Il T.a.r. per il Lazio sottopone nuovamente alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti relativi alla possibilità di qualificare come organismo di diritto pubblico Poste Italiane s.p.a. nonché ai limiti e alle ipotesi in cui tale società sia tenuta a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica.

**T.a.r. per il Lazio, sezione III, ordinanza, 26 aprile 2019, n. 5327 – Pres. Est. De Michele**

**Contratti pubblici – Organismo di diritto pubblico – Poste Italiane s.p.a. – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

**Contratti pubblici – Poste Italiane s.p.a. – Obbligo di procedura ad evidenza pubblica nei soli settori speciali – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

**Contratti pubblici – Poste Italiane s.p.a. – Contratti estranei ai settori speciali – Attività imprenditoriale – Regime di concorrenza – Obbligo di procedura ad evidenza pubblica – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

**Contratti pubblici – Poste Italiane s.p.a. – Attività inerenti al settore speciale e attività diverse – Strumentalità rispetto al servizio specifico di interesse pubblico – Obbligo di procedura ad evidenza pubblica – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

**Contratti pubblici – Poste Italiane s.p.a. – Strumentalità rispetto al servizio specifico di interesse pubblico – Procedura di gara ad evidenza pubblica – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

*Vanno rimessi alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:*

*1) se la società Poste Italiane s.p.a. debba essere qualificata "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art 3, comma 1, lettera d) del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE);*

*2) se detta società sia tenuta a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica solo per l'aggiudicazione degli appalti, che siano direttamente riferibili all'attività propria dei settori speciali, di cui alla direttiva 2014/25/UE, in applicazione della quale la stessa natura di organismo di diritto pubblico dovrebbe ritenersi assorbita nelle regole della parte II del Codice degli appalti, con piena autonomia negoziale – e regole esclusivamente privatistiche – per l'attività contrattuale non attinente, in senso stretto, a tali settori, tenuto conto dei principi dettati dalla direttiva 2014/23/UE, punto n. 21 delle premesse e art. 16;*

*3) se la medesima società, per i contratti da ritenere estranei alla materia, propria dei settori speciali, resti invece – ove in possesso dei requisiti di organismo di diritto pubblico – soggetta alla direttiva generale 2014/24/UE (e quindi alle regole contrattuali ad evidenza pubblica), anche ove svolgente – in via evolutiva rispetto all'originaria istituzione – attività prevalentemente di stampo*

*imprenditoriale e in regime di concorrenza, ostando ad una diversa lettura la direttiva 2014/24/UE, per contratti conclusi da amministrazioni aggiudicatrici;*

*4) se comunque, in presenza di uffici in cui si svolgono, promiscuamente, attività inerenti al settore speciale e attività diverse, il concetto di "strumentalità" – rispetto al servizio di specifico interesse pubblico – debba essere inteso in modo non restrittivo, ostando, a quest'ultimo riguardo, i principi di cui al "considerando" n. 16, nonché gli articoli 6 e 13 della direttiva 2014/25/UE, che richiamano – per l'individuazione della disciplina applicabile, il concetto di "destinazione" ad una delle attività, disciplinate dal Codice dei contratti pubblici;*

*5) se infine l'indizione – con le forme di pubblicità previste a livello sia nazionale che comunitario – di una procedura di gara ad evidenza pubblica, a norma del codice degli appalti, possa rilevare ai fini dell'individuazione dell'area di destinazione dell'appalto, ovvero dell'attinenza di quest'ultimo al settore speciale di riferimento, in senso conforme all'ampliata nozione di "strumentalità", di cui al precedente quesito n. 4), ovvero – in via subordinata – se l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sollevata dallo stesso soggetto che abbia indetto tale procedura di gara, o da soggetti che a detta procedura abbiano vittoriosamente partecipato, possa considerarsi abuso del diritto ai sensi dell'art. 54 della Carta di Nizza, quale comportamento che – pur non potendo incidere, di per sé, sul riparto di giurisdizione – rileva quanto meno ai fini risarcitori e delle spese di giudizio, poiché lesivo del legittimo affidamento dei partecipanti alla gara stessa, ove non vincitori e ricorrenti in sede giurisdizionale* (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per il Lazio ha rimesso alla Corte di giustizia UE alcune questioni interpretative legate alla natura giuridica della Poste Italiane s.p.a. e, in particolare, alla possibilità di qualificare o meno tale ente in termini di organismo di diritto pubblico, evidenziando la rilevanza del quesito al fine del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo. Il Collegio ha, quindi, sottoposto alla Corte ulteriori quesiti (esposti nelle massime che precedono) legati ai limiti e alle ipotesi entro le quali la società in questione sia tenuta a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alla stipulazione di contratti da ritenere estranei alla materia propria dei settori speciali, nonché con riferimento alla presenza di uffici che svolgano promiscuamente attività inerenti il settore speciale e attività diverse.

