

**L'impresa pubblica è innanzi tutto “impresa”. Notazioni
a margine di alcune pronunce del Consiglio di Stato e
della Cassazione**

dell'Avv. Roberto Mangani

1. *La controversa nozione di impresa pubblica*

Alcune pronunce del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione intervenute in tempi più o meno recenti hanno riportato al centro dell'attenzione la figura dell'impresa pubblica e in particolare del regime contrattuale che ne governa l'attività.

Il tema non è certamente nuovo, poiché su di esso si è concentrata da tempo l'attenzione di studiosi e operatori in relazione sia all'inquadramento dogmatico di questa categoria soggettiva che agli effetti che ne derivano su un piano più strettamente operativo. I due profili sono intimamente connessi, poiché a seconda dell'impostazione teorica adottata diversi sono gli effetti che ne conseguono relativamente all'individuazione delle modalità attraverso cui l'impresa pubblica è chiamata ad operare sul mercato di appartenenza.

In particolare la dottrina si è diffusamente occupata di definire i contorni di questa categoria soggettiva, la cui specificità risiede proprio nella circostanza che in essa confluiscono elementi sia privatistici che pubblicistici.¹

¹ La letteratura in tema di impresa pubblica è amplissima. Volendo limitare i riferimenti esclusivamente allo specifico aspetto del regime contrattuale, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a: G. GRECO, Ente pubblico, impresa

Infatti, la forma giuridica privatistica si connota in maniera peculiare in relazione alla presenza dell'azionista pubblico, creando quella commistione tra pubblico e privato che è all'origine di molte delle questioni controverse sorte intorno a questa figura e alla definizione delle regole che ne devono governare l'attività.

In quest'ambito l'individuazione del regime che deve regolare l'attività contrattuale dell'impresa pubblica non solo rappresenta un tassello fondamentale ai fini di definire le modalità operative cui essa si deve attenere, ma costituisce anche un elemento che contribuisce in maniera determinante a delineare i caratteri propri di questa figura sotto un profilo più generale.²

Può risultare quindi estremamente utile operare un adeguato approfondimento di questo specifico profilo,

pubblica, organismo di diritto pubblico, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comun. 1995, 1284; G. TESAURO, Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE, in Dir. Un. Eur., 1996, 729; A. POLICE, Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di diritto speciale: problemi di giurisdizione, in Dir. Proc. Amm., 1996, 159; F. CARINGELLA, Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa, in Urb. e Appalti, 2000, 534; G. GIANNELLI, Impresa pubblica e privata nella legge antitrust, Giuffrè, 2000; M.P. CHITI, Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali, in Serv. Pubbl. App. Quaderni n.1, Milano, Giuffrè, 2004, 70; G. CORSO, Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo, ivi, 82; F. PATRONI GRIFFI, Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house, in Rassegna Astrid, n. 20/2005; M.A. SANDULLI, L'impresa pubblica: i limiti di applicabilità della normativa pubblicistica, in Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/UE e nella legge comunitaria n. 62/2005, Milano, Giuffrè, 2005, 207; V. CERULLI IRELLI, Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comun., 2006, 747.

² Questo aspetto è efficacemente evidenziato da M.A. SANDULLI, Il regime giuridico dell'impresa pubblica, in Atti del Convegno tenuto all'Università di Roma Tre il 24 gennaio 2008, in giust.amm., che sottolinea proprio come "Un profilo di estremo rilievo nella costruzione della categoria concettuale dell'impresa pubblica e del regime speciale alla quale essa è in diverso modo sottoposta è senza dubbio rappresentato dalla disciplina delle procedure di affidamento dei contratti pubblici".

senza avere la pretesa di condurre un'analisi delle numerose e diverse problematiche sollecitate dalla categoria dell'impresa pubblica complessivamente considerata.

Proprio in relazione al regime contrattuale dell'impresa pubblica si sono contrapposte due differenti interpretazioni, che rappresentano anche l'indice di diversi modi di intendere la natura e le caratteristiche di questa categoria soggettiva. Un primo orientamento ha spinto per l'attrazione dell'impresa pubblica nell'ambito del regime pubblicistico, facendo leva sostanzialmente sulla presenza dell'azionista pubblico e sulle finalità di interesse generale cui l'attività della stessa è ispirata. Questi elementi hanno portato i sostenitori di questa tesi a propugnare una sostanziale assimilazione dell'impresa pubblica alle altre amministrazioni aggiudicatrici, riducendo i profili di diversità ed esaltando invece gli aspetti comuni.

L'orientamento contrapposto ha invece posto l'accento sull'autonomia negoziale che, al pari di ogni soggetto privato, deve caratterizzare l'attività contrattuale dell'impresa pubblica. Tale autonomia non può essere di regola incisa né dalla presenza nell'azionariato di un soggetto pubblico né dal perseguimento di finalità di interesse generale che certamente accompagnano, ma non possono sostituire, gli scopi propri di qualunque soggetto imprenditoriale. Da qui la posizione che tende a differenziare l'impresa pubblica dalle altre figure di amministrazioni aggiudicatrici, in una logica che privilegia

l'elemento privatistico anche per ciò che concerne la relativa attività contrattuale, che deve rappresentare la modalità ordinaria di azione derogabile solo in relazione a particolari ipotesi.

E' proprio in merito alla questione centrale dell'individuazione del regime contrattuale dell'impresa pubblica che acquistano un significativo rilievo le pronunce giurisprudenziali cui si accennava all'inizio. Si può affermare che, nel loro complesso, esse apportino un contributo di chiarezza rispetto a tale questione. Le pronunce infatti, pur riguardando tematiche diverse, contengono elementi che, se ricomposti in una visione unitaria, contribuiscono a meglio definire il regime contrattuale dell'impresa pubblica nonché, conseguentemente, a delineare, sia pure in filigrana, i caratteri propri di questa controversa categoria soggettiva.

2. La difficile convivenza dell'impresa pubblica con la figura dell'organismo di diritto pubblico

Uno dei fattori che ha contribuito ad alimentare una certa confusione intorno alla categoria dell'impresa pubblica è la sovrapposizione che per molto tempo è stata operata – e che per alcuni versi continua ancora oggi – con l'altra categoria soggettiva dell'organismo di diritto pubblico.

Come è noto, la normativa che regola la contrattualistica pubblica ricomprende tra gli enti committenti sia le imprese pubbliche che gli organismi di diritto pubblico.

Tuttavia sono profondamente diversi i presupposti e le condizioni in base ai quali queste due figure sono attratte nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici.

In particolare, l'organismo di diritto pubblico è qualificato come amministrazione aggiudicatrice sia nell'ambito dei settori ordinari che dei settori speciali. L'impresa pubblica, al contrario, è ricompresa nell'ambito di applicazione soggettivo dei soli settori speciali, mentre non compare tra gli enti committenti dei settori ordinari. Questa diversità nasce da ragioni storiche, collegate al fatto che tradizionalmente era solo nei settori speciali che operavano committenti che agivano in forma imprenditoriale, mentre nei settori ordinari erano presenti solo le amministrazioni pubbliche tradizionali. L'evoluzione che negli anni più recenti ha caratterizzato il settore della committenza pubblica, con il processo di privatizzazione di molti soggetti pubblici e la nascita di altre figure di committenti aventi forma privatistica, ha comportato che anche nei settori ordinari possano essere presenti committenti formalmente privati, ma aventi una sostanza pubblicistica. Ed è proprio in relazione a tali soggetti che ha preso forma e spazio la categoria dell'organismo di diritto pubblico, che in base all'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza prima comunitaria e poi nazionale prescinde dalla forma giuridica privatistica o pubblicistica dei soggetti committenti.

