

GLORIA SDANGANELLI

Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Torino
gloria.sdanganelli@live.it

**LA FONDAZIONE TEATRALE COME ORGANISMO
DI DIRITTO PUBBLICO TRA REGIME NAZIONALE E
EUROPEO**

**THEATRICAL FOUNDATION AS A PUBLIC LAW ORGANISM
BETWEEN NATIONAL AND EUROPEAN REGIME**

SINTESI

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2018, n. 858, offre una lettura più ampia delle nozioni di autorità aggiudicatrice e di organismo di diritto pubblico previste dalla normativa europea sugli appalti pubblici. Secondo il Consiglio di Stato, se il soddisfacimento di esigenze di interesse generale costituisce lo scopo di un'entità dotata di personalità giuridica e interamente posseduta o soggetta al controllo di un'autorità pubblica, questa va considerata come organismo di diritto pubblico con conseguente applicazione delle norme sugli appalti pubblici, nonostante quell'entità – per esempio, una società – operi in normali condizioni di mercato, sia a scopo di lucro e sostenga le perdite associate all'esercizio della sua attività. La logica alla base della disciplina europea sugli appalti pubblici risiede nell'esigenza salvaguardare il libero scambio tramite l'imposizione di norme giuridiche agli enti che siano espressione di un indirizzo politico. Tuttavia, si potrebbe sostenere che il fattore decisivo nel determinare se una società sia privata o governata dal diritto pubblico risieda nelle modalità di svolgimento della propria attività; se alle stesse condizioni di qualsiasi concorrente privato, ovvero con un profitto derivante dall'uso delle proprie risorse in vantaggio competitivo rispetto agli altri operatori privati.

ABSTRACT

Council of State Decision No. 858 of 12 February 2018 deals with a broader reading of the notions of awarding authority and public law organism under European public procurement regulation. According to the Council of State, if meeting general interest needs is the purpose of an entity that has a legal personality and is wholly owned or subject to the control of a public authority, the company must be considered governed by public law. In this case, the rules on public procurement apply even if the company operates in normal market conditions, is for profit, and bears the losses associated with carrying on its business. The rationale behind the European regulation is to safeguard the free

trade principle among entities which may be seen as an expression of politics. Whereas, on the opposite, the factor in determining if a company is private or governed by public law should be precisely whether the entity operates under the same conditions as any private competitors, or, conversely, has advantages compared to private sector counterparts and, consequently, uses its resources in a way which might be anti-competitive.

PAROLE CHIAVE: Organismo di diritto pubblico, contratti pubblici, amministrazioni aggiudicatrici; concorrenza e libero mercato, perseguimento d'interessi di ordine generale.

KEYWORDS: Public law organism, public contracts, awarding authorities, free trade and competition, pursuit of general interest needs.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il caso Fondazione Teatri di Reggio Emilia. Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2018 n. 858. – 2.1. I contratti di diritto pubblico nel mercato concorrenziale europeo. – 2.2. Regime di libero mercato e perseguimento di interessi d'ordine generale. – 3. Profili critici.

1. Premessa.

Il Consiglio di Stato torna a confrontarsi con il fenomeno – tratteggiato nella sua oggettività da una consolidata legislazione europea¹ – dell'organismo di diritto pubblico, con un'interessante sentenza che ne estende il perimetro applicativo agli enti di diritto privato, come le fondazioni, esercenti attività d'impresa. I punti affrontati nella decisione risentono della lunga evoluzione dell'istituto, caratterizzato da una prima fase in cui i destinatari del diritto comunitario degli appalti pubblici erano individuati nella Direttiva n. 71/305/CEE in un elenco chiuso, poi divenuto, nella prassi, uno strumento a maglie larghe in quanto una pluralità di enti privati, ma sostanzialmente pubblici sotto l'aspetto funzionale, ne avevano di fatto vanificato l'applicazione.

Per prevenire l'elusione della disciplina comunitaria da parte di enti morfologicamente ibridi, è intervenuto il legislatore con la Direttiva n. 89/440/CEE, modificata dalla Direttiva n. 93/37/CEE, che ha istituito la figura dell'organismo di diritto pubblico con l'obiettivo di superare il criterio meramente classificatorio e tassativo degli elenchi, inadeguati, nella loro portata previsionale, a estendere l'applicazione della stringente normativa comunitaria². Il legislatore comunitario

¹ La Direttiva n. 89/440/CEE, modificata dalla Direttiva n. 93/37/CEE ha individuato gli «organismi di diritto pubblico», accomunati dalla presenza di tre fattori: la personalità giuridica; l'attività «*finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*»; gli scopi di interesse generale, privi di carattere industriale o commerciale.

² T.A.R. Aosta, 15 novembre 2007, n. 140, in *Giur. merito*, 5, 2008, 1450 ss., con nota di L. NANIA, che annota l'evoluzione storica della legislazione comunitaria caratterizzata, in una

ha, in tal modo, inseguito il bisogno di porre riparo all'incertezza determinata da una fonte verso cui si riscontravano, sin dal suo esordio, «*aspetti di minor durata e quindi maggiore labilità*»³.

La soluzione della sentenza annotata, favorevole ad estendere il perimetro dei soggetti pubblici *stricto sensu*, sembra non tener conto di un certo numero di decisioni del giudice europeo tutte ordinate a negare la qualifica di organismo di diritto pubblico a quei soggetti che operano in normali condizioni di mercato, perseguono scopi di lucro e subiscono perdite connesse all'esercizio delle varie attività (su cui *infra*, § 3). Ciò, sebbene il requisito funzionale richiesto dall'art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 osti a un'interpretazione dell'organismo di diritto pubblico sganciata dall'elemento concorrenziale. Eliminato ogni riferimento al mercato, la decisione sembra piuttosto suggerire, con motivazione stilisticamente sobria e a tratti sbrigativa, che è la cura degli interessi generali a costituire l'elemento qualificante ed ineliminabile del soggetto pubblico, giustificando l'estensione della disciplina speciale a soggetti operanti *iure privatorum* ma cui si riconosce l'esercizio di compiti di spiccata valenza pubblicistica⁴.

La soluzione prescelta soffre, in tal modo, il limite di sacrificare le esigenze di certezza del diritto e di legalità nel difficile tentativo di superare gli inconvenienti di una definizione di tipo "chiuso" di persona giuridica di diritto pubblico⁵.

2. Il caso Fondazione Teatri di Reggio Emilia. Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2018 n. 858.

La questione trae origine dalla gara indetta dalla Fondazione "I Teatri" di Reggio Emilia per l'affidamento del servizio di assistenza al pubblico presso il Teatro Municipale "Romolo Valli", il Teatro "Ariosto" ed il Teatro "Cavallerizza" di Reggio Emilia. A fronte della controversia sorta in relazione a detto appalto, il giudice di primo grado aveva ritenuto infondata l'eccezione di giuri-

prima fase, da un'eccessiva fiducia verso gli enti «*controllati dallo Stato o da enti territoriali e diretti al soddisfacimento di esigenze di rilevanza pubblicistica*» che, nella realtà, si sottraevano al rigore della nascente legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici.

