

**PER GLI ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO SEMPRE OBBLIGATORI
GLI APPALTI PUBBLICI. TRAMONTA DEFINITIVAMENTE L'IPOTESI
DELL'ORGANISMO IN PARTE QUA?**

Nota a sentenza del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 4, 2008]



CORTE GIUSTIZIA, 10 aprile 2008, causa C-393/06, Sez. Quarta, pres. K. Lenaerts, Avv. gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer, parti Ing. Aigner / Fernwarme Wien GmbH

La Corte di giustizia conferma la natura di organismo di diritto pubblico della Fernwarme Wien GmbH, società pubblica interamente partecipata dalla municipalità di Vienna, e precisa l'obbligo per la stessa di applicare le direttive comunitarie in tema di appalti pubblici anche per i contratti di lavori, servizi e forniture pattuiti nell'ambito di attività *non dirette a soddisfare bisogni di interesse generale* che la Fernwarme Wien svolge sul mercato in condizioni di concorrenza.

La sentenza, interessante sotto molteplici profili, conferma la volontà della Corte di non rivedere il proprio orientamento sulla questione *dell'organismo di diritto pubblico in parte qua*, definito a partire dai casi *Mannesmann e Arnhem* ⁽¹⁾, nonostante le sollecitazioni dei commentatori dirette a far riconoscere *“la molteplice rilevanza giuridica delle attività poste in essere da un medesimo soggetto”* ⁽²⁾.

La questione per essere meglio compresa richiede un preventivo inquadramento della nozione dell'organismo di diritto pubblico, a partire dal dato normativo. Al riguardo la dir. 2004/18/CE stabilisce all'art. 1, co. 2, lett. a, che *gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici*. Lo stesso articolo precisa che per *amministrazioni aggiudicatrici* si intendono lo Stato, gli enti pubblici territoriali e *gli organismi di diritto pubblico*, categoria quest'ultima che il legislatore comunitario evita di definire con precisione, limitandosi a stabilire alcuni criteri di riconoscimento.

La scelta del legislatore comunitario di inserire gli *organismi di diritto pubblico* fra le *amministrazioni aggiudicatrici* parte dalla constatazione che negli ordinamenti nazionali accanto ad amministrazioni di 'stampo

¹ Vd. sentenze della Corte del 15 gennaio 1998, causa C 44/96 e del 10 novembre 1998, causa C 360/96.

² Vd. GAROFOLI R., M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 169 e ss.; CHITI M. P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, 66 e ss.

tradizionale' si stanno affermando figure nuove che rischiano, se non ricondotte nell'alveo dei soggetti destinatari della normativa in materia di appalti pubblici, di creare una zona franca sottratta a tale disciplina. In effetti la previsione della categoria degli organismi di diritto pubblico amplia enormemente la tipologia (e il numero) dei soggetti tenuti all'applicazione delle direttive, attraendo anche figure, ad es. società di capitali pubbliche e pubblico – private, che altrimenti sarebbero escluse.

Il legislatore comunitario stabilisce che è *organismo di diritto pubblico* qualsiasi soggetto:

- a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, e
- b) dotato di personalità giuridica, e
- c) 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 (art. 1, co. 9, dir. 2004/18/CE).

I tre requisiti, come precisa la giurisprudenza della Corte, hanno natura cumulativa, di conseguenza la mancanza anche di uno solo di essi esclude lo *status* di organismo di diritto pubblico (dove la disapplicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici). Si tratta di requisiti generici la cui applicazione crea non poche difficoltà di interpretazione, a fronte delle quali assume importanza il ruolo dei giudici, soprattutto comunitari (³). Si consideri che negli ultimi tre anni i giudici di Bruxelles hanno affrontato il tema della qualificazione degli organismi di diritto pubblico in più di una decina di procedimenti.

Nel caso in esame il giudice austriaco chiede alla Corte se sia possibile qualificare una società come la Fernwarme Wien GmbH organismo di diritto pubblico solo *in parte qua*, vale a dire limitatamente alla parte di attività che la società svolge per *soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale* (nella fattispecie la fornitura di teleriscaldamento ad abitazioni, uffici pubblici, privati etc.). Conseguentemente la qualifica di organismo di diritto pubblico non sarebbe applicabile alla Fernwarme per la parte di attività che la stessa svolge ma

³ LA ROSA G., *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2, 2007, 296 afferma che la scelta del legislatore comunitario "sacrifica la certezza del diritto per tutelare il più possibile il mercato unico". CLARIZIA A. - CARULLO A. (a cura di), *La legge "quadro" in materia di lavori pubblici*, Padova, vol. I, 2004, 154 e ss. affermano che i problemi interpretativi sono in parte da attribuirsi allo stesso approccio giurisprudenziale spesso ondivago, anche a livello comunitario.

che non sono dirette al soddisfacimento di tali bisogni (nella fattispecie la pianificazione generale di sistemi di refrigerazione per progetti immobiliari di grandi dimensioni). In quest'ultimo caso infatti non sarebbero soddisfatti i tre citati requisiti previsti dalle direttive.

