

STUDIO LEGALE GERBI - MASSA

VIA ROMA, 11/1 - 16121 GENOVA

AVV. GIOVANNI GERBI
AVV. FRANCESCO MASSA

AVV. ILARIA DELUIGI
AVV. ILARIA GRECO
AVV. LUCA SAGUATO
AVV. CARLO BILANOI
AVV. ELISABETTA CAORSI
AVV. GIANLUCA PETRUZZELLI
AVV. EMANUELE GERBI
AVV. LUCA LEONARDI

15 dicembre 2020

GENOVA,
TEL. 010 5958927 (R.A.) - FAX 010 591817
E. MAIL: segreteria@studiogerbimassa.it
COD. FISC. E PART. IVA 01809550997

Spett.le

Soc. AMAIE ENERGIA e SERVIZI s.r.l.

amaieenergia@pec.it

Oggetto: natura giuridica della Soc. Amaie Energia e Servizi s.r.l. e conseguenze operative

Codesta spett.le Società, a partecipazione interamente pubblica (per la maggior parte in capo ad AMAIE s.p.a., le cui azioni sono interamente possedute dal Comune di Sanremo, e per porzioni minoritarie in capo ai Comuni del sanremese che le hanno affidato “in house” la gestione di servizi pubblici), ha chiesto il mio parere in ordine alla sua natura giuridica, in particolare quanto alla configurabilità in termini di “organismo di diritto pubblico” ovvero di “amministrazione aggiudicatrice” o di “impresa pubblica”, ai sensi del D.Lgs.vo 50/2016 e circa le conseguenze sul piano pratico (in particolare nei rapporti con i terzi) di tale qualificazione.

La risposta al quesito -anticipo, non agevole- richiede un inquadramento normativo e giurisprudenziale preliminare che cercherò di limitare al minimo indispensabile ma che non può trascurare le questioni che da anni agitano il dibattito dottrinale e la giurisprudenza (comunitaria, civile e amministrativa)

In base alla formulazione normativa contenuta già nella direttiva europea 89/440, la qualifica di organismo di diritto pubblico spetta a quel soggetto che presenti **cumulativamente** le seguenti tre caratteristiche:

- a) il possesso della personalità giuridica;
- b) la sottoposizione ad una influenza pubblica “dominante”, che si sostanzia, alternativamente, o in un finanziamento pubblico (quantitativamente) maggioritario dell’attività, o in un controllo pubblico nella gestione o nella designazione e composizione degli organi direttivi o di amministrazione o di vigilanza;
- c) il fine specificamente perseguito, ossia la funzionalizzazione dell’attività al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, privi di carattere industriale o commerciale.

La definizione di “*organismo di diritto pubblico*” attualmente prevista dall'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016, ricalca pedissequamente la definizione già delineata dalle direttive comunitarie (e precedentemente recepita, nel nostro ordinamento, dall'art. 3, punto 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), ed è declinata nei seguenti letterali termini: «*organismi di diritto pubblico*», *qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV* (che comprende gli “Enti preposti a servizi di pubblico interesse” e gli “Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero”, n.d.r.):

- 1) *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- 2) *dotato di personalità giuridica;*
- 3) *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.*

Tale qualifica assolve allo scopo di ricondurre nell'alveo dei destinatari della disciplina dei contratti pubblici anche quei soggetti che, pur non rientrando nel novero delle amministrazioni di stampo tradizionale, costituiscono, in realtà, una *longa manus* dello Stato e degli enti territoriali. Gli organismi di diritto pubblico, infatti, sono inclusi fra le

“amministrazioni aggiudicatrici” (art. 3, comma 1 lett. a, D.Lgs.vo 50/2016: “le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”) al fine di evitare che, tramite lo schermo di un soggetto, ancorché apparentemente privato, la mano pubblica possa sottrarsi ai vincoli e ai principi delle direttive appalti e concessioni.

Mentre due requisiti (personalità giuridica e controllo/finanziamento pubblico), risolvendosi in connotati formali facilmente individuabili, non pongono particolari problemi, la accertabilità in concreto del requisito cd. *finalistico* presenta invece notevoli difficoltà ricostruttive.

Attesa la volontà del legislatore comunitario di evitare rigide schematizzazioni, la qualifica di organismo di diritto pubblico deve pertanto essere ricostruita attraverso una indagine di tipo pragmatico, volta ad accertare *in primis* il carattere generale dei bisogni soddisfatti con l’attività (se cioè essi abbiano avuto un impatto sulla collettività) e, solo in caso di riscontro positivo, se tali bisogni presentino carattere “*non industriale o commerciale*”. Peraltro, secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali, lo svolgimento da parte di un ente di un’attività di impresa nell’ambito di settori caratterizzati da un’economia di mercato rappresenta soltanto un indice, non decisivo però, dell’assenza del requisito finalistico o teleologico, dovendo tale circostanza essere integrata da ulteriori elementi.

