

**GESTIONE DI MERCATI E CENTRI AGROALIMENTARI
COMUNALI ALL'INGROSSO E OBBLIGO DI EVIDENZA
PUBBLICA NELLA SCELTA DEI CONTRAENTI**

Nota del dott. Giulio Guidarelli*



**TAR Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 26 novembre 2009, n. 808 – R. De
Piero Estensore – Consorzio Servizi Speciali Italia Scarl**

1. La qualifica di “organismo di diritto pubblico” è legata a tre (concomitanti) condizioni; il possesso di personalità giuridica, il finanziamento maggioritario da parte dello Stato od altri enti pubblici (ovvero soggezione al controllo di gestione di detti enti), e l'essere stato istituito per il soddisfacimento di “bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale”. Per “bisogni di interesse generale”, a fini individuativi dell'organismo in parola, devono intendersi quelli riferibili ad una collettività di soggetti, di ampiezza e contenuto tali da giustificare la creazione di un apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione. E che non abbiano, per altro, carattere commerciale e industriale nel senso che non devono essere suscettivi - detti bisogni - di soddisfacimento mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi connotata da imprenditorialità o scopo di lucro.

2. Nel caso di Udine Mercati S.p.A., manca (oltre al finanziamento maggioritario da parte di un soggetto pubblico) proprio quest'ultimo requisito: infatti la Società ha come suo oggetto principale la “gestione di mercati all'ingrosso e di altri impianti e/o strutture commerciali e di servizio; la progettazione e realizzazione di opere di costruzione, la ristrutturazione e l'ammodernamento di mercati all'ingrosso esistenti e di altre strutture per la produzione e commercializzazione di prodotti agro-alimentari nonché iniziative promozionali per la valorizzazione del mercato e dei prodotti in esso commercializzati”, anche attraverso operazioni immobiliari, mobiliari e finanziarie necessarie o utili per il raggiungimento dello scopo sociale.

In altre parole, si tratta di un operatore economico che svolge attività commerciale volta al profitto, e che trae le proprie fonti di guadagno “non da contributi pubblici”, bensì da corrispettivi derivanti principalmente dalla locazione di immobili.

In definitiva, Udine Mercati S.p.A., che non è, per sua natura, “amministrazione aggiudicatrice” in senso stretto, non può qualificarsi neppure “organismo di diritto pubblico”, mancando sia il requisito del finanziamento pubblico maggioritario, sia quello del soddisfacimento di “bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale”. Essa non è quindi soggetta alle regole del D.Lg. 163/06 e, di conseguenza, neppure alla giurisdizione amministrativa.

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di discipline giuridiche dell'economia e dell'azienda – Università degli Studi di Bologna. Il presente contributo è un estratto del testo pubblicato a firma del medesimo autore sulla *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n. 2/2010, pagg. 569-606.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. L'oggetto della controversia - 3. Natura giuridica del gestore di centri agroalimentari comunali all'ingrosso e obbligo di evidenza pubblica nella scelta dei contraenti. - 3.1. (segue) L'assoggettamento al regime dell'evidenza pubblica dell'attività negoziale svolta da società miste costituite per la realizzazione di lavori o opere (ovvero per la fornitura di beni e servizi) non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza - 3.2. L'obbligo di evidenza pubblica come strumento per garantire la concorrenza per il mercato - 4. Natura privata del soggetto aggiudicatore e problemi nella delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici - 5. Profili giurisdizionali.

1. Introduzione. La pronuncia in rassegna offre interessanti spunti per approfondire un particolare aspetto della più ampia tematica relativa all'organizzazione e al funzionamento dei mercati e centri agroalimentari comunali all'ingrosso¹, ossia quello inerente al regime

¹ Sulla disciplina giuridica del commercio all'ingrosso e sui mercati comunali, si vedano in dottrina AMORTH, A., *Mercati comunali, generali e ortofrutticoli*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 113 ss.; CAIA, G., *Mercati pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 5 ss.; CAIA, G., AICARDI, N., *Mercati all'ingrosso*, in *Digesto disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 350 ss.; COCOZZA, F., BALDI, S. *Il regime giuridico dei mercati all'ingrosso*, Roma, 1981; BELLI, G., *Mercato, fiera ed esposizione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, X, Milano, 1964, p. 567 ss.; LADU, G., *Mercato, fiera ed esposizione*, in *Novissimo Digesto Italiano – Appendice*, IV, Torino, 1983, 1271; BONGIOANNINI, M., *La nuova disciplina del commercio all'ingrosso dei prodotti ortofrutticoli, delle carni e dei prodotti ittici*, in *Dir. econom.*, 1959, p. 1019 ss.; GIANNINI, M.S., *Sui mercati comunali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 3 ss.; SANDULLI, A.M., *Osservazioni in materia di pubblici mercati*, in *Giust. Civ.*, 1958, II, p. 137 ss.; CASSETTA, E., *Problemi giuridici dei mercati all'ingrosso nell'ambito della disciplina del commercio*, in *Atti del XVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna – Villa Monastero, 17-20 settembre 1970, Milano, 1972, p. 191; ROMANO, A., *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, *ibi*, p. 209; CHIEPPA, R., *Organi e competenze in materia di mercati all'ingrosso*, *ibi*, p. 229; TRIPODI, E.M., *Profili giuridici della vendita all'ingrosso*, in INDIS, ISTITUTO NAZIONALE DISTRIBUZIONE E SERVIZI – ISTITUTO GUGLIELMO TAGLIACARNE (a cura di), *I mercati agroalimentari all'ingrosso: il quadro attuale e le prospettive future*, Rimini, 2004; DUGATO, M., *Incongruenze nell'attuale disciplina dei mercati all'ingrosso e ipotesi di riforma*, in *Disciplina del commercio*, 1996, I, p. 1 ss.; GIRARDI, U., *Mercati all'ingrosso: i compiti strategici*

giuridico cui sono sottoposte le procedure di appalto indette dai relativi enti gestori, al fine di acquisire i beni e i servizi (ovvero per affidare l'esecuzione delle opere) che sono necessari alla conduzione degli stessi. Tale questione si pone in termini affatto peculiari nella particolare ipotesi in cui detti enti gestori assumano la veste soggettiva di diritto privato (sulla base di un modello organizzativo oramai ampiamente invalso nella prassi²) ed esercitino la loro attività secondo canoni di imprenditorialità volti al conseguimento dell'utile e del profitto.

La sentenza in commento si interroga appunto sulla possibilità di attrarre alla disciplina europea e nazionale di recepimento in materia di contratti pubblici ed al conseguente regime dell'evidenza pubblica l'attività negoziale svolta da un soggetto dotato di personalità giuridica privata (ed al cui capitale sociale partecipa la stessa

dell'intervento pubblico, in *Disciplina del commercio*, 1996, I, p. 13 ss. La principale fonte statale di disciplina in materia di mercati all'ingrosso è ancora oggi costituita dalla l. 25 marzo 1959, n. 125 (*Norme sul commercio all'ingrosso dei prodotti ortofrutticoli, delle carni e dei prodotti ittici*), dai due d.m. del 10 giugno 1959 con i quali sono stati approvati i regolamenti tipo per i mercati all'ingrosso nei diversi settori merceologici interessati dalla disciplina normativa (rispettivamente il commercio all'ingrosso dei prodotti ittici e delle carni), nonché dal d.m. 10 aprile 1970 con il quale è stato approvato il regolamento-tipo per i mercati all'ingrosso dei prodotti ortofrutticoli. A tali regolamenti tipo debbono uniformarsi i regolamenti adottati dai singoli mercati all'ingrosso. Le singole regioni sono successivamente intervenute con proprie discipline che hanno definito le regole di funzionamento dei mercati all'ingrosso, precisando anche i possibili moduli organizzativi cui gli enti istitutori possono ricorrere per l'attività di gestione.

² Un significativo impulso alla trasformazione delle forme organizzative e gestionali della distribuzione all'ingrosso, con il conseguente passaggio da una gestione diretta comunale (le antiche aziende per i servizi annonari municipali) ad una gestione tramite società mista a capitale pubblico-privato, è stato peraltro innescato nella seconda metà degli anni '80 dalla l. 28 febbraio 1986, n. 41 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria per il 1986*), la quale ha previsto un sistema di agevolazioni finanziarie a favore, fra l'altro, delle società consortili con partecipazione maggioritaria di capitale pubblico costituite per la realizzazione di mercati agro-alimentari all'ingrosso di interesse nazionale, regionale e provinciale.

amministrazione comunale titolare del servizio) che sia incaricato della gestione del mercato agroalimentare comunale. In tale ambito, i nodi che la sentenza è chiamata a sciogliere si addensano attorno alle seguenti problematiche di fondo:

a) appurare se l'ente gestore del mercato o centro agroalimentare all'ingrosso, nonostante la dimensione tipicamente imprenditoriale della relativa organizzazione, assuma o meno la qualificazione di amministrazione aggiudicatrice³ e, in particolare, di organismo di diritto pubblico, nozione questa che individua i soggetti tenuti a conformare la propria attività negoziale alla disciplina pubblicistica a tutela della concorrenza;

b) verificare se detto ente sia o meno assoggettato all'obbligo di esperire specifiche procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti strumentali allo svolgimento della propria attività.

Intimamente connessa alle tematiche sopra descritte è l'ulteriore questione trattata dalla sentenza in esame, concernente l'individuazione del giudice provvisto di giurisdizione in ordine alle controversie inerenti l'aggiudicazione di un appalto, nella particolare ipotesi in cui si ritenga che il soggetto aggiudicatore non sia soggetto all'osservanza di specifici obblighi di evidenza pubblica, in quanto

³ Dal punto di vista soggettivo la disciplina comunitaria (così come quella nazionale di recepimento) in materia di appalti pubblici trova applicazione, nei settori ordinari, con riferimento alle "amministrazioni aggiudicatrici" che l'art. 3, comma 25, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) definisce come "*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*". Nei settori c.d. speciali, invece, l'ambito soggettivo di applicazione del regime dell'evidenza pubblica è più ampio, includendo anche le imprese pubbliche e i soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente.

non qualificabile sul piano soggettivo come organismo di diritto pubblico o, comunque, come amministrazione aggiudicatrice⁴.

2. L'oggetto della controversia. La vicenda sulla quale interviene la sentenza in commento è così sintetizzabile. Una società di capitali a partecipazione mista pubblico-privata, incaricata della gestione del mercato agroalimentare all'ingrosso comunale, ha indetto una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di portierato del predetto mercato agroalimentare. Alla procedura di gara sono stati invitati a presentare offerta, fra le altre, la ricorrente ed altra impresa, la quale ultima – all'esito della comparazione – è poi risultata aggiudicataria dell'appalto.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara e gli atti presupposti e consequenziali ha proposto ricorso giurisdizionale al TAR l'impresa non vincitrice, la quale ha censurato l'operato della Commissione di gara sotto molteplici e diversi profili. Nel costituirsi in giudizio la società gerente il mercato agroalimentare ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso avversario per carenza di giurisdizione del tribunale adito e chiedendo, nel merito, la reiezione del gravame in quanto infondato.

Il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla impresa non aggiudicataria per carenza di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del Giudice ordinario.

⁴ L'art. 244, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevede testualmente che *“sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”*. La norma riproduce sostanzialmente il contenuto dell'abrogato art. 6, della l. 21 luglio 2000, n. 205.

A fondamento della declinatoria di giurisdizione il Tribunale ha ritenuto che il soggetto gestore del mercato agroalimentare all'ingrosso non fosse per sua natura qualificabile né in senso tradizionale come "amministrazione aggiudicatrice", né come "organismo di diritto pubblico", e quindi non fosse soggetto alle regole dell'evidenza pubblica di cui al Codice dei contratti (d.lgs. n. 163/2006) in sede di affidamento di contratti ad imprese terze e, di conseguenza, neppure alla giurisdizione amministrativa.

3. Natura giuridica del gestore di centri agroalimentari comunali all'ingrosso e obbligo di evidenza pubblica nella scelta dei contraenti. Un primo aspetto meritevole di approfondimento nella pronuncia in commento è rappresentato dall'*iter* argomentativo seguito dal TAR per dimostrare l'esenzione della società affidataria della gestione del mercato agroalimentare comunale dal sistema di regole pubblicistiche dettate dal Codice dei contratti per l'aggiudicazione degli appalti e, conseguentemente, per escludere la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla controversia volta ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione stessa a favore di altra impresa concorrente.

La sentenza, dopo aver brevemente delineato nei suoi tratti essenziali l'oggetto principale dell'attività svolta dalla stazione appaltante (consistente essenzialmente nella "*gestione di mercati all'ingrosso e di altri impianti e/o strutture commerciali e di servizio; la progettazione e realizzazione di opere di costruzione, la ristrutturazione e l'ammodernamento di mercati all'ingrosso esistenti e di altre strutture per la produzione e commercializzazione di prodotti agro-alimentari, nonché iniziative promozionali per la valorizzazione del mercato e dei prodotti in esso commercializzati, anche attraverso operazioni immobiliari, mobiliari e finanziarie necessarie o utili per il raggiungimento dello scopo sociale*") ha ritenuto che l'ente gestore non fosse per sua natura assoggettabile al

regime dell'evidenza pubblica, trattandosi di un operatore economico che *“svolge attività commerciale volta al profitto, e che trae le proprie fonti di guadagno non da contributi pubblici, bensì da corrispettivi derivanti principalmente dalla locazione di immobili”*.

