

LA CONCORRENZA TRA FORMA E SOSTANZA: ULTERIORI “INDIZI” CIRCA LA NATURA DELL’ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO (osservazioni a Corte di giustizia, Sez., V, 10 maggio 2001, C-223/99 e 260/99)

di Fulvio Cortese

ABSTRACT. Premessi alcuni riferimenti sulla complessa questione della natura dell’Ente Fiera di Milano, il commento passa in rassegna gli estremi del caso concreto e le principali statuizioni della Corte di Giustizia, richiamandone la coerenza “evolutiva” con precedenti impostazioni emerse in soluzioni giurisprudenziali comunitarie e nazionali. Quindi, a fronte di tali osservazioni, la nota propone alcuni riferimenti bibliografici sulla nozione di “organismo di diritto pubblico” e sui riflessi che la stessa importa in merito all’evoluzione delle categorie del diritto amministrativo europeo e nazionale: tali profili sono considerati con particolare attenzione alla disciplina in tema di trasparenza delle procedure di gara ed alle particolarità delle trasformazioni indotte in punto di giurisdizione

SOMMARIO: 1. L’evoluzione giurisprudenziale di una “vicenda esemplare”; 2. I passaggi logici della pronuncia e i “precedenti” comunitari e nazionali; 3. “Organismo di diritto pubblico” e problemi dell’amministrazione tra diritto comunitario e diritto interno (cenni bibliografici); 4. Questioni della giurisdizione e giustiziabilità degli appalti (cenni bibliografici).

1. L’evoluzione giurisprudenziale di una “vicenda esemplare”. Come spesso avviene nella quotidiana ed indispensabile opera di documentazione, trasmissione o sistemazione del dato giuridico, l’accadimento concreto assume valenze *ab origine* insospettate, obbligando l’interprete ad identificare la complessità della questione affrontata con i riferimenti storici di un evento che, nella sua reale ed intricata espressione, ha messo duramente alla prova le soluzioni cui si erano precedentemente orientati alcuni “formanti” del contesto ordinamentale, in particolare quello legislativo.

Con ciò si vuole alludere all’esemplarità che non di rado riveste il “caso” giurisprudenziale, il caso “che fa scuola”, la situazione che stimola la giurisprudenza guidandola all’espressione di potenzialità insite nelle forze vive del fenomeno giuridico. E’ in questi momenti che nelle menti degli operatori prende origine un procedimento “virtuoso” di assimilazione tra la regola (ri)afferzata nella vicenda realmente accaduta e la “forza” per così dire “persuasiva” della medesima (i.e. la forza del c.d. precedente).

Allo stesso modo, dopo alcuni celebri “casi” (quali il “caso Mannesmann”, il “caso BFI Holding”, il “caso Connemara”, etc.), la nozione di “organismo di diritto pubblico” conosce un *arret* capace di compendiarne le passate e acquisite specificazioni giurisprudenziali, precisandone ulteriormente i contorni definitivi e applicativi: il “caso Ente Fiera” rappresenta infatti una delle ormai celebri “vicende esemplari” di cui il diritto comunitario si nutre per ribadire periodicamente la propria primazia¹.

¹ Sui dubbi circa la natura dell’Ente Fiera di Milano, così come sono emersi nell’evoluzione giurisprudenziale precedente alla vicenda su cui si pronuncia la Corte di Giustizia nel caso di cui si tratta, cfr. la specifica Rassegna qui riportata. Nei termini di una “vicenda esemplare” si esprime anche M.P. CHITI, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in corso di pubblicazione nella collana “Seminari-conferenze della S.P.I.S.A.”, in part. 63 del dattiloscritto. Per

Del resto, e lo ricordano i giudici di Bruxelles, lo stesso Tar Lombardia, nell'illustrare la questione pregiudiziale da sottoporre alla Corte di Giustizia (cfr. punto 11 della sentenza in epigrafe, in relazione alla causa C-223/99), aveva richiamato i contrasti cui la giurisprudenza nazionale era pervenuta in ordine alla corretta qualificazione giuridica dell'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano. In un primo momento, infatti, Tar Lombardia e Consiglio di Stato erano sembrati concordi nella valutazione dei profili "sostanzialistici" della nozione comunitaria di "amministrazione aggiudicatrice", desumendone così la natura di "organismo di diritto pubblico" in capo all'Ente Fiera (così, in particolare, le pronunce del 1995). Quindi, il Consiglio di Stato prima (sentenza n.1267/1998) e le SS.UU. della Corte di Cassazione poi (sentenza n.97/2000) hanno optato per la negazione del summenzionato carattere, privilegiando una ricostruzione che nega la sussistenza, richiesta come elemento essenziale dall'art. 1, lett. b) della direttiva n. 92/50/CEE (sugli appalti di servizi), del dato relativo alla soddisfazione di bisogni di interesse generale "aventi carattere non industriale o commerciale"². Ed è in base a considerazioni parzialmente sovrapponibili che la Corte di Giustizia prende, da ultimo, una posizione analoga a quella dell'ultima e più autorevole giurisprudenza italiana, ritenendo, come ricorda la massima qui riportata, che "un ente, quale l'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, avente ad oggetto lo svolgimento di attività volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe, *che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività, e che opera in un ambiente concorrenziale*, non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi", e ciò proprio evidenziando che

