una pronuncia di segno contrario della CGE.

Al tal riguardo, non sembra, infatti, che all'inciso concernente "la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario" posto dal legislatore quale presupposto per l'applicabilità dell'art. 1, comma 10-ter, possa ascriversi una valenza di modifica sostanziale tale da indurre a ritenere che uno degli indici rilevatori dell'organismo di diritto pubblico - vale a dire il cd. requisito dell'influenza pubblica dominante - non sia più soddisfatto.

Anzitutto, la circostanza che gli Enti non usufruissero di "finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario" era già espressamente prevista, dall'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 509/1994, come condizione necessaria per procedere alla trasformazione degli Enti in associazioni o fondazioni³⁰. La succitata giurisprudenza nazionale - che ha ricondotto gli Enti alla categoria degli organismi di diritto pubblico - si è formata tenendo conto proprio di tale circostanza che può, quindi, ritenersi irrilevante ai fini che qui interessano.

Inoltre, la giurisprudenza nazionale ha unanimemente riconosciuto sussistente il requisito dell'influenza pubblica dominante, sia sotto il profilo del finanziamento pubblico che della soggezione al controllo gestionale pubblico, in virtù: (i) delle risorse finanziarie assicurate *iure imperii* dall'ordinamento generale in base ad obblighi imposti da norme di diritto pubblico, attesa l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione

²⁹ CGE, C-283/00, *Commissione/Spagna, cit.*, punto 52; *idem*, C-214/00, *Commissione/Spagna, cit.*, punto 30.

³⁰ L'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 509/1994, così recita: "Gli enti di cui all'elenco A allegato al presente decreto legislativo sono trasformati, a decorrere dal 1° gennaio 1995, in associazioni o in fondazioni con deliberazione dei competenti organi di ciascuno di essi, adottata a maggioranza qualificata dei due terzi dei propri componenti, a condizione che non usufruiscano di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario".

per le attività previdenziali³¹; (ii) del potere di nomina attribuito al Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali di organi straordinari in caso di disavanzo economico-finanziario o di violazioni di legge che compromettano la corretta gestione dell'ente, fino alla possibilità di nomina di un commissario liquidatore in caso di persistenza per un triennio dello stato di disavanzo economico e finanziario (art. 2, commi 4, 5 e 6, del D.Lgs. n. 509/1994); (iii) del potere di vigilanza del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali unitamente al Ministero dell'Economia e delle Finanze e ad altri dicasteri eventualmente interessati (art. 3 del D.Lgs. n. 509/1994); (iv) del potere di controllo generale effettuato dalla Corte dei Conti sulla gestione del sistema assicurativo obbligatorio al fine di assicurare la legalità e l'efficacia (art. 3, comma 5, del D.Lgs. n. 509/1994). Tutti elementi che, allo stato, non sono venuti meno.

È appena il caso di evidenziare come neanche la sopra prospettata interpretazione 'comunitariamente orientata' (cfr. *supra* § 3) dell'art. 1, comma 10-ter, sembra sufficiente a fugare i dubbi sulla sua compatibilità comunitaria. Ed invero, anche accedendo a tale interpretazione, sebbene rimanga fermo il rispetto dei citati principi comunitari in materia di appalti pubblici nella scelta del contraente, si perverrebbe comunque ad esonerare dall'applicazione delle specifiche e rigorose procedure ad evidenza pubblica disciplinate dalla Direttiva 2004/18/CE per l'affidamento degli appalti sopra soglia comunitaria figure soggettive - quali gli Enti - che, nell'intenzione del legislatore comunitario, sono invece tenute ad uniformarsi.

È opportuno, a tal punto, accennare brevemente alle modalità attraverso cui i prospettati profili di eventuale incompatibilità comunitaria potrebbero essere fatti valere da terzi, nonché sollevati dagli stessi Enti.