I giudici hanno così escluso che l'ente gestore potesse qualificarsi come amministrazione aggiudicatrice e, segnatamente, come organismo di diritto pubblico, difettando a loro avviso tanto il *“requisito del finanziamento pubblico maggioritario”*, quanto quello del soddisfacimento di *“bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale”*. Nell'escludere detta qualificazione soggettiva, la sentenza ha operato un sintetico richiamo ai tratti qualificanti la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, così come oggi recepita dall'ordinamento interno (cfr. art. 3, comma 26, del Codice dei contratti pubblici).

Nel sistema comunitario degli appalti pubblici l'organismo di diritto pubblico si connota per la presenza di tre elementi costitutivi⁵.

⁵ Sull'organismo di diritto pubblico la letteratura è vastissima. Senza pretesa di completezza si vedano, tra i contributi più risalenti RIGHI, L.R., *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica ed appalti di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 347; SORACE, D., *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 357 ss.; MERUSI, F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, p. 39 ss.; GRECO, G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 839 ss.; CHITI, M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; V., CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 13; MARRAMA, D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 585 ss.; CASALINI, D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione «in house»*, Napoli, 2003; MAMELI, B., *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003. Più di recente si vedano M.G., ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. e processo amm.*, 2007, p. 387 ss.; MARI, G., *Natura giuridica della RAI: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?* (nota a

Per organismo di diritto pubblico deve intendersi qualsiasi organismo, costituito anche in forma societaria: a) che sia istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) che sia dotato di personalità giuridica; c) che sia sottoposto all'influenza pubblica dominante dello Stato, di un ente pubblico territoriale o di altri organismi di diritto pubblico⁶.

Influenza pubblica dominante e soddisfacimento di esigenze generali aventi carattere non industriale o commerciale costituiscono assieme alla personalità giuridica i tre requisiti definitivi che delineano la nozione di organismo di diritto pubblico e che debbono essere singolarmente verificati per poter qualificare un ente come ente come

Cass., sez. un., 23 aprile 2008, n. 10443), in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2335 ss; RINALDI, B., *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica* (nota a T.A.R. Lombardia, Sez. III, Milano, 15 febbraio 2007 n. 266), in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 1892 ss.

⁶ Cfr. art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163 del 2006. Si tratta di condizioni che debbono cumulativamente concorrere, onde poter qualificare un determinato soggetto aggiudicatore come organismo di diritto pubblico (così Corte giustizia CE, Sez. II, 13 gennaio 2005, n. 84, *Comm. Ce c. Regno Spagna*, in *Giur. it.*, 2005, p. 607; Corte giustizia CE, 10 novembre 1998, n. 360, *Gemeente Arnhem e altro c. B.F.I. Holding B.V.*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 316 ss., con nota di NIZZO, C., *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE*; Corte giustizia CE, 15 gennaio 1998, n. 44, *Soc. Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Soc. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, p. 725, con nota di GRECO, G., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, nonché in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 437 ss., con nota di GUCCIONE, C., *Gli organismi di diritto pubblico nella normativa comunitaria sugli appalti*; in *Foro it.*, 1998, IV, c.133 ss., con nota di GAROFOLI, R., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*.

Per la giurisprudenza nazionale si veda da ultimo Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2010 n. 8225, in <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>; Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2005, n. 9990, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, p. 1828; Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4326, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2461; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 22 aprile 2009, n. 32, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 958; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 agosto 2009, n. 4576.

tale, senza che vi sia possibilità di operare alcuna sovrapposizione o commistione tra di essi⁷.

L'interpretazione del requisito della personalità giuridica non solleva particolari questioni nella sentenza qui in commento, essendo pacificamente soddisfatto dalla veste di società di capitali dell'ente affidatario ed in specie di società per azioni.

Maggiori incertezze pone invece l'accertamento degli altri due requisiti, ossia l'influenza pubblica dominante da parte di un'altra amministrazione aggiudicatrice tradizionale (Stato, ente pubblico territoriale) o di un altro organismo di diritto pubblico e il requisito della necessaria funzionalizzazione dell'ente al soddisfacimento di finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, elementi attorno ai quali di norma si addensano le più rilevanti tensioni interpretative.

Il requisito dell'influenza pubblica dominante impone di accertare l'esistenza di una situazione di stretta dipendenza tra l'organismo di

⁷ La giurisprudenza ha poi precisato che la sussistenza dei singoli elementi che compongono la nozione di organismo di diritto non possa essere verificata in astratto, ma debba accertarsi in concreto, avendo riguardo all'effettiva attività svolta dall'organismo di diritto pubblico, alle circostanze concrete in cui il soggetto opera e alle ragioni che hanno presieduto alla sua creazione (così Corte giustizia CE, Sez. V, 22 maggio 2003, n. 18, *Arkkithtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy e altro C. Varkauden Taitotalo Oy*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2497, con nota di PERFETTI, L. R., *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, nonché in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1027 ss., con nota di GUCCIONE C., *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*; in *Urb. app.*, 2003, p. 1139, ss. con nota di COLOMBARI, S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*; Corte giustizia CE, Sez. V, 27 febbraio 2003, n. 373, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1687, con nota di CARANTA, R., *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, punto 66 della motivazione. Si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Riv. Corte conti*, 2002, 5, p. 224.

diritto pubblico e l'organizzazione pubblica di provenienza, il quale, a sua volta, può esprimersi in tre ipotesi alternative:

- a) il finanziamento maggioritario da parte dello Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico;
- b) la gestione soggetta al controllo da parte di questi ultimi, oppure
- c) la nomina da parte dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico della maggioranza dei componenti gli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza.

Il vincolo pubblicistico si manifesta dunque in varie forme, potendo di volta in volta coincidere con la dipendenza finanziaria, con il controllo, con l'incidenza nell'attività di amministrazione, direzione o vigilanza.

Nel caso in esame, secondo i giudici, il requisito della influenza pubblica dominante risulterebbe assente, in quanto il rapporto tra entrate di provenienza pubblica ed entrate private sarebbe nettamente sbilanciato a favore di queste ultime.

La sentenza focalizza quindi la propria attenzione sul primo dei ricordati indici di influenza dominante – ossia quello che fa riferimento all'esistenza di un finanziamento pubblico maggioritario dell'attività svolta dalla società – giungendo alla conclusione che, nella particolare fattispecie analizzata, le entrate della società sono costituite principalmente, se non addirittura in via esclusiva, dai corrispettivi della assegnazione in godimento degli spazi presenti all'interno del mercato ai diversi operatori e non già da apporti di capitale pubblico.

Nell'interpretazione comunemente fornita dalla giurisprudenza, affinché possa configurarsi una situazione di influenza pubblica dominante, sotto forma di finanziamento pubblico maggioritario è necessario che la remunerazione dei fattori produttivi impiegati sia assicurata non già dai corrispettivi dell'attività svolta dall'organismo,

bensì da contributi finanziari versati direttamente da un'amministrazione pubblica, i quali debbono prescindere dai risultati conseguiti con la gestione⁸.

In tale ottica, non sussiste l'influenza pubblica dominante e quindi l'ente non è qualificabile come organismo di diritto pubblico ogni qual volta l'attività economica venga svolta utilizzando risorse proprie e, comunque, senza che vi sia la garanzia di un costante ripianamento, da parte dell'ente affidante, delle eventuali perdite economiche della gestione⁹.

L'assenza di meccanismi atti a compensare le eventuali perdite economiche diviene pertanto il principale indice in grado di rivelare l'assunzione del rischio della gestione e, conseguentemente, l'economicità dell'attività produttiva svolta dal soggetto affidatario¹⁰.

⁸ Con riferimento al requisito del finanziamento pubblico maggioritario la giurisprudenza ha precisato come assumano rilievo tutte le contribuzioni e le attribuzioni patrimoniali erogate da pubblici poteri diverse dalla percezione dei corrispettivi per le prestazioni rese. In argomento si veda Corte giustizia CE, Sez. V, 3 ottobre 2000, n. 380, *The University of Cambridge c. H.M. Treasury*, in *Urb. app.*, 2001, p. 45.

⁹ Dubbi possono profilarsi in relazione alla esatta qualificazione da assegnare agli aumenti di capitale. In particolare essi possono di volta in volta atteggiarsi come strumento per incrementare la capacità produttiva dell'ente e in tal caso sono da considerare alla stregua della dotazione di capitale iniziale, oppure possono costituire un modo per ripianare le perdite economiche della gestione e allora in tale diversa ipotesi costituiscono un indice sintomatico della mancata assunzione del rischio economico in da parte del soggetto gestore. In argomento, CASALINI, D., *Concessionario, organismo di diritto pubblico o gestore in house: chi sopporta il rischio economico della gestione delle autostrade?* (nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 marzo 2009, n. 2369), in *Urb. app.*, 2009, p. 882, nota 26.

¹⁰ Si veda al riguardo la stessa dottrina civilistica e, in particolare, GALGANO, F., *L'imprenditore*, 1996, Bologna, p. 19, ove si pone in luce la centralità assunta nell'ambito della nozione giuridica di impresa (nozione che, ad avviso dell'A., presenta la caratteristica di essere riferibile tanto all'imprenditore privato quanto all'imprenditore pubblico) dell'elemento della economicità della attività produttiva, al quale si riportano gli ulteriori elementi della professionalità, dell'organizzazione, del fine della produzione o dello scambio di cui all'art. 2082 cod. civ. In tale ottica,

Tornando alla fattispecie in esame, è significativo evidenziare come alla provenienza privata delle risorse finanziarie impiegate per la conduzione del mercato agroalimentare all'ingrosso la sentenza in commento assegni rilievo decisivo, non solo al fine di escludere, come si è detto, il requisito dell'influenza pubblica dominante, ma anche per dimostrare l'insussistenza dell'altro elemento che compone la nozione di organismo di diritto pubblico, ossia quello della finalizzazione dell'agire dell'ente al soddisfacimento di bisogni generale non aventi carattere industriale o commerciale.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale che si è venuta via via consolidando, l'accertamento in concreto di tale ultimo requisito, richiede una duplice verifica, concernente, da un lato, l'elemento positivo costituito dal carattere generale del fine perseguito (individuabile nella mera idoneità di un'attività a soddisfare le esigenze di una pluralità di soggetti); dall'altro, l'elemento negativo costituito dal carattere non industriale o non commerciale del fine stesso¹¹. Entrambi i termini della locuzione normativa debbono

al fine di perimetrare la nozione giuridica di imprenditore, non è necessario che l'attività esercitata sia astrattamente idonea a procurare un lucro (e quindi a produrre entrate superiori ai costi di produzione), ma è sufficiente che essa attività sia idonea a coprire i costi di produzione: *“non è necessario accertare che dall'attività produttiva il soggetto si proponga di ricavare un profitto: basta che l'attività produttiva di beni o servizi si presenti come di per sé idonea a rimborsare, mediante corrispettivo dei beni o dei servizi prodotti, i fattori della produzione impiegati”*.

¹¹ Così di recente T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 23 novembre 2009, n. 2405, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 3103, ma si veda anche T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 15 novembre 2007, n. 140, in *Giur. merito*, 2008, p. 1446 ss. con nota di NANIA, L., *Il casinò de la Vallee e l'organismo di diritto pubblico*.

La dottrina si è a lungo interrogata se la natura “non commerciale o industriale” di cui fa parola la norma debba riferirsi ai “bisogni” (come sembrerebbe potersi desumere dal tenore letterale della norma) ovvero alla “attività” (come apparirebbe più corretto intendere, seguendo una interpretazione sistematica). La questione non ha un rilievo solo nominalistico giacché dalla sua soluzione dipende la possibilità di ipotizzare organismi di diritto pubblico che siano costituiti in forma di impresa.

Secondo un primo indirizzo, le nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa farebbero riferimento a fenomeni giuridici ben distinti e non sovrapponibili tra loro

ricorrere affinché risulti integrato l'elemento teleologico dell'organismo di diritto pubblico¹².

Il carattere “non industriale o commerciale” dei bisogni soddisfatti dall'ente deve accertarsi mediante un esame in concreto della attività volto a escludere che il soggetto operi in normali condizioni di mercato¹³, persegua scopi di lucro e subisca le perdite commerciali connesse all'esercizio della sua attività¹⁴.

(così, tra gli altri, GRECO, G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit. p. 844).

Secondo altro indirizzo la categoria dell'organismo di diritto pubblico, così come delineata dall'ordinamento comunitario, sarebbe, invece, idonea a ricomprendere anche figure organizzative che svolgono attività di impresa o comunque che operano con strumenti gestionali e operativi privatistici, quali le società di capitali a partecipazione pubblica (per questa opinione cfr. SORACE, D., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, II, p. 75. ss.).