Ciò, tuttavia, ha contribuito ad alimentare una certa confusione tra le due figure, che talvolta sono state sovrapposte. Proprio in virtù di questa sovrapposizione un certo orientamento interpretativo ha ritenuto che uno stesso soggetto potesse essere inquadrato contestualmente tanto nella categoria dell'organismo di diritto pubblico che in quella dell'impresa pubblica³. Con la conseguenza che un soggetto comunemente qualificato come impresa pubblica, qualora agisse al di fuori dei settori speciali, poteva comunque essere attratto nell'ambito di applicazione della normativa sui settori ordinari qualora potesse contemporaneamente essere qualificato anche come organismo di diritto pubblico.

Si tratta di un'impostazione che non appare condivisibile, perché alimenta una confusione sui caratteri propri dell'impresa pubblica, e non tiene conto che quest'ultima si distingue nettamente dall'organismo di diritto pubblico proprio dal punto di vista ontologico, cioè per gli elementi strutturali che la contraddistinguono. Né è testimonianza il fatto che l'ambito soggettivo dei settori speciali

³ Così l'Ordinanza del Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 167, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004, 394, che con riferimento alla società Grandi Stazioni, appartenente al Gruppo Ferrovie dello Stato e dedicata alla gestione e valorizzazione delle principali stazioni italiane, da un lato ne ha affermato il carattere di impresa pubblica e dall'altro l'ha qualificata come organismo di diritto pubblico. Anche rispetto alle società di gestione aeroportuale, la giurisprudenza si è espressa qualificandole indifferentemente come imprese pubbliche o organismi di diritto pubblico (Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, in *Urb. e Appalti*, 2000, 534; *idem*, 15 marzo 2004, n. 1332, in *Foro Amm.*, 2004, 918). Ancora, la stessa indeterminatezza si trova affermata in TAR Lazio, Sez. III ter, 9 giugno 2004, n. 5460, che ha qualificato la RAI S.p.A. contemporaneamente come impresa pubblica e come organismo di diritto pubblico, in *Giust. Amm. It.*, 2004, con nota critica di A. CLARIZIA, *La RAI è impresa pubblica e....anche organismo di diritto pubblico.*

ricomprende entrambe le figure, a conferma che si tratta di categorie distinte e non sovrapponibili.

Da qui l'esigenza di delineare con chiarezza i tratti propri dell'impresa pubblica, anche in un'ottica di differenziazione dall'organismo di diritto pubblico, al fine di evitare improprie interpretazioni estensive sugli ambiti di applicazione della normativa sui contratti pubblici⁴.

3. L'impresa pubblica e gli elementi di distinzione dall'organismo di diritto pubblico

Rispetto a questa esigenza appare particolarmente significativo il primo degli interventi giurisprudenziali cui si accennava all'inizio. Si tratta della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012 n. 1574, che delinea, forse per la prima volta in una maniera così chiara e netta, gli elementi caratterizzanti le due figure e i relativi tratti differenziali⁵.

La pronuncia trae origine da una controversia relativa all'affidamento di un contratto ad opera di una società a partecipazione pubblica. Nello specifico, si trattava della società Porto antico di Genova che aveva indetto una procedura di gara per l'individuazione di un soggetto conduttore di immobili insistenti sul demanio marittimo

⁴ L'esigenza di distinguere chiaramente e nettamente le due figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica è stata sottolineata con forza, in base a una serie articolata di condivisibili affermazioni a cui si rinvia per completezza, da M.A. SANDULLI, Il regime giuridico dell'impresa pubblica, cit. Nello stesso senso R.GAROFOLI, L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici nazionali a confronto, in Foro It., 1998, 134.

⁵ La sentenza è già oggetto di commento ad opera di A. NICODEMO, Imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico: analogie e differenze, in giustamm.it

dell'area portuale da essa gestita, da destinare a cinema multisala.

All'esito della gara il secondo classificato proponeva ricorso, deducendo una serie di illegittimità della procedura. Il Tar Liguria, senza entrare nel merito, dichiarava il suo difetto di giurisdizione, sul presupposto che l'ente appaltante non poteva considerarsi organismo di diritto pubblico, svolgendo attività imprenditoriale avente ad oggetto la valorizzazione di aree, edifici e strutture del porto antico di Genova, assumendo il conseguente rischio di impresa. La sua corretta qualificazione era quindi quella di impresa pubblica. Di conseguenza, la relativa attività contrattuale non era sottoposta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Contro questa conclusione del giudice di primo grado veniva proposta appello. L'appellante ribadiva come la società Porto di Genova presentava tutti i requisiti necessari per il suo inquadramento nella categoria dell'organismo di diritto pubblico. In particolare, oltre alla personalità giuridica e all'influenza dominante da parte di un soggetto pubblico, essa era destinata al soddisfacimento di un interesse generale, rappresentato dal perseguimento di finalità istituzionali proprie del Comune di Genova, coincidenti appunto con la valorizzazione di un'infrastruttura unica e del tutto peculiare quale l'area portuale⁶.

⁶ In particolare l'appellante sottolineava come la società Porto antico di Genova svolge attività strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente locale in base alle funzioni proprie di quest'ultimo, dovendo costantemente realizzare l'interesse pubblico indicato dall'amministrazione.

Il Consiglio di Stato ha respinto questa prospettazione e confermato la decisione del giudice di primo grado. Per arrivare a questa conclusione la sentenza ha sviluppato un articolato iter argomentativo in cui, come si diceva, vengono delineati con grande chiarezza ed efficacia i caratteri propri delle due categorie dell'impresa pubblica e dell'organismo di diritto pubblico.

Relativamente all'impresa pubblica, il punto di partenza dell'indagine è rappresentato dalla constatazione di base che essa è costituita in forma societaria. Partendo da questo elemento il Consiglio di Stato sviluppa l'indagine successiva. La forma societaria impone in primo luogo di individuare gli elementi che caratterizzano e distinguono l'impresa pubblica dall'ordinario modello di società disciplinato dal codice civile. Ciò al fine di stabilire se tali elementi siano tali da influire sul relativo regime contrattuale.

Un primo elemento è costituito dall'influenza dominante dell'ente pubblico socio, che si manifesta tra l'altro nel potere di nominare gli amministratori. Peraltro, poiché la facoltà di nomina dell'ente pubblico deve essere, ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale, solo se l'ente pubblico ha la maggioranza del capitale avrà la possibilità di nominare la maggioranza degli amministratori⁷.