Sotto un primo profilo, potrebbe verificarsi che un'impresa terza, operante nel settore economico di riferimento della commessa da affidare, contesti in sede giudiziaria³² la previa mancata indicazione delle procedure ad evidenza pubblica di cui alla Direttiva 2004/18/CE da parte di uno degli Enti sul rilievo della sua riconducibilità alla sfera dei destinatari - *sub specie* di organismo di diritto pubblico - della medesima normativa. In tal caso, anche se il comportamento di uno degli Enti troverebbe la sua copertura nella norma in esame, il giudice nazionale adito potrebbe comunque

³¹La giurisprudenza nazionale ha chiarito che il dato formale di finanziamento a carico di un soggetto pubblico "non va ... ristretto ai soli casi di erogazioni, contribuzioni, trasferimenti, attraverso gli ordinari strumenti della contabilità pubblica, ma si realizza anche nei casi in cui, a mezzo di atti aventi forza di legge, si convogliano risorse economiche in favore dell'ente in adempimento di obbligazioni ex lege cui i soggetti interessati non possono liberamente sottrarsi" (Cons. St., 4060/07, *cit.*). In altri termini la giurisprudenza ha evidenziato che le erogazioni di denaro necessitate ex lege sono idonee a determinare un effetto equivalente a quello del finanziamento pubblico. Sul punto, la CGE ha affermato che la nozione di finanziamento statale deve anch'essa essere soggetta ad interpretazione funzionale e che, dunque, anche un metodo di finanziamento indiretto soddisfa il requisito del "finanziamento statale": "un finanziamento come quello di cui alla causa principale, che è originato da un atto dello Stato, è garantito da quest'ultimo ed è assicurato attraverso un sistema impositivo e di riscossione che rientra nell'ambito della potestà d'imperio, soddisfa il requisito del finanziamento statale, ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici" (CGE, 13 dicembre 2007, C-337/06). Inoltre, cfr. conclusioni dell'Avv. Generale J. Mazak, C-300/07, *cit.*, nelle quali, facendo riferimento alla suddetta giurisprudenza, si sostiene che il requisito del finanziamento statale sia soddisfatto anche qualora si tratti di un finanziamento solo indiretto.

³²Probabilmente, dovrebbe essere adito il giudice amministrativo atteso che, presupponendo che la scelta del contraente debba avvenire nel rispetto della normativa comunitaria, si verserebbe in un'ipotesi di giurisdizione esclusiva ex art. 244 del Codice dei Contratti Pubblici.

disapplicarla ritenendola, per tutte le ragioni esposte (anche avvalendosi dello strumento del rinvio interpretativo alla CGE ex art. 234 TCE), incompatibile con la normativa comunitaria in tema di appalti pubblici³³ e, conseguentemente, annullare l'affidamento dell'appalto oggetto del giudizio.

Sotto un secondo profilo, la Commissione, su apposito reclamo ovvero *ex officio*, potrebbe aprire, ai sensi dell'art. 226 TCE, una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano sul presupposto che l'art. 1, comma 10-ter, si ponga in contrasto con la Direttiva 2004/18/CE sulla base dei rilievi sopra esposti. Per adeguarsi all'eventuale parere motivato adottato dalla Commissione, lo Stato italiano potrebbe essere tenuto ad adottare tutte le opportune misure per risolvere/annullare i contratti in essere alla data di scadenza prevista dal citato parere motivato eventualmente affidati dagli Enti in violazione della suddetta Direttiva³⁴. Laddove lo Stato italiano non si conformi al predetto parere motivato nel termine fissato dalla Commissione, quest'ultima potrebbe decidere, ai sensi dell'art. 226, § 2, TCE, di adire la CGE per farne accertare il perdurante inadempimento. Qualora la CGE dovesse accogliere il ricorso per inadempimento della Commissione, ciò comporterebbe, da un lato, l'obbligo, in capo ai giudici e alle amministrazioni interessate, di non applicare la norma nazionale dichiarata dalla CGE incompatibile con il diritto comunitario, ma direttamente le pertinenti norme della Direttiva 2004/18/CE (e/o del Codice dei Contratti Pubblici, che ne rappresenta la fonte interna di recepimento); dall'altro, che lo Stato italiano sarebbe tenuto, ai sensi dell'art. 228, § 1, TCE, ad adottare tutti i provvedimenti necessari a dare completa e piena attuazione alla sentenza della CGE³⁵ (il che potrebbe comportare anche l'obbligo in capo allo Stato italiano di adottare tutte le opportune misure per risolvere/annullare i contratti eventualmente affidati dagli Enti in violazione della Direttiva 2004/18/CE³⁶) al fine di rimuovere l'inadempimento constatato, così da evitare la condanna, da parte della CGE, al pagamento di una sanzione pecuniaria nel caso di accoglimento del successivo ricorso per perdurante inadempimento proposto dalla Commissione ex art. 228, § 2, comma 2, TCE³⁷.