un'idea della "progressione" del diritto comunitario nella forma vivente del caso giurisprudenziale, è sufficiente rinviare alle più diffuse trattazioni istituzionali (ma si veda anche M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999): cfr., *ex multis*, e per la specifica considerazione, anche quale tecnica espositiva, del dato di origine giudiziale, G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 1998. Cfr., altresì, G. BENACCHIO, V. SIMONI (a cura di), *Repertorio di diritto comunitario civile e commerciale (Legislazione - Dottrina - Giurisprudenza)*, Padova, 2001. Per una rassegna di pronunce della Corte di Giustizia in tema di appalti pubblici si veda F. SCIAUDONE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, Padova, 1999 e F. CORTESE, voce "Appalti pubblici", in G. BENACCHIO, V. SIMONI (a cura di), *op. cit.* supra, 55 ss. (anche per ulteriori richiami bibliografici); per un'organica trattazione (con richiami a sentenze nazionali e comunitarie) si segnalano M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, e M. MENSI, *Appalti, servizi pubblici e concessioni. Procedure di gara, tutela amministrativa e processuale a livello comunitario e nazionale*, Padova, 1999. Si vedano, altresì, G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Milano, 1997, 213 ss., e A. BARONE, *Appalti pubblici*, in A. TIZZANO (a cura di), *Diritto privato dell'Unione Europea*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, 567 ss.

² Cfr. la Rassegna già citata a nt. 1. Le tesi dei giudici italiani sono riassunte efficacemente da M.P. CHITI, *L'organismo*, *op. cit.* supra a nt. 1, 63-64. Un articolato (e assai critico) commento degli orientamenti del Consiglio di Stato sulla questione dell'Ente Fiera si ritrova in M. DIDONNA, *Gli "organismi di diritto pubblico" tra direttive comunitarie ed applicazione interna*, scritto reperibile al Sito Internet www.giust.it. Si vedano inoltre: R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.leg. 80/98)*, in *Foro it.*, 1999, III, 180 ss. (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n.1478 e a Cons. Stato, Sez. VI, 16 settembre 1998, n.1267); G. PASQUINI, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano*, in *Giorn. dir. amm.*, n.1/1999, 18 ss.; S. MEZZACAPO, *Con lo svolgimento di un'attività commerciale cade la qualifica di "organismo di diritto pubblico"*, in *Guida al dir.*, n.18/2000, 48 ss. (nota a Cass., Sez. Un. Civ., 4 aprile 2000, n.97); S. CASSESE, *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, n.6/2000, 552 ss. (nota a Cass., Sez. Un. Civ., 4 aprile 2000, n.97); P. PERUGGIA, *Le sezioni unite decidono sulla natura degli enti fieristici*, in *Foro it.*, 2001, I, 614 ss. (nota a Cass., Sez. Un. Civ., 4 aprile 2000, n.97).

tali peculiarità *escludono il carattere non industriale o commerciale dei bisogni, pur sempre di interesse generale, alla cui soddisfazione l'attività dell'Ente è istituzionalmente diretta*³.

Non è indifferente porre nella dovuta evidenza una singolare coincidenza pratica tra le statuizioni della Corte di Giustizia e le conclusioni dei più autorevoli collegi giudicanti del nostro ordinamento, non solo nella parte dispositiva, ma anche nei punti decisivi dell'argomentazione complessiva, in particolare nella considerazione "risolutiva" (ai fini di escludere la natura di organismo di diritto pubblico) dei già menzionati criteri di rendimento, efficacia e redditività cui è informata la gestione dell'Ente Fiera, soggetto operante, fra l'altro, in un contesto aperto a logiche concorrenziali⁴.

Ma occorre procedere con ordine, esplicitando l'iter argomentativo seguito nella sentenza in epigrafe, onde concludere circa la coerenza dello stesso con quanto affermato in altre occasioni dagli stessi giudici comunitari e dalle voci più accreditate della nostra dottrina⁵.

2. I passaggi logici della pronuncia e i "precedenti" comunitari e nazionali. I procedimenti in relazione ai quali la Corte ha avuto modo di pronunciarsi riguardavano due cause riunite (C-223/99 e C-260/99) in cui le domande di pronuncia pregiudiziale ex art. 234 CE, formulate in entrambi i casi dal Tar Lombardia, vertevano sull'interpretazione dell'art. 1, lett. b), della direttiva sugli appalti pubblici di servizi (n.92/50/CEE) al fine di verificare se da tale disposizione potesse dedursi che l'Ente Fiera di Milano costituisca un'amministrazione aggiudicatrice tenuta al rispetto dei principi di derivazione comunitaria.