In tal senso, in una recente pronuncia del Consiglio di Stato si è affermata “*la non incompatibilità tra (da un lato) lo svolgimento di attività di impresa e l’operatività in settori contrassegnati a un’economia di mercato e (dall’altro) la qualificabilità dell’ente come organismo di diritto pubblico (in tal senso: CGUE, sentenza 9 giugno 2009 in causa C-480/06, Commissione c. Germania). Ne consegue la non divisibilità della tesi ... secondo cui per poter riconoscere a un Organismo la qualificazione di o.d.p. sarebbe sempre e comunque necessario verificare (in negativo) che lo stesso operi in settori non concorrenziali, ovvero (in positivo) che lo esso operi in regime di sostanziale privativa. La giurisprudenza della CGUE ha poi offerto un criterio ermeneutico generale idoneo a risolvere i casi dubbi (nel cui ambito il solo fatto di operare in un settore aperto al mercato non fornisce ex se elementi dirimenti per escludere la qualificabilità come*

o.d.p.). Si è osservato al riguardo che “[la nozione di] bisogno non industriale o commerciale rientra nel diritto comunitario e non può essere modificata discrezionalmente dal legislatore nazionale; e che la nozione di organismo di diritto pubblico deve essere in ogni caso estensivamente intesa, essendo funzionale alla liberalizzazione dei mercati e della concorrenza” (così Cons. Stato, Sez. V, sent. 16 gennaio 2017, n. 108, che ha qualificato la Soc. ACI Global s.p.a. -interamente partecipata dall’ACI- in termini di organismo di diritto pubblico in controversia concernente l’affidamento del servizio di tracciamento veicoli che si colloca in un mercato concorrenziale nel comparto del settore stradale).

Analogamente si è espressa pochi mesi dopo anche la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Sez. V, con sentenza C-567/15 del 5 ottobre 2017, statuendo in ordine alla configurazione giuridica di una società in house controllata da un’amministrazione aggiudicatrice.

I giudici europei hanno analizzato la disciplina in materia di “organismo di diritto pubblico”, partendo da una fattispecie concreta insorta nella vigenza della direttiva 2004/18 che, sul punto specifico, conteneva una previsione analoga a quella poi versata nella direttiva 2014/24, a sua volta trasfusa nell’attuale codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 1, lett. d, ai sensi del quale, come detto, può considerarsi organismo di diritto pubblico qualsiasi organismo, **anche in forma societaria** il cui elenco non tassativo è contenuto nell’allegato IV).

Quanto in particolare alla natura giuridica della società controllata, accertato che il controllo pubblico è al 100%, i giudici dovevano verificare se la società in parola soddisfacesse specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Sul punto la CGUE (ribadendo principi già affermati in precedenti pronunce a partire dalla sentenza 15 gennaio 1998, C-44/96; Mannesmann) ha ritenuto che **non è sufficiente per escludere che la società sia un’amministrazione aggiudicatrice il fatto che la società possa operare sul mercato, in concorrenza con altri operatori economici, con scopo di lucro e subendo le perdite dell’attività imprenditoriale svolta.** Parimenti, ha ritenuto inconferente il fatto che il valore delle operazioni interne possa in futuro rappresentare meno del 90% o una parte non essenziale del fatturato complessivo della società.

In altre parole secondo il Giudice europeo l'esistenza di una concorrenza articolata costituisce elemento che di per sé non esclude la configurabilità di un'esigenza di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale.

L'orientamento è stato ribadito ancor più recentemente dal Consiglio di Stato con sentenza 7 febbraio 2020, n. 964 con la quale, ricordato il quadro normativo e gli orientamenti giurisprudenziali in materia, il Giudice amministrativo ha concluso (in riforma della sentenza di primo grado) che CDP Investimenti SGR s.p.a. riveste i caratteri dell'"organismo di diritto pubblico".

Questi i passi salienti della motivazione:

“La tendenza della giurisprudenza a identificare il “requisito teleologico” attraverso indici presuntivi (come del resto ampiamente praticato per gli “enti pubblici”, pur in difetto di una precisa definizione di legge: cfr. Cons. Stato, IV, 4 aprile 2019, n. 2217), porta di volta in volta a semplificare l'attività interpretativa. Nondimeno comporta il rischio ultimo della progressiva creazione giurisprudenziale di una figura che in realtà finisce per risultare diversa da quella direttamente emergente dal dato normativo.

Occorre, dunque, non discostarsi dal dato normativo.