⁷ Il principio secondo cui la facoltà di nomina degli amministratori deve essere proporzionale alla partecipazione al capitale sociale è stato introdotto nell'articolo 2449 a seguito delle modifiche apportate dalla legge 25 febbraio 2008, n. 34, che ha recepito le indicazioni vincolanti contenute nella sentenza della Corte di giustizia Ue del 6 dicembre 2007, cause riunite C- 463/04 e C – 464/04. La precedente versione

Altro elemento caratterizzante l'impresa pubblica è che essa deve perseguire l'interesse pubblico proprio dell'ente socio. Il Consiglio di Stato sottolinea come tale elemento sia del tutto compatibile con lo scopo di lucro che è tipico del modello societario. Il vincolo di scopo rappresentato dalla necessità di ispirare la propria azione anche al raggiungimento delle finalità pubblicistiche che le sono proprie non altera il modello societario tipico, nel senso che non porta a configurare una tipologia di società diversa rispetto a quella disciplinata dal codice civile. Ne consegue che anche l'impresa pubblica svolge attività economica, con tutte le relative caratteristiche compresa l'assunzione del rischio imprenditoriale, con l'unica particolarità che nello svolgimento di tale attività deve tener conto anche del perseguimento dell'interesse pubblicistico di cui è portatrice.

Questo passaggio del ragionamento svolto dal giudice amministrativo rappresenta il fulcro della pronuncia. Esso opera infatti una sostanziale assimilazione tra l'impresa pubblica e la ordinaria società di stampo privatistico, sull'assunto che la composizione azionaria della prima – e cioè la presenza di un socio pubblico – non abbia di per sé rilievo dirimente ai fini di definire le regole che ne governano il funzionamento e l'attività.

L'impresa pubblica, quindi, non è una società di diritto speciale, ma è una società di tipo ordinario che, come tale, è

dell'articolo 2449 prevedeva infatti che lo Stato e gli enti pubblici, in qualità di azionisti, potevano nominare uno o più amministratori o sindaci, a prescindere dalla misura della loro partecipazione.

assoggettata alla medesima disciplina propria delle normali società. Pertanto, a meno che non vi siano norme specifiche – come ad esempio quelle vigenti nel campo della contrattualistica pubblica relativamente ai settori speciali – la sua attività contrattuale risponde alle regole proprie del codice civile, al pari di qualunque società privata. Con l'ulteriore conseguenza che tale attività è sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, rimanendo ferma la normale competenza del giudice ordinario.

Considerazioni diverse vanno fatte con riferimento alla figura dell'organismo di diritto pubblico. Tale figura, di origine comunitaria, può anche assumere la veste societaria, come si ricava dalla definizione di cui all'articolo 3, comma 26, D.lgs. 163/2006, che fa esplicito riferimento alla possibilità che l'organismo di diritto pubblico venga costituito anche in forma societaria. Proprio in relazione a tale possibilità, occorre definire le condizioni in presenza delle quali una società a partecipazione pubblica può essere inquadrata nella categoria soggettiva dell'organismo di diritto pubblico.

I primi due requisiti che devono sussistere sono la personalità giuridica e l'influenza pubblica, esercitabile attraverso varie modalità (finanziamento pubblico maggioritario, controllo della gestione, nomina degli amministratori). Ma è il terzo requisito quello su cui va concentrata l'attenzione. In base ad esso l'organismo di diritto pubblico deve essere istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale. In base

all'elaborazione giurisprudenziale intervenuta, cui la sentenza del Consiglio di Stato aderisce, questo requisito implica che l'organismo di diritto pubblico, per il perseguimento delle sue finalità, non svolga un'attività di natura economica bensì un'attività che non implica il rischio d'impresa⁸.

Indici della mancanza di rischio imprenditoriale sono sia l'esistenza di particolari relazioni finanziarie con l'ente pubblico di riferimento in virtù delle quali quest'ultimo assicura la sopravvivenza dell'organismo di diritto pubblico a prescindere dai risultati economici conseguiti; sia la mancanza di un mercato concorrenziale in cui l'organismo di diritto pubblico è chiamato a operare.

In sostanza, l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il fatto che persegue unicamente l'interesse pubblico per il soddisfacimento del quale è stato istituito, senza però che la sua attività sia connotata dal rischio d'impresa e dallo scopo lucrativo.

Una società a partecipazione pubblica che presenti queste caratteristiche deve considerarsi titolare non di un'attività di impresa ma di un'attività amministrativa. Coerentemente, va inquadrata nella categoria dell'organismo di diritto pubblico, e la sua azione è sottoposta integralmente alla disciplina pubblicistica propria del Codice dei contratti pubblici, con la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

⁸ Il Consiglio di Stato ricorda come la giurisprudenza ha più volte sottolineato come i compiti dell'organismo di diritto pubblico vengono svolti non con metodo economico ma mediante l'esercizio di un'attività che non implica assunzione del rischio d'impresa (tra le più recenti Cass. SS. UU., 9 maggio 2011, n. 10068).

L'analisi comparativa condotta dal giudice amministrativo evidenzia quindi come sia nell'impresa pubblica che nell'organismo di diritto pubblico costituito in forma societaria siano ravvisabili alcuni elementi comuni, e cioè l'influenza dominante dell'ente pubblico socio nonché il perseguimento dell'interesse pubblico di cui il soggetto (impresa o organismo) è portatore.

Ciò che invece rappresenta il vero elemento differenziale tra le due figure sono le modalità di svolgimento della relativa attività. L'impresa pubblica svolge a tutti gli effetti un'attività di natura economica con assunzione del relativo rischio di impresa, per cui l'interesse pubblico viene a coesistere con lo scopo lucrativo.

Al contrario, nel caso dell'organismo di diritto pubblico non vi è svolgimento di attività di impresa, nel senso che l'attività è indirizzata esclusivamente al perseguimento dell'interesse pubblico senza che rilevi in alcun modo la finalità lucrativa dell'attività medesima, che va quindi considerata di tipo amministrativo.

Ovviamente – come dimostrato dal caso preso in esame dal giudice amministrativo – non sempre è agevole nella pratica definire con nettezza quali sono in concreto le modalità di svolgimento dell'attività da parte del soggetto interessato. Infatti, dal punto di vista della forma degli atti posti in essere, la società organismo di diritto pubblico, proprio per la sua natura, opera comunque con gli strumenti propri del diritto societario. Tuttavia, se si allarga l'indagine al di là del dato

formale, emerge che tali strumenti vanno in realtà considerati espressione di attività amministrativa. Il che sconta un salto logico non sempre immediato, e che può essere giustificato solo in presenza di elementi sostanziali che facciano ritenere che la società organismo di diritto pubblico, anche se rivestita di una forma privatistica, sia in realtà una particolare modalità in cui trova espressione l'agire della pubblica amministrazione.

In questa logica si può ritenere che l'elemento fondamentale che deve guidare l'analisi è costituito dalla presenza o meno, nell'ambito dell'attività propria del soggetto interessato, del rischio d'impresa. Se tale rischio non sussiste, e quindi il soggetto non sopporta gli effetti economici della sua attività in termini di utili o perdite – ad esempio perché vi è un meccanismo automatico di erogazione di risorse pubbliche a prescindere dai risultati economici conseguiti – non si può ritenere che si sia di fronte a un'attività imprenditoriale, quanto piuttosto a un'attività amministrativa rivestita di forme giuridiche privatistiche.