In particolare, nella prima controversia (Agorà c. Ente Fiera) la qualificazione di organismo di diritto pubblico (e quindi di amministrazione aggiudicatrice) veniva indicata dal giudice a quo come funzionale all'applicazione al caso di specie della disciplina comunitaria sugli appalti di servizi: ciò avrebbe permesso di risolvere la questione relativa al rilascio di documenti (negato dall'Ente Fiera e richiesto dall'Agorà in base alla legge n.241/1990) riguardanti una gara d'appalto per il servizio di noleggio in opera di elementi di allestimento e di componenti di arredo per zone reception e posti di informazione. In un primo momento, infatti, il rilascio dei documenti era stato negato dall'Ente Fiera, proprio sul rilievo della non applicabilità della disciplina in tema di appalti pubblici e degli obblighi di trasparenza dalla stessa imposti. La società Agorà si era così rivolta al Tar Lombardia, la cui sentenza, che accoglieva la domanda della ricorrente, veniva successivamente appellata dall'Ente Fiera dinanzi al Consiglio di Stato: quest'ultimo (Sez. VI), dopo aver rilevato un vizio di procedura, rinviava la causa al Tar Lombardia, di fronte al quale l'Agorà deduceva la questione poi oggetto di rinvio pregiudiziale.

Nella seconda controversia, invece, il nodo interpretativo circa la natura di organismo di diritto pubblico si inseriva nel contesto di un contenzioso (Excelsior c. Ente Fiera e Ciftat)

³ Per un primo commento alla sentenza che qui si annota, si rinvia a M. RICCIO, *Una gestione fondata su criteri di redditività esclude il rispetto di procedure di aggiudicazione*, in *Guida al dir.*, n.20/2001, 113 ss. (cfr. anche a p.112 per brevi massime dell'altra giurisprudenza richiamata nel testo della sentenza). Anche alcuni quotidiani hanno dato il dovuto risalto alla pronuncia: si veda, ad esempio, A. MASCOLINI, *Fiera, appalti fuori norma*, in *Italia Oggi*, Mercoledì 23 maggio 2001, p. 53.

⁴ E' osservazione condivisa anche da M. RICCIO, *op. cit.* supra a nt. 3, 114.

⁵ I richiami alle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali verranno opportunamente segnalati in nota. Ma sin da ora, sul tema dell'organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria in materia di appalti di servizi e nella corrispondente disciplina interna di recepimento (d.lgs. n.157 del 1995 e successive modificazioni) si confronti L. RIGHI, *L'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del d.lgs. n.157/1995: amministrazioni aggiudicatrici e appalti pubblici di servizi*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998, 83 ss. Per un'introduzione allo stesso questione con riferimento agli appalti di lavori, si veda, *ex multis*, B. MAMELI, *Commento all'art. 2 della legge n.109/1994 (Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge)*, in A. ANGELETTI (Commentario diretto da), *La Riforma dei Lavori pubblici*, I, Torino, 2000, 30 ss.

relativo ad un procedimento d'appalto a licitazione privata per l'affidamento del servizio di pulizia dei quartieri fieristici (impugnazione dell'attribuzione temporanea di un lotto relativo all'appalto e del successivo bando di gara).

Risolti i dubbi relativi alla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa C-223/99 (cfr. punti 17-21 della motivazione⁶), la Corte ha ulteriormente precisato la nozione di organismo di diritto pubblico, muovendo, a tal fine, dalla diretta lettura dell'art. 1, lett. b.), comma 2, della direttiva n.92/50/CEE. La disposizione in questione richiede la sussistenza di tre condizioni, aventi - secondo i giudici di Bruxelles - carattere cumulativo⁷: l'organismo dev'essere istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dev'essere munito di personalità giuridica, e dev'essere strettamente legato allo Stato, a enti locali o ad altri organismi di diritto pubblico (i.e. si richiede che l'attività sia finanziata in modo maggioritario dai soggetti suddetti⁸, oppure che la gestione sia sottoposta al controllo di questi ultimi, oppure, ancora, che l'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito di membri designati, per più della metà, dallo Stato, da enti locali o da organismi di diritto pubblico).

Posto che, nel caso di specie, i dubbi permangono in relazione al requisito dei "bisogni aventi carattere non industriale o commerciale", la questione da risolvere viene intesa dal giudice comunitario nel senso "che con essa si chiede sostanzialmente se un ente che abbia ad oggetto lo svolgimento di attività dirette all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe senza scopo lucrativo, ma la cui gestione si fondi su criteri di rendimento, di efficacia nonché di redditività e che operi in un ambiente concorrenziale soddisfi bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva."⁹

A questo punto la Corte offre una rapida ma efficace illustrazione delle proprie tesi sulla nozione di organismo di diritto pubblico, soffermandosi, in particolare, sul punto più oscuro della definizione, ossia la distinzione tra i bisogni di interesse generale che hanno carattere

⁶ L'Ente Fiera sosteneva che la causa principale non vertesse sull'applicabilità della normativa in materia di appalti pubblici, bensì sugli obblighi di trasparenza imposti dalla legge italiana; "l'eventuale qualificazione dell'Ente Fiera quale organismo di diritto pubblico" non avrebbe avuto, quindi, "alcuna incidenza sulla causa principale, riguardante il diritto di accesso ai documenti amministrativi". Ciò nonostante la Corte ha riaffermato il proprio costante orientamento, a mente del quale "spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte". Pertanto, "la Corte può rifiutarsi di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solamente qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario chiesta da tale giudice non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa a qua, qualora il problema sia di natura ipotetica ovvero qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte".

⁷ Puntualmente la Corte, nel ribadire tale peculiarità, richiama la sentenza in cui si era soffermata sul punto: cfr. il caso Mannesmann, in particolare il punto 21 della motivazione. Per un commento all'intera pronuncia cfr. G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 733 ss., R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133 ss.