Per l'art. 3, comma 1, lett. d) del Codice dei contratti pubblici, il “requisito teologico” è presente se l'organismo è «istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale».

Il Collegio considera che, con l'evidenziare il dato dell'istituzione unitariamente alle finalità, la disposizione pone anzitutto l'accento sulle ragioni istitutive del soggetto.

Ricorre, dunque, il “requisito teleologico” se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo (cfr. Cass. , SS.UU., 28 marzo 2019, n. 8673 sullo scopo per il quale è istituito l'ente e la natura essenziale del servizio rispetto alla realizzazione della funzione pubblica di carattere generale cui è istituzionalmente chiamato l'ente controllante: così venne qualificato “organismo di diritto pubblico” Aci Global s.p.a., controllata di Aci; sebbene, poi, si dia carico di controllare anche le modalità di svolgimento dell'attività, secondo la richiamata ricostruzione degli indici presuntivi).

In questa prospettiva, la caratterizzazione segnata dai compiti assegnati all'organismo, che sono a base della sua istituzione, risulta per volontà della norma preminente sulle modalità con le quali poi l'attività viene svolta.

Infatti, mentre i primi (i compiti, cioè) sono alla base della nuova modalità organizzativa scelta per perseguire finalità amministrative di interesse generale, dunque concretizzano un particolare modo di autoorganizzarsi della pubblica amministrazione in riferimento al perseguimento di finalità che comunque le appartengono, le seconde riflettono il modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato (tale per cui l'organismo sarebbe esonerato dal rispetto delle regole di legge che garantiscono il mercato nei propri contratti - il Codice dei contratti pubblici -, se si pone in atteggiamento imprenditoriale verso i terzi suoi competitori: come dire che se agisce paritariamente in un mercato competitivo, non gli è dalla legge imposto il rispetto del mercato nel contrarre, come invece alle pubbliche amministrazioni).

Ma le modalità con le quali l'attività viene svolta cedono rispetto ai compiti assegnati perché le prime: a) non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure quelle eurounitarie; b) sono in realtà inidonee a differenziare con chiarezza l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato (com'è acquisito dalla ricordata tendenza giurisprudenziale che nega che l'offerta di prestazione in un mercato concorrenziale aperto anche a private imprese escluda la qualificazione come organismo di diritto pubblico, cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2018, n. 858); c) sono potenzialmente mutevoli nel tempo, perché non si può escludere che de facto un'attività originariamente non remunerativa lo divenga nel tempo; e viceversa, per l'andamento dei mercati - il cui grado di concorrenzialità buon ben variare -, tale effettiva capacità: sicché si tratta di un indicatore in realtà instabile perché soggetto a contingenti circostanze esterne, dunque non preciso e dirimente.

D'altronde, si può notare che il caso presenta più di un'analogia di sistema, in termini di articolazione dell'attività operativa di una figura pubblicistica, con quello in cui un ente pubblico si serve di un soggetto formalmente privato per realizzare propri compiti istituzionali; come avviene col mezzo di una società in house, dove la società è longa manus dell'ente pubblico affidante secondo un modello di organizzazione interno, articolato nel modo stimato più adatto per giungere a operare. Se l'affidamento del

servizio al soggetto così creato è sottratto alle regole dell'evidenza pubblica (art. 5 D.Lgs.vo 50/2016, n.d.r.), nondimeno l'affidamento di opere o servizi che poi con quel mezzo si intenda fare a terzi privati non può che esservi sottoposto (come espressamente dispone l'art. 16 del D.Lgs.vo 175/2016, n.d.r.).

Inoltre, nel caso di specie, non può non notarsi che, diversamente opinando, la creazione di CDP Investimenti SGR s.p.a. si presterebbe ad essere interpretata come una sottrazione alle regole di evidenza pubblica di una branca operativa di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. una volta che questa è stata qualificata organismo di diritto pubblico e dunque a quelle regole è stata riconosciuta soggetta.

Alla luce di queste considerazioni, CDP Investimenti SGR s.p.a. va qualificata come organismo di diritto pubblico”.

In altra precedente occasione, seppure relativa a fattispecie particolare (giurisdizione in tema di procedimento di assunzione di personale) e senza affrontare il tema dei requisiti degli organismi di diritto pubblico, il Consiglio di Stato aveva ancor più chiaramente affermato che **“tutti gli organismi in house di pubbliche amministrazioni sono anche necessariamente organismi di diritto pubblico, mentre non è vero il contrario (cioè non è vero che, per il solo fatto che un soggetto sia qualificabile come organismo di diritto pubblico ai fini della contrattualistica pubblica, per ciò stesso sarà anche qualificabile come pubblica amministrazione ai fini del riparto di giurisdizione in tema di assunzione del personale dipendente)”** (Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643).

