

# L'evoluzione della nozione di organismo di diritto pubblico e la sua riferibilità alle società concessionarie autostradali

**Autore:** Redazione

**In:** Approfondimenti

**di Francesco Caliandro**

Il presente contributo trae origine dalle sentenze “gemelle” n. 15 e 16 del 2017 con cui il T.R.G.A. di Trento in data 16 gennaio 2017 ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento a due ricorsi promossi da una società operante nel settore della c.d. “ristorazione in movimento”, volti a conseguire l’accesso agli atti e l’annullamento delle aggiudicazioni relative a due gare indette dalla società concessionaria autostradale Autostrada del Brennero s.p.a., aventi ad oggetto la “gestione del servizio di ristoro e attività commerciali connesse” (il servizio c.d. “Non Oil con presidio”), da svolgersi presso aree di servizio autostradali.

Secondo il T.R.G.A., nel caso di specie sarebbe possibile escludere che le predette controversie rientrino nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. perché il servizio oggetto di affidamento non costituirebbe un servizio pubblico. Sarebbe possibile escludere anche la ricorrenza della giurisdizione esclusiva ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e), punto 1), c.p.a., perché la concessionaria autostradale affidante, che riveste la forma della società per azioni a prevalente capitale pubblico, non può essere qualificata come un organismo di diritto pubblico per assenza del c.d. requisito teleologico, perché è un’impresa che opera sul mercato con logiche imprenditoriali.

In considerazione delle rilevanti conseguenze pratiche che queste statuizioni comportano, sembra opportuno esaminare prioritariamente le statuizioni con le quali il T.R.G.A. di Trento esclude la ricorrenza della giurisdizione ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e), punto 1), c.p.a., considerando la concessionaria autostradale come un’impresa operante sul mercato, non qualificabile come organismo di diritto pubblico. Ciò perché la predetta disposizione, nel fissare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle “controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”, determina una singolare (e forse unica nel nostro ordinamento) sovrapposizione tra rito e merito, poiché una pronuncia declinatoria della giurisdizione per la ragione sopra indicata, implica anche che Autostrada del Brennero s.p.a., e più in generale le società concessionarie autostradali aventi caratteristiche simili, non siano tenute al rispetto della normativa sull’evidenza pubblica nella scelta dei propri contraenti per l’affidamento del servizio sopra descritto.

In questa prospettiva, occorre preliminarmente segnalare che le due sentenze n. 15/2017 e n. 16/2017 del T.R.G.A. di Trento, redatte in forma semplificata, sono motivate sul punto in maniera estremamente sintetica, operando un richiamo alla sentenza 26 luglio 2016, n. 3345 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, che per prima ha affermato che Autostrada del Brennero s.p.a. non sarebbe un organismo di diritto pubblico per assenza del c.d. requisito teleologico. Al fine di svolgere la presente disamina, quindi, si terrà conto sia del predetto pronunciamento del Consiglio di Stato, sia delle statuizioni della sentenza 5 gennaio 2016, n. 11 dello stesso T.R.G.A. di Trento, che, in linea di continuità con un orientamento giurisprudenziale sino a quel momento consolidato, aveva qualificato il predetto concessionario autostradale come un organismo di diritto pubblico e che è stata riformata dal giudice d'appello con la citata sentenza n. 3345/2016.