Al contrario, se una società – ancorché a partecipazione pubblica – assume il rischio di impresa, specie laddove entri in concorrenza con altri operatori economici, essa opera sul mercato svolgendo una vera e propria attività imprenditoriale. In questo senso, l'impresa pubblica non può che agire con gli strumenti propri del diritto privato, e la sua sottoposizione a regole di natura pubblicistica costituisce una deroga al regime ordinario, che può valere in ambiti limitati e purché vi sia un'esplicita norma che disponga in questo senso.

In ogni caso, la netta separazione che viene operata tra le due figure in relazione alle modalità di svolgimento della relativa attività rende evidente che si tratta di categorie soggettive concettualmente distinte e che non possono in alcun modo essere sovrapposte⁹. Con l'ulteriore conseguenza che, mentre si può discutere se un soggetto rientri nell'una o nell'altra categoria, non è ipotizzabile che esso sia inquadrato in entrambe. In altri termini, o si è organismo di diritto pubblico o si è impresa pubblica, con conseguente applicazione della relativa disciplina; ma non si può essere contemporaneamente l'una e l'altro, con la conseguente inevitabile confusione in merito all'individuazione delle norme regolatorie dell'attività del soggetto.

4. L'impresa pubblica al di fuori dei settori speciali

Il principio secondo cui l'applicazione all'impresa pubblica delle regole pubblicistiche costituisce una deroga rispetto al regime ordinario che ne disciplina l'attività, che è e resta quello privatistico, emerge con chiarezza da una precedente pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 16 del 1 agosto 2011, resa dall'Adunanza Plenaria. Proprio in questa logica, le affermazioni contenute in questa sentenza si integrano con quelle sviluppate dallo stesso giudice amministrativo nella pronuncia esaminata nel paragrafo precedente. Entrambe vanno infatti nel senso di delineare una nozione di impresa

⁹ Su questo specifico aspetto si richiamano, oltre alle notazioni già ricordate di M.A. SANDULLI, *Il regime giuridico dell'impresa pubblica*, cit, anche le puntuali

pubblica che, seppure rientra nella categoria generale degli enti committenti in quanto non estranea alla normativa sui contratti pubblici, è caratterizzata da peculiarità proprie che ne fanno un genus particolare.

Il caso da cui ha tratto origine l'intervento dell'Adunanza Plenaria riguardava l'affidamento di un appalto di servizi da parte di una società del gruppo Eni. In particolare, la Eni servizi S.p.a. in nome e per conto dell'Eni S.p.a., aveva proceduto all'espletamento di una gara per l'affidamento dei servizi di sicurezza e vigilanza privata presso i complessi immobiliari di San Donato Milanese.

A seguito del ricorso proposto dal secondo classificato per presunte illegittimità della procedura, il Tar Lombardia si esprimeva nel merito, dopo aver respinto le eccezioni di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevate dall'ente appaltante. Tali eccezioni si fondavano essenzialmente sulla considerazione che il servizio oggetto di affidamento, non potendosi considerare strumentale all'attività istituzionale che costituiva il core business della propria attività di impresa – consistente nel servizio di erogazione del gas – non rientrava nell'ambito applicativo della normativa sui settori speciali. Di conseguenza il relativo affidamento non era disciplinato da tale normativa, ma costituiva espressione di un'attività contrattuale di natura privatistica. Da qui la conclusione nel senso della sottrazione della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo.

considerazioni svolte da G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto*

Questa eccezione è stata riproposta davanti al Consiglio di Stato che, in considerazione del rilievo generale della questione sollevata e del fatto che la stessa avrebbe potuto dar luogo a contrasti giurisprudenziali, ha rimesso l'esame della stessa all'Adunanza Plenaria.

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha individuato, con grande rigore sistematico, una serie di profili da esaminare in consequenzialità logica ai fini di dare soluzione alla questione sottoposta.

Il punto di partenza è costituito dalla previsione contenuta all'articolo 217 del D.lg. 163/2006. Questa norma stabilisce che la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti committenti che operano in tali settori affidano per scopi diversi dall'esecuzione delle loro attività istituzionali, come specificamente indicate agli articoli da 208 a 213 del medesimo D.lgs. A ben vedere, questa previsione rappresenta il naturale corollario delle regole che individuano l'ambito di applicazione della normativa sui settori speciali. Tale ambito, infatti, viene definito attraverso l'incrocio tra l'elemento soggettivo (natura dei committenti) e l'elemento oggettivo (natura dell'attività) per cui gli enti committenti individuati come tali sono tenuti ad applicare la normativa sui settori speciali solo in quanto svolgono quelle specifiche attività indicate dalla stessa normativa. La conseguenza – come esplicitato dal richiamato articolo 217 - è che per gli

pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo, cit.

affidamenti che non sono inerenti a dette attività non trova applicazione la disciplina dei settori speciali.

Sotto questo profilo, ciò che rileva è dunque il nesso di strumentalità tra l'appalto e l'attività istituzionale dell'ente che opera nei settori speciali, come definita dalle norme che ne delimitano il campo di applicazione. Se questo nesso di strumentalità sussiste, il regime contrattuale sarà quello tipico dei settori speciali, mentre in caso contrario non vi sarà spazio per la sua applicazione.¹⁰

¹⁰ Se sotto il profilo della ricostruzione astratta questa delimitazione appare sufficientemente chiara, nella pratica non sempre è agevole definire con altrettanta nettezza la linea di demarcazione tra appalti strumentali e non strumentali. Infatti, può risultare difficoltoso stabilire in concreto se una determinata prestazione che costituisce l'oggetto dell'appalto sia o meno finalizzata allo svolgimento dell'attività istituzionale propria dell'ente committente.

Una panoramica sugli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sul tema è utile anche al fine di comprendere come le diverse interpretazioni fornite lascino comunque alcuni margini di incertezza sulla corretta definizione delle rispettive linee di confine dei due ambiti.

Così, è stato ritenuto estraneo ai settori speciali un appalto affidato da un ente committente operante nel settore della distribuzione del gas relativo all'affidamento del servizio di sicurezza e vigilanza armata della propria sede (TAR Puglia, Sez. I, 2 ottobre 2008, n. 2257). Analogamente, si è ritenuta non applicabile la disciplina sui settori speciali a un appalto avente ad oggetto il servizio di pulizia delle sedi di un ente committente gestore dei servizi di gas, elettricità ed acqua (TAR Emilia Romagna, Parma, 28 maggio 2007, n. 315).

In questi casi il giudice amministrativo ha ritenuto che le sedi in cui sono collocati gli uffici amministrativi degli enti in questione non possano essere considerati immobili strettamente funzionali allo svolgimento delle attività istituzionali degli enti medesimi (distribuzione del gas o gestione dei servizi gas, elettricità ed acqua).

