

La qualificazione giuridica di Poste Italiane s.p.a. e l'estensione dell'obbligo di svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo, Focus

Il Tar Lazio, con la **sentenza n. 5327 del 26 aprile 2019** rimette alla Corte di Giustizia Europea, le seguenti questioni:

"1) se la società Poste Italiane s.p.a., in base alle caratteristiche in precedenza indicate, debba essere qualificata "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE);

2) se detta società sia tenuta a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica solo per l'aggiudicazione degli appalti, che siano direttamente riferibili all'attività propria dei settori speciali, di cui alla direttiva 2014/25/UE, in applicazione della quale la stessa natura di organismo di diritto pubblico dovrebbe ritenersi assorbita nelle regole della parte II° del Codice degli appalti, con piena autonomia negoziale - e regole esclusivamente privatistiche - per l'attività contrattuale non attinente, in senso stretto, a tali settori, tenuto conto dei principi dettati dalla direttiva 2014/23/UE, punto n. 21 delle premesse e art. 16;

3) se la medesima società, per i contratti da ritenere estranei alla materia, propria dei settori speciali, resti invece - ove in possesso dei requisiti di organismo di diritto pubblico - soggetta alla direttiva generale 2014/24/UE (e quindi alle regole contrattuali ad evidenza pubblica), anche ove svolgente - in via evolutiva rispetto all'originaria istituzione - attività prevalentemente di stampo imprenditoriale e in regime di concorrenza, come desumibile dalla ricordata pronuncia n. C-393/06 del 10 aprile 2008 - Ing. Aigner, ostando ad una diversa lettura la direttiva 2014/24/UE, per contratti conclusi da Amministrazioni aggiudicatrici; il "considerando" n. 21 e l'art. 16 della citata direttiva 2014/23/UE, d'altra parte, pongono solo un parametro presuntivo, per escludere la natura di organismo di diritto pubblico per le imprese, che operino in condizioni normali di mercato, essendo comunque chiaro, in base al combinato disposto delle medesime disposizioni, il prioritario riferimento alla fase istitutiva dell'Ente, ove quest'ultimo sia destinato a soddisfare "esigenze di interesse generale" (nel caso di specie sussistenti e non ancora cessate);

4) se comunque, in presenza di uffici in cui si svolgono, promiscuamente, attività inerenti al settore speciale e attività diverse, il concetto di "strumentalità" - rispetto al servizio di specifico interesse pubblico - debba essere inteso in modo non restrittivo, ostando, a quest'ultimo riguardo, i principi di cui al

“considerando” n. 16, nonché gli artt. 6 e 13 della direttiva 2014/25/UE, che richiamano - per l’individuazione della disciplina applicabile, il concetto di “destinazione” ad una delle attività, disciplinate dal Codice dei contratti pubblici. Deve essere chiarito, pertanto, se possano essere “destinate” al settore speciale di riferimento - anche con le modalità vincolistiche attenuate, proprie dei settori esclusi - tutte le attività funzionali al settore stesso, secondo le intenzioni della stazione appaltante (ivi compresi, pertanto, i contratti inerenti la manutenzione sia ordinaria che straordinaria, la pulizia, gli arredi, nonché i servizi di portierato e di custodia degli uffici, o altre forme di utilizzo di questi ultimi, se intese come servizio per la clientela), restando effettivamente privatizzate solo le attività “estranee”, che il soggetto pubblico o privato può esercitare liberamente in ambiti del tutto diversi, con disciplina esclusivamente riconducibile al codice civile e giurisdizione propria del giudice ordinario (di quest’ultimo tipo ad esempio, per quanto qui interessa, è certamente il servizio bancario svolto da Poste Italiane, ma non altrettanto potrebbe dirsi con riferimento alla fornitura e all’utilizzo degli strumenti di comunicazione elettronica, se posti al servizio dell’intero ambito di attività del Gruppo, pur essendo particolarmente necessari appunto per l’attività bancaria). Non sembra peraltro inutile sottolineare lo “sbilanciamento”, indotto dall’interpretazione restrittiva attualmente prevalente, introducendosi nella gestione di settori assimilabili o contigui regole totalmente diverse, per l’affidamento di lavori o servizi: da una parte, le minuziose garanzie imposte dal Codice dei contratti per l’individuazione dell’altro contraente, dall’altra la piena autonomia negoziale dell’imprenditore, libero di operare contrattazioni in funzione esclusiva dei propri interessi economici, senza alcuna delle garanzie di trasparenza, richieste per i settori speciali e per quelli esclusi;

5) se infine l’indizione - con le forme di pubblicità previste a livello sia nazionale che comunitario - di una procedura di gara ad evidenza pubblica, a norma del codice degli appalti, possa rilevare ai fini dell’individuazione dell’area di destinazione dell’appalto, ovvero dell’attinenza di quest’ultimo al settore speciale di riferimento, in senso conforme all’ampliata nozione di “strumentalità”, di cui al precedente quesito n. 4), ovvero - in via subordinata - se l’eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sollevata dallo stesso soggetto che abbia indetto tale procedura di gara, o da soggetti che a detta procedura abbiano vittoriosamente partecipato, possa considerarsi abuso del diritto ai sensi dell’art. 54 della Carta di Nizza, quale comportamento che - pur non potendo incidere, di per sé, sul riparto di giurisdizione - rileva quanto meno ai fini risarcitori e delle spese di giudizio, poichè lesivo del legittimo affidamento dei partecipanti alla gara stessa, ove non vincitori e ricorrenti in sede giurisdizionale. ”

Per approfondire leggi anche “Il contenzioso su appalti e contratti pubblici” di Elio Guarnaccia.