Se questo è il culmine dell'evoluzione giurisprudenziale Amaie Energia e Servizi s.r.l. costituisce “organismo di diritto pubblico” in quanto:

- dotata di personalità giuridica;
- soggetta a “controllo analogo” degli enti pubblici e per questo affidataria di servizi in house;
- istituita (da Amaie s.p.a. interamente partecipata dal Comune di Sanremo) per l'espletamento di servizi pubblici locali in forma societaria, operante anche (ma non esclusivamente) in settori soggetti al mercato concorrenziale (ma affidati *in house*) e senza rispondere a logiche esclusivamente imprenditoriali commerciali (quindi al perseguimento del profitto, che, quand'anche esistente, dovrebbe essere interamente distribuito agli enti pubblici soci e quindi destinato al soddisfacimento delle esigenze

istituzionali di tali enti) bensì finalizzate al migliore espletamento dei servizi svolti nell'interesse della comunità locale. Si tratta allora di soggetto che nell'esercizio della sua attività *“si lascia guidare da considerazioni diverse da quelle economiche”*, per usare le parole della CGUE n. C-567/15 del 5 ottobre 2017 sopra citata.

Lo scopo genetico trova riscontro nell'oggetto sociale individuato dallo statuto.

La Società ha infatti per oggetto principale (art. 3 punto a) la *“erogazione di servizi pubblici locali, servizi di interesse generale, con o senza rilevanza economica, e servizi strumentali affidati dai soci”*; inoltre tra le molte attività indicate in dettaglio sotto la medesima voce ve ne sono alcune di natura indubbiamente *“non commerciale”* quali ad esempio (a3.6) le *“iniziative di educazione, informazione, sensibilizzazione, promozione e gestione, in materia ambientale, di sicurezza e protezione civile nell'ottica di conservazione delle risorse, del riuso e recupero di materia, di sviluppo sostenibile e di riduzione dell'impronta ambientale del singolo e della collettività”* (a3.6), la *“conduzione e gestione del Parco costiero Riviera di Ponente/dei Fiori e relativo percorso ciclopedonale comprese le sue pertinenze”* (a11), l'*“introduzione e/o gestione di sistemi di mobilità sostenibile”* (a14), l'*“attività di riqualificazione, gestione, valorizzazione e sviluppo della dotazione infrastrutturale dei soci, di attuazione di iniziative di trasformazione urbana e di recupero edilizio, nonché di tutela del territorio sotto il profilo idrogeologico ...”* (a16).

La stessa *“gestione di mercati e servizi accessori”* (codesta Società gestisce il Mercato dei Fiori di Sanremo ed è prossimo il nuovo affidamento in house pluriennale da parte del Comune di Sanremo) merita una riflessione, anche alla luce di alcuni precedenti giurisprudenziali (in fattispecie solo apparentemente analoghe) nei quali è stata negata la natura di organismo di diritto pubblico al soggetto gestore di un mercato all'ingrosso.

La Corte di Cassazione con sentenza sez. un. 07 aprile 2010, n.8225 (decidendo sulla giurisdizione a seguito di impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato recante difforme valutazione sul punto), ha escluso che possa riconoscersi natura di organismo di diritto pubblico alla Società consortile per azioni Centro Agro Alimentare di Napoli (C.A.A.N.), avente per oggetto la costruzione e gestione del mercato alimentare all'ingrosso, di interesse nazionale, di Napoli (nonchè di eventuali altri mercati agro-alimentari all'ingrosso).

L'esame della fattispecie e la motivazione della pronuncia rendono evidenti le differenze rispetto al caso ora in esame: la Cassazione ha infatti ritenuto, in base all'esame delle norme statutarie, che il C.A.A.N. soddisfa sì bisogni di interesse generale, ma aventi carattere commerciale (e per questo ha ritenuto insussistente il requisito dello svolgimento di attività "non industriale o commerciale"): in particolare il perseguimento dello scopo sociale (costruzione e gestione del mercato all'ingrosso) è dichiaratamente ed esclusivamente ispirato a criteri di "economicità", tanto è vero che è prevista la distribuzione degli eventuali utili (eccedenti il 5% da destinare a riserva) per la "*remunerazione del capitale investito*". Il Consorzio inoltre era partecipato maggioritariamente ma non esclusivamente da capitale pubblico (potendo la partecipazione privata raggiungere la soglia del 49% del pacchetto azionario) ed aveva per oggetto esclusivo la gestione del mercato all'ingrosso e non anche di un mercato "alla produzione", ossia (art. 40, comma 2, lett. a, L. reg. 1/2007) di un mercato "*in cui le merci sono offerte prevalentemente da produttori singoli o associati*" (come il Mercato dei Fiori di Sanremo, la cui gestione comporta anche l'espletamento di attività certamente non commerciali, quale l'asta dei prodotti).