¹² Corte giustizia CE, Sez. V, 22 maggio 2003, n. 18, cit., punto 40 della motivazione, ove si osserva che, al fine di ritenere integrato il requisito teleologico, “*si deve in primo luogo verificare se attività come quelle oggetto della causa principale soddisfino effettivamente bisogni d'interesse generale, e successivamente determinare, se del caso, se tali bisogni abbiano o meno carattere industriale o commerciale*”.

¹³ Si veda in questi termini sempre Corte giustizia CE, Sez. V, 22 maggio 2003, n. 18, cit.: “*se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale. In una tale ipotesi, le direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, del resto, non si applicherebbero, poiché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate*”.

¹⁴ È possibile individuare alcuni indici sintomatici del carattere non industriale e commerciale dei bisogni soddisfatti dall'ente, quali “*la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione*” (così testualmente Corte giustizia CE, Sez. VI, 16 ottobre 2003, n. 283, *Comm. Ce c. Regno Spagna*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 3544 con nota di CASALINI, D., *Appalti pubblici e organizzazioni in house*:

La giurisprudenza comunitaria ha poi chiarito che l'esistenza di una concorrenza articolata nello svolgimento dell'attività non consente escludere aprioristicamente la sussistenza del carattere non industriale o commerciale del bisogno perseguito¹⁵. Tale situazione può tutt'al più costituire un indice presuntivo della natura commerciale o industriale dei bisogni soddisfatti dall'ente¹⁶; presunzione che però può essere superata alla luce delle condizioni oggettive in cui l'attività viene svolta.

Sempre ai fini dell'accertamento di tale requisito si è ulteriormente precisato che la qualifica va riconosciuta anche allorquando la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisca solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte¹⁷.

un caso spagnolo, nonché in *Urb. app.*, 2004, p. 647 ss., con nota di CERBO P., *L'effetto utile nella giurisprudenza comunitaria sull'organismo di diritto pubblico*; in *Serv. pubbl. app.*, 2004, p. 93, con nota di LOTTINI, M., *Bisogni non economici o attività non economiche? Sulla controversa nozione comunitaria di "organismo di diritto pubblico"*, punto 81 della motivazione).

¹⁵ Corte giustizia CE, Sez. V, 27 febbraio 2003, n. 373, cit., punto 61 della motivazione, nonché Corte giustizia CE, sez. V, 22 maggio 2003, n. 18, cit., punto 50 della motivazione.

¹⁶ T.A.R. Lombardia, Brescia, 8 marzo 2004, n. 203, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 594.

¹⁷ Corte giustizia CE, Sez. IV, 10 aprile 2008, n. 393, *Aigner e altro c. Fernwärme Wien GmbH*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*, 2008, p. 965, con nota di RINALDI, B., *Sull'applicazione della «teoria del contagio» alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, punto 47 della motivazione; Corte giustizia CE, Sez. V, 22 maggio 2003, n. 18, cit., punto 57 della motivazione; Corte giustizia CE, Sez. V, 27 febbraio 2003, n. 373, cit., punto 56 della motivazione; Corte giustizia CE, Sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 470, cit., punto 54 della motivazione; Corte giustizia CE, 10 novembre 1998, n. 360, cit., punto 55 della motivazione; Corte giustizia CE, 15 gennaio 1998, n. 44, cit., punto 25 della motivazione

Peraltro, una volta riconosciuta la natura di organismo di diritto pubblico in capo ad un determinato ente, la giurisprudenza comunitaria è dell'avviso che tutti gli appalti da questo affidati debbano essere sottoposti al regime dell'evidenza pubblica, senza distinguere tra quelli che siano finalizzati per adempiere il proprio compito di

soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non abbiano alcuna attinenza con tale compito, essendo volti a realizzare bisogni propriamente commerciali (cd. teoria del contagio). Tale conclusione si giustificherebbe, secondo l'indirizzo in parola, sia in ragione dell'assenza nelle direttive in materia di pubblici appalti di previsioni normative che consentano di distinguere tra gli appalti pubblici di lavori 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, sia per esigenze legate alla certezza del diritto e alla necessità di garantire che le norme comunitarie abbiano una applicazione prevedibile per tutti gli interessati.

La teoria del contagio ha però incontrato il fermo dissenso di una parte della dottrina la quale ha evidenziato come l'assoggettamento al regime sugli appalti debba essere riservata alle sole attività istituzionalmente svolte della persona giuridica al fine di soddisfare bisogni generali aventi carattere non industriale o commerciale, mentre fuori da tale ambito non sussisterebbe alcun obbligo di aggiudicare l'appalto con procedura ad evidenza pubblica (per tale posizione cfr. SANDULLI, M.A., *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in SANDULLI, M.A., DE NICTOLIS, R., GAROFOLI, R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2008, p. 3161; ID., *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in SANDULLI, M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale* (supplemento al n. 4/2004 di *Serv. pubbl. app.*), p. 16; CHITI, M.P., *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, ivi, p. 67 ss.; ID., *La gestione aeroportuale tra diritto comune e attività amministrativa in senso oggettivo*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 323 ss.; SPASIANO, M.R., *Beni pubblici e attività diverse da quelle oggetto di concessione: finalmente verso un comune approdo dei giudici?* (nota a T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266), in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 25 ss.; ID., *L'evidenza pubblica possibile regola del libero mercato: soluzione di una dicotomia*, in SANDULLI, M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., p. 139 ss.; RINALDI, B., RINALDI, B., *Sull'applicazione della «teoria del contagio» alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, cit. p. 988 ss.; ID., *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica*, cit., p. 1900 ss.; ROVERSI MONACO, M.G., *L'affidamento dell'attività di bar-tabacchi in aerostazione: una singolare pronuncia sulla giurisdizione* (nota a T.A.R. Veneto, Sez. I, 28 marzo 2007, n. 1029), in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 3409; ID., *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, cit. p. 409; INVERNIZZI, R., *Brevi note sulla gestione degli spazi commerciali entro gli aeroporti dopo il d.lg. n. 96/05*, in SANDULLI, M.A. (a cura di), *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione* (supplemento al n. 1/2006 di *Serv.*

In base a tale approccio interpretativo particolarmente estensivo risultano attratte al regime pubblicistico anche le attività che il soggetto svolge nel perseguimento di interessi e bisogni aventi carattere industriale e commerciale ed in un contesto pienamente concorrenziale.

Secondo il TAR nella fattispecie qui esaminata non sarebbe riscontrabile il requisito teleologico della nozione di organismo di diritto pubblico (ossia l'essere costituito per soddisfare "*bisogni di interesse generale*" che non debbono avere "*carattere industriale o commerciale*"), difettando in particolare l'elemento negativo rappresentato dall'assenza del carattere commerciale o industriale dell'attività svolta.

Tale conclusione viene ricavata dai giudici amministrativi proprio muovendo dalle premesse argomentative cui si accennava poc'anzi, ossia dalla riscontrata prevalenza, nell'ambito delle entrate complessive di cui beneficia il gestore, degli apporti finanziari privati sotto forma di corrispettivi per la assegnazione in godimento ai diversi operatori degli spazi presenti all'interno del mercato. Tale prevalenza

pubbl. app.), p. 50 ss.; MARI, G., *Natura giuridica della RAI: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, cit. p. 2358.

In giurisprudenza, appaiono interessanti le riflessioni di T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 giugno 2006, n. 2256, in *Urb. app.*, 2006, p. 1335 ss., con nota di DI GAETANO, L., *Il riparto di giurisdizione e gli appalti «sottosoglia»* secondo cui la figura dell'organismo di diritto pubblico è stata elaborata dal diritto comunitario non già con l'obiettivo di individuare un nuovo soggetto giuridico, bensì in prospettiva di garantire un'effettiva libertà di concorrenza, evitando che la "*crescente privatizzazione di soggetti protagonisti delle economie nazionali*" potesse avere un effetto elusivo della disciplina pubblicistica sull'evidenza pubblica, "[...] è evidente, tuttavia, come una simile impostazione - che certamente deroga a principi consolidati, seppur di recente in qualche modo ridimensionati - debba avere un'applicazione strettamente legata alle espresse previsioni di legge: ritenere che, anche laddove queste ultime non siano ravvisabili, le stazioni appaltanti "*privatistiche*" siano comunque tenute al rispetto di principi ad evidenza pubblica significa introdurre, per via extralegale, dei rilevanti limiti all'autonomia contrattuale che appiano, quanto meno al Collegio, privi di fondamento normativo".

indurrebbe a qualificare l'attività esercitata dalla società affidataria come “attività commerciale volta al profitto” e comunque come attività “connotata da imprenditorialità o scopo di lucro”¹⁸. Di qui

¹⁸ Il TAR richiama in motivazione la decisione resa da Cass. civ., Sez. Un., 4 maggio 2006, n. 10218, in *Giur. it.*, 2007, p. 1934, con nota di RINALDI, B., *La Cassazione si pronuncia sulla natura giuridica della società Grandi Stazioni*, nonché in <http://www.giustamm.it>, con nota di SANDULLI, M.A., *Verso una coerente delimitazione dell'ambito pubblicistico alle attività di effettiva rilevanza pubblica: sottratti a gara e affidati al giudice ordinario l'affidamento delle aree commerciali della stazione Termini di Roma e gli appalti sotto soglia dei privati gestori di servizi pubblici*, la quale aveva negato la natura soggettiva di organismo di diritto pubblico della Società Grandi Stazioni s.p.a., in relazione alla gara da quest'ultima indetta per l'affidamento dei lavori volti alla riqualificazione, gestione e valorizzazione di spazi interni all'edificio della stazione di Roma Termini. La tesi abbracciata nella sentenza in commento riecheggia uno degli orientamenti interpretativi più restrittivi del concetto di organismo di diritto pubblico, ossia quello che è propenso ad escludere il carattere non industriale o commerciale ogni qual volta l'attività svolta dall'ente sia retta da regole di imprenditorialità e tenda a perseguire fini lucrativi. In questi termini, *inter alia*, Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2009, n. 795, in *Foro amm. CDS*, 2009, p. 516, ove si osserva che “devono intendersi «bisogni di interesse generale», ai fini individuativi dell'organismo di diritto pubblico, quelli riferibili ad una collettività di soggetti, di ampiezza e contenuto tali da giustificare appunto la creazione di un apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione, e che non abbiano, per altro, carattere commerciale e industriale, nel senso che non devono essere suscettibili (detti bisogni) di soddisfacimento mediante attività, di produzione o scambio di beni o servizi, connotata da imprenditorialità o scopo di lucro”.

Secondo una diversa concezione, ai fini di una corretta qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico andrebbe posto l'accento sulla natura dei bisogni e delle esigenze che l'attività del soggetto è volta a soddisfare i quali possono rivestire carattere non industriale e commerciale anche laddove l'attività sia organizzata imprenditorialmente (così Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Urb. app.*, 2001, p. 632, con nota di GAROFOLI, R., *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione*, nonché in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 912, con nota di PASQUINI, G., *La nozione di organismo di diritto pubblico: marée montante*, ove si afferma che “tenuto conto che per bisogno non industriale o commerciale non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività, il requisito deve ritenersi soddisfatto dalla circostanza che trattasi di società costituita per il principale fine di gestire il servizio postale e di essere il soggetto che fornisce l'intero servizio postale universale su tutto il territorio nazionale, il c.d. «fornitore

l'impossibilità di qualificare detta società come organismo di diritto pubblico.

3.1. (segue) L'assoggettamento al regime dell'evidenza pubblica dell'attività negoziale svolta da società miste costituite per la realizzazione di lavori o opere (ovvero per la fornitura di beni e servizi) non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza. Nei termini sopra sinteticamente illustrati, il nucleo centrale della riflessione condotta nella sentenza in commento, al fine di escludere l'assoggettamento della società incaricata della gestione del mercato annonario comunale all'obbligo di indire gare ad evidenza pubblica per l'affidamento a soggetti terzi dei contratti di appalto si incentra intorno alla ritenuta impossibilità di qualificare detta società come organismo di diritto pubblico.

Il criterio discrezionale assunto dalla decisione del TAR al fine di dimostrare l'esenzione della società in questione dall'obbligo dell'evidenza pubblica è dunque eminentemente soggettivo, ossia fondato sulla natura soggettiva dell'entità giuridica in questione e si basa interamente sulla non riconducibilità della stessa alla figura dell'organismo di diritto pubblico; esso poggia sulla constatazione che l'attività svolta dal soggetto affidatario risulti connotata da imprenditorialità e dal perseguimento di uno scopo lucrativo.