Nel caso dall'ordinanza in commento, la procedura di gara aperta ha ad oggetto "*Servizi di telecomunicazione per il Gruppo Poste Italiane in ambito metropolitano ad alta velocità in fibra ottica, con tecnologia DWDM (MAN)*", servizi finalizzati alla realizzazione di una rete informatica, per la trasmissione sicura e veloce dei dati fra le diverse sedi dell'Ente, attraverso l'utilizzo di una particolare tecnologia di telecomunicazione – *Dense Wavelenght Division Multiplexing (DWDM)* – che consente la trasmissione, sulla stessa fibra ottica, di più segnali a diverse lunghezze d'onda in modo indipendente, con possibilità di aumentare la

quantità di banda, fruibile sullo stesso canale di fibra ottica e conseguente possibilità di incremento della quantità dei dati trasmessi.

II. – Il Collegio, nel premettere che la questione della natura giuridica della stazione appaltante rileva anche per individuare l'autorità giudiziaria titolare della giurisdizione, ha osservato che:

a) T.a.r. per il Lazio, ordinanza, 12 luglio 2018, n. 7778 (oggetto della News US in data 6 agosto 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, sulla quale si veda anche *infra*) ha già prospettato alla Corte di giustizia dell'Unione europea analoghi dubbi con riferimento all'applicabilità del codice dei contratti pubblici a Poste Italiane s.p.a., ma nella situazione in esame vengono in rilievo problematiche più ampie che giustificano una nuova ordinanza di rimessione solo in parte reiterativa dell'ordinanza già emessa;
b) al fine di individuare l'autorità giudiziaria titolare del potere giurisdizionale,
    b1) non rileva l'eventuale attinenza della procedura di gara ad un settore formalmente escluso, ma non estraneo al codice dei contratti pubblici, in quanto l'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 richiede per i contratti esclusi una procedura negoziata, idonea ad assicurare il rispetto dei criteri indicati nella medesima disposizione, a fronte dei quali sussistono interessi legittimi, rimessi in via generale alla cognizione del giudice amministrativo;
    b2) deve piuttosto accertarsi che la gara non sia indetta da un'amministrazione aggiudicatrice, comunque tenuta al rispetto dei principi del trattato a tutela della concorrenza, ovvero, in presenza di una stazione appaltante che abbia carattere di impresa pubblica (o di soggetto privato titolare di un diritto di esclusiva) e operi nei settori speciali, che la gara sia strumentale in rapporto a tali settori;
c) pertanto, nel caso di specie, occorre accertare:
    c1) la natura giuridica di Poste Italiane s.p.a.;
    c2) la definizione del concetto di strumentalità, in base al quale va delimitato l'ambito applicativo degli artt. 114 ss. del Codice dei contratti pubblici, fino a circoscrivere la stessa area di cognizione del giudice amministrativo;
    c3) il legittimo affidamento dei partecipanti a una gara indetta per mero autovincolo in settori da ritenere estranei alle regole dell'evidenza pubblica, o soltanto esclusi dall'integrale applicazione del Codice dei contratti pubblici, ma non anche dei relativi principi;