⁸ Sul punto cfr. quanto ha stabilito la Corte di giustizia nel caso Cambridge.

⁹ Che l'Ente Fiera possieda i requisiti della gestione secondo un metodo cd. "economico" è dato esplicitato dalla stessa Corte ai punti 4 e 5 della motivazione, e ciò sulla base dello statuto di tale persona giuridica, a norma del quale "la gestione dell'Ente è ispirata a criteri di efficienza, efficacia ed economicità", così che l'Ente medesimo deve "provvedere al raggiungimento dello scopo per il qual è costituito con il ricavato dell'esercizio della sua attività e dell'amministrazione, anche straordinaria, e della gestione del suo patrimonio, nonché con i contributi di enti o persone".

industriale o commerciale e i bisogni, sempre di interesse generale, che tali caratteri non presentano¹⁰.

La scansione dell'interpretazione suggerita è la seguente:

- innanzitutto occorre riferirsi all'elencazione degli organismi di diritto pubblico di cui all'*Allegato I della direttiva (cd. di "prima generazione") n.71/305/CEE*, cui l'art. 1, lett. b) della direttiva n.92/50/CEE rinvia;
- da tale rassegna positiva - tendenzialmente completa ma non esaustiva e suscettibile di progressiva integrazione - si desume che *i bisogni non aventi carattere industriale o commerciale sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni e servizi sul mercato e che si tratta di bisogni che lo Stato: a) preferisce soddisfare direttamente, oppure b) intende mantenere costantemente sotto il proprio controllo (influenza determinante)¹¹*;
- ciò premesso, tuttavia, tale carattere *non esclude che si tratti di bisogni che siano parimenti soddisfatti o possano essere parimenti soddisfatti da imprese private¹²*;
- e, in via di ulteriore precisazione, la stessa esistenza di *una concorrenza articolata nel settore di mercato può costituire un indizio (non però risolutivo) a sostegno del carattere industriale o commerciale¹³*;
- ciò perché, del resto, *l'elemento che appare ulteriormente significativo (e discriminante) per escludere la sussistenza di un organismo di diritto pubblico non è bensì lo svolgimento di attività in regime concorrenziale, quanto - questo è il passaggio significativo - l'esercizio di un'attività economica (qual è quella consistente nell'allestimento di fiere ed esposizioni: cfr. punti 40 e 41 della motivazione) in un regime definibile in termini di "obiettiva economicità", ossia secondo criteri di rendimento, efficacia e redditività, con diretta sopportazione del rischio economico*

¹⁰ Nella motivazione (punto 32), la Corte richiama l'importanza della distinzione suddetta e rinvia al caso BFI Holding. In quell'occasione, in particolare al punto 34 della motivazione allora predisposta, i giudici comunitari avevano precisato che "l'unica interpretazione che possa garantire l'effetto utile dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 è quella di ritenere che tale disposizione abbia istituito, nell'ambito della categoria dei bisogni di interesse generale, una loro sotto-categoria comprendente quelle di carattere non industriale o commerciale". Per un commento alla sentenza della Corte si rinvia a B. MAMELI, *Le S.p.A. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di Giustizia risolve i dubbi interpretativi*, in *Giur. it.*, 1999, 394 ss., G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 184 ss., C. NIZZO, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/1999, 318 ss.

¹¹ Cfr. sempre il caso BFI Holding, punto 40 e punti 50 e 51 della motivazione

¹² In questi termini la Corte nel caso BFI Holding, punto 44 e punto 53. E con questo si può osservare con S. MEZZACAPO, *op. cit.* supra a nt. 2, che, "in linea di massima, la struttura imprenditoriale del soggetto è perfettamente compatibile con il perseguimento di bisogni di interesse generale non industriali o commerciali." Del resto, la stessa Corte aveva anche osservato in quell'occasione come sia "irrelevante il fatto che, oltre al compito di soddisfare bisogni di interesse generale, un ente sia libero di svolgere altre attività" e come sia parimenti irrilevante "il fatto che il soddisfacimento dei bisogni di interesse generale costituisca solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte da tale ente", dato che "l'ente medesimo continua a provvedere ai bisogni che è specificatamente tenuto a soddisfare". Quindi, "atteso che lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dalla importanza relativa, nell'attività dell'organismo medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, è a fortiori irrilevante che attività commerciali siano svolte da una persona giuridica distinta appartenente allo stesso gruppo o consorzio. Si deve aggiungere che, a contrario, la circostanza che tra tutte le imprese appartenenti ad un gruppo o ad un consorzio vi sia anche un organismo di diritto pubblico non è sufficiente per far sì che le imprese medesime siano considerate quali amministrazioni aggiudicatrici" (cfr., in tal senso, anche la sentenza sul caso Mannesmann, punto 39). Alle stesse conclusioni è giunta anche la giurisprudenza italiana: cfr., nell'apposita rassegna, Cons. Stato, n.2078/2000.