³ Va richiamato il vivido pensiero di F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 40-41.

⁴ L'evoluzione dei rapporti tra pubblico e privato, se da un lato non può negare l'ingresso di strumenti tipici del diritto privato – caratterizzati da una logica paritaria in cui si annulla ogni componente autoritativa –, al tempo stesso non deve far pensare ad una ipotesi di «*eutanasia del diritto amministrativo*». Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 7. L'impiego degli strumenti del diritto privato, previsto dall'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, non persegue, infatti, lo scopo di fuggire il principio di legalità, ma, al contrario, può essere impiegato efficacemente dall'amministrazione come modello strumentale e collaborativo per conseguire una finalità di pubblico interesse.

⁵ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 12, pp. 3827 ss.

sdizione sollevata dalla fondazione che sosteneva di essere esclusa dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici. Le conclusioni del Tribunale sono reiterate dal Consiglio di Stato con sentenza che dà conto delle più rilevanti questioni che si agitano intorno alla definizione di organismo di diritto pubblico nello specifico ambito occupato dalle fondazioni teatrali⁶.

La difesa degli appellanti ha profilato l'esclusione della fondazione dal novero degli organismi di diritto pubblico sulla base dei rilievi per cui: *a*) essa opera nell'ambito di un mercato in una posizione di concorrenza con operatori, pubblici e privati; *b*) non riceve finanziamenti pubblici bensì solo contributi con destinazione di pubblico spettacolo, ottenuti, tra gli altri, tramite capacità di venderlo adeguatamente sul mercato, alle medesime condizioni di un operatore privato; *c*) le eventuali perdite subite dall'ente non sono ripianate mediante interventi finanziari di soci pubblici; *d*) la fondazione è tenuta statutariamente al rispetto del vincolo di bilancio; *e*) la gestione si fonda su criteri di rendimento, efficacia e redditività, ciò che implica l'esposizione ad un rischio di impresa; *f*) gli obiettivi della fondazione sono rivolti alla produzione di servizi destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, con una caratterizzazione marcatamente commerciale.

Il Consiglio di Stato, non condividendo l'impianto difensivo degli appellanti, ha confermato il difetto di giurisdizione dichiarato in primo grado sulla base di interessanti – anche se non sempre convincenti – considerazioni volte a ravvisare il perseguimento di interessi di carattere generale attraverso un'indagine incentrata non già sulla *natura* del bene o servizio offerto, ma, precisamente, su quella del *bisogno* soddisfatto.

2.1. I contratti di diritto pubblico nel mercato concorrenziale europeo.

L'esegesi della decisione richiede due preliminari considerazioni. L'una, preparatoria alle successive annotazioni, sul ruolo che i contratti pubblici svolgono nel regime concorrenziale europeo; l'altra, sul percorso ricostruttivo registrato negli ultimi decenni intorno alla fattispecie dell'organismo di diritto pub-

⁶ La pronuncia in questione segue due altre recenti decisioni del Consiglio di Stato che sono intervenute sul binomio fondazione teatrale-organismo di diritto pubblico. Si tratta, in particolare, di Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2017, n. 5031 (caso Fondazione Arena di Verona) nonché di Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2017, n. 5026 (caso Fondazione Teatro San Carlo di Napoli). Rispetto al caso di specie, nelle richiamate decisioni il riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico è impiegata dal giudice amministrativo non già per giustificare l'applicazione delle regole delle gare ad evidenza pubblica, ma per confermare che le fondazioni, in quanto pubbliche amministrazioni, sono tenute a rispettare le previsioni di razionalizzazione della spesa pubblica previste dal d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012 n. 135 (cd. «*Spending review*»).

blico e sulle configurazioni che ne hanno variamente dato la dottrina e la giurisprudenza nazionale e europea.

Sotto il primo aspetto è appena da rammentare come il processo d'integrazione europea, reso possibile attraverso fenomeni di trapianti giuridici e da un'accentuata circolarità dei modelli istituzionali, abbia contribuito alla formazione di uno *ius commune europaeum*⁷ proprio nell'ambito della regolamentazione della libertà di stabilimento⁸ e dell'accesso al mercato degli operatori economici. Non è escluso il settore degli appalti pubblici, in cui la tutela della concorrenza, declinata nella regola della concorsualità, costituisce il limite esterno dell'autonomia negoziale dell'amministrazione per conseguire il bilanciamento dell'interesse del mercato (*par condicio* fra gli operatori) e dell'efficiente allocazione di risorse pubbliche⁹.

Il soggetto pubblico può influenzare il mercato sia quale produttore, tramite proprie imprese, di servizi e beni in un regime particolare, sia come

⁷ L'espressione è di L. SOVERINO, *Integrazione europea e organismo di diritto pubblico: il contributo anglosassone al requisito della personalità giuridica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 3-4, p. 567. Secondo M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 2, p. 301, l'integrazione europea e lo sviluppo delle politiche comunitarie, dapprima delimitate e poi sempre più ampie, consentirebbero, secondo il metodo funzionalista, di definire l'attuale sistema comunitario europeo come un ordinamento prevalentemente a diritto amministrativo. Per un'ampia disamina sul concetto di diritto amministrativo europeo si vedano, su tutti, S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 11 ss., in cui si chiarisce che il principale effetto del processo di integrazione fra diritto europeo e diritto nazionale è che «i sistemi nazionali pur se non obbligati, saranno portati a darsi degli ordinamenti simili a quello superiore», onde i regimi nazionali, una volta stabilito un minimo comun denominatore, «potranno più facilmente trapiantare istituti propri di altri ordinamenti amministrativi nazionali». Cfr. altresì, dello stesso A.: *An European Administrative Justice*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2017, p. 1319, che si sofferma sull'esigenza di un più incisivo *judicial dialogue* nell'ambito di un sistema giudiziario europeo a diritto amministrativo fino a domandarsi «How can shared sovereignty and judicial independence be combined? In the end, will fundamental rights be safeguarded more, or will they be safeguarded less?». Sullo stesso tema si vedano ampiamente J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, pp. 3 ss. nonché M.P. CHITI, *I signori del diritto amministrativo comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pp. 741 ss.; e in seguito ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 105 ss.; cfr. altresì A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 3-4, pp. 859 ss.

⁸ La libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE, a sua volta basata sul principio di parità di trattamento, garantisce nel territorio di ciascun Stato membro l'accesso alle attività economiche e al loro esercizio vietando, per converso, le misure nazionali che avrebbero l'effetto di rendere l'accesso al mercato meno attraente e più difficoltoso per gli operatori stranieri. Sul tema, in generale, si vedano M. CODINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 159 ss.; D. DIVERIO, *Art. 49 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. POCAR, M.C. BARUFFI, Padova, Cedam, 2014, pp. 350 ss.

