

Il soggetto pubblico nel diritto comunitario

Autore: Sgueo Gianluca

In: Diritto civile e commerciale

1. Introduzione - 2. L'organismo di diritto pubblico comunitario - 3. Il caso dell'Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano - 4.1 La posizione giurisprudenziale - 4.2 La posizione della Corte di giustizia CE - 5. Gli organismi di diritto pubblico a carattere societario - 6. Il riparto di giurisdizione - 7. Il diritto di accesso

1. Introduzione

La normativa comunitaria in tema di soggetti pubblici è volta ad evitare che gli Stati membri possano, nel settore degli appalti pubblici, favorire le imprese nazionali e discriminando quelle degli altri paesi.

A tale proposito dunque essa ha subito negli ultimi anni alcune importanti modifiche. In un primo momento era ancorata ad una definizione di tipo chiuso delle amministrazioni aggiudicatrici, caratterizzata dalla previsione di una elencazione tassativa (contenuta nella direttiva 71/305/CEE).

Successivamente si è passati ad una connotazione più elastica, connotata dall'indicazione normativa di una serie di indici di riconoscimento della natura pubblica comunitaria, facendo leva sull'aspetto sostanziale piuttosto che su quello puramente formale.

2. L'organismo di diritto pubblico comunitario

In quest'ottica ha assunto rilievo particolare la figura principale dell'organismo di diritto pubblico. A tale proposito l'art. 1, lett. b, della direttiva 89/440/CEE stabilisce che si considerano amministrazioni aggiudicatrici di appalti pubblici, oltre allo Stato e agli enti pubblici territoriali, anche gli "organismi di diritto pubblico", quegli organismi che presentano cioè tre caratteristiche fondamentali.

La prima è la personalità giuridica

La seconda è l'influenza pubblica dominante. Quest'ultima può desumersi dalla presenza di una serie di fattori indicati in forma alternativa (ossia è sufficiente la verifica di uno solo di questi fattori perché tale requisito possa dirsi operante) che coincidono con quelli già elaborati dalle legislazioni degli Stati membri.

Nello specifico si richiede: attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, enti locali o altri organismi di diritto pubblico; gestione sottoposta al controllo degli stessi soggetti ; nomina di più della metà dei membri degli organismi di amministrazione/direzione/vigilanza da parte dei medesimi soggetti.

Il terzo è il cd. "elemento negativo". Si tratta cioè della necessità che venga perseguito da questi organismi un bisogno di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale.

3. Il caso dell'Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano

Nessun problema sulla sussistenza del bisogno di carattere generale da perseguire, la cui legittimazione può essere facilmente ricavata dalla sottoposizione all'influenza pubblica dominante. Tale pesante ingerenza infatti non avrebbe senso se non fosse giustificata dalla necessità di vincolare l'attività di cura di un interesse pubblico.

I maggiori problemi interpretativi li ha posti invece il requisito della necessaria assenza di carattere industriale o commerciale (e, di conseguenza, l'ulteriore problematica della configurabilità di organismi di diritto pubblico a struttura societaria). Un caso concreto in merito è costituito dal problematico inquadramento dell'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano.

In merito si sono alternate pronunce contrastanti dei giudici.

La prima è la sentenza n. 353 del 1995 del Consiglio di Stato nel risolvere una controversia vertente gli atti emanati da questo Ente nella fase di affidamento di un appalto per la costruzione di nuovi padiglioni espositivi, il giudice amministrativo affermava espressamente che quest'ente andasse qualificato come organismo di diritto pubblico, pur svolgendo attività di carattere commerciale. Ciò sulla base di una scissione tra il carattere sicuramente commerciale della sua attività (relativamente alla locazione di spazi espositivi) e quello generale di promozione dello sviluppo economico e produttivo.

Successivamente è intervenuta la sentenza n. 1365 del 1995 del T.A.R. Lombardia. In essa il giudice giungeva alle medesime conclusioni del Consiglio di Stato, sulla base però di un iter logico-interpretativo differente. Il Tar infatti interpretava l'elemento negativo nel senso di stretto riferimento ad un'attività di prestazione diretta nei confronti del singolo cittadino-consumatore, e non anche nell'attività di promozione dello sviluppo economico.

È poi intervenuta una nuova sentenza del Consiglio di Stato, la n. 1267 del 1998. Il Consiglio di Stato giungeva a conclusioni opposte, ritenendo che l'Ente esercitasse una finalità commerciale in senso stretto, che indipendentemente dalla ricaduta positiva sul piano degli interessi generali, impedisce la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico.