¹³ Così al punto 49 della motivazione nel caso BFI Holding.

della propria attività (i.e. in assenza di meccanismi compensativi di eventuali perdite finanziarie)¹⁴;

- è per questo che, date tali peculiarità, *l'operare dell'ente in questione in un ambiente concorrenziale* (vuoi a livello regionale, vuoi a livello nazionale o internazionale: sarà il giudice nazionale a verificare tale circostanza) assurge ad *elemento tendenzialmente idoneo a confermare* il carattere industriale e commerciale di quei bisogni (di interesse comunque generale) al cui soddisfacimento mira l'attività dell'ente medesimo.

L'importanza di quanto viene così affermato traspare in modo già di per sé rilevante, indipendentemente dalla soluzione cui il surriferito ragionamento ha condotto la Corte con riferimento alla questione concreta sottoposta alla sua attenzione. Per quanto concerne la controversa natura dell'Ente Fiera, la vicenda continuerà a restare "esemplare" della difficoltà di ricostruire coerentemente e persuasivamente un'obiettiva nozione di organismo di diritto pubblico.

Come un primo commentatore ha evidenziato¹⁵, infatti, il d.lgs. n.65/2000 (attuativo delle direttive n.52/97/CE e n.4/98/CE, le quali, a loro volta modificano le direttive n.50/92/CE e n.38/93/CE), "nell'introdurre il nuovo allegato 7 al Dlgs 157/1995, relativo all'elencazione degli organismi di diritto pubblico, include espressamente la categoria generale degli enti preposti a servizi di pubblico interesse (quale l'Ente Fiera di Milano), senza specificarne la necessità di una matrice pubblicistica. Da ciò potrebbe ricavarsi che la legislazione nazionale abbia voluto estendere la nozione di organismo di diritto pubblico agli enti fieristici, quanto meno per l'ambito specifico delle attività (non commerciali) diverse da quella di organizzazione di manifestazioni (comprendente la progettazione, la realizzazione e la promozione delle stesse), viepiù considerando che la nuova legge quadro sul settore fieristico" (la legge 11 gennaio 2001, n.7) "impone agli enti fieristici di tenere una contabilità separata per le diverse attività, 'al fine di assicurare trasparenza e priorità di condizioni tra tutti gli operatori' (articolo 11)." In sostanza, l'ordinamento interno opererebbe una precisazione del ragionamento dei giudici comunitari, distinguendo laddove essi non distinguono, ossia assoggettando alle regole dell'evidenza pubblica le attività degli enti fieristici che non abbiano carattere commerciale ma presentino invece una "valenza pubblicistica assoluta (come, ad esempio, la messa in disposizione dei quartieri fieristici in favore della collettività e degli organizzatori di manifestazioni, attività meramente strumentale a quella promozionale)."¹⁶

Tuttavia, a prescindere dal probabile reiterarsi della "storia infinita" dell'Ente Fiera di Milano¹⁷, occorre sottolineare come la Corte di Giustizia abbia ripreso e approfondito il tema

¹⁴ A ben vedere il rilievo non è nuovo: già nel caso BFI Holding (punto 43 della motivazione) i giudici di Bruxelles precisarono quanto segue: "Orbene, il fatto che esista una concorrenza non è sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da *considerazioni non economiche*. Così, ad esempio, un ente di tal genere potrebbe essere indotto a subire perdite economiche al fine di perseguire una determinata politica di acquisti dell'ente da cui dipenda strettamente". Dopo la sentenza sul caso Mannesmann, G. GRECO, *op. cit.* supra a nt. 7, 737, auspicava che la Corte affrontasse con chiarezza il tema dell'individuazione dei bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale: il caso BFI Holding e il caso Ente Fiera hanno posto ai giudici di Bruxelles proprio quest'imperativo, spingendoli a trovare nel riferimento al metodo economico un nuovo elemento discrezionale. L'importanza dell'*obiter dictum* succitato, così come espresso dalla sentenza BFI Holding, era stata segnalata sempre da G. GRECO, *op. cit.* supra a nt. 10, 187, il quale, tuttavia ne metteva in evidenza la contraddizione con altri argomenti utilizzati dalla Corte, la quale, a giudizio dell'autore, non esclude affatto che "un'impresa (pubblica) possa rientrare nella nozione di organismo di diritto pubblico".

¹⁵ Si allude a M. RICCIO, *op. cit.* supra a nt.3, 114.

¹⁶ Così sempre M. RICCIO, *op. cit.* supra a nt. 3, 114.

¹⁷ Un ulteriore profilo critico potrebbe emergere da alcune considerazioni avanzate (con ampiezza di argomentazioni) da M. DIDONNA, *op. cit.* supra a nt. 2: l'autore osserva la possibile contraddizione tra l'esclusione dell'Ente Fiera nel novero degli organismi di diritto pubblico e l'evoluzione della normativa interna sugli appalti di lavori. La legge n.109/1994 (modificata, da ultimo, dalla l. n.415/1998) include tra

della gestione “economica” per precisare (in negativo) i contorni della nozione di organismo di diritto pubblico¹⁸, in particolare nel rapporto che esiste tra questo elemento e l’ulteriore “indizio” dell’ambiente concorrenziale in cui si svolge l’attività concretamente esercitata.