*del servizio universale», di cui al citato D. Lgs. n. 261/99” (il Consiglio di Stato era chiamato a pronunciarsi sulla controversia promossa avverso gli atti adottati dalle società Poste italiane S.p.A. nell'ambito gara indetta per l'affidamento della fornitura di assegni da destinare all'espletamento del servizio di bancoposta). Si veda anche, più di recente, Cass. civ., Sez. Un., ord., 26 ottobre 2009, n. 22584, in *Corr. merito*, 2009, p. 1275, con nota di RAIOLA, I., *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica: le Sezioni Unite precisano i confini della giurisdizione esclusiva del G.A.*, ove si afferma che la qualifica di organismo di diritto pubblico non è incompatibile con quella di impresa pubblica e che entrambe le categorie possono essere validamente richiamate in presenza di soggetti che operano secondo i moduli tipici della impresa commerciale (fattispecie relativa alla procedura ad evidenza pubblica indetta da una società a capitale interamente pubblico concessionaria della gestione del servizio idrico di un ente locale).*

È però da chiedersi se dalla negazione della natura di organismo di diritto pubblico sia esatto ricavare quale necessario corollario l'esenzione di tale soggetto dall'obbligo di osservare procedure ad evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti strumentali allo svolgimento della propria attività o se, invece, prima di giungere a tale radicale conclusione non si debbano compiere ulteriori verifiche volte ad analizzare lo specifico contesto in cui l'ente gestore si trova concretamente ad operare e, conseguentemente, a valutare la situazione di più o meno ampia apertura al mercato (o viceversa di sostanziale chiusura dello stesso in virtù di situazioni di privilegio) che caratterizza detta gestione.

In altri termini, è da appurare se, nella particolare fattispecie qui esaminata, l'assoggettamento del gestore del centro agroalimentare alle regole dell'evidenza pubblica, che pure non discende dalla qualifica soggettiva di organismo di diritto pubblico – qualifica che difatti la sentenza in commento è portata ad escludere – possa nondimeno ricavarsi da altre e diverse considerazioni, e cioè ponendo mente alle particolari circostanze nelle quali la società è stata costituita e alle concrete condizioni in cui essa esercita la propria attività. E dunque focalizzando l'attenzione sul fatto che il soggetto in questione goda di possibili benefici o agevolazioni nello svolgimento della propria attività che sono accordati direttamente dalla parte pubblica e che hanno l'effetto di porlo in una posizione di vantaggio nel mercato suscettibile di alterare le regole della concorrenza o comunque di ridurre la competitività con le altre imprese, giustificando così la sottoposizione al regime della gara.

Sotto altri profili è da valutare, alla luce del quadro normativo vigente, se sia possibile includere nel novero dei soggetti tenuti all'osservanza del regime dell'evidenza pubblica entità che, pur non essendo sussumibili sul piano soggettivo nella categoria dell'organismo di diritto pubblico, beneficino di una posizione differenziata nel mercato, in virtù di una particolare relazione con

l'amministrazione pubblica ovvero a seguito del riconoscimento a favore delle stesse del diritto di godimento in via esclusiva di un bene pubblico che è sottratto alla disponibilità di altri operatori concorrenti¹⁹.

Ci si chiede in altri termini se, in presenza di una situazione come quella appena descritta, esistano i presupposti per imporre a tale soggetto l'obbligo di celebrare gare ad evidenza pubblica per la scelta dei propri appaltatori, al fine di ripristinare le condizioni del mercato e, conseguentemente di garantire la dinamica competitiva.

Si tratta di una verifica questa che appare esigibile anche alla luce dell'esistenza di previsioni normative che, in presenza di taluni specifici presupposti, estendono l'ambito di applicazione del regime dell'evidenza pubblica oltre la sfera delle amministrazioni aggiudicatrici in senso stretto (e degli stessi organismi di diritto pubblico), sino a ricomprendere entità imprenditoriali a partecipazione pubblica che hanno ad oggetto della propria attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni e servizi "*non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza*"²⁰. E in

¹⁹ In argomento DEODATO, C., *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, in <http://www.giustamm.it>.

²⁰ Il riferimento è all'art. 32, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, il quale prevede testualmente "*Salvo quanto dispongono il comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo, nonché quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28: [...] c) lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*". Per una applicazione del particolare regime dettato dall'art. 32, cit. si vedano, in giurisprudenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 3 maggio 2004, n. 3666; T.A.R. Marche, 14 novembre 2003, n. 1334. Cfr. anche Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, deliberazione 6 marzo 2007, n. 71.

tale eventualità sono le stesse previsioni normative a rendere del tutto secondaria la qualifica di organismo di diritto pubblico in capo al soggetto aggiudicatore, al fine della sottoposizione al regime dell'evidenza pubblica, muovendo anzi dall'opposto presupposto che il soggetto aggiudicatore non sia espressamente qualificabile come tale²¹.

Per una più corretta comprensione delle delicate questioni trattate dalla sentenza in commento appare però doveroso dare sinteticamente conto e seppure con i limiti imposti dalla brevità della presente trattazione (la tematica è assai complessa e meriterebbe ben altro approfondimento) delle ragioni che, anche sulla scorta degli importanti apporti interpretativi dalla giurisprudenza comunitaria,

Per un commento a tale previsione normativa cfr. DI LULLO, M., *Commento all'art. 32*, in SANINO, M., *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2008, p. 229, ove si osserva che con tale previsione il legislatore ha voluto evitare che società pubbliche che agiscono in posizione privilegiata nel mercato (e comunque i cui beni o servizi prodotti, ovvero le opere realizzate non siano collocati sul mercato in regime di libera concorrenza) possano sottrarsi ingiustificatamente al vincolo dell'evidenza pubblica. Si veda anche AICARDI, N., *Società miste ed evidenza pubblica «a monte»*, in *Dir. e processo amm.*, 2007, p. 627 ss.

²¹ La disposizione in commento si riferisce infatti alle società di capitali con capitale pubblico, anche non maggioritario, "che non sono organismi di diritto pubblico". Il successivo comma 3 ha poi cura di precisare che le stesse società non sono tenute ad applicare il regime dell'evidenza pubblica di cui al Codice dei contratti pubblici per l'affidamento degli appalti che attengono alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificatamente costituite, allorché ricorrano le seguenti condizioni: a) che la scelta del socio privato sia avvenuta nel rispetto di procedure ad evidenza pubblica; b) che il socio privato possieda i requisiti di qualificazione previsti dal Codice dei contratti in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) che la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo. Dove si vede come quando manchi uno solo dei presupposti richiamati dalla norma le società miste sono tenute ad attenersi al regime dell'evidenza pubblica, anche per la stipulazione dei contratti che strumentali allo svolgimento delle attività per cui sono state costituite. In questi termini MORRONE, S., *Commento all'art. 32*, in BALDI, M., TOMEI, R. (a cura di), *La disciplina dei contratti*, Milanofiori, Assago, 2007, p. 297.

possono oggi ritenersi il fondamento sostanziale dell'obbligo della celebrazione di gare pubbliche per l'affidamento degli appalti, obbligo che, come si preciserà subito appresso, è operante anche qualora ad agire siano entità che su un piano soggettivo non sono qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici nel senso tradizionale del termine.

3.2. L'obbligo di evidenza pubblica come strumento per garantire la concorrenza per il mercato. All'esito di un complesso ed articolato percorso interpretativo, nel quale ha indubbiamente svolto un ruolo di primo piano la giurisprudenza comunitaria, è stato possibile mettere a fuoco e cogliere nella sua autentica portata il valore cardine che ispira la disciplina comunitaria di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (oggi contenuta nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE dedicate rispettivamente ai settori speciali e ai settori ordinari), ossia quello di tutelare la libera concorrenza nei rapporti economici e di evitare possibili situazioni di turbamento del libero mercato²².

Gli obiettivi che le direttive comunitarie si prefiggono di realizzare nel settore degli appalti pubblici sono essenzialmente quelli della tutela del mercato e della concorrenza.

²² Cfr. Corte giustizia CE, sez. IV, 13 dicembre 2007, n. 337, *Bayerischer Rundfunk c. Gesellschaft Gebäudereinigung Wartung mbH.*, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 184, punto 38 della motivazione; Corte giustizia CE, grande sezione, 13 novembre 2007, n. 507, *Comm. Ce c. Rep. Irlanda*, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 2974, punto 27 della motivazione; Corte giustizia CE, Sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 470, cit. punto 51 della motivazione; Corte giustizia CE, Sez. V, 3 ottobre 2000, n. 380, punto 16 della motivazione; Corte giustizia CE, 10 novembre 1998, n. 360, cit., punto 41 della motivazione; Corte giustizia CE, Sez. V, 1° febbraio 2001, n. 237, *Comm. Cee c. Francia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 489, punto 41 della motivazione, dove si precisa che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e 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.

L'assoggettamento al regime dell'evidenza pubblica dell'attività negoziale svolta da determinate tipologie di soggetti, variamente definite dal legislatore (amministrazioni pubbliche, organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche e, in taluni casi, anche soggetti che hanno veste giuridica di diritto privato e che non sono qualificabili sul piano soggettivo come amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori in senso stretto) risiede fondamentalmente in una "valutazione di tipo concorrenziale"²³, nel senso che l'obbligo di selezionare il proprio contraente con procedure ad evidenza pubblica trova applicazione ogni qual volta il soggetto aggiudicatore operi al di fuori della logica competitiva che anima il mercato e non assuma i rischi tipici di impresa connessi alla propria attività.

Il regime dell'evidenza pubblica viene prescritto in relazione all'attività posta in essere da soggetti che, per un verso, sono legati a vario titolo alla pubblica amministrazione e che, per altri versi, non operano in regime di concorrenza con le altre imprese (e quindi non assumono il relativo rischio) ma agiscono al fuori dalle normali condizioni di mercato beneficiando di una posizione privilegiata. È proprio in presenza di una situazione come quella appena descritta – ossia quando il soggetto aggiudicatore non assume i rischi tipici dell'operatore di mercato e non subisce le perdite della gestione – che le direttive comunitarie in materia di pubblici appalti intervengono, imponendo l'osservanza delle regole di evidenza pubblica²⁴.

²³ IELO, D., *Ente di diritto pubblico: nozione a maglie larghe* (nota a Corte conti, Sez. giuridiz. Lombardia, 10 luglio 2009, n. 476), in *Dir. prat. amm.*, 2009, 10, p. 24.

²⁴ FERRARI, E., *L'impresa pubblica tra il trattato e le direttive comunitarie*, in SANDULLI, M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., p. 124, evidenzia che l'esenzione dell'impresa pubblica dalla "disciplina generale" sugli appalti pubblici (ossia quella dettata con riferimento agli appalti dei "settori ordinari") si spiega in ragione della naturale sottoposizione della stessa alle regole di concorrenza e al suo operare secondo logiche di mercato in un contesto competitivo: "essa è rimessa al funzionamento per così dire naturale del mercato e non alle regole artificiali, o comunque speciali, di negoziazione dettate per le amministrazioni pubbliche".

L'obbligo dell'evidenza pubblica si spiega, in tale particolare situazione, in ragione della sussistenza di una concreta possibilità che, nella scelta del contraente, detti enti si lascino guidare da considerazioni non economiche o comunque siano portati a costituire rapporti contrattuali non economicamente efficienti (ovvero a condizioni che non siano economicamente giustificate). E ciò in conseguenza della posizione di vantaggio di cui beneficiano dette entità, la quale può dipendere, ad esempio, dalla garanzia della copertura delle eventuali perdite della gestione da parte dell'ente affidante²⁵.

Tale situazione non si verifica, invece, nel diverso caso in cui un soggetto operi in normali condizioni di mercato, perseguendo lo scopo di lucro e subendo le eventuali perdite di gestione. Infatti, quando un soggetto svolge la propria attività economica in regime di mercato concorrenziale ed assume su di sé il rischio di impresa, ossia il rischio di subire le perdite economiche connesse all'esercizio della propria attività, esso è certamente indotto a selezionare il proprio contraente secondo le normali regole di mercato, lasciandosi orientare nella scelta unicamente da considerazioni di carattere economico/imprenditoriale²⁶.

²⁵ Cfr. in tal senso Corte giustizia CE, Sez. IV, 10 aprile 2008, n. 393, cit., punto 37 della motivazione; Corte giustizia CE, Sez. IV, 13 dicembre 2007, n. 337, cit. punto 36 della motivazione, ove si osserva che “[...] l'obiettivo delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici consiste nell'escludere [...] la possibilità che un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche”; nonché Corte giustizia CE, Sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 470, *Universale Bau AG e altro c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 3099, punto 52 della motivazione; Corte giustizia CE, Sez. V, 3 ottobre 2000, n. 380, cit., p. 45, punto 17 della motivazione.

Per la giurisprudenza nazionale cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 6 giugno 2007, n. 825, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 2003; T.A.R. Lombardia, Brescia, 8 marzo 2004, n. 203, cit.

²⁶ Si veda CINTIOLI, F., “Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale”: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto

In tale situazione è anche da escludersi il rischio di possibili discriminazioni tra gli offerenti, e la normativa comunitaria coerentemente non prevede alcun obbligo di applicazione delle procedure di evidenza pubblica.