Analoghe considerazioni valgono sia con riguardo alla sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. I, 23 marzo 2016, n. 1504 -che, relativamente al medesimo soggetto (C.A.A.N.), ha semplicemente aderito alle conclusioni della sentenza delle Sezioni Unite appena citata- sia con riguardo alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2019 n. 3884 -che ha confermato TAR Piemonte, sez. II, 21 aprile 2018, n. 469- relativa alla Società Consortile Centro Agro Alimentare di Torino (C.A.A.T.). Si trattava anche in quest'ultimo caso di una Società a partecipazione non interamente pubblica, non svolgente alcuna attività direttamente a favore del Comune di Torino (socio pubblico di maggioranza), la quale nell'ambito del mercato all'ingrosso gestito non svolgeva alcuna attività di natura "non commerciale" (come il servizio di gestione dell'asta dei prodotti) e della quale non era stato documentato in giudizio neppure il "carattere strategico" rispetto alle funzioni istituzionali del Comune socio di maggioranza (come il Giudice amministrativo ha evidenziato, con ciò ipotizzando che la soluzione avrebbe potuto essere diversa se invece fosse stata documentata l'importanza strategica dell'attività mercatale per il Comune di Torino: importanza che invece ben può ritenersi sussistente per il

Mercato dei Fiori del Comune di Sanremo, ossia del Comune noto come la “Città dei Fiori”).

Anche la pronuncia, di neppure due mesi fa (13 ottobre 2020 n. 357), con la quale il TAR Friuli Venezia Giulia ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico della Soc. Udine Mercati, gestore del Mercato Agroalimentare all’Ingrosso di Udine, non incide sulla conclusione raggiunta per la differente situazione nel caso deciso. Anche la suddetta Società (pur partecipata maggioritariamente dal Comune di Udine) non era infatti interamente pubblica, gestiva il mercato in virtù di remoto affidamento, operava con finalità lucrative (quindi con la possibilità -prevista dallo statuto- di distribuire utili ai soci) ed era retta da uno Statuto che non attribuisce diritti particolari al socio pubblico, titolare dei soli poteri derivanti dal suo essere azionista di maggioranza. Situazione quindi assai diversa da quella di codesta Società.

In conclusione, pur con la cautela imposta sia dalle oscillazioni giurisprudenziali sia dalla opinabilità della valutazione circa la natura “non commerciale” dell’attività svolta, Amaie Energia e Servizi s.r.l. ben può essere qualificata (soprattutto laddove svolge servizi pubblici affidati in house) “organismo di diritto pubblico” -e, conseguentemente, anche “amministrazione aggiudicatrice”, ai sensi dell’art. 3 del D.L.gs.vo 50/2016- fermo restando che comunque, anche a prescindere da tale qualificazione, la Società è tenuta, nell’ambito dei servizi ad essa affidati in house dagli enti soci, *“all’acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016”*.

Quanto alla disciplina legale, l’organismo di diritto pubblico è per lo più equiparabile alla pubblica amministrazione, ma tale equiparazione non vale sempre e comunque.

Come ha autorevolmente e condivisibilmente affermato il Consiglio di Stato (Sez. VI, 11 luglio 2016 n. 3043), *“il Collegio ritiene di dover ribadire – richiamando a tal fine le considerazioni già svolte da questa Sezione nella sentenza 26 maggio 2015, n. 2660 – che l’individuazione dell’ente pubblico debba avvenire in base a criteri non “statici” e “formali”, ma “dinamici” e “funzionali”*.

Ciò implica che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico muta a seconda dell’istituto o del regime normativo che deve essere applicato. La nozione di ente pubblico nell’attuale assetto ordinamentale non può, dunque, ritenersi fissa ed immutabile. Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un

determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera automatica la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione.

Al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione "funzionale" e "cangiante" di ente pubblico. Si ammette senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica.

Giova precisare che la c.d. nozione funzionale di ente pubblico che qui si accoglie non contrasta con la previsione contenuta nell'art. 4 della legge n. 70 del 1975, in base alla quale, come ricordato dal T.a.r., "nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge".

La nozione "funzionale" e "dinamica" non predica, infatti, che un soggetto possa essere qualificato come "pubblico" a prescindere dall'esistenza di una base legislativa che sottoponga quel soggetto ad un regime pubblicistico.

Al contrario, alla base della qualificazione funzionale di ente pubblico ci deve essere sempre un fondamento normativo da cui derivano, per quell'ente, obblighi e doveri, oppure prerogative e poteri, di natura pubblicistica.