Ma in altri casi, sempre con riferimento ad appalti relativi a sedi degli enti committenti, il giudice amministrativo è pervenuto a conclusioni diverse. Così, è stato considerato rientrante nell'ambito applicativo dei settori speciali un appalto avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di global service relativi agli immobili in cui è ospitata la sede centrale di Poste italiane, trattandosi di uffici in cui vengono definite le modalità organizzative per lo svolgimento del servizio postale (TAR Lazio, Sez. III ter, 5 febbraio 2008, n. 951 e 27 febbraio 2008, n. 1793). In questo caso, dunque, il giudice ha evidentemente accolto una nozione di strumentalità più ampia, nel senso che l'immobile è stato considerato strumentale allo svolgimento dell'attività tipica dei settori speciali (lo svolgimento dei servizi postali) anche se esso non è destinato al materiale svolgimento del servizio, bensì alle attività dirette a definire le modalità in cui tale servizio deve svolgersi.

E tuttavia, in aperta contraddizione con l'accoglimento di questa interpretazione estensiva, si colloca una precedente pronuncia del medesimo giudice amministrativo che, sempre con riferimento a Poste italiane, ha ritenuto che non potesse considerarsi

Nel caso di specie l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che il servizio di vigilanza degli uffici amministrativi del Gruppo Eni non potesse considerarsi finalizzato all'attività istituzionale del gruppo, costituita dalla estrazione e commercializzazione del petrolio e del gas. Di conseguenza, il suo affidamento non era sottoposto alla disciplina propria dei settori speciali.

Posto questo primo paletto, il ragionamento del giudice amministrativo si è sviluppato con ulteriori livelli di analisi che appaiono particolarmente significativi rispetto al tema oggetto delle presenti note.

Il primo ordine di considerazioni ha riguardato i rapporti tra la disciplina dei settori speciali e quella dei settori ordinari. La questione, in sintesi, è se, una volta esclusa l'applicazione della prima per le ragioni sopra esposte, si possa invocare l'applicazione della seconda. Tale questione è stata risolta in senso negativo dall'Adunanza Plenaria, sulla base di un

rientrare nei settori speciali l'appalto per la fornitura di gasolio per gli immobili sede di uffici postali (TAR Lazio, Sez. III, 5 novembre 2007, n. 10893). Non appare coerente, infatti, che da un lato si attragga nella disciplina dei settori speciali un appalto relativo alla sede centrale – che quindi in via mediata viene considerata strumentale allo svolgimento dell'attività postale - e dall'altro si neghi il nesso di strumentalità per un appalto relativo a immobili che in via diretta ed immediata vengono utilizzati per lo svolgimento dei servizi postali.

Vanno poi segnalate due pronunce in cui, in considerazione dello stretto collegamento con l'attività istituzionale tipica dei relativi committenti, il nesso di strumentalità è stato ritenuto sussistente. Così, è stato considerato rientrare nei settori speciali l'appalto per il servizio di vigilanza di impianti ferroviari affidato da Trenitalia (TAR Campania, Sez. I, 30 gennaio 2004, n. 1140). Analogamente, la disciplina sui settori speciali è stata ritenuta applicabile per l'affidamento di un appalto relativo al servizio di vigilanza per la sicurezza dei passeggeri e dei bagagli negli aeroporti, di competenza di un gestore aeroportuale (TA Piemonte, 21 aprile 2001, n. 932).

Infine, in senso opposto, è stato considerato estraneo ai settori speciali l'appalto per il servizio di selezione e reclutamento del personale affidato da un ente gestore operante nel campo della distribuzione di gas naturale (TAR Puglia, 12 giugno 2008, n. 1480).

ragionamento che fa perno sulla natura giuridica dell'ente committente.

Quest'ultimo, infatti, è un'impresa pubblica e, come tale, non è ricompresa tra i soggetti aggiudicatori dei settori ordinari. Di conseguenza, la disciplina relativa a tali settori non può trovare applicazione, sotto alcun profilo, all'attività contrattuale da essa posta in essere¹¹.

Viene quindi esplicitamente chiarito che, relativamente alla categoria soggettiva dell'impresa pubblica, non vi può essere alcun processo di osmosi tra la disciplina dei settori speciali e quella dei settori ordinari, perché manca il presupposto soggettivo per l'applicazione di quest'ultima.

Il giudice amministrativo, quindi, ribadisce con nettezza la separazione dei due regimi normativi (dei settori ordinari e dei settori speciali), tra i quali non sono possibili sovrapposizioni, neanche sotto il profilo soggettivo. Cosicché emerge anche in questa sede, sia pure sotto una diversa prospettiva, che non appare ammissibile che un'impresa pubblica si "trasformi" in organismo di diritto pubblico ai fini dell'eventuale applicazione della disciplina sui settori ordinari.

Il secondo livello di analisi ha riguardato l'eventuale applicazione nel caso di specie dei principi generali di cui all'articolo 27 del D.lgs. 163/2006. Tale articolo stabilisce che

¹¹ L'Adunanza Plenaria evidenzia come la sottrazione delle imprese pubbliche che operano nei settori speciali alla disciplina propria dei settori ordinari si desume dalla stessa impostazione del diritto comunitario. Viene infatti sottolineato come "al di fuori dei settori speciali, cioè fuori dell'ambito degli oggettivi servizi pubblici nominati, non vi è sostituzione all'attività amministrativa e pertanto non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali

l'affidamento dei contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione delle norme dello stesso D.lgs., deve avvenire comunque nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

La questione che è stata affrontata consiste quindi nello stabilire se un'impresa pubblica che, nell'affidamento di un appalto non strumentale alla propria attività istituzionale non deve applicare – per le ragioni sopra illustrate - né la normativa dei settori speciali né quella dei settori ordinari, debba comunque rispettare i principi generali sopra ricordati. Il che, pur non traducendosi nello svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica in senso proprio, comporterebbe comunque un certo grado di procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente.

Anche questo dubbio viene risolto in senso negativo dall'Adunanza Plenaria. Il giudice amministrativo ha infatti ritenuto che il richiamo all'applicazione dei principi vale per quegli appalti che, pur rientrando astrattamente nel campo di applicazione del D.lgs. 163, ne sono in concreto esclusi per ragioni di politica legislativa (appalti segreti, servizi di arbitrato o conciliazione, servizi di cui all'Allegato II b).

Non può invece valere per quei contratti che sono per così dire ontologicamente fuori dall'ambito applicativo del D.lgs. 163, che cioè non vi rientrano neanche sotto il profilo delle loro caratteristiche astratte in quanto non sono presi in

contraenti, mediante l'imposizione di scansioni particolari del processo di

considerazione dalla normativa comunitaria e nazionale. Tali contratti, proprio per queste loro caratteristiche, andrebbero qualificati non come “esclusi” – come tali comunque sottoposti ai principi di cui all’articolo 27 - ma più propriamente come “estranei” rispetto all’ambito di applicazione della disciplina del D.lgs. 163/2006. E proprio in virtù di questa loro estraneità, il loro affidamento sarebbe svincolato anche dal rispetto dei principi generali.

L’appalto affidato da un’impresa pubblica dei settori speciali non connesso alla relativa attività istituzionale è appunto da considerare “estraneo” rispetto alla disciplina complessiva del D.lgs. 163/2006, per cui il relativo affidamento non è sottoposto neanche all’osservanza dei principi generali dell’articolo 27 di detto decreto.