d) per quanto concerne la natura giuridica di Poste Italiane s.p.a. vengono riprodotti gli argomenti trattati dall'ordinanza collegiale del T.a.r. per il Lazio, del 12 luglio 2018, n. 7778 (cit., alla quale pertanto si rinvia), concludendosi nel senso che:
   d1) la qualificazione della società quale organismo di diritto pubblico sia difficilmente confutabile;
   d2) la direttiva 2004/18/Ce – che risulta sostituita, senza variazioni sul tema, dalla direttiva 2014/24/Ue – è applicabile ai contratti degli organismi di diritto pubblico, che si pongano al di fuori del perimetro dei settori speciali, in cui pure detti organismi possono operare (restando soggetti alla peculiare disciplina al riguardo prevista per quanto concerne l'attività propria dei settori stessi);
   d3) le direttive 2004/18/Ce e 2014/24/Ue sono quindi applicabili a tutti gli organismi di diritto pubblico, anche ove operanti nei settori speciali, quando l'attività contrattuale posta in essere abbia oggetto estraneo a detti settori;
   d4) pertanto, in nessun caso verrebbe meno per gli organismi in questione la giurisdizione del giudice amministrativo, prevista per le procedure ad evidenza pubblica, prescritte sia per il settore ordinario che per quello speciale;
e) dalla qualificazione della società come organismo di diritto pubblico occorre, pertanto, risolvere la questione della compatibilità, con la normativa europea, della disciplina nazionale, art. 3, comma 1, lett. e), del d.lgs. 8 aprile 2016, n. 50, qualora sia interpretato nel senso che le imprese che operano nei settori speciali siano esonerate dall'obbligo di osservare procedure contrattuali ad evidenza pubblica, ove il contratto non sia attinente alle attività proprie dei settori speciali;
f) con riferimento al concetto di strumentalità del servizio rispetto alle materie proprie dei settori speciali, quale limite per la cognizione del giudice amministrativo:
   f1) il carattere attualmente concorrenziale del servizio postale, pur non risultando dirimente di per sé rispetto alla questione di giurisdizione, potrebbe tuttavia avere rilievo per escludere la qualificazione di Poste Italiane s.p.a. come organismo di diritto pubblico, quale organismo che opera in condizioni normali di mercato, perseguendo profitti e sostenendo perdite per attività direttamente esposte alla concorrenza;

f2) il riconoscimento di Poste Italiane s.p.a. come impresa pubblica non impone di attenersi ad una valutazione restrittiva dell'attinenza dell'appalto alla materia, propria del settore speciale di riferimento;

f3) infatti, mentre appare condivisibile la tesi secondo cui le imprese (pubbliche o private, queste ultime se titolari di un diritto speciale o esclusivo) sono attratte nel regime codicistico limitatamente ai settori speciali e non in termini generali, con conseguente inapplicabilità della c.d. teoria del contagio, non si ravvisa nella normativa comunitaria (direttiva 2014/25/Ue) un preciso riferimento alla nozione di "*strumentalità*", se intesa come diretta attinenza del servizio all'attività speciale, quale limite per l'applicabilità delle disposizioni, di cui agli artt. 114 ss. del Codice dei contratti pubblici e della stessa cognizione del giudice amministrativo;

f4) il "*considerando*" n. 16 della direttiva 2014/25/UE, riferita ai settori speciali, riconosce la possibilità di procedere all'aggiudicazione di appalti "*pertinenti a varie attività*" e soggetti a "*regimi giuridici diversi*", con applicabilità, in ogni caso, al singolo appalto delle norme riferibili al settore cui lo stesso è "*principalmente destinato*", come desumibile dagli atti di gara, o come dovrebbe essere, comunque, specificato dalla stazione appaltante;

f5) il principio è ribadito nell'art. 6 della medesima direttiva, che, in caso di mancata specificazione, detta nel terzo comma precisi parametri di priorità, quando l'oggetto contrattuale attenga a materie disciplinate da più di una direttiva;