Dunque, l'integrale sopportazione del rischio economico della gestione (e quindi il fatto di operare in condizioni di parità con le altre imprese concorrenti e previo confronto concorrenziale sul mercato) viene assunto quale indice e sintomo della presenza delle "normali condizioni di mercato" e della conseguente sopportazione del rischio di impresa. Infatti, in caso di assunzione del rischio economico della gestione, l'esigenza di un controllo sull'efficiente utilizzazione delle risorse pubbliche viene soddisfatta dai tipici meccanismi di mercato, così da escludere l'obbligo di osservanza delle procedure ad evidenza pubblica in sede di aggiudicazione degli appalti.

Nella prospettiva più avanzata, oggi in via di definitivo consolidamento nella stessa giurisprudenza amministrativa nazionale, l'obbligo di evidenza pubblica tende ad affrancarsi da considerazioni legate esclusivamente alla natura soggettiva pubblica del soggetto aggiudicatore (ed alla correlata esigenza di assicurare il rispetto dei canoni fondamentali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa) e si propone di soddisfare esigenze ulteriori di tutela del mercato degli offerenti, al fine di garantire a tutte le imprese che in esso vi operano effettive e reali possibilità di competere per l'aggiudicazione di una commessa.

pubblico), in SANDULLI, M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., p. 80, ove si osserva "Pertanto, quando il soggetto, ancorché legato alla P.A., fosse davvero condizionato dal mercato, non vi sarebbe alcun motivo di coltivare un sospetto di discriminazione e di nutrire una tale preoccupazione. In breve: se l'appaltante fa i conti con le ferree leggi della concorrenza, non vi è motivo di temere che prediliga l'impresa nazionale rispetto alle altre e, per questo, non v'è motivo di imporgli un metodo di scelta concorsuale dell'appaltatore".

Intesa in questi termini più ampi, la *ratio* dell'evidenza pubblica non si esaurisce più nella semplice necessità di garantire alla stazione appaltante la scelta del miglior contraente possibile per l'esecuzione dell'appalto e quindi nel soddisfacimento di un interesse tutto sommato interno alla stessa amministrazione aggiudicatrice, ma si spinge ad assicurare condizioni di effettiva apertura del mercato, ogni qual volta le possibilità di competere per l'affidamento di un determinato contratto siano limitate dal riconoscimento a favore di taluno degli operatori che in esso vi operano di posizioni di vantaggio o comunque di diritti speciali che limitano il libero accesso e impediscono il realizzarsi di condizioni di effettiva concorrenza.

La giurisprudenza ha quindi contribuito a mettere in luce un obiettivo diverso ed ulteriore della disciplina sugli appalti pubblici rappresentato dall'esigenza di ristabilire la concorrenza per il mercato (e quindi di assicurare effettive e reali condizioni di competizione tra le imprese che operano nel mercato) in tutti i casi in cui un dato soggetto aggiudicatore si avvantaggi di una posizione di sottrazione dai rischi tipici del mercato, vuoi in forza della riserva a suo favore di alcune attività economiche (ad esempio in caso di affidamento diretto un servizio pubblico), vuoi per il fatto di godere in esclusiva di un determinato bene pubblico (ottenuto in concessione senza previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica).

L'interpretazione più matura della *ratio* dell'evidenza pubblica nel settore degli appalti pubblici tende così a superare l'approccio meramente soggettivista o ontologico (inizialmente seguito dalla giurisprudenza) – il quale faceva leva essenzialmente sulla natura pubblica del soggetto aggiudicatore – e si sforza di proporre una diversa lettura di stampo oggettivo o funzionale, la quale pone a fondamento dell'obbligo di gara il dato fondamentale rappresentato dalla possibilità che in un determinato settore economico si possa verificare uno squilibrio nelle condizioni di mercato dovuto alla esistenza di posizioni di vantaggio a favore di taluni operatori e dalla

conseguente mancata sopportazione dei rischi tipici dell'operatore di mercato²⁷.

Ai fini della sottoposizione all'obbligo di gara tende a sfumare il dato in sé rappresentato dell'essere un determinato soggetto posto sotto l'influenza pubblica ed assumono sempre più rilievo considerazioni legate alla possibile posizione di vantaggio nel mercato che viene garantita a tale soggetto, in virtù di benefici provenienti da parte pubblica. Talché l'obbligo di evidenza pubblica è finalizzato a rendere competitiva la procedura di scelta del contraente e deve applicarsi ogni qual volta il soggetto aggiudicatore benefici di una particolare forma di protezione dal rischio di mercato in forza di vantaggi ad esso direttamente riconosciuti da un soggetto pubblico o, comunque, in ragione di una qualificata relazione intrattenuta con lo stesso.

4. Natura privata del soggetto aggiudicatore e problemi nella delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici.

Sulla scorta delle considerazioni svolte ai paragrafi precedenti è ora possibile tornare alla questione principale trattata dalla sentenza in commento, concernente la possibilità o meno di dichiarare esente dall'obbligo dell'evidenza pubblica la società di capitali partecipata dall'amministrazione comunale, incaricata della gestione del mercato annonario, in sede di affidamento a imprese terze di servizi e prestazioni strumentali allo svolgimento della propria attività.

Un primo spunto di riflessione che può ricavarsi dalla decisione in commento è rappresentato dalla possibilità di ritenere soddisfacente,

²⁷ Ciò è a ben vedere coerente con l'approccio pragmatico che caratterizza la giurisprudenza comunitaria, la quale rifugge da qualificazioni puramente formali e nell'individuare i casi e le situazioni in cui da sottoporre all'obbligo dell'evidenza pubblica privilegia l'approccio cd. "funzionale" ponendo l'accento sulle caratteristiche concrete dell'attività svolta e sulle condizioni che fanno da sfondo al relativo esercizio.

al fine di giustificare l'esclusione della società in questione da tale obbligo, una valutazione che si basi unicamente sulla particolare organizzazione imprenditoriale assunta dalla stessa (o comunque sul dato rappresentato dal particolare modulo di gestione prescelto per la conduzione del mercato, il quale si caratterizza per il perseguimento di finalità lucrative) e che prescindendo totalmente dalla considerazione del contesto e dalle specifiche condizioni in cui il soggetto gestore svolge la propria attività economica²⁸.

Secondo il TAR il dubbio non avrebbe ragione di essere e la questione potrebbe essere risolta in radice sulla base del rilievo che nella fattispecie in esame ci si trova in presenza di un operatore economico che svolge una attività commerciale volta al profitto, e che trae le proprie fonti di guadagno “*non da contributi pubblici*”, bensì da corrispettivi derivanti dall'esercizio di un'attività di produzione o scambio di beni o servizi “*connotata da imprenditorialità o scopo di lucro*”. Dunque, stando alla decisione in commento, poiché l'attività economica svolta dal gestore risulta improntata alla logica del mercato ed al perseguimento del profitto, e poiché essa si alimenta con i proventi derivanti dalla riscossione dei canoni e dei prezzi dovuti dagli operatori ammessi a fruire degli spazi e dei servizi offerti dal centro agroalimentare, nessun obbligo di evidenza pubblica si imporrebbe a carico del soggetto gestore.

Questa affermazione meriterebbe un'analisi a parte perché manifesta un equivoco di fondo da parte del TAR in relazione alla possibilità di

²⁸ Il fatto in sé di operare in un mercato concorrenziale non consente di fare presumere in ogni caso che il soggetto sia portato a costituire rapporti negoziali economicamente efficienti e che per ciò solo si renda inutile il suo assoggettamento al regime dell'evidenza pubblica. Può infatti ipotizzarsi che un soggetto che opera in un contesto concorrenziale svolga la propria attività in sostanziale assenza di rischio di impresa in virtù di diritti speciali od esclusivi riconosciuti in via diretta da un'amministrazione (o comunque per il fatto di beneficiare di misure che vengono ad esso riconosciute da una pubblica amministrazione) e che valgano a limitare tale rischio.

ritenere di per sé incompatibile con la sottoposizione al regime pubblicistico dell'evidenza pubblica l'organizzazione imprenditoriale assunta dal gestore e lo svolgimento da parte di quest'ultimo di un'attività economica in regime di diritto comune. Quando, in realtà l'ordinamento comunitario afferma semmai l'opposto principio in virtù del quale, ai fini della sottoposizione alla sfera di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, risultano sostanzialmente irrilevanti la forma societaria assunta dal soggetto aggiudicatore ed il regime giuridico cui è sottoposta la relativa attività²⁹.

Parimenti dovrebbe essere attentamente verificato l'altro presupposto da cui muovono i giudici nella sentenza in commento, secondo cui i bisogni che il centro agroalimentare mira a soddisfare sarebbero da qualificare come bisogni aventi carattere industriale o commerciale (da cui l'impossibilità di ricondurre l'ente gestore entro la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico).

Sul punto non può farsi a meno di richiamare l'opinione espressa, già diversi decenni addietro, da un'autorevole dottrina la quale – diversamente da quanto ora implicitamente ammesso dal TAR nella sentenza annotata – aveva posto in luce come l'attività di gestione di mercati all'ingrosso ben difficilmente potesse classificarsi come servizio di natura industriale o commerciale³⁰. Infatti, nell'ambito della complessiva attività di gestione dei mercati e dei centri agroalimentari all'ingrosso, risulta prevalente la funzione di

²⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 783, con nota di ANTONIOLI, M., *Brevi osservazioni a margine della privatizzazione di "AdR"*, precisa che ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra e che il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine societario lucrativo, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478. Cfr. anche Corte giustizia CE, Sez. VI, 16 ottobre 2003, n. 283, cit.

³⁰ GIANNINI, M.S., *Sui mercati comunali*, cit. p. 9, evidenzia come tale attività sia stata impropriamente inclusa dall'art. 1, n. 11, del t.u. sulla municipalizzazione (r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578) fra i servizi municipalizzabili.

organizzazione degli scambi – la quale si esplica attraverso gli atti amministrativi che attribuiscono e negano ai singoli operatori la legittimazione a prendere parte alle contrattazioni – rispetto al profilo della gestione imprenditoriale intesa in senso stretto³¹. Dunque l’aspetto più significativo dell’intervento pubblico nella gestione dei mercati pubblici comunali risiede nella funzione di organizzazione degli scambi, più che nella erogazione di prestazioni aventi rilievo economico.

In tale prospettiva, quand’anche il modulo organizzatorio adottato per la gestione del mercato si caratterizzasse in termini tipicamente aziendali, risulterebbe comunque preminente il profilo amministrativo rappresentato dall’organizzazione della funzione di scambio svolta dai privati (attraverso la vigilanza e i controlli sulla sicurezza, igiene e l’ordine nelle contrattazioni) rispetto a quello commerciale di erogazione di prestazioni al pubblico³².

Se è già difficile cogliere nell’attività di gestione dei centri e mercati agroalimentari all’ingrosso assunta dai Comuni il profilo inerente alla “prestazione di utilità economiche”³³, ancora più problematico è configurare la stessa attività in termini di servizio pubblico inteso in senso oggettivo e individuare la tipologia di prestazioni o di utilità economiche che con essi l’ente istitutore offre al pubblico³⁴. Senza

³¹ Ancora GIANNINI, M.S., *Sui mercati comunali*, cit., p. 9, osserva come, anche in presenza di una organizzazione di tipo aziendale, il servizio dei mercati generali non sia inquadrabile tra le attività imprenditoriali.

³² CASSETTA, E., *Problemi giuridici dei mercati all’ingrosso nell’ambito della disciplina del commercio*, cit., p. 194, precisa che la gestione di centri agroalimentari comunali difficilmente potrebbe definirsi quale attività di natura imprenditoriale ed anche qualora dalla stessa vengano tratti dei proventi, giacché “il profilo amministrativo si presenta come prevalente sul profilo commerciale”.

³³ CAIA, G., AICARDI, N., *Mercati all’ingrosso*, cit. p. 363.

³⁴ Così ROMANO, A., *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all’ingrosso*, cit., p. 218, il quale arriva alla conclusione che i mercati all’ingrosso “consistono soprattutto in un fatto di organizzazione giuridica”. Si veda anche CASSETTA, E.,

contare poi che risulta estremamente arduo, per non dire impossibile, delineare in termini unitari la categoria di “utenti” del mercato all’ingrosso inteso come “servizio pubblico”³⁵.

Sotto altri e diversi profili è pur vero che, a seguito della liberalizzazione del commercio all’ingrosso³⁶, la gestione dei relativi centri agroalimentari ha perso l’originario carattere di attività riservata, che veniva svolta in regime di privativa comunale³⁷, e

Problemi giuridici dei mercati all’ingrosso nell’ambito della disciplina del commercio, cit., p. 194.

³⁵ ROMANO, A., *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all’ingrosso*, cit., p. 212, osserva che i soggetti interessati alla funzione di scambio nell’ambito del mercato all’ingrosso (venditori, da un lato, e acquirenti, dall’altro lato) giocano ruoli differenti e si presentano con posizioni altrettanto differenziate e spesso contrapposte tra loro che non è evidentemente possibile ricondurre ad unità. A titolo di esempio, per gli acquirenti non si pone un problema di rilascio delle concessioni dei punti vendita, all’interno dei mercati, problema che invece si profila per la categoria dei venditori.