La questione era rimessa all'attenzione della Cassazione, che si pronunciava con sentenza n. 97 del 2000. I giudici, riportandosi ai propri precedenti, alla cui stregua gli enti fieristici rientrerebbero tra gli EPE perché perseguono finalità di interesse generale senza scopo di lucro e con l'ingerenza della PA, ha sostenuto che in riferimento ad essi non possa escludersi la presenza di un carattere commerciale o industriale. Dunque tali Enti non potrebbero essere qualificati come organismi di diritto pubblico. Tant'è che in successive pronunce il GA ha declinato la propria giurisdizione a favore di quella del giudice ordinario, in merito a controversie su un appalto di servizi indetto dall'Ente Autonomo Fiera di Verona.

Infine, della questione è stata investita la Corte di Giustizia CE che ha definitivamente affermato che tale Ente non costituisce organismo di diritto pubblico, perché, pur non perseguendo scopi limitativi, opera pur sempre in un ambito concorrenziale attraverso una gestione fondata su criteri di redditività, efficienza e produttività.

4.1 La posizione giurisprudenziale

Alla stregua della giurisprudenza prevalente sono stati dunque ricondotti alla nozione di organismo di diritto pubblico "quegli enti che hanno personalità giuridica, sono sottoposti all'influenza dominante dello Stato, enti locali o altri organismi di diritto pubblico e la cui attività sia diretta al soddisfacimento di bisogni generali, purchè non suscettibili di essere soddisfatti mediante la produzione di beni, ovvero fornendo direttamente servizi in un regime di concorrenza con altri operatori commerciali".

Ciò ha consentito di qualificare come tali: i soggetti giuridici che svolgono un'attività preordinata alla promozione di altrui attività economiche (incentivandole, sostenendole e promuovendole) ma non prestano servizi in favore dei singoli consumatori; gli Enti che pur se istituzionalmente preposti all'espletamento di un'attività commerciale, perseguono comunque il soddisfacimento di esigenze di altri Enti pubblici[1].

4.2 La posizione della Corte di giustizia CE

Rilevano infine alcune pronunce della Corte di Giustizia, che hanno toccato l'argomento più approfonditamente. La Corte di Giustizia CE ha anzitutto chiarito che può senz'altro essere definito organismo di diritto pubblico un organismo che sia stato istituito per il soddisfacimento di interessi generali aventi carattere non commerciale o industriale ma che in seguito s'è fatto carico di tali bisogni di cui assicura la soddisfazione. Il perseguimento dell'interesse generale non esclude infatti lo svolgimento di altri compiti.

L'esistenza di una concorrenza articolata non consente, si per sé, di concludere per la mancanza di un bisogno di interesse generale non commerciale o industriale. Dovrà essere il giudice a valutare di volta in

volta l'esistenza di tale bisogno e le condizioni in cui viene esercitata l'attività.

5. Gli organismi di diritto pubblico a carattere societario

Un problema a sé stante è costituito dagli organismi di diritto pubblico a carattere societario, ossia quegli organismi societari al cui capitale azionario partecipano lo Stato o altri enti pubblici, e che hanno assunto un'importanza crescente negli ultimi anni, sia a causa della trasformazione dei precedenti EPE, sia in merito a quelli costituiti a livello locale.

La loro natura ha creato un dibattito molto acceso.

Un primo indirizzo dottrinario (in netto contrasto con quello assunto dalla Corte di Giustizia) ritiene che alla forma societaria sia connaturato un imprescindibile carattere commerciale, sicché la riconducibilità alla nozione di organismo di diritto pubblico sarebbe da escludere completamente.

In realtà questa teoria è stata sottoposta ad una duplice critica. Anzitutto non è coerente con l'impostazione comunitaria, tesa, in materia di appalti pubblici, ad ampliare l'ambito soggettivo. Inoltre trascura il dato per cui le nozioni comunitarie sono del tutto autonome rispetto alle figure soggettive conosciute dai singoli ordinamenti degli Stati membri e da queste non possono dunque essere condizionate.

Esiste una seconda teoria che è specularmente opposta alla precedente. In base ad essa dovrebbero considerarsi organismi di diritto pubblico tutti gli enti, compresi quelli aventi forma societaria, la cui attività sia finalizzata a produrre utilità strumentali per l'interesse generale e aventi carattere non commerciale (ossia non assoggettate a regole di mercato).

Secondo gli autori, un riscontro si avrebbe nell' art. 2, lett. b della legge n. 109 del 1994 (cd. "legge Merloni", la legge quadro sugli appalti di lavori pubblici), ove si estende l'applicabilità della disciplina pubblicistica per l'affidamento di appalti alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, purché producano beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza.

Anche questo indirizzo presta il fianco a critiche evidenti. Anzitutto la stessa disposizione di legge citata distingue espressamente tali società dagli organismi di diritto pubblico (la cui nozione è identica a quella individuata a livello comunitario). Di conseguenza nulla esclude la possibilità che dallo stesso dato normativo si estraiga la tesi contraria, quella cioè della diversità ontologica tra i due istituti.