La procedura di evidenza pubblica anche per gli organismi di diritto pubblico

Il Tar Lazio ha ribadito che la direttiva 2004/18/CE (ora 2014/24/UE) ha carattere generale e pertanto può essere applicata a settori ordinari e agli organismi di diritto pubblico, anche ove

operanti nei settori speciali, quando l'attività contrattuale posta in essere abbia oggetto estraneo a detti settori.

Nella specie non verrebbe meno la giurisdizione del giudice amministrativo, prevista per la procedura ad evidenza pubblica, previste sia per il settore ordinario che per quello speciale.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione, nell'ordinanza n. 4899 del 2018, per cui le **Poste Italiane s.p.a** non possederebbe i requisiti per partecipare alla procedure di evidenza pubblica.

Occorre pertanto, sottolineare quanto normativamente previsto dalla direttiva 2004/18/CE (ora 2014/24/UE), per cui sono ricomprese tra gli enti aggiudicatori le amministrazioni aggiudicatrici e, fra queste ultime, gli organismi di diritto pubblico, definiti nei precisi termini di cui al citato art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. 50, ma ciò implica soltanto che tra gli **enti aggiudicatori rientrano appunto anche gli organismi di diritto pubblico**, senza per questo essere "espunti" dal novero delle amministrazioni aggiudicatrici, di cui al medesimo art. 3, comma 1, lett. a), pacificamente soggette alle disposizioni del Codice per i settori ordinari.

Si deve dare ampio conto anche all'ampia liberalizzazione e apertura alla concorrenza, in particolare prevista dalla legge n. 124 del 4 agosto 2017 (legge annuale per il mercato e la concorrenza), che ha soppresso la precedente esclusiva di Poste Italiane per i servizi di notificazione degli atti giudiziari e delle infrazioni del codice della strada.

Sul punto anche il seguente articolo: "Natura giuridica della Figc come organismo di diritto pubblico"

L'inquadramento dell'ente

Due sono i problemi: il primo, in merito al **carattere vincolante delle pronunce della Corte di Cassazione** a Sezioni Unite, in tema di giurisdizione, nel diritto processuale italiano; il secondo, relativo **alla giurisprudenza comunitaria**, la quale si sofferma sulla progressiva trasformazione di alcuni soggetti giuridici, tra cui gli organismi di diritto pubblico che diventano vere e proprie imprese, la cui attività sia svolta, in modo ampiamente preponderante, in regime di concorrenza, come appunto rappresentato per Poste Italiane s.p.a.

Sul primo punto, il Tribunale concorda nel ritenere che la Cassazione è chiamata ad accertare, in via definitiva e vincolante per la pronuncia di merito, **ex art. 382 cod. proc. civ.**, la giurisdizione del giudice investito della causa nel sistema processuale italiano. In caso di dubbio, e però ammesso ricorrere alla Corte di Giustizia, in merito alla corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, indipendentemente da qualsiasi contrastante pronuncia della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite in tema di

giurisdizione, o dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, vincolante per le sezioni semplici del medesimo Consiglio di Stato.

Tanto detto, ci si sofferma sull'ulteriore questione relativa alla compatibilità con la normativa comunitaria della disciplina nazionale di cui all'**art. 3, comma 1, lettera "e" del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50** (Codice dei contratti pubblici) ove tale norma sia intesa, in conformità all'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella citata ordinanza n.4899/2018 (vincolante nel diritto interno per le questioni di giurisdizione), come derogatoria per le imprese, che operano nei settori speciali, di cui alla parte II del Codice, dei principi generali enunciati nell'art. 1 e nel medesimo art. 3, comma 1 lettera a) del Codice stesso, per quanto riguarda l'obbligo di procedure contrattuali ad evidenza pubblica, ove il contratto da concludere non sia attinente alle attività proprie dei settori speciali.

In sostanza, occorre stabilire se tali vincoli siano o meno suscettibili di superamento, in funzione di una spiccata prevalenza degli **interessi di natura industriale e commerciale su quelli, di interesse per la collettività, giustificativi dell'originaria istituzione dell'organismo di diritto pubblico**, ovvero se il riferimento a detta istituzione - formalmente presente nel citato art. 3, comma 1, lett. d), punto n. 1, d.lgs. n. 50 del 2016 - debba essere ritenuto non superabile, anche per imprese operanti in ampio regime di concorrenza.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/la-qualificazione-giuridica-di-poste-italiane-s-p-a-e-lestensione-dellobligo-di-svolgere-procedure-contrattuali-ad-evidenza-pubblica/>