I giudici comunitari riconoscono innanzitutto che la Fernwarme Wien è qualificabile come organismo di diritto pubblico. In particolare:

- la Fernwärme Wien è dotata di personalità giuridica (requisito di cui alla lett. b);
- la Città di Vienna detiene interamente il capitale di tale ente e ne controlla la gestione economica e finanziaria (requisito di cui alla lett. c);
- la Fernwärme Wien è stata istituita per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale aventi carattere *diverso* da quello industriale o commerciale (requisito di cui alla lett. a). Sul punto i giudici precisano che *“assicurare la fornitura di riscaldamento di un agglomerato urbano mediante un procedimento rispettoso dell'ambiente costituisce un obiettivo che rientra innegabilmente nell'interesse generale. Non è pertanto possibile contestare che la Fernwärme Wien sia stata creata per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale”* (pt. 39). Ma non solo. La Corte rileva che l'attività della Fernwärme *non ha carattere industriale o commerciale*; la società infatti in questo settore gode di un monopolio quasi di fatto, in quanto le altre società concorrenti sono di dimensioni trascurabili e non possono essere considerate reali concorrenti. Ciò giustifica il fatto che la Fernwärme *“potrebbe lasciarsi guidare, nell'aggiudicazione dei suoi appalti, da considerazioni diverse da quelle economiche”* (pt. 45). Al contempo non assume rilevanza, secondo i giudici, la circostanza che, oltre ai compiti d'interesse generale, la società svolga ulteriori attività con scopo di lucro *“dal momento che la stessa continua a farsi carico dei bisogni d'interesse generale che è specificamente obbligato a soddisfare”* (pt. 47).

Fatte queste premesse i giudici si pongono la questione di verificare se un organismo di diritto pubblico sia sempre tenuto ad applicare le regole comunitarie sugli appalti pubblici anche quando è possibile separare le attività che l'ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse generale dalle attività che lo stesso esercita in condizioni di concorrenza (per le quali conseguentemente viene meno la sua natura di organismo di diritto pubblico).

Al riguardo la Corte conferma la propria precedente giurisprudenza e stabilisce che tutti gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica organismo di diritto pubblico, indipendentemente dalla loro natura, devono essere soggetti alle norme delle direttive sugli appalti pubblici (cd. teoria del contagio). A sorreggere la scelta della Corte sono soprattutto *“ragioni di*

certezza del diritto, di trasparenza e di prevedibilità che regolano l'attuazione delle procedure di tutti gli appalti pubblici" (pt. 54) ⁽⁴⁾.

Con la sentenza i giudici colgono l'occasione per rafforzare l'orientamento della Corte e 'smontare' possibili percorsi alternativi, sollecitati soprattutto dalle conclusioni presentate nella causa *Impresa Portuale di Cagliari* (C 174/03, pt. 68) dall'avvocato generale Jacobs, il quale aveva proposto una deroga per i casi in cui si possa dimostrare una netta separazione della gestione economica, finanziaria e contabile tra i diversi tipi delle attività svolte da un ente di diritto pubblico ⁽⁵⁾. Sul punto la Corte rileva come sia difficile *"porre in essere una siffatta separazione tra le differenti attività di un ente che costituisce un'unica persona giuridica, che ha un regime patrimoniale e di proprietà unico e le cui decisioni in materia di direzione e di gestione sono adottate unitariamente"*; ciò anche a prescindere *"dai numerosi altri ostacoli di ordine pratico circa il controllo, ex ante e ex post, della assoluta separazione tra i differenti settori di attività e dell'appartenenza dell'attività di cui trattasi a questo o a quel settore"* (pt. 53).

⁴ In precedenza la Corte aveva stabilito (sentenze della Corte del 15 gennaio 1998, causa C 44/96, *Mannesmann*, pt. 31 - 34) che il legislatore comunitario non distingue tra gli appalti pubblici aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito. La mancanza di distinzione, proseguono i giudici, si spiega con la finalità delle direttive che mirano ad escludere il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Infine, un'interpretazione dell'organismo di diritto pubblico secondo la quale la sua applicazione varia in base alla parte relativa, più o meno ampia, dell'attività esercitata per soddisfare bisogni aventi carattere non industriale o commerciale sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto, il quale esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati.

⁵ Soluzione sposata anche da parte della dottrina nazionale vd. supra nt. 11