f6) occorre chiedersi se, alla luce della disciplina comunitaria, il contratto da ritenere estraneo al regime dei settori speciali non debba riferirsi ad ogni attività che le imprese pubbliche o i soggetti titolari di un diritto di esclusiva siano effettivamente liberi di intraprendere, ma nettamente al di fuori dei settori in questione, come l'enunciato principio di estraneità sembrerebbe far intendere, al fine di evitare distinzioni che appaiano artificiose, ove riferite ad attività necessarie o complementari per la gestione dei settori speciali (organizzazione di uffici, relativa manutenzione o sorveglianza e simili), con frequente incertezza sulla disciplina applicabile e distorsioni in tema di giurisdizione;

g) il *considerando*" n. 16 della direttiva 2014/24/UE richiede di specificare l'attività a cui l'appalto sia in effetti destinato, al fine di garantire la compatibilità della gara con gli obblighi di trasparenza e certezza del diritto, che costituiscono principi immanenti all'intero settore dei contratti pubblici. Occorre, quindi,

chiedersi se sia conforme alla disciplina comunitaria, estesa al concetto di abuso del diritto, "*la prassi – sempre più frequente nel sistema giuridico nazionale – di eccepire il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo solo dopo le prime decisioni, anche cautelari, di quest'ultimo, per gare indette a norma del codice dei contratti pubblici, con bandi pubblicati sulle Gazzette Ufficiali della Repubblica Italiana e dell'Unione Europea, senza alcuna precisazione, in tale sede, del carattere di mero autovincolo della scelta compiuta dalla stazione appaltante: scelta, la cui legittimità ed i cui effetti dovrebbero essere sottoposti al giudice ordinario, chiamato a pronunciarsi – si deve supporre – in base alle sole disposizioni del codice civile, non essendo applicabile in alcuna forma il codice dei contratti pubblici*".

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

h) T.a.r. per il Lazio, sezione III, ordinanza, 12 luglio 2018, n. 7778 (cit., alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali), aveva rimesso alla Corte di giustizia UE questioni pregiudiziali parzialmente analoghe a quelle proposte dall'ordinanza in commento. In particolare, un operatore economico impugnava il bando di gara emesso da Poste Tutela s.p.a., società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a., per l'istituzione di accordi quadro, aventi ad oggetto il servizio di portierato, *reception* e presidio varchi, per varie sedi della stazione appaltante, con suddivisione in sette lotti cumulabili. Le parti resistenti sollevavano eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, per rientrare la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, precisando che la procedura di gara in oggetto era stata avviata da un'impresa pubblica, ai sensi dell'art. 3, comma 11, lett. t), del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, per servizi estranei a quelli compresi nei settori speciali. Secondo la prospettazione difensiva, la società poteva ritenersi soggetta al codice dei contratti pubblici solo se operante nel perimetro dei settori speciali e non per un servizio destinato agli uffici amministrativi e direzionali, prevalentemente dedicati alle operazioni finanziarie e solo in via residuale utilizzati in maniera promiscua. Pertanto, la società sarebbe fornita, in tale settore, di piena autonomia negoziale e avrebbe potuto applicare le regole della procedura ad evidenza pubblica solo in via di autovincolo. In senso contrario, la parte ricorrente qualificava entrambe le società come organismi di diritto pubblico, con l'obbligo per entrambe di svolgere procedure ad evidenza pubblica. Il collegio sottoponeva pertanto alla Corte di giustizia UE alcune questioni pregiudiziali, in parte riprese da quelle oggetto dell'ordinanza in commento.