³⁶ L’art. 1, comma 1, della l. n. 125/1959 ha sancito il principio della libertà di commercio all’ingrosso dei prodotti ortofrutticoli, delle carni e dei prodotti ittici, stabilendo che la relativa attività possa svolgersi “*sia nei rispettivi mercati all’ingrosso, sia fuori dai mercati stessi*”. È stata in questo modo sottratta ai Comuni la possibilità di assumere in regime di privativa la gestione dei mercati all’ingrosso, riconoscendosi che l’iniziativa per l’istituzione degli stessi possa essere assunta anche da altri soggetti pubblici e privati. Nel precedente quadro normativo il potere di iniziativa per l’istituzione dei mercati all’ingrosso era invece di esclusiva spettanza comunale. Solamente ai Comuni veniva riconosciuta la facoltà di istituire i mercati all’ingrosso e di provvedere direttamente alla loro gestione, anche in forma riservata (Sulle ragioni che indussero il legislatore a connotare in termini marcatamente pubblicistici la conduzione dei mercati all’ingrosso, si sofferma CAIA, G., *Mercati pubblici*, cit., p. 5, il quale le identifica nelle esigenze di garantire il regolare approvvigionamento di prodotti di prima necessità nei centri urbani, di contribuire alla formazione del prezzo economico delle merci oggetto di contrattazione e nel garantire un’adeguata vigilanza igienico sanitaria sulle merci trattate. Su tali aspetti vedano anche AMORTH, A., *Mercati comunali, generali e ortofrutticoli*, cit. p. 115 e CASETTA, E., *Problemi giuridici dei mercati all’ingrosso nell’ambito della disciplina del commercio*, cit., p. 194.).

³⁷ Il t.u. sulla municipalizzazione riconosceva ai Comuni un autentico diritto di privativa sul commercio all’ingrosso (cfr. art. 1, n. 11, del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, nel quale erano state trasposte le norme originariamente contenute nell’art. 1,

costituisca oggi una attività tendenzialmente aperta alla libera concorrenza³⁸; tuttavia ciò non consente di escludere a priori la

n. 11 della l. 29 marzo 1903, n. 103, che includeva tra le attività oggetto di municipalizzazione la “*costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa*”).

Sul significato e sulla portata di tale diritto di privativa si era peraltro aperto un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che aveva condotto a due diverse opzioni interpretative: secondo un primo orientamento, più rigoroso, il diritto di privativa comunale doveva intendersi come divieto assoluto di svolgere qualsiasi operazione di commercio all’ingrosso fuori dal mercato; secondo una posizione di maggiore apertura, il divieto posto a carico dei privati doveva riferirsi alla semplice istituzione o gestione di un pubblico mercato, mentre l’attività di commercio all’ingrosso doveva ritenersi ammessa anche al di fuori dal mercato (Il punto è analizzato da GIANNINI, M.S., *Sui mercati comunali*, cit., p. 17 ss. con ampi richiami al dibattito giurisprudenziale nel periodo antecedente all’approvazione della l. n. 125/1959).

³⁸ Nel mutato quadro normativo l’art. 1 della l. n. 125/1959 ha previsto che l’iniziativa per l’istituzione di mercati all’ingrosso possa essere assunta non solo dai Comuni ma anche da altri soggetti fra i quali gli “*enti e consorzi aventi personalità giuridica, costituiti dagli operatori economici nei settori della produzione, del commercio e della lavorazione dei prodotti stessi*” (su tale evoluzione si veda COZZA, F., BALDI, S. *Il regime giuridico dei mercati all’ingrosso*, p. 54, ove si osserva significativamente che “*il criterio della concentrazione in capo ad un Ente pubblico della titolarità dell’impresa viene sostituito dal criterio della liberalizzazione dell’attività, nell’ambito però di un potere pubblico di indirizzo e controllo*”). Con l’approvazione della l. n. 125/1959 è anche venuto meno il divieto del commercio all’ingrosso fuori mercato. L’attività di commercio all’ingrosso può ora svolgersi tanto all’interno dei mercati comunali quanto fuori dagli stessi, fatta salva, in ogni caso, l’osservanza delle disposizioni sanitarie vigenti in materia di vigilanza e controllo delle sostanze alimentari (limitatamente al commercio all’ingrosso dei prodotti ittici, viene mantenuto in capo al Prefetto il potere di disporre che nei Comuni costieri sia marittimi che lacuali ove esistono o verranno istituiti mercati ittici di produzione il commercio all’ingrosso si svolga unicamente nell’ambito dei mercati stessi e nei soli casi di “*turbamento del normale andamento dei prezzi*”, cfr. art. 1, comma 2, l. n. 125/1959). Peraltro la legge n. 125/1959 ha imposto al commercio all’ingrosso fuori mercato l’osservanza delle norme del regolamento con il rispetto di tutte le norme del regolamento relativo al mercato all’ingrosso locale, che non attengano al funzionamento interno di esso (cfr. art. 4, comma 3, l. n. 125/1959. L’ultimo comma della norma in commento prevede poi che se il commercio si svolge in Comuni nei quali non esiste il relativo mercato all’ingrosso, l’autorità comunale disciplini tale attività commerciale, tenendo conto delle disposizioni contenute nel regolamento tipo relativo al mercato all’ingrosso dei

possibilità di sottoporre i relativi gestori al rispetto della disciplina comunitaria in materia di scelta del contraente, allorquando essi beneficino di una posizione differenziata nel mercato che impedisce il realizzarsi delle “normali condizioni di mercato”, ossia di condizioni di effettiva parità con gli altri concorrenti privati.

Ma dagli elementi in fatto della fattispecie portata all’esame del TAR parrebbero ricavarsi ulteriori spunti che se adeguatamente valorizzati nel loro contesto potrebbero assumere rilievo decisivo al fine di stabilire se l’ente gestore del mercato all’ingrosso sia o meno assoggettabile al regime dell’evidenza pubblica nello svolgimento della propria attività negoziale.

Il primo dato è rappresentato dalla possibilità che la società incaricata della gestione degli impianti e delle strutture commerciali di cui si compone il centro agroalimentare comunale sia stata chiamata a svolgere la propria attività in forza di un affidamento diretto non preceduto da selezione pubblica. In tal caso, l’attività di gestione e conduzione del centro agroalimentare all’ingrosso comunale verrebbe a caratterizzarsi per una posizione di sostanziale vantaggio che è stata riconosciuta dall’amministrazione al soggetto gestore, non a seguito di procedura competitiva, bensì in forza di affidamento diretto.

Ora, il fatto che la società si trovi ad operare in un una particolare posizione di protezione dai rischi tipici del mercato e che le consente di svolgere la propria attività economica in condizioni non paritarie con gli altri operatori non è evidentemente irrilevante e dovrebbe far apparire come esigibile ristabilire le condizioni di mercato, sottoponendo alle regole comunitarie dell’evidenza pubblica l’attività

rispettivi prodotti). In questo quadro il commercio all’ingrosso che si svolge fuori del mercato deve rispettare le regole relative al mercato all’ingrosso locale (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 1° luglio 2002, n. 6033, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2467; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 29 giugno 1985, n. 274, in *Foro amm.*, 1985).

negoziale da essa posta in essere al fine di procurarsi i beni e i servizi indispensabili per la gestione del centro agroalimentare³⁹.

In una situazione come quella appena descritta, la concorrenza “sacrificata a valle” (ossia nello svolgimento di una attività caratterizzata dalla presenza di una posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti, in virtù dell’affidamento diretto) dovrebbe essere recuperata nella fase “a monte”, ossia rendendo competitiva la procedura per divenire contraente di tale soggetto o anche per acquisire partecipazioni societarie in esso⁴⁰.

Vi è poi un altro elemento che la decisione in commento non sembra avere vagliato adeguatamente: l’attività di gestione del centro agroalimentare all’ingrosso presuppone l’utilizzo di un bene pubblico, quale è l’area su cui sorge il mercato all’ingrosso e le singole strutture e attrezzature di cui esso si compone⁴¹, che è sottratto alla libera competizione del mercato.

³⁹ Come non si dubita che un ente locale sia sottoposto alla disciplina degli appalti pubblici quando svolge direttamente attività avente carattere di servizio pubblico, così non dovrebbe porsi in discussione che esista un analogo obbligo di ricercare i propri contraenti con gara ad evidenza pubblica quando ad agire non sia direttamente l’amministrazione locale, ma un soggetto al cui capitale sociale la stessa e che sia stato costituito proprio per lo svolgimento di tale servizio.

⁴⁰ Si veda in questi termini IELO, D., *Ente di diritto pubblico: nozione a maglie larghe*, cit., p. 24, nonché le considerazioni di PERFETTI, L.R., *L’organismo di diritto pubblico e le sue nuove frontiere. Il caso Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 979, il quale osserva che laddove “la posizione differenziata nel mercato dipenda dal vantaggio assicurato da un soggetto pubblico, o questa sarà assegnata sulla base di procedure ad evidenza pubblica, ovvero queste dovranno esser praticate dal beneficiario”. In argomento anche DE PAULI, L., *Gli enti in house e l’evidenza pubblica “a valle”* (nota a Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765), in *Urb. app.*, 2009, p. 1104 ss.

⁴¹ Viene qui in considerazione il mercato all’ingrosso nella sua accezione di “mercato-luogo”, ossia come bene immobile destinato in via istituzionale a luogo delle riunioni mercantili; accezione questa che sia affianca agli altri due significati di “mercato-riunione” e “mercato-istituzione” in cui esso viene tradizionalmente identificato (per tale sistematica cfr. SANDULLI, A.M., *Osservazioni in materia di pubblici mercati*, cit., p. 137 ss.). Nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (*Riforma della*

Tale attività di gestione è resa possibile grazie ad un atto di concessione mediante il quale l'amministrazione concedente (nel caso di specie l'ente locale) attribuisce al gestore il diritto qualificato di utilizzare in via esclusiva – e con esclusione di altri operatori economici – non solo le attrezzature e le dotazioni di cui si compone il centro agroalimentare, ma anche la stessa area da esso occupata.

Trattasi, come è reso evidente, di un bene pubblico che non è posto sul libero mercato a disposizione di qualsiasi utilizzatore e per qualsiasi utilizzo se ne voglia fare, ma che è, tutto all'opposto, riservato alla conduzione esclusiva da parte del soggetto affidatario e sottoposto ad un preciso vincolo di destinazione costituito dallo svolgimento dei compiti in cui si sostanzia in senso proprio l'organizzazione e la conduzione del centro agroalimentare all'ingrosso⁴².

disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59) è assente una definizione di mercato agroalimentare all'ingrosso. L'art. 4, comma 1, lett. a) del decreto definisce però l'attività di commercio all'ingrosso, come quella “svolta da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende ad altri commercianti, all'ingrosso o al dettaglio, o ad utilizzatori professionali, o ad altri utilizzatori in grande”. Peraltro, già i decreti ministeriali emanati il 10 giugno 1959 dal Ministro per l'industria e per il commercio e con i quali sono stati approvati i regolamenti tipo nei diversi settori merceologici avevano cura di precisare che “le attrezzature e i servizi posti a disposizione degli operatori economici ... costituiscono il mercato per il commercio all'ingrosso”.

⁴² Si tratta, per un verso, di attività dirette a garantire l'ordinato e trasparente svolgimento delle contrattazioni all'interno del centro agroalimentare, tramite l'assegnazione ai diversi operatori economici ammessi al mercato (commercianti e produttori all'ingrosso) di posteggi e magazzini di vendita necessari allo svolgimento dell'attività di commercio all'ingrosso. Vi sono poi compiti di vigilanza sul possesso dei requisiti per l'ammissione alle vendite e di regolazione sugli orari di funzionamento e di accesso al centro agroalimentare.

Il soggetto gestore del mercato è inoltre tenuto a porre in essere tutti gli atti e i comportamenti necessari a garantire la promozione, il corretto funzionamento e la sicurezza delle contrattazioni che si svolgono al suo interno, provvedendo alla organizzazione dei servizi necessari per lo svolgimento delle attività di scambio tra i privati all'interno del centro agroalimentare all'ingrosso (così è per le competenze inerenti alla gestione centralizzata dei servizi di facchinaggio; dei servizi di pulizia e

Ed in ciò vi è un ulteriore e rilevante elemento di distinzione rispetto ad altre ipotesi di sfruttamento economico di beni pubblici da parte di soggetti privati.

L'attività di gestione svolta dal soggetto affidatario va dunque ad incidere oggettivamente su un bene di proprietà pubblica (per l'esattezza di un bene facente parte del demanio comunale) il quale non si trova nella disponibilità della generalità, ma viene concesso in godimento, in via esclusiva, al soggetto affidatario della gestione e per attuare una specifica finalità di interesse pubblico⁴³.