Le conclusioni ultime del ragionamento complessivo svolto dall’Adunanza Plenaria sono quindi nette: un’impresa pubblica che opera nei settori speciali, per l’affidamento di contratti che non sono funzionalmente connessi con l’attività tipica che essa svolge in tali settori, non è soggetta all’applicazione né delle norme né dei principi dell’evidenza pubblica. Essa può quindi agire secondo le regole proprie del diritto privato, nell’ambito dell’autonomia negoziale che è connaturata alla sua veste giuridica. E ciò in piena coerenza con la natura imprenditoriale della sua attività.

formazione contrattuale”.

5. L'impresa pubblica nei settori aperti alla concorrenza

A completamento dei principi enunciati nelle due pronunce sopra esaminate, vi é una terza pronuncia della Corte di Cassazione che assume anch'essa un rilievo significativo ai fini della definizione delle modalità operative che devono caratterizzare l'azione di un'impresa pubblica. Pur riguardando un ambito diverso da quelli sopra esaminati, l'intervento della Cassazione porta ulteriori elementi ai fini di disegnare il regime contrattuale complessivo dell'impresa pubblica e, conseguentemente, il profilo di questa categoria soggettiva.

La pronuncia in questione è costituita dall'Ordinanza del 29 maggio 2012, n. 8511 delle Sezioni Unite. La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi su un regolamento preventivo di giurisdizione diretto a individuare il giudice competente a decidere su una determinata controversia relativa a un affidamento operato da Poste italiane S.p.A., ha infatti sviluppato una serie di considerazioni che aiutano ulteriormente a delimitare l'effettivo ambito di applicazione della disciplina pubblicistica per i committenti che operano nei settori speciali.

Nello specifico, Poste Italiane aveva indetto una gara per l'affidamento di un contratto di fornitura di distributori automatici di banconote, con annessi servizi di installazione e manutenzione.

A fronte dell'intervenuta aggiudicazione, un concorrente non aggiudicatario aveva proposto ricorso davanti al Tar. L'aggiudicatario, a sua volta, aveva eccepito – unitamente a

Poste Italiane – il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, presentando ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione davanti alla Corte di Cassazione.

A sostegno di questa eccezione di giurisdizione, veniva rilevato che la procedura di gara si riferiva ad un appalto strumentale allo svolgimento, da parte di Poste, dei “servizi di pagamento e trasferimento di denaro”. Tali servizi si distinguono dai servizi postali in senso proprio, anche in relazione al titolo sulla base del quale vengono prestati. Mentre infatti l’esercizio del servizio postale avviene sulla base di una specifica concessione, i servizi di pagamento e trasferimento di denaro si svolgono al di fuori di qualunque atto concessorio, nell’ambito del mercato bancario e in concorrenza con altri operatori.

Proprio in relazione a questa loro caratterizzazione, viene in rilievo la previsione contenuta nell’articolo 219, comma 1, del D.lgs. 163/2006, secondo cui gli appalti affidati dai soggetti che operano nei settori speciali sono sottratti alla disciplina del Codice dei contratti pubblici qualora si riferiscano ad un’attività “direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili”. In sostanza, se l’ente committente dei settori speciali opera in un ambito di attività in cui non usufruisce di alcun regime di esclusiva o di privilegio, ma è invece in concorrenza con altri operatori in un mercato aperto, esso non è tenuto a rispettare le regole dell’evidenza pubblica nello svolgimento della propria attività di selezione dei contraenti.

La conseguenza è che le controversie relative alle procedure di selezione adottate per la scelta di tali contraenti sono sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo, rientrando in quella del giudice ordinario.

Questa impostazione è stata sostanzialmente condivisa dalla Corte di Cassazione.

In via preliminare, la Corte di Cassazione ha ribadito la diversità tra le categorie dell'impresa pubblica e dell'organismo di diritto pubblico. Tale distinzione viene infatti ritenuta fondamentale ai fini di individuare la disciplina applicabile all'attività di scelta dei contraenti, posto che l'impresa pubblica è ente committente sottoposta al Codice dei contratti solo nella misura in cui opera nei settori speciali e per gli ambiti di attività ricompresi in detti settori.

Secondo la Cassazione, la mancata inclusione dell'impresa pubblica tra i soggetti committenti dei settori ordinari risponde a una precisa logica: solo se l'impresa pubblica opera in virtù di diritti speciali o esclusivi (ad esempio in virtù di una concessione), come avviene nei settori speciali, è coerente prevedere l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica. Se invece essa opera sul mercato in condizioni di normale concorrenza, non vi sono ragioni per sottoporre la sua attività contrattuale al regime pubblicistico.

Proseguendo in questo ragionamento, la Cassazione ha sottolineato che la sottoposizione dell'impresa pubblica alle regole pubblicistiche dei settori speciali costituisce un'eccezione, giustificata dal fatto che in tali settori l'impresa

pubblica opera in deroga alle ordinarie condizioni di concorrenzialità. Con la conseguenza che fuori di questi settori l'applicazione di tali regole non ha ragione d'essere, perché operano quelle ordinarie del mercato.

Sanciti questi principi sui limiti di applicabilità del Codice dei contratti alle imprese pubbliche, la pronuncia in commento ne ha fatto applicazione al caso di specie.

A questo riguardo viene in rilievo in particolare l'articolo 211 del D.lgs. 163/2006 che delimita, sotto il profilo oggettivo, le attività svolte da Poste Italiane che ricadono nel campo di operatività dei settori speciali e sono quindi soggette all'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Tale articolo individua sostanzialmente due tipologie di attività:

- a) i servizi postali in senso stretto, che includono la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione degli invii postali;
- b) gli altri servizi diversi da quelli postali, tra cui rientrano anche i servizi finanziari. Per questa seconda categoria di servizi la disciplina del Codice dei contratti non trova applicazione se sono soddisfatte le condizioni indicate dal successivo articolo 219.

Tale ultimo articolo sancisce il principio secondo cui se una determinata attività astrattamente rientrante nei settori speciali è aperta alla concorrenza sui mercati liberamente accessibili, gli affidamenti dei relativi appalti non sono soggetti alle regole del D.lgs. 163/2006.

Nel caso di specie la procedura di affidamento riguardava un appalto per la fornitura di distributori automatici di banconote,

funzionale allo svolgimento dei servizi di pagamento e trasferimento di denaro. Questi servizi sono da considerare aperti alla concorrenza sul libero mercato, e tali sono stati dichiarati anche a valle della procedura prevista dallo stesso articolo 219 ai fini di definire quali sono le attività da considerare esposte alla concorrenza. Tale procedura si fonda su una notifica ad opera dello Stato membro alla Commissione UE che, se ritiene che sussistano le condizioni per dichiarare l'apertura di quella specifica attività alla libera concorrenza, adotta una decisione conseguente. Cosa che è avvenuta nel caso di specie, con la decisione del 5 gennaio 2010 cui ha fatto seguito il DPCM del 25 gennaio 2010 che ha recepito i contenuti di tale decisione.