Si è già anticipato che il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione¹⁹ avevano percorso la stessa strada oggi chiaramente percorsa dalla Corte di Giustizia²⁰, esprimendosi (così la S.C.) nel senso che “*la circostanza che l’organismo agisca in situazione di concorrenza sul mercato costituisce un significativo indizio della natura commerciale o industriale dell’attività*” e che non rileva, “*per converso, l’assenza del fine di lucro, coerente con la già ravvisata configurabilità dell’Ente Fiera di Milano come ente pubblico economico che svolge la sua attività conseguendone ricavi idonei, almeno tendenzialmente, a coprire i costi e le eventuali perdite (S.U. sentenze n.1602/89, n.12207/90)*”²¹.

le amministrazioni aggiudicatrici anche gli enti pubblici economici (cfr. art. 2, comma 2, lett. a): quindi, si rischierebbe di avallare l’“assurdo giuridico che gli enti fieristici, e, specificamente quelli ‘internazionali’, che nella giurisprudenza nazionale, pacificamente, sono considerati enti pubblici economici, sarebbero obbligati all’applicazione della normativa sugli appalti di lavori di cui alla l.n.109/1994 (...) e svincolati, però, dall’applicazione della normativa di evidenza pubblica negli appalti di servizi di importo uguale o superiore a 200.000 ECU di cui al D.Lgs. n.157/1995”. Analoga contraddizione si avrebbe con riferimento agli appalti di forniture (il d.lgs. n.358/1992 considera tra le amministrazioni aggiudicatrici “tutti gli altri enti pubblici”) e con riferimento alla disciplina in tema di settori esclusi (a norma della quale sono soggetti aggiudicatori anche le “imprese pubbliche”). Per l’esame dettagliato delle diversità delle definizioni di amministrazione aggiudicatrice nelle direttive comunitarie relative agli appalti pubblici cfr. P. SANTORO, *op. cit.* infra a nt. 18: le contraddizioni e le diversità (pur all’interno della nota tendenza “funzionale” e “sostanziale”) sarebbero imputabili all’andamento sperimentale e perfettibile degli interventi comunitari, sempre protesi ad inseguire le possibili “elusioni” che empiricamente si potrebbero verificare nella prassi concreta.

¹⁸ Sull’organismo di diritto pubblico si richiamano, oltre agli autori citati alle note precedenti, S. TOSCHEI, *Giustificata l’applicazione di norme più restrittive con la qualifica di “organismo di diritto pubblico”*, in *Guida al dir.*, n.25/2001, 78 ss. (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2001, n.3090); R. LUCE, *Gli organismi di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, n.3/2001, 287 ss. (commento alla decisione del 3 agosto 2000 dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici: per una rassegna delle decisioni dell’Autorità cfr. al sito Internet www.autoritalavoripubblici.it); M.P. CHITI, *L’organismo*, *op. cit.* supra a nt. 1, E. CHITI, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. dir. amm.*, n.4/2001, 414 ss. (con dettagliata analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia), S. LO RUSSO, *Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico*, in *Riv. trim appalti*, 2000, 685 ss., G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss., D. MARRAMA, *Contributo sull’interpretazione della nozione di “organismo di diritto pubblico”*, in *Dir. amm.*, 2000, 585 ss., V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L’organismo di diritto pubblico*, *ibid.*, 13 ss., P. SANTORO, *Glossario italo-comunitario dei soggetti aggiudicatori degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1289 ss., C. GUCCIONE, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, n.3/1998, 215 ss. (commento a Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n.1478), R. GAROFOLI, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urbanistica appalti*, 1997, 960 ss., L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalto di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 347 ss. Per un panorama dei principali orientamenti della Corte di giustizia cfr. la Rassegna predisposta infra, così come per un’analisi della giurisprudenza italiana e delle proposte di direttiva in materia di appalti.

¹⁹ Si vedano le massime delle due pronunce nella rassegna sulla giurisprudenza nazionale.

²⁰ Ma vedi anche quanto esposto supra a nt. 14.

²¹ E’ interessante notare come la Corte di Cassazione riprenda i termini del noto dibattito sulla qualificazione imprenditoriale degli enti pubblici economici per chiarire i principi espressi a livello comunitario. Sulla questione della sufficienza del “metodo economico” quale requisito idoneo a contraddistinguere l’attività d’impresa cfr. la sintesi di G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell’impresa*, Torino, 1997, 36 ss. (anche per i necessari riferimenti bibliografici). Per la verità la sentenza è stata criticata sul punto da autorevole dottrina: S. CASSESE, *op. cit.* supra a nt. 2, 552 ss. ha sostenuto la correttezza del risultato concreto consistente nella negazione in capo all’Ente Fiera della qualità di organismo di diritto pubblico, contestandone però i presupposti argomentativi. L’Ente non

Di fronte a tale affermazione, ulteriormente perfezionata dalla Corte di giustizia con la sentenza che qui si annota, si ha l'impressione che il cosiddetto indizio dato dalla formale situazione concorrenziale sul mercato assuma valore reale e sostanziale solo laddove l'attività esercitata non subisca influenze gestionali e finanziarie tali da comprometterne la fisiologica tendenza (propria del soggetto imprenditore) a coprire i costi di esercizio con i ricavi. In assenza dell'economicità quale criterio minimo dell'azione imprenditoriale verrebbe meno la sostanza del fenomeno concorrenziale, ossia la parità del confronto sul mercato tra soggetti parimenti esposti alle alterne vicende del rischio economico²².