⁹ E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 5, p. 1115.

operatore economico che detiene una quota assai rilevante di domanda dei medesimi servizi e beni¹⁰, il cui valore elevatissimo è in grado di incidere sulle politiche di spesa pubblica. Il rapporto privilegiato tra amministrazione e mercato si lascia, così, contestualizzare nel nutrito dibattito della commistione tra diritto pubblico e privato¹¹ che connota i moderni sistemi del diritto amministrativo, e segnatamente, il settore dei contratti pubblici¹². A differenza del diritto dei privati, che si disinteressa – di regola e salvo i correttivi imposti dall'applicazione principio di buona fede¹³ – al modo di formazione della vo-

¹⁰ A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, Plus, 2011, p. 36. Per un'ampia disamina della casistica e delle modalità con cui l'Autorità pubblica può condizionare il funzionamento dei mercati, con effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive di quest'ultimi, cfr. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, 2015, p. 19, in cui l'A. osserva come le strategie di acquisto delle pubbliche amministrazioni, considerate come attori che operano principalmente dal lato della domanda in molti mercati, se efficienti, siano idonee a determinare l'effetto complessivo di favorire il successo sul mercato delle imprese migliori. Se viceversa il processo di selezione è distorto da fenomeni corruttivi o da altri tipi di conflitti di interesse, «l'effetto è quello di concorrere al successo sul mercato di imprese capaci di sfruttare a proprio favore le procedure di gara piuttosto che di fornire prestazioni ottimali».

¹¹ Sul rapporto dicotomico tra pubblico e privato non può che rinviarsi al pensiero di N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in AA.VV. *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1974, pp. 2287-2200. L'A. muove dalla considerazione che le categorie pubblico/privato rappresentano una «coppia dicotomica», una «grande dicotomia» che consentono di «dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive, nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano nessuno escluso, e reciprocamente esclusive, nel senso che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda». L'A. osserva che in una visione storica oltre che sistemica, diritto privato e diritto pubblico figurano non già come le due parti del sistema giuridico, ma «come i due momenti dell'evoluzione del diritto, come due fasi del diritto considerato nel suo processo». Ciò è particolarmente visibile nel solco della c.d. tendenza alla privatizzazione – e per converso alla pubblicizzazione – che porta a definire «un momento prevalentemente privatistico e di un momento prevalentemente pubblicistico del diritto». La tendenza universalizzante della prima categoria sulla seconda – e viceversa – risulta, così, nell'affermazione che «il vero diritto è uno solo». Tali notazioni vanno recuperate nella loro attualità perché idonee a descrivere l'evoluzione dell'azione dei pubblici poteri a seconda che si adotti la visuale della concezione “privatistica” o “pubblicistica” dei rapporti di diritto. Invero, secondo la prima, i rapporti di diritto pubblico «vengono espulsi dalla sfera giuridica come rapporti di potere o di forza, che si sottraggono in quanto tali alle regole valide per i rapporti di diritto privato». Al contrario, in una concezione pubblicistica, «i rapporti di diritto privato vengono estromessi come rapporti di mera convenienza o di opportunità, come rapporti sociali generici non protetti dal sistema normativo statale. Nella prima concezione il diritto pubblico viene sospinto nella sfera dell'extra-giuridico; nella seconda, il diritto privato viene relegato nella sfera del pre-giuridico».

¹² Com'è noto, mentre la fase esecutiva del contratto è attratta dal diritto comune e si esplica in atti di natura non autoritativa risistemati, in senso dogmatico, nell'art. 1, comma 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, la formazione progressiva del contratto segue un regime tipico dovuto alla natura pubblicistica di uno dei soggetti contraenti.

¹³ La buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) costituisce, precisamente, il rimedio offerto dall'ordinamento a tutela della libertà negoziale, imponendo obblighi attivi di protezione e di informazione finalizzati a salvaguardare il reciproco interesse delle parti a non subire coartazioni e inganni nella fase antecedente alla conclusione del contratto. Tali obblighi positivi di condotta, che secondo la Relazione ministeriale al codice civile richiamano «nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il

lontà dei contraenti, la disciplina sugli appalti pubblici ha lo scopo di compensare le debolezze dell'amministrazione come attore economico, procedimentalizzando il momento formativo della volontà negoziale e delimitando, in tal modo, il rischio di far valere ragioni diverse dall'interesse pubblico¹⁴.

Le esigenze di massima apertura concorrenziale, assommate agli inconvenienti di una definizione di tipo "chiuso" di persona giuridica di diritto pubblico¹⁵, determinano una tendenziale espansione dei soggetti – formalmente privatistici ma sostanzialmente di matrice pubblicistica – tenuti ad applicare la disciplina sostanziale delle amministrazioni pubbliche.

2.2. Regime di libero mercato e perseguimento di interessi d'ordine generale.

Quella che è stata definita la "fuga" nel diritto privato¹⁶, vale a dire la propensione ad "abolire" il soggetto pubblico per usufruire dell'autonomia negoziale propria dei soggetti di diritto privato¹⁷, ha subito una battuta d'arresto a causa della soverchiante incidenza del diritto europeo, imponendo «l'applicazione del modello di evidenza pubblica ben oltre il tradizionale limite soggettivo dei contratti stipulati dagli enti pubblici»¹⁸.

*giusto riguardo all'interesse del creditore», vanno intesi in senso oggettivo come espressione del dovere di solidarietà, costituzionalmente garantito, imponendo a ciascuna delle parti contraenti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge. Sul tema sia appena consentito il doveroso rinvio a V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, Cedam, 1969, *passim*; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, Cedam, 1977, *passim*; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988; R. SACCO, *La buona fede nella fase precontrattuale*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*.*

¹⁴ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., pp. 7 ss.

¹⁵ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 12, pp. 3827 ss.

¹⁶ L'espressione è tratta da F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 649. Il grimaldello degli strumenti giuridici di diritto privato al fine di superare il principio di legalità è stato impiegato nel settore pubblico fino a che l'ordinamento nazionale è entrato in collisione con quello comunitario, «il quale ha tipizzato e reso obbligatorio il procedimento negoziale degli organismi di diritto pubblico, cioè delle persone giuridiche formalmente di diritto privato riconducibili a pubbliche amministrazioni attraverso indici di identificazione».

¹⁷ A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i "social impacts bonds"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, p. 69, chiarisce, peraltro, con una certa prudenza, che tale caratteristica «non deve essere assunta solo come il limite dell'uso del contratto nei rapporti con e della Pubblica Amministrazione» ma, più precisamente che la stessa sia impiegata come il vero criterio ordinatore di alcuni di essi.

¹⁸ Cons. Stato, Sez V, 1 aprile 2000, n. 2078, in *Urb. app.*, 2000, pp. 528 ss., con nota di F. CARINGELLA.

La tutela della concorrenza è stata conseguita dal legislatore europeo ricavando una categoria di «*amministrazioni aggiudicatrici*» inclusiva di enti che, per il diritto interno, non sono – soggettivamente – pubbliche amministrazioni. In particolare, il passaggio da una nozione formale ad una funzionale¹⁹ di amministrazione aggiudicatrice è espresso nei tre requisiti richiesti – cumulativamente²⁰ – dalla normativa comunitaria nei termini recepiti dall’art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). Si tratta, in particolare di:

a) finalizzazione istituzionale al soddisfacimento di specifiche «*esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale*» (cd. requisito teleologico);

b) possesso di personalità giuridica, anche di natura privata (cd. requisito soggettivo);

c) attività finanziata in percentuale maggioritaria «*dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*» o, in alternativa, «*la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri, dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali, o da altri organismi di diritto pubblico*» (cd. requisito oggettivo).