h1) Risultano essere analogamente formulati i seguenti quesiti: "*1) se la società Poste Italiane s.p.a. debba essere qualificata* "organismo di diritto pubblico"*, ai sensi dell'art 3, comma 1, lettera d), del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)"; "3) se dette società siano tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica solo per l'aggiudicazione degli appalti, che siano in relazione con l'attività svolta nei settori speciali, in base alla direttiva 2014/25/UE, quali enti aggiudicatori, per i quali la stessa natura di organismi di diritto pubblico dovrebbe ritenersi assorbita nelle regole della parte II del Codice degli appalti, con piena autonomia negoziale – e regole esclusivamente privatistiche – per l'attività contrattuale non attinente a detti settori, tenuto conto dei principi dettati dalla direttiva 2014/23/UE, punto n. 21 delle premesse e art. 16"; "4) se le medesime società, per i contratti da ritenere estranei alla materia, propria dei settori speciali, restino invece – ove in possesso dei requisiti di organismi di diritto pubblico – soggette alla direttiva generale 2014/24/UE (e quindi alle regole contrattuali ad evidenza pubblica), anche ove svolgenti – in via evolutiva rispetto all'originaria istituzione – attività prevalentemente di stampo imprenditoriale e in regime di concorrenza; "6) se infine debba ritenersi contrastante col consolidato principio di legittimo affidamento dei partecipanti alla gara la riconduzione a mero autovincolo – non soggetto a tutte le garanzie di trasparenza e pari trattamento, disciplinate dal codice degli appalti – l'indizione di una procedura concorsuale, debitamente pubblicizzata senza ulteriori avvertenze al riguardo sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea";*

h2) le differenze tra le due ordinanze possono pertanto cogliersi: nel diverso ambito soggettivo di applicazione dei quesiti posti, in quanto nel caso dell'ordinanza del 2018 il problema della qualificazione giuridica e i quesiti conseguenti riguardano anche una società partecipata al 100% dalla Poste Italiane s.p.a. ("*2) se la predetta qualificazione si estenda alla società, partecipata al 100%, Poste Tutela s.p.a., peraltro in via di già deliberata fusione con la prima, tenuto conto del punto n. 46 delle premesse alla direttiva 2014/23/UE sulle persone giuridiche*"); nella specificità del riferimento dell'ordinanza del 2019 al concetto di strumentalità del servizio rispetto alle materie proprie dei settori speciali, quale limite per la cognizione del giudice amministrativo; nel più ampio riferimento all'abuso del diritto contenuto nell'ordinanza del 2019, collegato non solo all'attività provvedimentale della stazione appaltante, ma anche alla proponibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione da parte dello stesso soggetto

che ha indetto la procedura di gara da soggetti che a detta procedura abbiano vittoriosamente partecipato;

i) Cons. Stato, Ad. plen., 28 giugno 2016, nn. 13 (in *Riv. neldiritto*, 2016, 1242, e in *Riv. corte conti*, 2016, fasc. 3, 452, nonché oggetto della News US in data 7 luglio 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), 14, 15 e 16 (in *Vita not.*, 2016, 730) che, nel qualificare la Poste Italiane s.p.a. quale organismo di diritto pubblico, ha ritenuto che "*la società Poste Italiane s.p.a. è soggetta alla disciplina di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, con riferimento al pubblico servizio di cui è affidataria*" e che "*il diritto di accesso è esercitabile dai dipendenti della medesima società, limitatamente alle prove selettive di accesso, alla progressione in carriera ed ai provvedimenti di auto-organizzazione degli uffici, incidenti in modo diretto sulla disciplina, di rilevanza pubblicistica, del rapporto di lavoro*";

j) secondo Cass. civ., sez. un., ordinanza, 1 marzo 2018, n. 4899 (in *Foro it., Rep.*, 2018, *Contratti pubblici,* n. 16, nonché oggetto della News US in data 19 marzo 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), in tema di giurisdizione, "*il servizio per l'assegnazione di buoni pasto per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. non rientra nell'ambito applicativo del d.lgs. n. 163/2006 e, pertanto, l'impugnazione degli atti della procedura di affidamento del servizio è devoluta alla cognizione del giudice ordinario*". La Corte ha, tra l'altro, ritenuto:

   j1) l'irrilevanza della qualificazione di Poste Italiane s.p.a. come organismo di diritto pubblico, in quanto verrebbe in rilievo la qualificazione della società quale impresa pubblica, con la conseguente inapplicabilità della cosiddetta teoria del contagio, operante invece per l'organismo di diritto pubblico, e il carattere eccezionale della possibilità di estendere le regole degli appalti nei settori speciali, giustificata dal fatto che solo in tali settori la presenza di particolari interessi pubblici altera le condizioni di concorrenza in cui le imprese pubbliche normalmente operano;