Infine, è noto che il primato del diritto comunitario sul diritto interno impone alle autorità amministrative (oltre che ai giudici) di disapplicare il secondo ogni qual volta si riveli incompatibile col primo (cd. *administrative direct effect*).

Sebbene la casistica della giurisprudenza comunitaria abbia incluso nel concetto

³³ Cfr., da ultimo, CGE, 18 dicembre 2007, C-357/06, *Frigerio, cit.*, punto 28, secondo cui "il giudice nazionale è tenuto a dare ad una disposizione di diritto interno, avvalendosi per intero del margine di discrezionalità consentitogli dal suo ordinamento nazionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario. Se una siffatta applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che quest'ultimo conferisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (v., in tal senso, sentenze 4 febbraio 1988, C-157/86, *Murphy e a.*, *Racc. pag. 673, punto 11, nonché 11 gennaio 2007, C-208/05, ITC, Racc. pag. 1-181, punti 68 e 69)*".

³⁴ V., in tal senso, CGE, 4 ottobre 2007, C-217/06, *Commissione/Italia*.

³⁵ Il citato art. 228, § 1, TCE, non precisa il termine entro il quale l'esecuzione di una sentenza della CGE che accerta un inadempimento debba aver luogo. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, "l'esigenza di un'immediata e uniforme applicazione del diritto comunitario impone che tale esecuzione sia iniziata immediatamente e conclusa entro termini il più possibile ristretti" (cfr. CGE, 4 luglio 2000, C-387/97, *Commissione/Grecia*, § 82; CGE, 23 novembre 2003, C-278/01, *Commissione/Spagna*, § 27).

³⁶ In senso analogo, CGE, 18 luglio 2007, C-503/04, *Commissione/Germania*.

³⁷ Cfr. CGE, 9 dicembre 2008, C-121/07, *Commissione/Repubblica francese*, che ha comminato alla Francia il pagamento di una somma forfetaria per non essersi uniformata tempestivamente alla precedente sentenza di accertato inadempimento a seguito della mancata trasposizione della Direttiva sugli OGM.

di autorità amministrative tenute a disapplicare il diritto interno confliggente con quello comunitario gli enti pubblici in senso tradizionale³⁸ comprendendovi, oltre a tutti gli organi dello Stato (da intendere, naturalmente, non solo come Stato-persona), anche gli enti territoriali, non può escludersi che, essendo gli Enti “*amministrazioni aggiudicatrici*” (*sub specie* di organismi di diritto pubblico) vincolate ad applicare il diritto comunitario ai sensi della Direttiva 2004/18/CE, gli stessi potrebbero rientrare nel novero delle autorità amministrative obbligate a dare pieno effetto alla norma comunitaria³⁹.

Occorre, infatti, considerare che, nel contesto in parola, la qualificazione di pubblica amministrazione non consiste in una mera etichetta formale, ma ruota attorno a quella di “*amministrazione aggiudicatrice*”, che a sua volta è nozione funzionale a individuare i soggetti tenuti al rispetto dei principi comunitari in tema di appalti e, quindi, a garantire l’effettività dei diritti conferiti ai singoli dall’ordinamento comunitario.

In questa prospettiva graverebbe in capo agli Enti, in quanto amministrazioni aggiudicatrici, l’onere di disapplicare l’art. 1, comma 10-ter.

5. Sulla legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 10-ter.

Sotto il versante del diritto interno, occorre indagare la legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 10-ter.

Come è noto, ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost., la potestà legislativa statale e regionale deve conformarsi ai “*vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario*”⁴⁰.