L'attribuzione in godimento dell'area in cui sorge il mercato agroalimentare (e delle annesse strutture) si realizza secondo il modulo tipico della concessione amministrativa, in forza di un atto amministrativo con il quale l'ente concedente attribuisce ad un

smaltimento dei rifiuti; dei servizi diversi volti a garantire la promozione, il miglior funzionamento e la sicurezza delle attività del centro agroalimentare come ad esempio le rilevazioni statistiche delle merci e dei prezzi).

⁴³ Si tenga presente che le aree non private adibite a mercato pubblico risultano assoggettate nell'ordinamento vigente al regime tipico dei beni demaniali (cfr. art. 824, comma 2, cod. civ.). Nello specifico si tratta di particolari beni demaniali in relazione ai quali il codice civile prescrive l'appartenenza esclusiva al Comune. Infatti i mercati pubblici rientrano (assieme ai cimiteri) nella particolare categoria dei beni del "demanio esclusivo comunale", così chiamata perché non possono darsi mercati (o cimiteri) demaniali che non siano di proprietà comunale (cfr. art. 824, comma 1: "*i beni della specie di quelli indicati dal secondo comma dell'art. 822, se appartengono alle province o ai comuni, sono assoggettati al regime del demanio pubblico*", nonché il successivo comma 2: "*allo stesso regime sono soggetti i cimiteri e i mercati comunali*"). Ciò significa che pur potendosi ammettere nel nostro ordinamento mercati di proprietà di soggetti privati (o eventualmente anche pubblici), nessun mercato demaniale può darsi nel nostro ordinamento al di fuori della proprietà comunale.

Il regime giuridico del mercato, inteso come *res (rectius: bene giuridico)*, varia dunque in relazione all'appartenenza dello stesso: a) se appartenenti ai Comuni, i mercati rivestono carattere demaniale; b) se appartenenti ad altri enti pubblici, diversi dai Comuni, rientrano nel patrimonio indisponibile; c) se, infine, appartenenti a soggetti privati seguono il regime della proprietà privata.

soggetto terzo (il gestore) il diritto qualificato di utilizzare in via esclusiva le attrezzature e le aree del mercato.

Nel complesso dei rapporti intercorrenti tra la società affidataria del servizio e l'amministrazione locale assume rilievo predominante l'attribuzione in uso esclusivo di un bene pubblico demaniale, da cui consegue indubbiamente una posizione di privilegio a vantaggio del gestore, posizione che gli deriva direttamente dal titolo concessorio che riserva ad esso lo sfruttamento economico di un bene pubblico, con esclusione di altri possibili concorrenti.

Ebbene, in una situazione come quella appena descritta, ben difficilmente potrebbe affermarsi che il soggetto incaricato della gestione del centro agroalimentare all'ingrosso operi in un contesto caratterizzato dalla presenza di "*normali condizioni di mercato*" o, comunque, che si qualifichi per l'integrale sopportazione del rischio di impresa e ancora più difficilmente potrebbe giustificarsi l'esenzione dalle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di appalti a favore di imprese terze.

Non vi è affatto certezza che nella fattispecie appena descritta (e sempre avuto riguardo alle concrete modalità operative con le quali la società agisce) il soggetto gestore sia "naturalmente" portato a costituire rapporti negoziali economicamente efficienti con i terzi appaltatori (lasciandosi guidare da considerazioni esclusivamente economiche nella scelta del contraente) e che si renda in definitiva superflua la sottoposizione all'obbligo di evidenza pubblica.

Pare, ad avviso di chi scrive, che la posizione della società a capitale misto pubblico privato, costituita per la realizzazione e per la gestione del mercato all'ingrosso comunale non possa essere assimilata, in tutto e per tutto, a quella di una qualsiasi altra persona giuridica di diritto privato affidataria di un servizio pubblico, ma permanga una qualificazione pubblicistica derivante non solo dalle finalità perseguite

(gestione di un centro agroalimentare per conto di un'amministrazione locale), ma anche e, soprattutto, dalla particolare posizione di vantaggio derivante, fra l'altro, dal godimento in via esclusiva, e con esclusione di altri e diversi operatori economici, di un bene pubblico.

In questi termini, l'obbligo di celebrare procedure ad evidenza pubblica appare in buona parte indipendente dalla questione della natura soggettiva della società affidataria e dalla possibilità di inquadrarla o meno entro la categoria dell'organismo di diritto pubblico; l'obbligo deriverebbe semmai dalla considerazione delle particolari condizioni di protezione dai rischi tipici del mercato in cui detta società esercita la propria attività. Aspetto questo che nella sentenza qui esaminata avrebbe meritato un maggiore approfondimento e che, se attentamente valutato, avrebbe probabilmente potuto condurre a conclusioni opposte in relazione all'obbligo dell'assoggettamento della società affidataria alle procedure di evidenza pubblica.

Nella sentenza che si annota rimangono invece sostanzialmente in ombra le ragioni che concretamente consentirebbero di escludere che la società affidataria della gestione del centro agroalimentare operi in una posizione di sottrazione dai rischi tipici del mercato⁴⁴.

⁴⁴ Si tratta di aspetti che sono stati recentemente approfonditi in una decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (la già citata Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2010 n. 8225), le quali, pur giungendo alle medesime conclusioni del TAR, si sono addentrate in una ben più approfondita disamina delle specifiche condizioni in cui viene svolta l'attività di gestione del centro agroalimentare all'ingrosso, anche in rapporto al regime normativo cui la stessa è oggi sottoposta, ed hanno evidenziato come la società affidataria della gestione del centro agroalimentare, oltre ad operare in un contesto sostanzialmente concorrenziale, svolgesse la propria attività con criteri di rendimento, efficacia, redditività e, soprattutto, sopportando direttamente i rischi economici della stessa, così da rendere superflua la sottoposizione al regime dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente.

5. Profili giurisdizionali. Ulteriori spunti di riflessione possono ricavarsi dalla decisione in commento sul versante processuale, in relazione alla problematica concernente la delimitazione dei perimetri della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto gli atti della procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto che, come si verifica nella fattispecie qui esaminata, è indetta da un soggetto aggiudicatore costituito nelle forme giuridiche di diritto privato⁴⁵.

Il problema del riparto di giurisdizione rileva in questa sede con riferimento alla fase preordinata alla sezione del contraente, mentre non interessa il momento successivo dell'esecuzione del rapporto, nel quale assumono rilievo i diritti e gli obblighi derivanti, per ciascuna delle parti, dal contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione⁴⁶.

Come si è anticipato nei paragrafi precedenti, la sentenza in commento ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a favore del giudice ordinario, ritenendo che nella controversia dedotta in giudizio non fosse ravvisabile nessuno dei presupposti che obbligano il soggetto aggiudicatore a selezionare il proprio contraente facendo applicazione delle regole comunitarie dell'evidenza pubblica. Segnatamente la decisione annotata ha ritenuto che il soggetto aggiudicatore non fosse qualificabile sul piano

⁴⁵ Sulle problematiche inerenti al riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di pubblici appalti si vedano tra gli altri DELFINO, B., *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*, in *Cons. Stato*, 2000, p. 1083 ss.; PALLOTTINO, D., *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche ed organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale* (nota a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868), in *Foro amm TAR*, 2003, p. 2337 ss.; GAROFOLI, R., *La giurisdizione*, in SANDULLI, M.A., DE NICTOLIS, R., GAROFOLI, R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., VI, p. 3860 ss.; ID., *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in SANDULLI, M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., p.37 ss.

⁴⁶ Cfr. per tale distinzione, tra le altre, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 7 aprile 2008, n. 2913; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 aprile 2007, n. 1048.

soggettivo come organismo di diritto pubblico e quindi non fosse sottoposto alle regole pubblicistiche dell'evidenza pubblica in sede di aggiudicazione dell'appalto.

La ragione per la quale il TAR ha sancito la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia *de qua* risiede dunque nella convinzione della assenza di specifiche previsioni normative che obbligassero la società affidataria della gestione e conduzione del centro agroalimentare ad osservare il regime dell'evidenza pubblica nella scelta del proprio contraente.

Sulla specifica questione qui in esame occorre brevemente dare conto dei principali indirizzi interpretativi emersi in sede giurisprudenziale.

Secondo un consolidato orientamento, per poter radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie in materia di appalti pubblici è necessario che il soggetto aggiudicatore sia obbligato a selezionare il proprio contraente privato con procedura ad evidenza pubblica. Non basta che il ricorso all'evidenza pubblica sia frutto di una semplice scelta discrezionale del soggetto appaltante⁴⁷; è necessario che l'applicazione della normativa comunitaria, statale o regionale sull'evidenza pubblica sia

⁴⁷ Si veda in questi termini Cons. Stato, a. plen., 23 luglio 2004, n. 9, in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 1346 ss. con nota di PERFETTI, L.R., *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, nonché in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 141, con nota di GUCCIONE C., GALLI D., *La disciplina degli appalti di pulizia nel settore del trasporto ferroviario*; in *Giur. It.*, 2004, p. 2411, con nota di CARANTA, R., *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*; in *Urb. app.*, 2004, p. 1297 ss., con nota di GIOVANNELLI, M., *Servizi nelle grandi stazioni italiane e giurisdizione amministrativa*, ove si precisa che il legislatore ha individuato una ipotesi di giurisdizione esclusiva per tutte le controversie inerenti a procedure caratterizzate dalla doverosa indizione di una gara, in applicazione della normativa comunitaria (o di quella statale o regionale sulla evidenza pubblica), poco importando – in coerenza col diritto comunitario – la natura giuridica del soggetto tenuto a seguire il procedimento.

espressione di un vincolo normativo⁴⁸. In tal senso, l'elemento cardine che consente di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo è appunto rappresentato dall'esistenza di un obbligo (e non di una semplice facoltà) in capo al soggetto aggiudicatore di applicare le norme sui procedimenti ad evidenza pubblica⁴⁹.

Coerentemente con tale impostazione si afferma l'esenzione dalla giurisdizione amministrativa in relazione alle controversie relative ad affidamenti che l'ente appaltante abbia liberamente preferito disciplinare con una procedura di evidenza pubblica, pur non essendovi obbligato per legge⁵⁰. La sottrazione di tali controversie

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4012, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 2160; nello stesso senso T.A.R. Toscana, Sez. II, 24 ottobre 2008, n. 2316, in *Riv. trim. app.*, 2009, 195, ss., con nota di BARBIERI, E.M., *Problemi di giurisdizione su questioni modeste*. Cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 marzo 2005, n. 1617, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 778.

⁴⁹ La circostanza che una stazione appaltante abbia volontariamente deciso di sottoporre la scelta del contraente alle regole proprie dell'evidenza pubblica, ancorché non obbligata per legge, non consente di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo sulla relativa controversia (così Cass. civ., Sez. Un., 20 novembre 2003, n. 17635, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 3590, nonché T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 marzo 2005, n. 1617, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 778).

⁵⁰ Cfr., *inter alia*, TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 16 novembre 2009, n. 732: "la giurisprudenza [...] è tutta concorde nell'affermare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo anche quando tali enti o società utilizzano per scelta volontaria modelli di scelta del contraente che si rifanno alla legislazione sulle procedure ad evidenza pubblica"; Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2764, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 217: "si deve ritenere che l'art. 6 della L. n. 205/2000 sia norma idonea a radicare la giurisdizione amministrativa sulle procedure di affidamento dei lavori se, e solo se, il soggetto affidante sia obbligato al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica. Ne consegue che non può dirsi che la norma trovi applicazione nelle ipotesi in cui l'adozione del modello procedimentale pubblico non sia imposto da un obbligo normativo, ma costituisca il frutto di una libera scelta del soggetto appaltante"; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 29 settembre 2006, n. 3310, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 2834: "per radicare la giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una stazione appaltante, di natura pubblica o assimilata, sia tenuta, anche per gli appalti sotto soglia, ad osservare i principi fondamentali del trattato CE occorrendo, invece, l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria e/o nazionale.

dalla sfera della giurisdizione del giudice amministrativo si giustifica, sempre secondo l'opinione in parola, con l'esigenza di evitare che la stazione appaltante diventi arbitra di scegliersi il giudice ritenuto preferibile in prospettiva⁵¹.

Nei casi poi in cui venga in considerazione l'azione di un soggetto avente natura giuridica privatistica, un orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁵², condiviso dal Consiglio di Stato⁵³

Non è sufficiente, in sostanza, che un soggetto, sia pure definito "pubblico" in virtù di un rapporto concessorio di varia natura con la p.a., sia genericamente sottoposto ai principi fondamentali di libera circolazione delle merci, di libera prestazione dei servizi, di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e trasparenza, poiché la posizione della stazione appaltante nei confronti di tali principi è di "soggezione", mentre la posizione del soggetto privato è e rimane di diritto soggettivo, non avendo la stazione appaltante ricevuto dalla legge alcun potere autoritativo di disciplina di dette situazioni soggettive".