Nel settore degli appalti pubblici, ad esempio, ciò che fa dell'organismo di diritto pubblico (ad onta della veste formale che può essere privatistica) un soggetto equiparato alla pubblica amministrazione (e, quindi, sostanzialmente e funzionalmente un ente pubblico) è proprio la disciplina legislativa che espressamente lo sottopone al regime dell'evidenza pubblica.

Con la conseguenza che l'organismo di diritto pubblico diviene pubblica amministrazione non sempre e comunque (in maniera fissa e immutabile), ma solo nello svolgimento di quel tratto di attività esplicitamente sottoposto ad una disciplina di diritto amministrativo. Il che, peraltro, consente di giustificare, anche sul piano costituzionale, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che non avrebbe spazio se dovesse predicarsi la natura privatistica dell'organismo di diritto pubblico, perché si avrebbe una controversia tra due soggetti (il partecipante alla gara e la stazione appaltante) entrambi privati.

L'equiparabilità dell'organismo di diritto pubblico alla pubblica amministrazione rappresenta ormai un risultato interpretativo assodato, eppure non vi è alcuna norma legislativa che espressamente istituisca (ove si aderisse a un'interpretazione formalistica dell'art. 4 legge n. 70 del 1975) l'organismo di diritto pubblico come ente pubblico. Al fine di predicare l'equiparazione si ritiene sufficiente l'esistenza di una norma che (in questo caso espressamente) lo rende destinatario di obblighi di diritto amministrativo.

Parimenti, è altrettanto pacifico che la sottoposizione dell'organismo di diritto pubblico alla disciplina dell'ente pubblico non valga sempre e comunque, qualsiasi attività esso svolta. Si tratta al contrario, di una equiparazione settoriale, funzionale e dinamica, perché strettamente legata all'affidamento dei contratti.

Quando svolge altre attività, l'organismo di diritto pubblico dismette la sua veste pubblicistica e soggiace di regola al diritto privato.

Esso è, quindi, un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante”.

Ovviamente gli Enti o le Società (organismi di diritto pubblico) alle quali sono affidati servizi pubblici “in house” sono tenute all'osservanza della disciplina pubblicista nell'acquisto di beni e servizi nell'esercizio di tali attività (art. 16, ultimo comma, D.Lgs.vo 175/2016), mentre per quanto concerne l'organizzazione societaria (laddove non diversamente disposto dal medesimo D.Lgs.vo) e le eventuali residue attività svolte al di fuori di quelle affidate in house -ossia nel limite dell'attività (inferiore al 20% del fatturato complessivo) che può essere svolta nel libero mercato- seguono la disciplina del diritto privato (art. 1, comma 3, D.Lgs.vo 175/2016: “Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”).

Non rileva invece ai fini della qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico l'inserimento o meno nel cd. “conto economico consolidato” -ossia nell'elenco delle amministrazioni pubbliche che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica sulla base del Sistema Europeo dei Conti (SEC)- pubblicato annualmente dall'Istat (da ultimo con comunicato 4 novembre 2020).

Tale elenco infatti, a prescindere dalla sua natura (costitutiva o dichiarativa), comprende tra le altre le Società controllate da un'amministrazione pubblica ma la cui attività sia

supportata per oltre il 50% da finanziamenti pubblici e che sono per questo soggette a limitazioni finanziarie (non potendo in particolare discostarsi dal limite di spesa del 2% rispetto al bilancio di previsione). Ma il finanziamento pubblico prevalente è solo uno dei possibili indici della natura di organismo di diritto pubblico (comunque alternativo al controllo sulla gestione: art. 3, comma 1, lett. d, punto 3, D.Lgs.vo 50/2016).

Codesta Società, che pur svolge la sua attività nel rispetto di criteri di economicità (ciò che, nondimeno, per quanto sopra esposto, non esclude la sua natura di organismo di diritto pubblico), non è quindi soggetta all'iscrizione nell'elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni, senza che ciò rilevi negativamente ai fini della qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico.

* * *

Per quanto in particolare riguarda la disciplina del personale, l'art. 19 del D.Lgs.vo 175/2016 ha fatto chiarezza disponendo che:

“1. Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi.

2. Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001. ...

4. Salvo quanto previsto dall'articolo 2126 del codice civile, ai fini retributivi, i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al comma 2, sono nulli. Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale” (mentre in precedenza, in ragione della natura sostanzialmente pubblica delle società in house -quali organismi di diritto pubblico- la giurisprudenza aveva più volte invece ritenuto la piena equiparabilità ai criteri di riparto della giurisdizione stabiliti per il pubblico impiego e così la giurisdizione del Giudice

amministrativo sulle procedure di reclutamento del personale: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643 e numerose altre ivi richiamate).