Come già osservato, le due sentenze del T.R.G.A. di Trento rinviano sul punto alla sentenza n. 3345/2016 del Consiglio di Stato, che ha negato la qualifica di organismo di diritto pubblico in capo ad Autostrada del Brennero s.p.a. in ragione dell'insussistenza del c.d. "requisito teleologico", poiché questa società agirebbe "come impresa operante nel mercato e con logiche imprenditoriali" e sopporterebbe il rischio d'impresa, visto che nello statuto societario non vi sono disposizioni che prevedano "una qualche forma di intervento finanziario da parte dei soci pubblici che valga a sollevare la società dal detto rischio" e visto che "per contro l'art. 31 dello statuto contempla esplicitamente la possibilità di distribuire utili - laddove ve ne siano, così come avviene in una qualunque impresa commerciale", e perché la parte privata ricorrente in quel giudizio non avrebbe dimostrato il contrario. Inoltre, il Consiglio di Stato ha aggiunto che "la circostanza che la Autostrada del Brennero s.p.a. abbia autonomamente deciso di affidare il servizio di che trattasi uniformandosi alla disciplina pubblicistica dettata dal codice dei contratti pubblici non ha carattere dirimente in ordine alla sussistenza della giurisdizione, che, evidentemente, va individuata in base a criteri legali e non può dipendere dalle scelte di una delle parti, pena altrimenti la violazione del principio del giudice naturale di cui all'art. 25, comma 1, Cost. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2016, n. 2809)".

A questo proposito, si osserva innanzitutto che suscita qualche perplessità l'affermazione secondo la quale la mera possibilità prevista dallo statuto di distribuire utili tra i soci sarebbe indicativa del carattere commerciale e/o industriale dell'attività svolta da questa società.

Infatti, la possibilità di ricavare degli utili costituisce un elemento caratteristico di ogni società ai sensi dell'art. 2247 c.c., per cui un'eventuale preclusione statutaria rispetto all'astratta possibilità di ripartire degli utili farebbe dubitare della stessa esistenza di una società. Ciò si ricava dalla disposizione contenuta nell'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (ed in precedenza dall'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95/2012), espressiva di un principio generale già delineato dalla dottrina secondo il quale per tutto quanto non derogato da disposizioni di carattere speciale (e, da ultimo dal d.lgs. n. 175/2016 recante il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica") alle società a partecipazione pubblica, si applicano "le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato".

Detta astratta previsione statutaria, così come la veste societaria bel concreto assunta, dovrebbero costituire, infatti, aspetti irrilevanti ai fini della qualificazione di una società alla stregua di un organismo di diritto pubblico.

Allo stesso modo, neppure la mancata previsione statutaria circa la possibilità per i soci pubblici di finanziare la società sembra risultare determinante nella prospettiva ora in esame, sia perché i

finanziamenti pubblici non sono considerati dal legislatore nazionale e comunitario al fine di delineare il requisito teleologico dell'organismo di diritto pubblico (ma costituiscono un elemento da prendere in considerazione al fine di verificare la sussistenza del requisito pubblicistico, che nel caso di specie è senz'altro sussistente poiché Autostrada del Brennero s.p.a. risulta comunque controllata in via maggioritaria da enti pubblici), sia perché la predetta mancanza non preclude certo alla società di ricevere dei finanziamenti o delle agevolazioni, di carattere diretto o indiretto, come ad esempio quelle di carattere fiscale, che, come noto, possono rivestire il carattere di "finanziamento indiretto".

Inoltre, suscita qualche perplessità anche l'affermazione della sentenza n. 3345/2016 del Consiglio di Stato (fatta propria anche dalle due sentenze n. 15 e n. 16 del 2017 del T.R.G.A.) nella parte in cui è posto a carico del privato l'onere di dimostrare che la società concessionaria autostradale non opererebbe sul mercato alla stregua di una qualunque impresa commerciale esposta al rischio di impresa. Quest'ultima, infatti, sembra costituire una prova negativa che non è agevole fornire per il privato ricorrente, che versa in una condizione di asimmetria informativa. Per il noto principio della c.d. "vicinanza della prova" dovrebbe essere quindi la concessionaria autostradale a fornire in termini rigorosi la prova di operare sul mercato alla stregua di una qualunque impresa commerciale esposta al rischio di impresa, visto anche che dagli elementi che si illustreranno nella disamina che segue, sembra potersi desumere il contrario.

Continua a leggere l'articolo **qui**

<https://www.diritto.it/evoluzione-della-nozione-organismo-diritto-pubblico-la-sua-riferibilita-alle-societa-concessionarie-autostradali/>