⁵¹ Così T.A.R. Puglia, Bari Sez. I, 8 gennaio 2007, n. 16; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 13 luglio 2005, n. 5671, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 2441: "in caso di affidamento di un contratto che – come nella fattispecie – l'ente appaltante abbia liberamente disciplinato con una procedura simile a quella di evidenza pubblica (e non in quanto obbligato), le relative controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggono alla giurisdizione amministrativa, essendo di competenza del g.o., poiché, diversamente opinando, ciò renderebbe la stazione appaltante arbitra di scegliersi, in prospettiva, il giudice ritenuto preferibile".

⁵² Cass. civ., Sez. Un., 20 novembre 2003, n. 17635, in *Corr. giur.*, 2004, p. 765, con nota di LAMORGESE, A., *Appalti «sottosoglia»: decide il giudice ordinario*, che ha cassato per difetto di giurisdizione amministrativa Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934, evidenziando che "in materia di pubblici servizi, l'art. 33 comma 2 lett. d) d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 – nel testo sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205 – non attrae nella giurisdizione amministrativa esclusiva anche le controversie relative all'affidamento di appalti da parte di soggetti che, pur non tenuti all'applicazione del procedimento di evidenza pubblica, abbiano scelto comunque di adottarlo, in tal guisa procedimentalizzando l'individuazione in concreto dell'appaltatore".

⁵³ Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2004, n. 7554, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 498 con nota di VALAGUZZA, S., *L'evidenza pubblica come criterio di interpretazione restrittiva della giurisdizione amministrativa negli appalti sotto soglia: alcune perplessità*; nonché in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 125 ss., con nota di CASALINI, D., *Giurisdizione sugli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, obbligo di osservanza dei principi comunitari a tutela della concorrenza e nozione di*

ha ulteriormente chiarito che, al fine radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in una data controversia in tema di aggiudicazione di appalti, non basti neppure che il soggetto aggiudicatore sia genericamente tenuto all'osservanza dei principi di concorrenza e *par condicio* posti del Trattato Ce, occorrendo, quale ulteriore elemento qualificante, che esso sia vincolato al rispetto di specifiche procedure ad evidenza pubblica in forza di previsioni normative⁵⁴. In particolare ci si era domandati se il rispetto delle regole di evidenza pubblica per i soggetti tenuti ad applicare la disciplina comunitaria e nazionale nella scelta del contraente dovesse

«amministrazione aggiudicatrice»; in *Urb. app.*, 2005, p. 703 ss., con nota di MISSENERI, G., *Appalti «sottosoglia» e riparto di giurisdizione*, riguardante la procedura di appalto, di importo inferiore alla soglia comunitaria, per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di sollevamento scale, tappeti mobili ed ascensori presenti all'interno della stazione della metropolitana, indetto da una società a prevalente partecipazione pubblica. Il Consiglio di Stato ha osservato che in caso di affidamento di un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria, che l'ente appaltante abbia liberamente scelto di disciplinare con una procedura simile a quelle di evidenza pubblica, pur non essendovi obbligato, le relative controversie sfuggono alla giurisdizione amministrativa e sono di competenza del g.o., attesa la natura di diritto soggettivo della posizione vantata dalle imprese partecipanti e dovendosi escludere che sia sufficiente, al fine di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo "il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia" (cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, che ha escluso la possibilità di assegnare alla giurisdizione del giudice amministrativo interi blocchi di materie): "la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art. 6 l. 21 luglio 2000 n. 205, si estende esclusivamente alle procedure di scelta del contraente che un'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a seguire in base al diritto comunitario, nazionale, o regionale, mentre restano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative a gare d'appalto che sfuggono a tale disciplina ... Per radicare la giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una società per azioni di gestione di servizi pubblici locali sia tenuta, anche per gli appalti sotto soglia, ad osservare i principi fondamentali del trattato Ce in materia (libera circolazione delle merci, libera prestazione dei servizi, principi di parità di trattamento, non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e trasparenza), occorrendo invece l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria".

⁵⁴ Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 giugno 2006, n. 2256, cit.

intendersi cogente anche per gli appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Al riguardo si è sostenuto che l'art. 244, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure d'appalto indette 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 regionale⁵⁵.

Secondo l'orientamento in parola, il tenore testuale della disposizione e la stessa terminologia utilizzata dal legislatore, che si riferisce alla "normativa" comunitaria ed a quella nazionale o regionale, non ne consentirebbero l'estensione al di là dei casi in cui appunto vi sia una precisa disposizione normativa, comunitaria o nazionale, che regoli la procedura di affidamento, connotandola in termini pubblicistici ed imponendo l'applicazione del regime dell'evidenza pubblica⁵⁶.

In tal senso, la giurisdizione amministrativa, nelle particolari ipotesi qui considerate, sussisterebbe solo in presenza di specifiche previsioni normative che vincolino la stazione appaltante ad agire in base a moduli di affidamento pubblicistici, non risultando sufficiente il mero riferimento ai principi fondamentali del Trattato CE in materia (ossia

⁵⁵ Per poter radicare la giurisdizione del giudice amministrativo debbono necessariamente ricorrere due presupposti tassativamente indicati dal legislatore: a) è necessaria l'esistenza di un obbligo (e non una semplice facoltà) in capo alla stazione appaltante di scegliere il proprio contraente privato con procedura ad evidenza pubblica; b) deve trattarsi di una procedura ad evidenza pubblica disciplinata dalla normativa comunitaria, nazionale o regionale.

⁵⁶ Così, da ultimo, TAR Emilia-Romagna, Sez. I, 21 maggio 2010, n. 4920, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, che si è pronunciato sulla procedura di appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria che la stazione appaltante aveva disciplinato con un proprio regolamento interno, in applicazione della previsione di cui all'art. 238, ult. comma d.lgs. n. 163/2006.

quelli della “libera circolazione delle merci, della libertà e della libera prestazione dei servizi, nonché dei consequenziali principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco di proporzionalità e trasparenza”).

Per radicare la giurisdizione amministrativa non sarebbe sufficiente che una stazione appaltante, di natura pubblica o ad essa assimilata, sia tenuta, anche per gli appalti sotto soglia, ad uniformare la propria azione ai principi fondamentali del trattato CE occorrendo, invece, l’obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica disciplinate dal diritto positivo e previste dalla normativa comunitaria e/o nazionale.

Si tratta peraltro di affermazioni non condivise da tutta la giurisprudenza amministrativa. Esiste infatti un consistente orientamento giurisprudenziale, che anche di recente⁵⁷, si è espresso nel senso di ritenere attratti dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie insorte in merito all’affidamento di appalti da parte di soggetti con forma giuridica di diritto privato che pur non essendo obbligati ad osservare specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria, nazionale o regionale, siano comunque tenuti all’osservanza dei principi dell’evidenza pubblica di cui al Trattato CE⁵⁸.

⁵⁷ T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 15 gennaio 2010, n. 107; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 maggio 2008, n. 1132, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1265; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. 1, 12 giugno 2008, n. 1480, in *Urb. app.*, 2008, p. 1330, con nota di MANFREDI, P., *La giurisdizione esclusiva del g.a. per gli appalti sotto soglia*.

⁵⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829, in *Foro it.*, 2009, III, p. 497 ss., con nota di TRAVI, A., in cui si è affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche per appalti inferiori alla soglia comunitaria sul presupposto che il soggetto aggiudicatore risulti comunque tenuto all’osservanza dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1295, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 1007 e Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, cit. Si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 3380, ove si osserva che “anche nei casi in cui non si applica una dettagliata disciplina di derivazione

Per parte sua la Corte di Cassazione aveva avuto occasione, alcuni anni addietro, di pronunciarsi su un caso analogo a quello qui in esame, giungendo a conclusioni di segno diametralmente opposto a quelle accolte nella sentenza che si commenta⁵⁹.

Adite in sede di regolamento di giurisdizione le Sezioni Unite erano chiamate a esprimersi sulla deferibilità o meno al giudice amministrativo della controversia promossa da un consorzio che aveva impugnato gli atti della gara indetta dal gestore del centro agroalimentare di Parma (anche qui costituito nelle forme giuridiche di società a capitale misto pubblico-privato) per l'affidamento dell'esecuzione di taluni servizi strumentali alla conduzione del centro medesimo (nel caso di specie si trattava dei servizi di facchinaggio, movimentazione merci, custodia sorveglianza, portineria, pulizia con conferimento di rifiuti e spazzamento neve).

Nell'affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, le Sezioni Unite ebbero a precisare che la controversia non poteva che spettare alla giurisdizione amministrativa dal momento che i lavori erano appaltati da un soggetto, cui era affidato il perseguimento di rilevanti

comunitaria (quale quella in tema di appalti pubblici soprastoria di lavori, di forniture o di servizi), il provvedimento di aggiudicazione, ancorché sia collocato all'interno del procedimento (civilistico) preordinato alla conclusione del contratto, ha natura amministrativa per quanto concerne l'individuazione del contraente, contenendo, in primo luogo, un atto (amministrativo) di accertamento (costitutivo) e solo in secondo luogo quasi sempre anche la manifestazione di volontà (negoziale) della pubblica amministrazione in ordine al contratto da stipulare. La aggiudicazione assume così una valenza procedimentale ed amministrativa ed integra una vera e propria determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare certezze legali privilegiate ed a incidere sulla posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione, qualificabile come di interesse legittimo".

⁵⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 27 gennaio 2004, n. 1479 in *Urb. app.*, 2004, p. 663 ss, con nota di DE GIOIA, V., *La nozione di amministrazione aggiudicatrice al vaglio delle Sezioni Unite.*

finalità di interesse generale, quali lo sviluppo del settore agro alimentare, la creazione di un adeguato sistema distributivo, il controllo delle componenti di costo nella formazione del prodotto, il migliore soddisfacimento dei consumi collettivi, e dunque di interessi che la stessa normativa regionale applicabile nel caso di specie qualifica in termini pubblicistici come servizio pubblico locale (cfr. art. 6 della L.R. Emilia-Romagna 19 gennaio 1998 n. 1, recante la disciplina del commercio nei centri agroalimentari e nei mercati all'ingrosso). In quel caso la riconduzione della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo era stata argomentata proprio sulla base della citata disposizione normativa che si riteneva fondasse l'obbligo della stazione appaltante di agire in base a moduli di affidamento "pubblicistici".

Ad opposte conclusioni è giunto il TAR nella sentenza che si annota, ove ha ritenuto non sussistere i presupposti sostanziali e processuali della giurisdizione del giudice amministrativo. In particolare, il TAR ha giudicato decisivo il fatto che l'ente gestore operasse come persona giuridica privata istituita per il perseguimento di interessi commerciali caratterizzati dal profitto e dallo scopo di lucro e non potendolo in definitiva qualificare come organismo di diritto pubblico. Più articolata è la riflessione condotta dalle Sezioni Unite nella citata decisione n. 8225/2010 le quali, contrariamente al TAR, non si limitano a far discendere l'esenzione dall'obbligo di gara (e conseguentemente la sottrazione delle relative controversie dall'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo) unicamente dalla natura soggettiva del contraente (o meglio dalla sua non riconducibilità alla nozione di organismo di diritto pubblico) né dal fatto che detto soggetto svolga la propria attività con logica e metodo imprenditoriale, ma valorizzano adeguatamente i profili oggettivi dell'obbligo di gara, verificando, in concreto, se il soggetto in questione goda o meno di una posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti ed operi in una situazione caratterizzata da una non effettiva sopportazione del rischio di impresa a causa della sostanziale

chiusura del mercato. Invero, secondo le Sezioni Unite, è la mancanza di una condizione obiettiva di competizione a rendere doverosa la selezione del contraente con gara. Talché, anche in presenza di una società che operi con organizzazione di tipo imprenditoriale, e perseguendo lo scopo lucrativo, la sottoposizione al regime dell'evidenza pubblica può ben rendersi necessaria proprio laddove la società benefici di una situazione di sostanziale sottrazione dal rischio tipico di mercato in virtù di vantaggi ad essa accordati in via diretta dalla stessa amministrazione.

In tale prospettiva, secondo le Sezioni Unite, l'elemento che appare veramente qualificante e decisivo al fine di ritenere un soggetto tenuto al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale (e, in virtù del richiamo operato dell'art. 244, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, alla attribuzione alla giurisdizione del g.a. delle relative controversie) è appunto rappresentato dal fatto che tale soggetto operi in regime di sottrazione dal mercato o di privilegio legato al riconoscimento di vantaggi esclusivi che non sono previsti a favore degli altri concorrenti.

Del resto è proprio questa la situazione presa in considerazione dalla ricordata previsione normativa – l'art. 32, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006, che ricollega l'obbligo di gara gravante su società miste locali che gestiscono servizi pubblici in forza di un atto di affidamento diretto ed in regime di privativa – non tanto a considerazioni legate alla natura soggettiva di tali soggetti (e alla conseguente possibilità di ricondurre le stesse a taluna delle figure soggettive qualificate dalla disciplina in tema di pubblici appalti come amministrazioni aggiudicatrici), quanto piuttosto al dato oggettivo rappresentato dalla posizione di privilegio nel mercato acquisita dalle stesse in forza dell'affidamento stesso da parte della P.A. e al fatto di avere ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi *”non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza”*.