Ciò conferma le conclusioni di quella dottrina che, in sede di analisi della sentenza sul caso BFI Holding, ebbe modo di osservare che tutte "le volte in cui l'attività di un ente comporta una, sia pure eventuale, possibilità di lucro, o quando la relativa gestione è comunque basata su criteri di economicità e di autonomia finanziaria si è al di fuori della categoria dell'organismo di diritto pubblico"²³. Il consueto stimolo del legislatore comunitario consiste sempre nell'invito a considerare la sostanza dei fenomeni, così come la celebre sentenza sul caso Beentjes aveva espresso chiaramente.

Quindi, di fronte alle possibili sovrapposizioni concettuali e terminologiche²⁴ tra "ente pubblico economico", "impresa pubblica", "organismo di diritto pubblico" e "amministrazione aggiudicatrice", così come di fronte ai pericoli di contraddizioni insanabili tra qualificazioni nazionali e qualificazioni comunitarie (il tutto a discapito della certezza del diritto), occorre rispondere con la sicurezza della rilevanza funzionale delle categorie del diritto amministrativo europeo: la "ratio della definizione di organismo di diritto pubblico contenuta nelle direttive appalti pubblici è da individuare nella volontà del legislatore comunitario di escludere dall'ambito soggettivo di applicazione quelle imprese che si definiscono pubbliche soltanto per la veste giuridica assunta, ma che sostanzialmente non differiscono dalle imprese private"²⁵.

Anche i giudici comunitari considerano così che il minimo elemento che caratterizza l'attività di un'impresa privata consiste nel metodo economico, e che è il rispetto dei criteri di redditività da tale criterio richiesti a garantire che soggetti formalmente posti su un piano di parità concorrenziale siano sostanzialmente soggetti alla sopportazione del medesimo "rischio"²⁶.

sarebbe un vero e proprio ente pubblico, bensì un ente privato (cfr. l'analitica dimostrazione dell'autore, pp.553-554). Nel senso, tuttavia, della natura pubblicistica degli enti fieristici si esprime costantemente la giurisprudenza di Cassazione.

²² D'altra parte, nel caso BFI Holding, occasione in cui la Corte di giustizia aveva anticipato il riferimento al criterio del metodo economico (cfr. il punto 43 della motivazione), i giudici comunitari avevano derivato la considerazione del suddetto criterio dall'analisi della ratio della disciplina in materia di appalti: "41. Si deve inoltre ricordare che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro. 42. Conseguentemente, l'obiettivo della direttiva 92/50 è di escludere che, nell'attribuzione degli appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici venga data la preferenza alle imprese offerenti o ai candidati nazionali (v., in tal senso, la sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., citata supra, punto 33). 43. Orbene, il fatto che esista una concorrenza non è sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche. Così, ad esempio, un ente di tal genere potrebbe essere indotto a subire perdite economiche al fine di perseguire una determinata politica di acquisti dell'ente da cui dipenda strettamente".

²³ In questi termini si esprimeva B. MAMELI, *op. cit.* supra a nt. 10, p. 5 del dattiloscritto reperibile al Sito Internet www.giust.it.

²⁴ Cfr., da ultimo, lo scritto di G. GRECO, *Ente pubblico*, *op. cit.* supra a nt. 18.

²⁵ Così sempre B. MAMELI, *op. cit.* supra a nt. 23, 6.

²⁶ L'interpretazione che G. GRECO, *opp. cit.* supra a ntt. 10 e 24, aveva dato dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sembra così in parte complicata dalla sentenza che qui si annota, la quale sviluppa l'embrione interpretativo di cui alla sentenza sul caso BFI Holding, traendone tutte le

In definitiva, giova constatare che sarebbe possibile trarre conclusioni analoghe a quelle prospettate da un illustre osservatore e ritenere così che “il nostro” (i.e. di diritto nazionale) “ente pubblico corrisponde ad un organismo di diritto pubblico che non sia peraltro inquadrabile anche nella specifica nozione di impresa pubblica”²⁷.

Tuttavia tale lettura non si rivelerebbe così decisiva sul piano concreto, dal momento che la nozione di organismo di diritto pubblico è funzionale a dare un effetto “utile” all’operatività di altra nozione comunitaria, ossia quella di “amministrazione aggiudicatrice”, concetto elastico, aperto, clausola per così dire generale e suscettibile di progressive integrazioni per la via dell’interpretazione giurisprudenziale²⁸.

3. “Organismo di diritto pubblico” e problemi dell’amministrazione tra diritto comunitario e diritto interno (cenni bibliografici). Sulla dibattuta questione della riconducibilità all’organismo di diritto pubblico delle ccdd. società miste, si leggano: E. CANNADA BARTOLI, *Servizi locali mediante società per azioni*, in *Giur. it.*, 1995, 494 ss.; G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 1062 ss.; L. RIGHI, *opp. citt.* supra a nt. 5 e 10; A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni “di diritto speciale”: problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 159 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss.; R. GAROFOLI, *Organismi*, *op. cit.* supra a nt. 18; F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 255 ss.; M.T. SEMPREVIVA, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, 702 ss.; M.P. CHITI, *op. cit.* supra a nt. 1, 60 ss. (per un’efficace sintesi delle diverse opinioni; analogamente in R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 1999, 86 ss.). Per gli orientamenti giurisprudenziali cfr. l’apposita Rassegna (con particolare attenzione alle seguenti pronunce: Cass., Sez. Un. Civ., nn.4989 e 4992 del 1995; Cass. civ., n.2738/1997; Cons. Stato, Sez. VI, n.1478/1998; Cass., Sez. Un. civ., n.24/1999; Cons. Stato, Sez. V, n.2078/2000). Per la posizione della Corte di giustizia cfr. la Rassegna ad essa dedicata (con particolare attenzione per i casi Mannesmann e BFI Holding). Si confronti anche la determinazione (n.33 del 13/07/2000) dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, “*Organismo di diritto pubblico e società miste*”.