Soprattutto, si rileva che non solo la legge Merloni opera con solo riferimento agli appalti pubblici (ossia solo uno dei diversi settori nei quali, a livello comunitario, è usata la nozione di organismo di diritto

pubblico), ma, anche, lo stesso diritto comunitario prevede la figura dell'impresa pubblica per qualificare figure simili, in cui vi è un'influenza pubblica diretta o indiretta. Pertanto, seguendo questo indirizzo dottrinario, si finirebbe per considerare organismo di diritto pubblico quell'ente societario che la legislazione comunitaria già disciplina sotto il diverso nome di imprese pubbliche.

Una terza teoria ritiene fondamentale l'utilizzo dei criteri posti dal legislatore comunitario per verificare la riconducibilità del singolo ente alla nozione di organismo di diritto pubblico. Ove questi sussistano nulla osterebbe alla loro qualifica come tali, a prescindere dalla forma societaria.

Da notare che il Consiglio di Stato ha sostanzialmente aderito alla seconda tesi, reputando decisiva la circostanza che la società sia deputata alla gestione di un servizio pubblico non in regime di concorrenza.

6. Il riparto di giurisdizione

Restano infine da chiarire due ultime problematiche. La prima riguarda il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e ordinario in merito alle controversie relative agli atti emanati, nel corso delle gare di appalto, dalle SpA a partecipazione pubblica.

In merito si distinguono tre periodi.

prima della novella del 1988 la Cassazione era propensa a riconoscere la giurisdizione esclusiva del GO, sulla base della considerazione che l'organo emanante l'atto era privo di soggettività amministrativa, essendo l'ente di riferimento era un ente privato ed operante iure privatorum.

Il GA invece sosteneva che la soggezione all'evidenza pubblica costituisse un chiaro esempio della natura amministrativa degli atti adottati, sicchè le posizioni dei terzi fossero di interesse legittimo, e dunque la giurisdizione fosse quella propria del GA. In particolare la costruzione interpretativa siffatta si basava sulla presunta dilatazione operata dal diritto comunitario del concetto di soggetto pubblico, e quindi di atto pubblico, tale da ricomprendervi anche i soggetti formalmente privati.

Con la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del GA nelle controversie inerenti i servizi pubblici (tra cui, appunto, quelle aventi ad oggetto procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione di norme comunitarie o della normativa nazionale) è parso chiaro l'intento del legislatore di ricondurre al GA tutte le controversie in tema di procedure di affidamento rette da norme pubblicistiche, anche se gestite da soggetti aventi, alla stregua dei canoni di diritto interno, veste e natura giuridica privata.

Infine, nella legge 205/2000 si riconferma la scelta fatta dal legislatore nel 1988, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del GA le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e

forniture, svolte da soggetti tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, oppure ai procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

Da un punto di vista oggettivo la norma supera i limiti di estensione propri della precedente disciplina, per cui la giurisdizione esclusiva del GA non riguarda solo gli appalti strumentali a pubblici servizi ma qualsiasi tipo di appalto.

Da un punto di vista soggettivo si prescinde dalla natura pubblica o privata della società appaltante, richiedendosi come unico criterio il rispetto della normativa comunitaria o delle procedure di evidenza pubblica previste da norme statali o regionali.

Resta da chiarire che il mancato riferimento dell'art. 6 al precedente art. 33 è considerato un lapsus calami, e dunque sicuramente la nuova norma è l'unica che regola la materia.

7. Il diritto di accesso

Il secondo problema inerisce l'estrinsecazione del diritto di accesso agli atti delle procedure di gara ad evidenza pubblica comunitaria svolte da soggetti che, pur sussumibili nel novero degli organismi di diritto pubblico, non siano qualificabili come enti pubblici alla stregua dell'ordinamento nazionale. La giurisprudenza amministrativa è controversa e registra orientamenti contrastanti in merito, escludendo, talora, l'assoggettabilità alle disposizioni sull'accesso, in virtù della natura privata di queste società, ammettendone in altre occasioni l'applicazione, sulla base della rilevanza dell'attività svolta: ossia l'espletamento di gare ad evidenza pubblica comunitaria.

Gianluca Sgueo

[1] Rileva a tale proposito l'esempio della Lombardia Informatica SpA, qualificata dalla SENT. 147/1996 CDS come organismo di diritto pubblico perché volta a costituire un modulo organizzativo della Regione Lombardia (che se ne avvarrebbe per l'avviamento e la gestione dei servizi informatici automatizzati).

<https://www.diritto.it/il-soggetto-pubblico-nel-diritto-comunitario/>