L’interpretazione del requisito soggettivo non solleva questioni particolarmente insidiose. L’acquisto di personalità giuridica è presupposto della stessa capacità di essere parte di un contratto per la prestazione di servizi o di beni all’amministrazione. La quasi totalità degli enti qualificati quali organismi di diritto

¹⁹ Il Giudice del Lussemburgo ha più volte ribadito la necessità di attribuire alla nozione di organismo di diritto pubblico una caratterizzazione di tipo funzionale, e ciò alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive sugli appalti pubblici. Cfr. in particolare, Corte giustizia UE, 5 ottobre 2017, causa C-567/15, *UAB LitSpecMet c. UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas*, § 31; 15 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, § 53. La Corte ha anche precisato che, rispetto a tale duplice scopo, la nozione di organismo di diritto pubblico debba essere interpretata estensivamente. Cfr. Corte giustizia CE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, § 43.

²⁰ Sul carattere cumulativo di detti requisiti, salvo il carattere alternativo di quelli di cui al punto c), v. Cass., Sez. un., 7 aprile 2010 n. 8225, nonché Corte giustizia CE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e altri contro. Strobal Rotationsdruck GesmbH*. Di recente: Corte giustizia UE, 5 ottobre 2017, causa C-567/15, *UAB LitSpecMet c. UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas*, § 30, ove si chiarisce che «*le condizioni enunciate da tale articolo hanno carattere cumulativo, di modo che, in assenza di una sola di tali condizioni, un organismo non può essere considerato “organismo di diritto pubblico” e, pertanto, amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/18*».

to pubblico sono società di capitali, dotati, pertanto, di personalità giuridica²¹ secondo le regole di diritto comune. Maggiori dubbi emergono, invece, dall'interpretazione dei requisiti teleologico e oggettivo.

Nel primo caso vale la pena notare come la norma richieda *contestualmente* sia la sussistenza di un requisito positivo (il perseguimento di un interesse generale) sia di un requisito negativo (l'assenza del carattere industriale o commerciale delle esigenze generali perseguite dall'ente). Nella ricerca degli indici di pubblicità dell'ente, la giurisprudenza della Corte di giustizia appare orientata a rinvenire il carattere industriale o commerciale – e perciò a escludere la natura di organismo di diritto pubblico – in quei bisogni che si ritiene possano essere soddisfatti da altri operatori presenti sul mercato²². Non è amministrazione aggiudicatrice ai sensi della disciplina europea, pertanto, il soggetto che opera in un contesto concorrenziale sopportando totalmente il rischio economico d'impresa²³. Per converso, la mancata esposizione alla concorrenza, assieme alla irrinunciabilità del servizio svolto e l'obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell'ente di riferimento, valgono a considerare l'ente quale organismo di diritto pubblico. Il discrimine si basa sull'assunto che, in presenza di tali indici, l'ente o la società po-

²¹ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., p. 3827.

²² Corte giustizia CE, 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e 260/99, *Soc. Agorà c. Ente autonomo Fiera internazionale di Milano*. Sul punto cfr. ampiamente *infra*, § 3.

²³ Tale precisazione appare dirimente nel differenziare le figure, apparentemente affini, dell'impresa pubblica e dell'organismo di diritto pubblico. La dottrina più acuta (G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto primo (nota a Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, n. 44)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 3-4, pp. 733 ss.) aveva già rappresentato le insidie derivanti dall'utilizzo in forma sovrapponibile dei due istituti, a meno che – si suggeriva – tale distinzione non fosse collegata ad un *discrimen* tra “imprese vere” e “imprese false”, con sostanziale conferma della separazione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica, sia pur basata su connotazioni sostanzialistiche non prive di opinabilità e di implicazioni discutibili. Invero, sin dalla Direttiva n. 93/38 sugli appalti dei settori “ex esclusi”, le due fattispecie appaiono ben distinte, e non del tutto sovrapponibili tra loro. Anche la giurisprudenza (v. T.A.R. Lazio – Roma, sez. II-ter, 18 febbraio 2013, n. 1778) ha introdotto un criterio discrezionale che appare di agevole comprensione e applicazione. La differenza sostanziale tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico non riposa nel modello organizzativo adottato, ma nella circostanza che l'impresa pubblica è esposta alla concorrenza, gestisce servizi rinunciabili da parte dell'ente di riferimento, subisce o può subire perdite commerciali. Al contrario, l'organismo di diritto pubblico è caratterizzato dalla mancata esposizione alla concorrenza, dalla irrinunciabilità del servizio e dal conseguente obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell'ente di riferimento. Per un approfondimento dottrinale sulla distinzione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica, si rinvia ai pregevoli contributi della raccolta a cura di M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 79 ss. Per la giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930, in *Foro amm. (II)*, 2017, 12, 2393 ss., in cui si nega la qualificazione di organismo di diritto pubblico ad una società aeroportuale a capitale prevalentemente pubblico, ricavandone, invece, la natura di impresa pubblica ai sensi della lettera *f*) dell'art. 3 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, mancando l'elemento teleologico consistente nella sua istituzione «per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale».

trebbe lasciarsi guidare, nell'aggiudicazione dei suoi appalti, da considerazioni diverse da quelle economiche²⁴, sacrificando le esigenze concorrenziali che costituiscono il nucleo forte dei diritti tutelati dai Trattati europei²⁵.

Nel dibattito che si agita intorno alle questioni esaminate non può prescindere, in ogni caso, dalla nota sentenza della Corte di giustizia resa nel caso Taitotalo²⁶ che, valorizzando i profili funzionali²⁷ dell'organismo di diritto pubblico, ne ha fornito un decisivo chiarimento in ordine al profilo definitorio. Secondo il giudice europeo, il riconoscimento del carattere commerciale o industriale dell'attività dall'ente va ricercato nella sua presenza all'interno del mercato competitivo, anche tenendo conto dell'eventuale ricerca di un profitto economico.

Ben diversamente si muove una recente decisione della Corte di giustizia²⁸ (caso LitSpecMet) nel solco di un'interpretazione estensiva offerta da risa-

²⁴ Corte giustizia CE, 10 aprile 2008, causa C-393/06, *ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*.

²⁵ M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Federalismi.it*, 6/2008, spiega la nascita della figura dell'organismo di diritto pubblico come risposta all'esigenza di coprire le situazioni di diritto interno caratterizzate da privatizzazioni formali senza liberalizzazione dei relativi mercati. Esulerebbero, pertanto, sia le situazioni di «*privatizzazione sostanziale*», cioè caratterizzate dal venir meno della proprietà pubblica, sia quelle caratterizzate dal permanere della proprietà pubblica di un'azienda, ma in condizioni di mercato effettivamente liberalizzate.