È altresì noto che, se nell’ambito di un’eventuale controversia, il giudice adito, qualora si convinca dell’incompatibilità di una norma del diritto interno con norme comunitarie aventi efficacia diretta, sollevi questione di legittimità costituzionale per violazione del diritto comunitario, la Corte Costituzionale ha sempre ritenuto la questione inammissibile. Rientra, infatti, nella competenza del giudice comune pronunciarsi direttamente sul rapporto mediante disapplicazione della norma interna con conseguente osservanza, nel caso sottoposto alla sua cognizione, della regola comunitaria⁴¹. Ciò in quanto la questione di compatibilità comunitaria costituisce un

³⁸ V. in giurisprudenza, tra le tante, CGE 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, punto 49; *idem*, 28 giugno 2001, C-118/00, *Larsy*, punto 52; in dottrina, per un’accurata ricostruzione dell’istituto della disapplicazione, v., da ultimo, A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in *www.giustamm.it*, 2009, n. 2.

³⁹ CGE, 11 ottobre 2007, C-241/06, *Lämmerzahl GmbH*, punto 63, in cui la Corte, sul rilievo che “*l’art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 è incondizionato e sufficientemente preciso per poter essere invocato nei confronti di un’amministrazione aggiudicatrice*”, ha riconosciuto l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le disposizioni interne contrarie a tale direttiva. In tal senso, se si considera che l’obbligo di disapplicazione in capo alle autorità amministrative è stato costruito facendo riferimento ad un’esigenza di non contraddittorietà rispetto al potere dei giudici, dalla citata giurisprudenza si può inferire che il medesimo obbligo sussista anche in capo alle “*amministrazioni aggiudicatrici*”.

⁴⁰ Sulla recente evoluzione dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, v. M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, n. 2.

⁴¹ Secondo la teoria dei controlimiti elaborata dalla Corte Costituzionale, un ostacolo alla prevalenza del diritto comunitario è rinvenibile solo nel caso di suo contrasto con il rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, sindacabile unicamente dalla stessa Consulta (cfr., da ultimo, C. Cost., 28 dicembre 2006, n. 454). Si prescinde qui dall’analisi della giurisprudenza della CGE che, come è noto, non ha finora mai ammesso l’esistenza di controlimiti.

prius logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale, poiché la prima investe la stessa applicabilità della norma censurata e, quindi, l'individuazione della regola da utilizzare ai fini della decisione della controversia⁴². Diversamente, qualora il contrasto sia con norme comunitarie prive di effetto diretto, la norma interna, conservando intatto il suo valore, soggiace al controllo di costituzionalità, con conseguente ammissibilità della questione sollevata dal giudice adito⁴³.

Orientamento diverso è stato assunto, invece, nei giudizi di costituzionalità promossi in via principale, in cui la Corte Costituzionale sta gradualmente abbandonando la teoria 'dualistica' del rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario (cd. separazione coordinata), a favore dell'integrazione del diritto comunitario in quello costituzionale, secondo un approccio cd. 'monistico'⁴⁴. In altri termini, nell'ambito dei giudizi in via principale il diritto comunitario, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., costituisce il parametro di riferimento per lo scrutinio di legittimità costituzionale della norma interna impugnata. In particolare, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la norma comunitaria di cui si suppone la violazione funga da "norma interposta" atta ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della norma interna con l'art. 117, comma 1, Cost., ovvero a rendere concretamente operativo il parametro costituito dal medesimo art. 117, comma 1, Cost. Conseguentemente, nei giudizi promossi in via principale, la norma interna riconosciuta incompatibile con il diritto comunitario non viene disapplicata ma è *ipso iure* dichiarata incostituzionale per violazione dei "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" di cui all'art. 117, comma 1, Cost⁴⁵.

Ciò precisato, qualora, nell'ambito di un'eventuale controversia promossa da un'impresa terza per il mancato rispetto, da parte di uno degli Enti, delle procedure ad evidenza pubblica di cui alla Direttiva 2004/18/CE, si ritenga - come non sembra potersi dubitare - che alle norme comunitarie della citata Direttiva rilevanti nel caso di specie possa ascriversi efficacia diretta, il giudice *a quo* non potrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10-ter per violazione del diritto comunitario - che verosimilmente sarebbe ritenuta inammissibile -, ma direttamente disapplicarla.