   j2) che l'applicazione del d.lgs. n. 163 del 2006 non può essere giustificata dall'autovincolo di Poste Italiane s.p.a. contenuto nel bando di gara in quanto, per principio unanimemente acquisito nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa, la sottoposizione dell'appalto al regime pubblicistico discende esclusivamente dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante e, dunque, dall'esistenza di un vincolo eteronomo;

   j3) che, poiché la procedura di gara concerne l'affidamento di un appalto estraneo ai settori speciali, la stessa si sottrae all'ambito applicativo del d.lgs. n. 163 del 2006 e all'obbligo di esperire una procedura ad evidenza

pubblica, con la conseguenza che l'impugnazione dei relativi atti non rientra nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a. ed è, di conseguenza, devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario;

k) sugli aspetti e sui principi generali in materia di contratti esclusi:
   k1) nelle nuove direttive e nel nuovo codice dei contratti, e sulla non coincidenza delle esclusioni previste dalle direttive e dal codice, si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 221 ss., nonché, sulle esclusioni relative ai settori speciali ed ai servizi postali in particolare, ID., *op. ult. cit.*, 306 – 308;
   k2) sulla individuazione dei principi da applicarsi inderogabilmente ai contratti esclusi, sotto l'egida della precedente disciplina, Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7, in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 665, con nota di BALOCCO, e in *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota di BERTONAZZI, secondo cui, tra l'altro: "*l'affidamento, da parte del comune, di interventi di* housing *sociale identifica una concessione di servizio pubblico locale, di rilievo economico e a domanda individuale; pertanto ad esso non sono direttamente applicabili le disposizioni del codice dei contratti pubblici, mentre sono applicabili i principî desumibili dal trattato e i principî generali relativi ai contratti pubblici*"; "*l'art. 37, 13º comma, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, che, per il caso di raggruppamento d'imprese, impone di indicare, già nell'offerta, la corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni, non si applica alle procedure selettive per concessione di pubblico servizio*";

l) Corte di giustizia UE, Sez. IX, 19 aprile 2018, C-65/17, *Oftalma Hospital srl,* in *Foro it., Rep.,* 2018, *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 171, secondo cui "*un'amministrazione aggiudicatrice, qualora attribuisca un appalto pubblico di servizi che ricade sotto l'articolo 9 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1997, e che, di conseguenza, è in linea di principio assoggettato soltanto agli articoli 14 e 16 di detta direttiva, è però tenuta a conformarsi anche alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, ed in particolare ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva, a condizione che, alla data della sua attribuzione, tale appalto presenti un carattere transfrontaliero certo, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare. L'articolo 27, paragrafo 3, della direttiva 92/50*

*deve essere interpretato nel senso che esso non si applica agli appalti pubblici di servizi rientranti nell'allegato I B di tale direttiva*";

m) Corte di giustizia CE, 10 aprile 2008, C-393/06, *Ing. Aigner,* cit., secondo cui:

m1) "*gli appalti aggiudicati da un «organismo di diritto pubblico» aventi ad oggetto le attività dei settori speciali di cui agli art. 3-7 della dir. 2004/17, debbono essere assoggettati alle procedure previste da questa direttiva; per contro, gli appalti relativi ad altre attività rientrano nell'ambito di applicazione della dir. 2004/18; ciascuna di tali due direttive trova comunque applicazione senza che abbia rilevanza la distinzione tra le attività che l'ente esercita per adempiere a «bisogni d'interesse generale» e quelle che pone in essere in condizioni di concorrenza; ciò anche in presenza di una contabilità intesa alla separazione dei settori di attività di tale ente, idonea ad evitare i finanziamenti incrociati tra tali settori*";