²⁶ Corte giustizia CE, 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Arkkitehtuutoimisto Riitta Korbonen Oy, Arkkitehtuutoimisto Pentti Toivanen Oy e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c. Varhkauden Taitotalo Oy*, con il commento di L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 9, pp. 2498 ss. L'interpretazione funzionalista della nozione di organismo di diritto pubblico, volta ad attrarre nel perimetro del principio di legalità anche soggetti formalmente privatistici ma sostanzialmente di matrice pubblicistica alle regole sui contratti pubblici, sconta il limite di assicurare l'uniformità e la certezza del diritto. Infatti, «*i confini della nozione e del relativo obbligo di dar corso a procedure ad evidenza pubblica restano legati ad una valutazione opinabile*». Per altro verso, l'impiego dell'istituto in esame, richiedendo uno sforzo interpretativo sul profilo dell'attività, «*non risolve il problema della natura dei soggetti che svolgono sia attività che influiscono sulla concorrenza intracomunitaria ed altre, invece, irrilevanti a quel fine*».

²⁷ Per un'ampia disamina dell'approccio funzionalista si rinvia a M.P. CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 137 ss.; G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. trim. app.*, 1997, p. 505; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1, p. 51; F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 79 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 12, 3827 ss.; R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 155 ss.

²⁸ Corte giustizia UE, 5 ottobre 2017, causa C-567/15, *UAB LitSpecMet c. UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas*.

lenti – e apparentemente superate – decisioni dei giudici europei in materia²⁹, alle quali non è estranea la decisione in commento. Secondo il giudice europeo, lo scopo di lucro e le perdite d'esercizio, anche se associati all'esistenza di una concorrenza articolata non escludono, di per sé, la sussistenza di interesse generale che caratterizzi l'organismo nel perimetro del diritto pubblico. Con un passaggio argomentativo che consente di mantenere l'impronta pubblicistica dell'ente purché questi «*si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche*», il giudice europeo sembra, così, alludere a un controllo giudiziale sulla *governance* della società.

Anche per la giurisprudenza nazionale – seppur con risultati eterogenei (*infra*, § 3) – il posizionamento nel mercato assume un ruolo determinante al fine di ritenere integrato o meno il requisito teleologico della nozione di organismo di diritto pubblico³⁰.

Ulteriori aspetti problematici sono stati calamitati dal perimetro applicativo del requisito (oggettivo) richiesto dall'art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163/2006, che si declina nelle tre ipotesi alternative di influenza pubblica dominante (finanziamento maggioritario; nomina della maggioranza dei componenti negli organi esecutivi; controllo sulla gestione dell'ente). Tali indici fanno presumere che la decisione dell'ente non sia scindibile dalla volontà di un organismo già qualificato come amministrazione; ciò rende probabile, in considerazione dell'influenza determinante del soggetto pubblico, che anche l'organismo che la subisce sarà portato a svolgere la propria attività con logiche diverse da quelle

²⁹ Tale orientamento aveva trovato compiuta espressione con le sentenze della Corte giustizia CE, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*, e 10 novembre 1996, C-360/96, *BFI Holding*. In entrambe le decisioni i giudici europei curano di precisare – con evidente preoccupazione per l'elusione delle norme sull'evidenza pubblica e coerentemente con l'intenzione del legislatore storico – che affinché un ente sia qualificato come organismo di diritto pubblico non occorre che l'attività volta alla soddisfazione di bisogni di carattere non industriale o commerciale abbia carattere prevalente; né che la presenza di un mercato concorrenziale di imprese private possa di per sé rappresentare una ragione sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato sia qualificato come organismo di diritto pubblico.

³⁰ Cass., Sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225, in *Giust. civ.*, 7-8, 2010, p. 1640, con nota di A. LAMORGESE. Nel caso di specie, la Corte ha cassato la sentenza del Consiglio di Stato che aveva affermato la propria giurisdizione, anziché quella del giudice ordinario, in una controversia relativa all'esclusione da una gara indetta da una società consortile (nella specie, Centro agroalimentare di Napoli) sul presupposto che tale ente, avendo ad oggetto statutario la costruzione e gestione di mercati agroalimentari, fosse tenuta in quanto organismo di diritto pubblico a seguire il procedimento ad evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti. Le conclusioni cui perviene la Corte si fondano, coerentemente all'indirizzo dei giudici europei, sul rilievo che l'ente, svolgendo attività in regime di concorrenza e sopportando direttamente i rischi economici connessi alle attività previste dall'oggetto sociale, sia privo del carattere pubblicistico e soggiaccia, pertanto, alla giurisdizione del giudice ordinario.

di un operatore privato³¹. La nozione di influenza dominante presuppone, del resto, uno stretto legame (che andrà minuziosamente provato) dell'ente o della società al potere pubblico, tale che quest'ultimo possa incidere dall'esterno – e non semplicemente mediante il normale funzionamento dei meccanismi societari – sulle attività realizzate dal primo, sì da garantirne la coerenza rispetto alle finalità pubbliche perseguite.

L'influenza dominante derivante dal finanziamento «*dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*» non include l'ipotesi di mero corrispettivo, laddove, al contrario, non v'è nesso di sinallagmatica tra la prestazione svolta e il beneficio economico eventualmente percepito dall'ente o dalla società. In aggiunta, la norma richiede che il finanziamento sia “maggioritario”; ciò lascia intendere che i finanziamenti provenienti dal soggetto pubblico dovranno essere superiori alla metà delle entrate complessive dell'ente di riferimento³². Quanto al potere di nomina, questo può costituire il riflesso sia di una partecipazione sociale maggioritaria, sia derivare da una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, o ancora in poteri speciali attribuiti dalla legge, dagli atti sociali, o ancora da patti parasociali stipulati «*al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società*» (art. 2341-bis, comma 1, c.c.).

L'ultima tra le forme di influenza pubblica dominante³³ – il controllo sulla gestione – potrebbe, a ben vedere, suscitare una certa affinità semantica tra l'organismo di diritto pubblico e le società *in house*.

Il fenomeno dell'*in house providing*, familiare sia all'esperienza comunitaria che a quella italiana, si verifica, com'è noto, qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda affidare servizi ad un soggetto nei confronti del quale «*esercita un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi*» e contestualmente, quest'ultimo «*realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti*

³¹ Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930, in *Foro Amm.* (II), 2017, 12, pp. 2393 ss., in cui si nega la qualifica di organismo di diritto pubblico ad una società aeroportuale a capitale prevalentemente pubblico, ricavandone, invece, la natura di impresa pubblica ai sensi della lettera t) dell'art. 3 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, mancando l'elemento teleologico consistente nella sua istituzione «*per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*».

³² Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2017, n. 5031, in *Guida dir.*, 2018, 1, p. 84, con nota di A. MASARACCHIA.

³³ La casistica giurisprudenziale ha impiegato, del resto, la nozione di controllo prevalente ai sensi dell'art. 3, cit., nel definire «*organismi di diritto pubblico*» figure soggettive anche molto diverse fra loro, come la Fondazione Ca' d'Industria (Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2843); la Fondazione La Biennale di Venezia (Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362), le Autorità Portuali (Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6146), gli Aeroporti di Milano Linate e Malpensa (Cons. Stato, Sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934) e gli Aeroporti di Roma (Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026).