L'effetto ultimo è che gli appalti affidati da Poste Italiane che siano strumentali allo svolgimento dei servizi di pagamento e trasferimento di denaro non rientrano nell'ambito di applicazione del D.lgs. 163/2006. La medesima esenzione vale peraltro anche per altri servizi che sono stati ritenuti aperti alla concorrenza, quali la raccolta del risparmio tramite conti correnti, i prestiti per conto di banche, i servizi e le attività di investimento.

Infine, la Cassazione ha ritenuto che nel caso di specie non dovesse trovare applicazione neanche l'articolo 27 del D.lgs. 163 che - come sopra ricordato - prevede che l'affidamento dei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del Codice, debba comunque avvenire nel rispetto dei principi generali di economicità, efficacia, imparzialità, parità di

trattamento, trasparenza e proporzionalità. E ciò sulla base di un ragionamento analogo a quello sviluppato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria sopra esaminata, che si basa sulla distinzione tra contratti esclusi e contratti estranei. Nel caso di specie ricorrerebbe proprio l'ipotesi del contratto "estraneo", come tale sottratto anche all'osservanza, ai fini del relativo affidamento, dei principi generali definiti dall'articolo 27.

Sotto il profilo della tutela giurisdizionale, la sottrazione degli appalti relativi ai servizi aperti alla concorrenza alle procedure di affidamento disciplinate dal Codice dei contratti comporta che la giurisdizione sulle eventuali controversie sorte in sede di gara spetta al giudice ordinario.

Infatti, secondo la chiara indicazione contenuta nel Codice del processo amministrativo, al giudice amministrativo sono devolute tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture pubblici svolte da soggetti tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

Per radicare la giurisdizione amministrativa è quindi necessario che l'ente appaltante sia obbligato ad applicare, per quello specifico appalto, procedure ad evidenza pubblica imposte dalla legge. Non rileva, al contrario, che l'applicazione di tali procedure derivi non da uno specifico obbligo di legge ma da una autonoma scelta dell'ente, che si autovincoli in questo senso. In sintesi, se l'ente è sottoposto, per espressa previsione di legge, alla disciplina del Codice dei contratti, la giurisdizione

sulle eventuali controversie relative alle procedure di gara è del giudice amministrativo; in caso contrario, è del giudice ordinario.

Come si diceva, la pronuncia in commento offre una chiave di lettura delle modalità operative dell'impresa pubblica in cui viene ulteriormente sottolineata la sua dimensione privatistica.

Questa impostazione trova riscontro proprio nell'articolo 219 del D.lgs. 163/2006, che consacra il principio della sottrazione alla disciplina pubblicistica degli affidamenti di contratti che riguardano ambiti di attività liberalizzati, da attuare attraverso una procedura ad hoc che passa per una decisione della Commissione UE.

La ratio di questa previsione costituisce conferma, sotto questo specifico profilo, del fatto che l'applicazione di regole di matrice pubblicistica all'attività contrattuale dell'impresa pubblica è collegata a particolari condizioni di favore o di vantaggio di cui essa usufruisce, ad esempio in virtù di un atto concessorio o in relazione alla titolarità di diritti speciali. Ma nel momento in cui queste condizioni di favore non sussistono e l'impresa pubblica agisce in condizioni di parità con altri competitori in un mercato aperto alla concorrenza, è logico e coerente che riprendano vigore quelle regole privatistiche che sono connaturate alla sua natura di soggetto imprenditoriale. Anche perché in questi casi sarà il mercato a imporre, in maniera naturale, che la scelta dei contraenti avvenga secondo

regole direte a premiare la migliore offerta, senza necessità che vi sia in questo senso l'obbligo di adottare norme ad hoc¹².

Sotto questo profilo, sembra potersi affermare che, a fronte di una progressiva liberalizzazione di segmenti di mercato in cui operano, si prospetta per le imprese pubbliche dei settori speciali un restringimento dell'applicazione delle regole pubblicistiche e un corrispondente ampliamento della disciplina privatistica, in coerenza con la loro natura di soggetti imprenditoriali¹³.

6. Considerazioni conclusive

L'insieme delle affermazioni contenute nelle pronunce analizzate fa emergere una serie di elementi che, sia pure in ambiti e sotto profili diversi, confluiscono in una medesima direzione ai fini della configurazione dei caratteri propri dell'impresa pubblica.

Il dato essenziale è che l'impresa pubblica svolge un'attività tipicamente imprenditoriale, indirizzata al conseguimento di un utile e con assunzione del relativo rischio. Sembra

¹² Questa impostazione è stata affermata in maniera chiara da parte del giudice comunitario, tradizionalmente più attento al dato sostanziale dei fenomeni che agli aspetti meramente formali. La Corte di giustizia UE ha infatti evidenziato come al soggetto che opera su un mercato aperto alla concorrenza, persegue scopi di lucro e assume i rischi derivanti dalla propria attività, senza godere di alcuna condizione di privilegio, il legislatore comunitario non ha inteso imporre l'osservanza obbligatoria della disciplina pubblicistica in tema di conclusione dei contratti. L'attività negoziale di tale soggetto, infatti, è già di per sé legata a valutazioni di ordine economico, dovendosi escludere che esso possa prediligere un concorrente piuttosto che un altro basandosi su considerazioni diverse da quelle di mera convenienza economica (così Corte di Giustizia UE, 22 maggio 2003, causa C – 18/01).

¹³ Basti pensare, ad esempio, alla recente apertura alla concorrenza del settore ferroviario (ci si riferisce alle linee ad alta velocità piuttosto che al settore merci), che dovrebbe portare a una riflessione sulla persistenza dell'obbligo di applicare le

un'affermazione elementare e, per alcuni aspetti, addirittura banale, ma lo è molto meno se rapportata alle rappresentazioni, spesso confuse, che sono state date nel tempo – e che per alcuni versi tuttora permangono – in merito ai caratteri propri di questa categoria soggettiva. E' sufficiente evidenziare che non solo in passato ma ancora oggi viene frequentemente operata, in maniera più o meno esplicita, un'impropria assimilazione dell'impresa pubblica alle pubbliche amministrazioni, ponendo nel nulla proprio quelli che sono i caratteri tipici della prima e che ne fanno un soggetto ontologicamente diverso dalle seconde.

Dall'affermazione di questo dato fondamentale derivano alcune rilevanti conseguenze. Lo svolgimento di un'attività tipicamente imprenditoriale comporta infatti, sotto il profilo dell'operatività, che l'impresa pubblica agisca, nel perseguimento delle sue finalità, secondo modelli privatistici. Anche in ragione di ciò, deve godere di un regime giuridico di sostanziale equiparazione rispetto all'impresa privata.