Nell'ipotesi in cui, invece, le norme comunitarie *de quibus* non si considerassero provviste di effetto diretto, il giudice adito potrebbe rimettere al vaglio della Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1, comma 10-ter, per violazione delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici e, dunque, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. Qualora venissero riconosciuti fondati gli esposti profili di contrasto con la normativa comunitaria, l'art. 1, comma 10-ter, verrebbe *ipso iure* dichiarato incostituzionale.

⁴² Per una recente applicazione del principio, cfr. TAR Lombardia, sez. I, 27 ottobre 2008, n. 1440.

⁴³ Da ultimo, C. Cost., 17 dicembre 2008, n. 415; *idem*, 13 luglio 2007, n. 284.

⁴⁴ Da ultimo, C. Cost., 15 aprile 2008, nn. 102 e 103. In dottrina, cfr. M. CHITI., *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 961 ss. L'approccio dualista, invece, era stato accolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 8 giugno 1984, n. 170 (*Granital*), in cui si guarda agli ordinamenti comunitario e interno come due sistemi "autonomi e distinti, ancorché coordinati".

⁴⁵ Sul recente approccio 'monista' della Corte Costituzionale, v. C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 439, che, in tema di *in house providing*, configura le disposizioni del TCE relative alla tutela della concorrenza come norma interposta rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., dichiarando costituzionalmente illegittima la legge della Provincia autonoma di Bolzano che si poneva in contrasto con i suddetti principi comunitari. Per un primo commento, cfr. F. CINTIOLI, *Norma interposta, società in house e 'identità' dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte Cost. n. 439 del 2008*, in *www.giustamm.it*, 2009, n. 1.

6. Sull'incidenza dell'art. 1, comma 10-ter, sui contratti attivi degli Enti.

E' opportuno altresì considerare l'impatto della norma in esame sui contratti attivi (quelli cioè da cui derivi un'entrata per l'ente affidante).

L'art. 1, comma 10-ter, esclude l'applicabilità agli Enti del Codice dei Contratti Pubblici e, quindi, incide direttamente solo sui contratti passivi (quelli cioè che gravano in termini di spesa sull'ente affidante).

È noto, tuttavia, il filone giurisprudenziale che, per le figure soggettive riconducibili alla categoria dell'organismo di diritto pubblico, ritiene applicabili anche per l'affidamento dei contratti attivi i principi comunitari dell'evidenza pubblica desumibili dalle disposizioni del TCE e "*valevoli anche al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione*"⁴⁶.

Ciò chiarito, è ovvio che la norma in discorso, mediante l'esclusione della natura di organismo di diritto pubblico in capo agli Enti, va ad impattare indirettamente anche sul sopra riportato orientamento ai fini dell'affidamento dei contratti attivi, finendo per escluderne il rispetto dei principi comunitari.

Tuttavia, permangono, *mutatis mutandis*, le stesse perplessità in punto di compatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale sopra evidenziate.

7. Sulle possibili conseguenze derivanti dagli affidamenti diretti.

L'analisi richiede di dedicare un rapido cenno anche alle conseguenze prospettabili nel caso in cui gli Enti decidessero di procedere, in ossequio all'art. 1, comma 10-ter, all'affidamento dei contratti senza il previo espletamento delle procedure ad evidenza pubblica previste dal Codice dei Contratti Pubblici.

In tale ipotesi, non può escludersi il rischio che i contratti così affidati (soprattutto se in via diretta) diano adito - per i prospettati profili di incompatibilità comunitaria e/o di illegittimità costituzionale - ad iniziative giurisdizionali, da parte di imprese del settore della commessa, volte ad ottenere l'annullamento dell'eventuale affidamento e/o il risarcimento del danno da mancata indicazione della gara (in un caso simile, consistente nella lesione per perdita di *chance* del ricorrente di aggiudicarsi la gara, non indetta, e da liquidarsi in via equitativa⁴⁷).

In relazione a quest'ultimo profilo, potrebbe porsi in dubbio la sussistenza, in capo agli Enti, dell'elemento soggettivo della colpa necessario per la condanna al risarcimento del danno, in quanto l'affidamento della commessa troverebbe il proprio sostegno normativo nell'art. 1, comma 10-ter, potendosi configurare un'ipotesi di cd. errore scusabile⁴⁸. Tuttavia, non si può fare a meno di evidenziare che il requisito della colpa potrebbe essere, comunque, ravvisato sulla base delle ragioni sopra esposte, secondo cui graverebbe in capo agli Enti, in forza del primato del diritto comunitario sul

⁴⁶ Da ultimo, Cons. St., n. 2280/08, *cit.*, con riferimento all'Ente Nazionale RISI.