*locali che lo controllano»*³⁴. La medesimezza del meccanismo gestorio tra il soggetto pubblico e la società *in house* rende superfluo, per il diritto comunitario, il ricorso alle regole sui contratti pubblici. Da qui il rilievo secondo cui riconoscere all'ente natura pubblicistica o di affidataria *in house* potrebbe significare, di fatto, sottoporlo o, all'opposto, esentarlo, dall'applicazione delle norme concorrenziali ad evidenza pubblica³⁵. L'intervento chiarificatore della Corte di giustizia³⁶, che ha ammesso l'affidamento *in house* solo per il caso di soggetti con *totale* partecipazione pubblica, comprova come vi sia soluzione di continuità tra le due figure dell'*in house providing* e dell'organismo di diritto pubblico. Ciò, sia in quanto sia i due requisiti del controllo analogo e della prevalenza dell'attività a favore dell'ente affidante sussistono certamente per l'*in house* – anzi, ne rappresentano il tratto distintivo – ma non anche per l'organismo di diritto pubblico, sia per la diversa *ratio* che sorregge i due istituti. La nozione di organismo di diritto pubblico si limita ad ampliare l'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici a soggetti fondamentalmente privati, in considerazione dell'influenza proprietaria e del controllo su di essi esercitato da uno o più soggetti pubblici. Nell'*in house*, invece, tale disciplina subisce una deroga per quegli enti privati a partecipazione pubblica totalitaria che operano come *longa manus* dell'amministrazione al quale sono legati, per effetto di un controllo analogo a quello che la prima e è in grado di esercitare sulle proprie strutture.

3. Profili critici.

Tale ricostruzione interessa il nostro discorso, dato che, per la decisione in commento, la fondazione culturale è un organismo di diritto pubblico che presenta elementi del regime amministrativo che seguono generalmente gli enti pubblici. Ciò suscita subito due ordini di considerazioni. Il primo, sul tema del rispetto del vincolo di bilancio come indice di imprenditorialità dell'ente; il secondo, sulla compatibilità tra la sua dimensione concorrenziale e il perseguimento di finalità non imprenditoriali.

³⁴ Per un inquadramento sulla figura dell'*in house providing* è utile guardare allo spunto ricostruttivo fornito da Corte giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal Srl c. il Comune di Viano e la Società per il Consorzio Gas-Acqua (AGAC) di Reggio Emilia*.

³⁵ Non sfugge che i criteri di qualificazione dell'*in house providing* appaiono ben più stringenti rispetto ai requisiti richiesti per l'organismo di diritto pubblico, ciò che agevola l'interprete nel valutare correttamente i rapporti intercorrenti tra i due istituti considerati. Sul punto cfr. L. VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 4, pp. 739 ss.

³⁶ Corte giustizia CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lohchau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

Il vincolo di bilancio, impresso statutariamente alla fondazione come regola di condotta per accreditarsi nel mercato dei servizi teatrali, non è, per il Consiglio di Stato, «*sintomo della natura del tutto privata di una persona giuridica*». È un tratto della motivazione non del tutto persuasiva, specie nel richiamo ai «*criteri di corretta amministrazione, efficienza, economicità della gestione*» alla cui osservanza l'ente è tenuto ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90, che impone ai soggetti di diritto privato preposti a funzioni amministrative «*il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge*»³⁷.

L'argomento trattato è interessante e merita un'ulteriore riflessione. La disciplina legale delle fondazioni (artt. 14 ss. del codice civile) configura l'esercizio di un'attività commerciale come modo di realizzazione dei propri scopi statutari senza che ciò si ponga in contrasto con lo scopo non lucrativo che ne rappresenta, invece, l'elemento caratterizzante³⁸. Del resto, lo svolgimento di un'attività economica organizzata al fine della produzione o lo scambio di beni e servizi non coincide, nell'ottica dell'art. 2082 c.c., con il perseguimento di uno scopo *necessariamente* lucrativo (o di lucro c.d. soggettivo), visto

³⁷ La sentenza annotata sembra non dare sufficiente rilievo all'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90 nel solco di un atteggiamento giurisprudenziale piuttosto tiepido nella valorizzazione di tale disposizione che, invece, riserva molteplici spunti di riflessione anche per il richiamo operato nell'art. 7 del codice del processo amministrativo («*per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*»). Sul punto cfr. anche I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, pp. 542 ss.

³⁸ L'elemento finalistico c.d. *non profit* rappresenta, tradizionalmente, il fattore costitutivo della fattispecie delle fondazioni e vale a differenziarla rispetto a quello societario, per cui esso è invece dato dallo scopo di lucro, richiamato dall'art. 2247 c.c. che nel definire il contratto di società finalizza il conferimento di beni e servizi all'esercizio di attività economica in forma collettiva «*allo scopo di dividerne gli utili*». Va, tuttavia, rimarcata la distinzione tra scopo di lucro c.d. soggettivo e oggettivo, laddove con il primo si designa il momento della realizzazione dell'utile, mentre con il secondo si identifica il momento finale della distribuzione degli utili. Lo scopo perseguito dall'ente-fondazione non va, tuttavia, confuso con l'attività non economica eventualmente prescelta dal medesimo, che si pone in termini di strumentalità rispetto al primo. Sotto tale aspetto, l'ente costituito per perseguire un interesse avente natura non patrimoniale, può eleggere ad oggetto un'attività economica anche in forma imprenditoriale laddove il *discrimen* rispetto al modulo societario sarà da individuarsi nella mancata distribuzione degli utili tra i fondatori e nel loro reinvestimento nelle attività statutariamente previste. Per una disamina del rapporto fra impresa e fondazioni, sia consentito il rinvio a F. GALGANO, *sub artt. 36-38, Associazioni non riconosciute e comitati*, in *Commentario del codice civile*, a cura di V. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976, pp. 61 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 96 ss. Sul medesimo tema, anche per le implicazioni di carattere fallimentare: A. PIERRI, *Indifferenza della natura dell'attività d'impresa esercitata dalla fondazione ai fini della sua assoggettabilità al fallimento*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, pp. 1109 ss.; A. BARBA, *La normativa della fondazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, pp. 417 ss.

che l'impresa può ben collocarsi nel mercato anche conseguendo entrate per rendere praticabile la copertura dei costi con i ricavi³⁹. In tal senso, il fattore del conseguimento degli utili, se non è in grado di costituire l'indice di un fine lucrativo, costituisce purtuttavia il riflesso di una gestione efficiente ed economica in cui al profitto è assegnata una specifica destinazione, che è quella del raggiungimento degli scopi della fondazione⁴⁰. In definitiva, i requisiti di professionalità, economicità, organizzazione e produttività di cui all'art. 2082 c.c. possono certamente riferirsi a un'attività economica *lato sensu* (o di lucro c.d. oggettivo) in cui i ricavi derivanti dalla produzione di beni e servizi siano indirizzati alla copertura dei costi.