* * *

Quanto infine alla gestione del Mercato dei Fiori ed alle competenze all'adozione dei relativi atti, la disciplina di riferimento è contenuta nella L. reg. 1/2007, che per vero rinvia per lo più alla disciplina regolamentare (regolamenti tipo di approvazione della Giunta regionale e conseguenti regolamenti di gestione dei singoli mercati). Non mi risulta tuttavia che la Giunta abbia approvato nuovi regolamenti tipo dopo la legge n. 1/2007, mentre quelli approvati in precedenza (in base alla L.reg. 24/1998) possono essere tuttora applicati se ed in quanto compatibili con la disciplina sopravvenuta.

La legge regionale 1/2007 dopo aver definito le varie tipologie di mercati all'ingrosso (art. 40, ai sensi del quale il Mercato dei Fiori di Sanremo è un mercato alla produzione in quanto "*le merci sono offerte prevalentemente da produttori singoli o associati*") ed aver individuato i soggetti competenti alla istituzione, modificazione, trasferimento e soppressione dei mercati (art. 42), stabilisce (art. 43) che i mercati sono gestiti direttamente dai soggetti istitutori (ivi principalmente incluso il Comune) o affidati in gestione ad uno dei soggetti individuati al precedente articolo. Gli articoli successivi individuano i compiti del gestore e gli organi preposti alla gestione (direttore di mercato e commissione di mercato) e le rispettive competenze, mentre l'art. 48 prevede l'emanazione da parte della Giunta regionale di uno o più regolamenti tipo dei mercati all'ingrosso, in base ai quali i soggetti gestori avrebbero dovuto approvare i rispettivi regolamenti. In realtà, come anticipato e salvo mio errore, i regolamenti tipo sono tuttora quelli approvati dalla Giunta regionale prima della legge 1/2007 ed in base ai quali è stato approvato l'attuale regolamento di gestione.

Tra i contenuti dei regolamenti tipo regionali vi sono "*i criteri e le modalità per l'assegnazione dei posteggi*" che nel regolamento tipo per i mercati all'ingrosso florovivaistici approvato con deliberazione di Giunta regionale 696/2000 sono stabiliti in maniera sfumata, demandando al soggetto gestore ("tenuto conto delle esigenze di organizzazione generale del mercato") sentita la Commissione di mercato, tenendo conto (per i produttori) del seguente ordine di priorità (peraltro di dubbia legittimità): produttori regionali, nazionali, comunitari, extracomunitari.

A mio parere la gestione da parte del Comune (soggetto istitutore) con affidamento in house (a codesta Società), comporta che il regolamento di gestione del mercato debba essere approvato dal Comune, ma ben **possa** prevedere che l'adozione dei provvedimenti connessi alla gestione (concessioni degli spazi agli operatori, provvedimenti di decadenza o revoca delle concessioni o altri atti sanzionatori) siano adottati da codesta Società (quale gestore del mercato o meglio "*longa manus*", attraverso l'affidamento in house, del gestore Comune di Sanremo).

All'adozione di provvedimenti da parte di codesta Società (ad esempio di affidamento e sub-concessione degli spazi mercatali o di autotutela e revoca, salva -ben possibile, si intenda- diversa previsione regolamentare e contrattuale) non osta la forma societaria e quindi la soggettività giuridica privata. Nell'esercizio delle attività ad essa affidate in house infatti la Società è, quale organismo di diritto pubblico, titolare di funzioni pubbliche (restando al Comune demandata, "a monte" dell'attività gestoria, la competenza all'approvazione del regolamento di mercato, la disciplina del contratto di servizio che farà seguito all'affidamento in house ed il "controllo analogo" esercitato sull'attività di codesta Società).

E' quanto accade, del resto, ogni qual volta codesta Società, nella gestione del servizio di igiene urbana (pure affidatole in house), affida servizi connessi ad altri soggetti (previo espletamento di procedure di evidenza pubblica) con atti aventi natura provvedimento amministrativa (e per questo soggetti alla giurisdizione del Giudice amministrativo, della quale nessuno ha dubitato, ad esempio, lo scorso anno allorquando la Soc. Etjca ha impugnato innanzi al TAR Liguria -con appendice cautelare al Consiglio di Stato- la determina del Direttore Generale 10 luglio 2019 n. 0006365 avente ad oggetto aggiudicazione ad altro concorrente del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo tramite accordo quadro; sul punto cfr anche la già ampiamente citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016 n. 3043).