⁴⁷ Per una fattispecie simile sotto il profilo del risarcimento del danno, cfr. Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; *idem*, sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491.

⁴⁸ Sull'errore scusabile, v., tra le tante, Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; *idem*, 9 marzo 2007, n. 1114. Sulla colpa della p.A., si rinvia a M.A. SANDULLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in *www.federalismi.it*, 2005, n. 22.

diritto interno, l'onere di disattendere l'art. 1, comma 10-ter, in contrasto con la Direttiva 2004/18/CE (che finirebbe per costituire, nel caso concreto, la regola da seguire, e cioè, in termini operativi, l'indizione di una gara).

8. Considerazioni conclusive.

Alla luce dell'analisi svolta, è di solare evidenza il profondo *discidium* che sussiste fra la normativa comunitaria e quella interna in ordine alla qualificazione degli Enti e, conseguentemente, alla loro assoggettabilità ai moduli dell'evidenza pubblica di derivazione comunitaria.

A seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 1, comma 10-ter, infatti, il quadro normativo in materia appare decisamente ambiguo: se la Direttiva 2004/18/CE assoggetta gli Enti, in virtù della loro dichiarata natura di organismi di diritto pubblico, al rispetto delle specifiche procedure ad evidenza pubblica, l'art. 1, comma 10-ter, al contrario, esclude espressamente l'applicazione di tale disciplina, negando *ex lege* agli Enti stessi la qualifica di organismi di diritto pubblico.

Risulta così particolarmente delicata la posizione degli Enti. Non può negarsi, infatti, che la nuova disciplina di cui all'art. 1, comma 10-ter, sia decisamente favorevole agli Enti nella misura in cui li esonera, nella scelta dei propri appaltatori, dalle puntuali procedure ad evidenza pubblica di matrice comunitaria. Laddove, tuttavia, si tenga conto della prospettiva comunitaria, si percepisce agevolmente che la norma in esame, se applicata, è in grado di comportare conseguenze anche paradossali, rivelandosi 'un'arma a doppio taglio' per gli Enti. Ed invero, questi ultimi sarebbero così esposti al rischio di possibili ripercussioni sui rapporti contrattuali affidati ex art. 1, comma 10-ter, nonché, qualora sia configurabile in capo agli stessi l'elemento soggettivo della colpa, ad eventuali profili risarcitori.

Non sembra, infatti, possibile, in tal senso, prescindere dalla primazia del diritto comunitario, pilastro portante dell'integrazione europea, che comporta, per i giudici e per le autorità nazionali, l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo conferisce ai singoli, disattendendo le disposizioni normative interne eventualmente contrastanti, e, per gli organi legislativi, l'esigenza di astenersi dall'adottare norme incompatibili con il diritto comunitario.

Fermo restando che appaiono quantomeno oscure le ragioni che hanno indotto il legislatore a discostarsi da precise disposizioni normative comunitarie e da un univoco orientamento giurisprudenziale interno, l'inserimento dell'art. 1, comma 10-ter, nel quadro della materia degli appalti pubblici, risultante dall'intreccio fra la disciplina comunitaria e quella nazionale, è inevitabilmente destinato a innescare importanti problematiche, non solo relativamente ai profili già esposti, peraltro non trascurabili, ma anche, e soprattutto, rispetto al rapporto fra l'ordinamento comunitario e quello italiano. Con tale intervento, infatti, lo Stato italiano sembra illudersi di riuscire a sconfiggere, attraverso il valore formale della legge, l'ormai indiscutibile *primauté* del diritto comunitario, ponendosi in aperto contrasto con esso, quasi a rivendicare quella parte di sovranità cui ha dovuto da tempo abdicare. Rimane, però, il forte sospetto che a pagare il prezzo di tale rivendicazione siano, oltre al principio della certezza del diritto e dell'effetto utile del diritto comunitario, proprio gli Enti.