Non va tralasciato che la disciplina del pareggio di bilancio, incluso dall'art. 97 Cost. nei canoni dell'azione amministrativa⁴¹, costituisce la nuova regola contabile – in sostituzione del previgente patto di stabilità interno – mediante cui gli enti territoriali e non territoriali concorrono alla sostenibilità delle finanze, regola che per le persone giuridiche private rappresenta solo un obiettivo programmatico per attestare capacità contabile e gestione efficiente⁴². La norma costituzionale non circoscrive, in questo modo, il vincolo della sostenibilità del debito alle amministrazioni in senso formale, ma sembra estenderlo al complesso universo dei soggetti pubblici, la cui azione ed i risultati economici sono valutati in forma aggregata⁴³.

Sotto tale aspetto, non pare irragionevole la decisione del Collegio di ricorrere alla regola dell'equilibrio di bilancio come criterio interpretativo per su-

³⁹ Corte app. Venezia, 20 luglio 2015, n. 31, in *Giur. Comm.*, 2017, 1, pp. 140 ss., con nota di G. CAVALLARO.

⁴⁰ T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. II, 9 giugno 2015, n. 831, in *Foro Amm.*, (II), 2015, 6, pp. 1747 ss., che separa concettualmente l'impresa pubblica, connotata dal presupposto dello scopo di lucro, dall'organismo di diritto pubblico.

⁴¹ G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, pp. 691 ss., il quale colloca la nozione di "equilibrio" e quella di "pareggio" in una dimensione, rispettivamente, dinamica e statica. Secondo l'A., benché la norma costituzionale alluda alla figura più ampia dell'«*equilibrio del bilancio pubblico*» declinabile in termini di armonia fra entrate e spese pubbliche, il pareggio ne è una genuina proiezione richiedendo, in sede di bilancio previsionale, di rendiconto consuntivo, ovvero di variazioni ed assestamenti del bilancio operati nel corso della gestione, che la somma algebrica tra le entrate e le spese pubbliche sia pari a zero.

⁴² L'autonomia concessa dall'ordinamento alle persone giuridiche obbligate alla redazione del bilancio nell'interesse dei soci e dei terzi, impone loro l'osservanza dei criteri di chiarezza, verità e conoscenza (art. 2423, c.c.), coordinati con la prudenza, competenza e coerenza (art. 2423-bis, c.c.).

⁴³ F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 1, p. 67, che avverte come il richiamo contenuto nell'articolo 97 Cost. sia diretto ad assicurare un equilibrio dei bilanci delle pubbliche amministrazioni, implicando la necessità di un concorso dei singoli enti alla salvaguardia della stabilità finanziaria del complessivo settore pubblico.

perare le ristrettezze di una definizione «non chiara» e «non ben formulata»⁴⁴ di soggettività pubblica. Non può sfuggire che proprio enti come gli organismi pubblici e le società *in house* siano capaci di generare disequilibri di bilancio ed insostenibilità del debito tale da riflettersi immediatamente sulle amministrazioni pubbliche che ne detengono il capitale sociale. Nella visione del giudice amministrativo, dunque, l'esistenza di previsioni statutarie dirette al rispetto del vincolo di bilancio si giustifica alla luce delle predette disposizioni costituzionali, confermando la collocazione delle fondazioni tra i soggetti pubblici nel senso impiegato dalle direttive europee sugli appalti pubblici.

Sotto diverso aspetto, con un passaggio motivazionale stilisticamente sobrio e a tratti sbrigativo, la decisione sostiene che il requisito teleologico dell'organismo di diritto pubblico (ossia, la finalizzazione al soddisfacimento di esigenze aventi carattere non industriale o commerciale) va ricercato nella natura e nelle finalità previste dallo statuto della fondazione. Senonché, un approccio più prudente e analitico avrebbe ugualmente consentito di provare tale indice sintomatico, muovendo dal concetto di *universitas bonorum* che qualifica la fondazione e valorizzandone i profili soggettivi che discendono dall'essere la medesima un'organizzazione collettiva tra le formazioni intermedie fra individuo e società⁴⁵.

Nell'esempio della Fondazione Teatri di Reggio Emilia, la promozione socio-culturale di spettacoli teatrali, musicali e operistici costituiscono attività rivolte indistintamente al pubblico e alla soddisfazione del suo tempo libero che non possono, secondo il Consiglio di Stato, che essere riconosciute come corrispondenti a interessi generali anche se svolte da un soggetto privato⁴⁶ in

⁴⁴ M. LUCIANI, *L'equilibrio dei bilanci e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno su "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", in www.cortecostituzionale.it, 22 novembre 2013.

⁴⁵ Il pensiero di F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di V. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1969, pp. 69-70, si riflette in termini di attualità, con pertinenti richiami alla teoria istituzionale di Santi Romano. Anche P. RESCIGNO, *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 792, avverte come nella formula dell'art. 12 c.c., il legislatore del 1942 sembra risentire della «*suggestione di richiami insistenti esercitati dalle dottrine istituzionali*».

⁴⁶ Vale la pena osservare come il perseguimento del pubblico interesse non sia soltanto appannaggio dell'organismo di diritto pubblico, ben potendo rinvenirsi anche tra gli scopi della fondazione, attratta dal dritto comune. Fermo restando, infatti, che lo scopo della fondazione non possa mai ridondare a vantaggio dei singoli fondatori, non si può escludere che la stessa persegua interessi di carattere generale e, persino, di pubblica utilità. Tale considerazione trova conferma nella natura della fondazione quale patrimonio affetto da un vincolo di destinazione, e si pone storicamente in continuità con il pensiero giuridico liberale che, in un'ottica di sfiducia verso il corporativismo prerepubblicano, era contrario ad ammettere vincoli di natura reale al patrimonio. Un autorevole Autore (P. RESCIGNO, *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova,

regime di mercato e con l'assunzione del relativo rischio imprenditoriale. La fondazione non potrebbe, così, che perseguire bisogni a carattere generale, che elidrebbero ogni connotazione industriale o commerciale.

Per il giudice amministrativo, ciò basta ad escludere che le attività perseguite dall'ente abbiano carattere «industriale o commerciale», suggerendo un'interpretazione creativa⁴⁷ della norma che sembrerebbe stridere con la chiarezza ed univocità del dato letterale, trattandosi di presupposti richiesti dal legislatore in modo cumulativo e non certamente alternativo⁴⁸. In realtà, non è giu-

Cedam, 1989, pp. 59 ss.) attribuisce perdurante validità a tale impianto concettuale ancorandolo a talune previsioni del codice civile. Tra gli spunti di diritto positivo su cui fondare tale convinzione l'A. colloca ad esempio, l'art. 28 c.c., che prevede la trasformazione della fondazione quando, tra l'altro, lo scopo sia divenuto di «scarsa utilità». Dello stesso A. cfr. anche *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 790-792; F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 69.