m2) "*gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di organismo di diritto pubblico, ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18, che hanno nessi con l'esercizio di attività di tale ente in uno o più dei settori considerati negli art. 3-7 direttiva 2004/17, debbono essere assoggettati alle procedure previste da tale direttiva; per contro, tutti gli altri appalti aggiudicati da tale ente in relazione con l'esercizio di altre attività rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/18; ciascuna di tali due direttive trova applicazione, senza distinzione tra le attività che il detto ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività che esercita in condizioni di concorrenza, e anche in presenza di una contabilità intesa alla separazione dei settori di attività di tale ente, al fine di evitare i finanziamenti incrociati tra tali settori*";

n) sulla c.d. teoria del contagio, tra le altre, Corte di giustizia CE, 15 gennaio 1998, C-44/96, in *Foro it.,* 1998, IV, 133, con nota di GAROFOLI, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 431, con nota di VIVANI, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 437, con nota di GUCCIONE, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, 664, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1998, 725, con nota di GRECO, in *Raccolta*, 1998, I, 73, e in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 5, 101, con nota di CARUSO, secondo cui:

n1) "*un'impresa che esercita attività commerciali e le cui quote siano detenute per la maggior parte da un'amministrazione aggiudicatrice non dev'essere considerata organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, punto b), della direttiva 93/37, e pertanto amministrazione aggiudicatrice ai sensi di tale disposizione, per il solo motivo che sia stata istituita dall'amministrazione aggiudicatrice o che quest'ultima le trasferisca mezzi finanziari derivanti dalle attività che essa esercita per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale*";

n2) *"un appalto pubblico di lavori non è soggetto alle disposizioni della direttiva 93/37 quando verte su un progetto che, già in origine, rientra integralmente nello scopo sociale di un'impresa che non costituisce amministrazione aggiudicatrice e quando gli appalti di lavori relativi a tale progetto siano stati attribuiti da un'amministrazione aggiudicatrice per conto di tale impresa"*;

o) sulla nozione e i requisiti dell'organismo di diritto pubblico si vedano anche:

o1) con riferimento al riparto di giurisdizione, Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8673, che, dopo aver descritto lo stato della giurisprudenza e l'evoluzione normativa in tema di organismo di diritto pubblico, osserva tra l'altro che: la nozione di organismo di diritto pubblico, di conseguenza, in quanto funzionale alla liberalizzazione dei mercati e alla trasparenza, deve essere estensivamente intesa e nella valutazione degli indici richiesti dalla norma deve essere privilegiato, ad un approccio formalistico, un approccio funzionale che tenga conto delle concrete modalità di azione della società; tale considerazione si applica non solo nel caso di organismo di diritto pubblico che opera in un sistema concorrenziale, ma anche alla società che svolga altre attività di lucro oltre a quella di interesse generale, nonché al caso in cui la stessa non sia interamente detenuta da un altro soggetto qualificabile come amministrazione aggiudicatrice ai sensi del diritto comunitario ma abbia delle partecipazioni private. La possibilità che una società che si qualifichi come organismo di diritto pubblico svolga attività ulteriori rispetto a quella oggetto di interesse generale è infatti pacificamente ammessa dalla giurisprudenza euro unitaria, la quale è orientata nel senso di estendere la disciplina dei contratti pubblici anche agli appalti posti in essere dall'organismo nell'ambito di attività che non rispondano ad esigenze di ordine generale. *"La giurisprudenza di questa Corte - in due controversie riguardanti Poste Italiane - ha stabilito che non sono soggetti alla disciplina dell'evidenza pubblica gli altri servizi diversi da quelli riguardanti i servizi postali (art. 120,D.L.vo n. 50 del 2016) nella misura in cui siano stati liberalizzati (si veda Cass. 8511/2012, con riferimento ad un appalto per servizio c.d. "postamat") o che non rilevino direttamente ai fini dell'espletamento del servizio pubblico (Cass. 4988/2018 in relazione ad un appalto riguardante il servizio sostitutivo di mensa). Tali imprese non solo svolgono prevalentemente attività che si inseriscono in un contesto di mercato concorrenziale ma hanno anche una finalità economica e industriale. In ragione di ciò, non risulterebbe funzionale sottoporre tali attività alla disciplina fissata per i contratti pubblici né rileva che l'impresa pubblica si sia autonomamente vincolata a tali regole - dal*