Vale richiamare, al riguardo, anche il principio dell'equiparazione tra impresa pubblica e impresa privata sancito dall'articolo 86 del Trattato UE. Senza volere entrare nell'analisi dettagliata di questa tematica, che esula dall'ambito delle presenti note, ci si limita ad osservare che se la ratio fondamentale di tale principio va naturalmente identificata nell'esigenza di evitare che la connotazione pubblicistica dell'impresa comporti per la stessa dei privilegi o delle

procedure pubblicistiche per la scelta dei contraenti da parte di Trenitalia, società del

condizioni di favore rispetto alle imprese private che agiscono nello stesso settore, si deve ritenere che esso operi anche in senso specularmente opposto. In altri termini, è ragionevole sostenere che, nell'ottica del legislatore comunitario, l'impresa pubblica non debba essere avvantaggiata ma neanche svantaggiata rispetto ai competitori privati. E che di conseguenza, in linea generale, le regole che valgono per essa non debbano essere dissimili da quelle proprie degli operatori privati.

Se dunque il principio generale è che l'impresa pubblica può legittimamente agire secondo gli schemi operativi e le regole proprie dell'autonomia privata, le norme che impongono invece l'applicazione di discipline di tipo pubblicistico costituiscono e vanno quindi considerate come una deroga a tale principio.

In particolare, relativamente alla disciplina dell'attività contrattuale, la sottoposizione dell'impresa pubblica all'applicazione di procedure ad evidenza pubblica per la scelta dei contraenti trova la sua giustificazione in ragioni storiche, connesse alle previsioni della normativa comunitaria¹⁴. Quest'ultima, infatti, nel momento in cui ha esteso l'ambito di applicazione delle regole sull'affidamento dei contratti pubblici anche ai c.d. settori speciali (in precedenza esclusi), ha dovuto prendere atto della variegata realtà esistente nei diversi paesi

Gruppo Ferrovie dello Stato destinata al servizio di trasporto.

¹⁴ Per un'esposizione esaustiva delle ragioni che hanno indotto il legislatore comunitario ad attrarre le imprese pubbliche nell'ambito di applicazione della normativa sugli appalti, sia pure con un regime speciale, si rimanda a M.A,

europei in merito alla natura giuridica degli enti committenti operanti nei suddetti settori. Infatti, in alcuni casi tali enti avevano natura pubblicistica, mentre in altri si presentavano in una forma giuridica privatistica. Da qui la necessità, al fine di evitare ingiustificabili disparità di trattamento, di prevedere che le norme comunitarie contenenti le regole per l'affidamento dei contratti nei settori speciali trovassero applicazione a prescindere dalla natura pubblica o privata dei soggetti committenti.

E' solo in questa logica che trova giustificazione l'assoggettamento dell'impresa pubblica alle stesse regole che governano l'attività contrattuale di una pubblica amministrazione. Da ciò consegue, come necessario corollario, che al di fuori dello specifico ambito per il quale il legislatore comunitario e conseguentemente quello nazionale hanno ritenuto necessario sottoporre l'attività dell'impresa pubblica a regole pubblicistiche, riprendono vigore i principi generali. E tali principi, come visto, comportano che l'impresa pubblica agisca, coerentemente alla sua natura di soggetto imprenditoriale, secondo le regole proprie dell'autonomia negoziale.

Le affermazioni contenute nelle pronunce sopra illustrate vanno tutte coerentemente in questa direzione. Se l'impresa pubblica agisce fuori dai settori speciali o in un segmento di attività aperto alla concorrenza, può operare come un qualunque soggetto privato, poiché vengono meno quelle

SANDULLI, Il regime giuridico dell'impresa pubblica, cit, con particolare

specifiche ragioni che hanno indotto il legislatore a introdurre una deroga al regime ordinario, che resta quello privatistico.

E' quindi legittimo affermare che l'impresa pubblica è in primo luogo impresa, e solo in via accessoria pubblica. Con ciò si intende dire che la presenza dell'azionista pubblico, se non può certamente essere ritenuta indifferente sotto il profilo delle finalità cui l'attività dell'impresa è indirizzata, non può neanche essere considerata un elemento in grado di stravolgere, fino ad annullarla, la natura imprenditoriale di tale attività. E tale natura postula che la strumentazione operativa sia quella tipica dell'attività di impresa, basata quindi sull'esercizio dell'autonoma negoziale privata.

Le norme specifiche che derogano a questo schema rispondono a ragioni precise, e devono esaurire la loro efficacia nell'ambito operativo rispetto al quale tali ragioni trovano legittimo spazio.

Una diversa lettura che, facendo leva su un generico riferimento di tipo pubblicistico, tenda a estendere oltre misura le regole dell'evidenza pubblica rischia di stravolgere i connotati propri dell'impresa pubblica. Questa impostazione porterebbe a riproporre una visione confusa dei fenomeni in cui la dimensione privatistica dell'impresa pubblica viene fortemente ridimensionata, ricreando quella sovrapposizione con la diversa categoria soggettiva dell'organismo di diritto pubblico rispetto alla quale, come affermato anche nella

riferimento alle considerazioni contenute nelle Premesse dell'articolo.

pronuncia del Consiglio di Stato sopra esaminata, vanno invece evitate improprie commistioni.

In questa logica non possono trovare accoglimento quegli orientamenti che, ad esempio, vorrebbero imporre il rispetto di regole pubblicitiche a tutti i soggetti che, a qualunque titolo, gestiscono risorse pubbliche. Si tratta di una visione semplicistica, che non tiene conto di come la dimensione *latu sensu* pubblicitica può assumere forme e modalità molto diverse tra loro, che vanno tenute nella debita considerazione in sede di definizione giuridica delle relative fattispecie.

In altri termini, occorre considerare che l'azionariato pubblico può assumere forme diverse e che questa diversità deve essere tenuta ben presente nell'analisi dei relativi fenomeni.

Questo aspetto fondamentale è stato chiaramente evidenziato dalla Corte Costituzionale, nella nota sentenza n. 326 del 30 luglio 2008, che si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'articolo 13 del D.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. Decreto Bersani). Nel respingere le censure di incostituzionalità, la Corte ha sottolineato come le disposizioni legislative oggetto di esame, dirette a circoscrivere l'ambito di operatività di alcune categorie di società a partecipazione pubblica, si fondano proprio sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. Entrambe queste attività vengono svolte ricorrendo al modulo

societario, ma totalmente diverse sono le modalità e le regole che presiedono a tale svolgimento¹⁵.

In definitiva, una società di diritto privato a partecipazione pubblica non necessariamente è un'impresa pubblica. Non lo è se sotto la veste societaria si delinea l'espletamento di funzioni di tipo amministrativo. Ma se invece ne possiede i caratteri, perché svolge attività imprenditoriale in senso proprio, tale attività non può essere governata da regole di tipo pubblicistico, diverse da quelle proprie delle imprese private, se non nei limiti in cui ciò sia giustificato da specifiche norme di legge che rispondono a ragioni particolari. Considerare la presenza dell'azionista pubblico come un elemento che di per sé evoca l'applicazione di discipline pubblicistiche significa ancora una volta confondere in una visione indistinta fenomeni che invece vanno nettamente differenziati.

Solo attraverso questa lettura articolata del complesso fenomeno dell'azionariato pubblico si possono preservare i caratteri propri dell'impresa pubblica, il cui regime giuridico, se non può disegnare privilegi, non deve neanche comportare ingiustificate posizioni di minorità rispetto all'impresa privata.

¹⁵ Secondo la Corte "L'una e l'altra (attività) possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è

erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza”.