⁴⁷ La norma viene in tal modo sottoposta a un'interpretazione di matrice "creativa", quando, invece, la chiarezza del dato letterale ne avrebbe al più consentito una mera interpretazione letterale. Nella dottrina pura e formale del diritto di matrice kelseniana, come noto, la questione dell'interpretazione è risolta distinguendo tra un momento applicativo e uno più marcatamente creativo, laddove, nel primo caso la "scientificità" dell'operazione interpretativa garantisce la conformità della norma inferiore alla norma superiore, e, dunque, la sua validità; nel secondo caso l'attività dell'interprete è caratterizzata da un momento più marcatamente creativo, che interviene nel processo della produzione del diritto. A tal proposito Kelsen riferisce: «L'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto». Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, (traduzione a cura di) M.G. LOSANO, Torino, Einaudi, 1960, p. 387. Va tuttavia rilevato che presupposto e condizione di validità del momento scientifico e creativo è, sempre, una situazione di dubbio o di indeterminatezza – intenzionale o non intenzionale – in assenza della quale si deve ritenere che le possibilità di esecuzione della norma (e dei suoi significati corretti) si riducano ad una soltanto, e non a varie possibilità. Secondo H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 132, il diritto è, *at first sight*, un sistema di norme chiare e suscettibili come tali di applicazione pacifica nella gran parte dei casi. L'impossibilità di prevedere le innumerevoli combinazioni che ogni fattispecie potrà assumere in concreto, richiede l'apporto discrezionale dell'interprete, il quale sarà chiamato ad integrare – sia pure entro i limiti consentiti dalla norma stessa – la disciplina parzialmente incompleta in caso di dubbio. La questione dell'indeterminatezza del linguaggio giuridico emerge anche dalla riflessione di G.R. CARRIÒ, *Sull'interpretazione giuridica*, in P. COMANDUCCI E R. GUASTINI, (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 127 ss., ed è volta a dimostrare, oltre che «il legislatore è incapace di dare soluzione anticipata a tutte le fattispecie», specialmente la presenza di obiettive difficoltà connesse all'individuazione del significato degli enunciati prescrittivi. Secondo l'A., se in caso di indeterminatezza o di dubbio l'interprete è posto davanti ad un numero infinito di combinazioni possibili, ciò che richiede l'esercizio di una discrezionalità piena, nei casi tipici esiste, al contrario, una ed una sola risposta corretta, che rappresenta il limite invalicabile dell'attività interpretativa. Per un'ampia disamina delle problematiche giuridiche sottese alla teoria dell'interpretazione kelseniana, si rinvia a G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in H. Kelsen*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, 34, pp. 217-229; M.G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1968, 45, pp. 524-545; cfr. A. SCHIAVELLO - V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 3-47.

⁴⁸ Si tratta di un aspetto metodologico ribadito dal giudice europeo proprio nel caso Ente Fiera Milano. Nell'accertare che le attività dirette all'organizzazione di fiere «soddisfano bisogni di

ridicamente corretto sostenere una pretesa incompatibilità fra lo scopo non lucrativo, tipico della fondazione, e lo svolgimento di attività economica previsto dall'art. 2082 c.c.: le attività imprenditoriali indicate nello statuto, mentre non ne erodono l'essenza, finiscono, come visto, per porsi in rapporto indiretto e strumentale con quelle non lucrative che rappresentano lo scopo primario, seppur non esclusivo, dell'ente⁴⁹.

Tale lettura appare, inoltre, maggiormente conforme al ragionamento dei giudici europei⁵⁰ per cui l'esistenza di una concorrenza articolata è indice del perseguimento di un carattere industriale o commerciale. Come già ampiamente ribadito (*supra*, § 2.2.), se un soggetto opera nel mercato assumendosi il rischio di impresa, diviene superfluo (oltre che irragionevolmente gravoso) sottoporlo alla rigidità dell'evidenza pubblica, sottraendogli la necessaria snellezza operativa⁵¹. Se, invece, la sua attività è sottratta al rischio d'impresa, la celebrazione di gare può costituire effettivamente il rimedio per ristabilire la concorrenza "per il mercato".

Nondimeno ci si potrebbe domandare se la progressiva espansione della categoria delle amministrazioni aggiudicatrici – ad opera anche dei giudici am-

interesse generale», il giudice europeo non abdica all'ulteriore indagine sulla natura dell'attività cui tale bisogno è finalizzato, chiarendo che «occorre interrogarsi, alla luce delle informazioni che si evincono dagli atti di causa, in merito alla questione se i bisogni di cui trattasi presentino carattere non industriale o commerciale». Cfr. Corte giustizia CE, 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. contro Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Cif-tat Soc. coop. arl.*, § 33-35.

⁴⁹ Secondo Corte app. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giur. Comm.*, 2017, 1, II, p. 135 ss., una fondazione può svolgere un'attività imprenditoriale di natura commerciale quale modalità di realizzazione dei propri scopi statutari, attesa la compatibilità fra lo scopo non lucrativo, tipico della fondazione, e lo svolgimento di attività economica previsto dall'art. 2082 c.c.

⁵⁰ Cfr. Corte giustizia CE, 10 novembre 1998, causa C-360/1996, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 913, con nota di A. DI MAJO. Secondo i giudici europei, l'esistenza di una concorrenza articolata consente, di per sé, di concludere per la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Si vedano in proposito: Corte giustizia CE, 27 febbraio 2003, causa C-373/2000, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, a proposito di un ente di gestione di servizi mortuari e di pompe funebri; 22 maggio 2003, causa C-18/2001, § 51, in *Urb. app.*, 2003, p. 1139, con nota di S. COLOMBARI: «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».

⁵¹ L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, cit., 2498. Si tratta, in ogni caso, di un accertamento da effettuare caso per caso. Se la sottoposizione dell'ente in questione ai rischi tipici di un settore concorrenziale esclude la necessità di garantire la concorrenza "per il mercato" attraverso un'espansione della nozione di organismo di diritto pubblico, al contrario qualora «un'impresa pubblica (o privata) goda di diritti speciali ed esclusivi, sarà agevole ritenerne la sottoposizione alla disciplina sull'evidenza pubblica per espressa disposizione di legge». Dello stesso A., sul raffronto tra il tema dell'organismo di diritto pubblico e la sussistenza di monopoli al di fuori dell'applicazione delle regole del mercato, cfr. *L'organismo di diritto e le sue nuove incerte frontiere. Il caso di Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3, p. 870.

ministrativi – abbia arrecato un beneficio netto in termini di profitto sociale ai fruitori finali dei contratti pubblici. Analizzando i dati statistici sugli investimenti in infrastrutture pubbliche, si osserva come l'avvento dei codici, vecchio e nuovo, e della normazione di dettaglio, abbia determinato effetti tutt'altro che trainanti per l'economia generale, visto che il profitto nel settore dei lavori pubblici non si è affatto accresciuto rispetto al passato⁵².

La decisione in commento conferma, in definitiva, il permanere di un interesse verso la ricerca dei profili di soggettività pubblica in un ambito certamente caratterizzato da notevoli incertezze interpretative. Ne deriva il tentativo di impiegare la nozione di organismo di diritto pubblico come categoria generale idonea a ricomprendere un crescente numero di soggetti che, pur riferibili al settore pubblico inteso in senso sempre più estensivo, probabilmente non mostrano le caratteristiche delle amministrazioni e, pur costituiti in forma di persone giuridiche di diritto privato, la giurisprudenza mostra di confinare a *tertium genus* tra le soluzioni astrattamente praticabili in materia.

⁵² ANAC, *Relazione annuale 2018*, Roma, 2018, p. 126, in cui si avverte una costante contrazione degli appalti di lavori riconducibile all'incertezza applicativa della disciplina di settore.