* * *

Infine codesta Società ha recentemente acquistato dalla Soc. Area 24 s.p.a. in liquidazione i beni immobili ricadenti nei Comuni di Sanremo, Ospedaletti, Taggia, Riva Ligure, Santo Stefano al Mare, Cipressa e San Lorenzo al Mare, costituenti la pista ciclopedonale denominata "ciclovia turistica della Riviera di Ponente", inserita nel progetto di ciclovia

tirrenica di cui al protocollo d'intesa tra il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti e le Regioni Lazio, Toscana e Liguria sottoscritto in data 8 aprile 2019 in esecuzione del decreto interministeriale n. 517/2018.

E' così subentrata alla suddetta Società nella proprietà e nella gestione dei beni costituenti la pista ciclopedonale e relative pertinenze (ossia una "*infrastruttura viaria interurbana destinata esclusivamente alla percorrenza pedonale e ciclabile*" anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 2, lett. f bis, del codice della strada), appositamente costituita sull'ex tracciato ferroviario del ponente ligure ed inizialmente messa a disposizione della collettività per fini ricreativi e sportivi e di mobilità sostenibile (regolata dalla Regione Liguria con deliberazione di Giunta regionale 929/2012).

In vista della vendita il complesso immobiliare in questione è stato assoggettato ad espresso vincolo di uso pubblico con apposito atto notarile ai sensi dell'art. 2645 quater cod. civ..

Anche nella gestione di tale infrastruttura codesta Società è "organismo di diritto pubblico": si tratta infatti di bene soggetto a vincolo di uso pubblico, per lo più di natura non commerciale o industriale, tanto è vero che Area 24 s.p.a. in liquidazione -dante causa di codesta Società- era anche iscritta nell'elenco delle Amministrazioni pubbliche ai fini del cd. "conto economico consolidato" -pubblicato dall'ISTAT da ultimo con comunicato 4 novembre 2020- in quanto per l'esercizio della sua attività era per lo più finanziata dalle amministrazioni pubbliche locali. Nessun dubbio, quindi, sulla sussistenza di tutti i requisiti stabiliti dall'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016 (ed anzi è ancor più evidente che con riguardo alle altre attività la sussistenza del criterio "finalistico").

La peculiarità della fattispecie nel caso in esame deriva semmai dalla circostanza che l'attività di gestione dell'infrastruttura ciclopedonale non deriva da un affidamento *in house* delle amministrazioni locali interessate, ma dalla proprietà del bene, così come acquistato e così come formalmente vincolato all'uso pubblico ai sensi dell'art. 2645 quater cod. civ..

Qualora invece non vi fosse perfetta corrispondenza tra i beni acquistati e quelli vincolati all'uso pubblico e quindi qualora vi fossero, tra i beni trasferiti da Area 24 s.p.a. in liquidazione, anche immobili non assoggettati al suddetto formale vincolo, occorrerebbe distinguere: mentre beni pur non formalmente vincolati all'uso pubblico ma in ogni caso

strettamente strumentali alla gestione della infrastruttura ciclopedonale (quali piazzole di sosta, punti di ristoro ecc.) e da sempre utilizzati funzionalmente alla stessa ben potrebbero e dovrebbero ritenersi soggetti al medesimo regime giuridico -con la conseguenza che nella relativa gestione codesta Società opererebbe sempre in veste di organismo di diritto pubblico- eventuali beni acquistati che invece non fossero vincolati nè funzionali alla gestione della infrastruttura e quindi non fossero strumentali al soddisfacimento di interessi pubblici, potrebbero essere gestiti da codesta Società senza l'osservanza della normativa pubblicistica (con ogni conseguenza sulla disciplina dei relativi rapporti, ad esempio in caso di affidamento a terzi di porzioni immobiliari in termini di concessione o locazione). Ovviamente tale (eventuale) circostanza non inciderebbe sulla qualificazione della Società in termini di organismo di diritto pubblico, in quanto, come ben esplicitato nella citata sentenza del Consiglio di Stato n. 3043/2016, ben può esservi svolgimento di diverse funzioni assoggettate a diversa disciplina senza che questo incida sulla suddetta qualificazione (*“Quando svolge altre attività, l'organismo di diritto pubblico dismette la sua veste pubblicistica e soggiace di regola al diritto privato”*).

In entrambi i casi appena considerati, peraltro, l'eventuale fatturato derivanti dall'affidamento a terzi -che non siano enti pubblici soci- di beni o servizi dovrebbe essere considerato ai fini del rispetto del limite dell'80% dell'attività svolta a favore degli enti pubblici soci di cui all'art. 5, comma 1, lett. b, del D.Lgs.vo 50/2016 e dell'art. 16 comma 3 del D.Lgs.vo 175/2016.

Tanto rappresentato resto a disposizione per ogni ulteriore approfondimento eventualmente necessario ed invio i più cordiali saluti.

Avv. Francesco Massa