Sul tema del “concessionario” di pubblico servizio e degli obblighi di trasparenza ad esso imposti, cfr., da ultimo, S. TOSCHEI, *op. cit.* supra a nt. 18 (in nota a Cons. Stato, Sez. VI, n.3090/2001).

Per l’analisi del tema nella “prospettiva del servizio pubblico”, cfr. M.P. CHITI, *op. cit.* supra a nt. 1, 48 ss., e la giurisprudenza ivi citata (caso RI.SAN., caso Unitron, caso Teleaustria).

Sui rapporti tra la nozione di “amministrazione aggiudicatrice” di cui alla disciplina dell’evidenza pubblica “comunitaria” e i concetti, nazionale e comunitario, di pubblica amministrazione, si vedano: S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n.10/1996, 915 ss.; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 845 ss.; J.A.M. MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica*

conseguenze del caso. Il fatto è che non è possibile sperare che la nozione di organismo di diritto pubblico sia di ausilio per una precisazione sulla nozione di ente pubblico (nozione magari uniforme a livello comunitario) o di impresa pubblica o di amministrazione aggiudicatrice.

²⁷ Così G. GRECO, *op. cit.* supra a nt. 24, 849.

²⁸ Ciò comporta chiaramente un prezzo da pagare, almeno in termini di certezza delle soluzioni giuridiche imposte a livello comunitario. L’andamento casistico della giurisprudenza e della Corte di giustizia è stato più volte rilevato e criticato dagli interpreti: cfr. M.P. CHITI, *op. cit.* supra a nt. 1, 54 ss.

amministrazione, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 561 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 183 ss., in part. 193 ss. e 202 ss.; P. SANTORO, *op. cit.* supra a nt. 18; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.* supra a nt. 18; S. COGLIANI, *La nozione di pubblica amministrazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, n.10/2000, 975 ss. (commento a Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 dicembre 1999, n.698); M.P. CHITI, *op. cit.* supra a nt. 1; E. CHITI, *op. cit.* supra a nt. 18.

Sul tema discusso del rapporto tra disciplina dell'organismo di diritto pubblico e obblighi correlati al diritto di accesso, sia consentito rinviare all'efficace conclusione di M.P. CHITI, *op. cit.* supra a nt. 1, 60: l'accesso sarà possibile "per gli atti e documenti relativi alle attività esercitate da tale soggetto quale organismo di diritto pubblico, ma non per gli atti relativi ad altri settori in cui il medesimo soggetto opera secondo la connotazione attribuitagli secondo il diritto nazionale." Si richiamano, inoltre, ad illustrazione dell'orientamento della giurisprudenza italiana, le seguenti sentenze: Cons. Stato, Sez. IV, n.82/1997, in *Giur. it.*, 1997, III, 385 ss., n. Cannada Bartoli; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n.440/1998, in *Rassegna*; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n.1119/1998, in *Urbanistica appalti*, 1998, 976 ss.; Cons. Stato, Ad. Plen., n.4/1999, in *Cons. Stato*, 1999, I, 557 ss.

4. Questioni della giurisdizione e giustiziabilità degli appalti (cenni bibliografici). Sul problema della tutela giurisdizionale, cfr. M.P. CHITI, *op. cit.* supra a nt. 1, 65 ss. Si vedano, inoltre, A. VALLA, *La giurisdizione del giudice amministrativo in caso di appalti del Grande Giubileo del 2000*, in *Urbanistica appalti*, 2001, 408 ss., F. CARINGELLA, *La giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di appalti pubblici dopo la legge 205/2000*, in *Urbanistica appalti*, 2001, 68 ss. (nota a Cons. Stato, Sez. IV, n.6325/2000), B. DELFINO, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*, in *I TAR*, 2000, II, 1083 ss., C. LEONE, *Gli articoli 33 e 35 del D.lgs. n.80/98 e il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 421 ss.; V. CERULLI IRELLI, "Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Giorn. dir. amm.*, n.11/1999, 1057 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*, in *Giur. it.*, III, 262 ss.; E.M. BARBIERI, *S.p.a. a prevalente capitale pubblico, appalto di lavori e diritto comunitario: una questione di giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 1267 ss.

Per un commento dell'art. 6 della l.n.205/2000, a norma del quale "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o 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" (comma 1), si rinvia ai corrispondenti capitoli delle seguenti opere: F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001; AA. VV., *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n.205*, Milano, 2000; AA. VV., *La giustizia amministrativa*, Milano, 2000; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n.205*, Torino, 2000.

Per un panorama dell'evoluzione giurisprudenziale, cfr. la specifica *Rassegna*.