*momento che esse operano già in condizioni normali di mercato sopportando i rischi ad esso connessi*". "*In ragione di quanto finora affermato, per definire la natura di organismo di diritto pubblico di un soggetto, alla luce dei criteri enucleati all'art. 3, lett. d),D.L.vo n. 50 del 2016, occorrerà avere riguardo, in primo luogo, al tipo di attività svolta dalla società e all'accertamento che tale attività sia rivolta alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria affinché la pubblica amministrazione possa soddisfare le esigenze di interesse generale alle quali è chiamata e, in secondo luogo, che tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (si veda, la già citata Corte di Giustizia 5 ottobre 2017, in C - 567/15; nonché, con riferimento al criterio di economicità, Cass. 8225/2010). In particolare, in merito a quest'ultimo profilo, è necessario, in primo luogo, che la società non fondi la propria attività principale su criteri di rendimento, efficacia e redditività e che non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività i quali devono ricadere sull'amministrazione controllante (Cass. 8225/2010). In secondo luogo, il servizio d'interesse generale che ne costituisce l'oggetto non può essere rifiutato per ragioni di convenienza economica. In conclusione ai fini della qualificazione di una società come organismo di diritto pubblico, per stabilire se essa agisca per un fine di interesse generale, occorrerà procedere ad una valutazione in concreto degli elementi di fatto e di diritto che connotano l'agire della stessa*";

o2) Cons. Stato, sez. V, ordinanza 12 febbraio 2019, n. 1007 (oggetto della News US, n. 24 del 22 febbraio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), che ha rimesso alla Corte di giustizia Ue, le seguenti questioni pregiudiziali: "*se sulla base delle caratteristiche della normativa interna relativa all'ordinamento sportivo la Federazione calcistica italiana sia qualificabile come organismo di diritto pubblico, in quanto istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; se in particolare ricorra il requisito teleologico dell'organismo nei confronti della Federazione pur in assenza di un formale atto istitutivo di una pubblica amministrazione e malgrado la sua base associativa, in ragione del suo inserimento in un ordinamento di settore (sportivo) organizzato secondo modelli di stampo pubblicistico e del vincolo al rispetto dei principi e delle regole elaborate dal Comitato olimpico nazionale italiano e dagli organismi sportivi internazionali, attraverso il riconoscimento a fini sportivi dell'ente pubblico nazionale; se inoltre tale requisito possa configurarsi nei confronti di una Federazione sportiva quale la Federazione italiana giuoco calcio, dotata di capacità di autofinanziamento, rispetto ad un'attività non a valenza pubblicistica quale quella oggetto di causa, o se invece debba considerarsi prevalente l'esigenza*

*di assicurare in ogni caso l'applicazione delle norme di evidenza pubblica nell'affidamento a terzi di qualsiasi tipologia di contratto di tale ente; se sulla base dei rapporti giuridici tra il C.O.N.I. e la F.I.G.C.- Federazione italiana giuoco calcio il primo disponga nei confronti della seconda di un'influenza dominante alla luce dei poteri legali di riconoscimento ai fini sportivi della società, di approvazione dei bilanci annuali e di vigilanza sulla gestione e il corretto funzionamento degli organi e di commissariamento dell'ente; se per contro tali poteri non siano sufficienti a configurare il requisito dell'influenza pubblica dominante propria dell'organismo di diritto pubblico, in ragione della qualificata partecipazione dei presidenti e dei rappresentanti delle Federazioni sportive negli organi fondamentali del Comitato olimpico*";

o3) Corte di giustizia UE, sezione VIII, sentenza 18 ottobre 2018, C-606/17 – *IBA Molecular Italy s.r.l.* (oggetto della News US del 6 novembre 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui, tra l'altro: "*L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «contratti a titolo oneroso» ricomprende la decisione mediante la quale un'amministrazione aggiudicatrice attribuisce ad un determinato operatore economico direttamente, e dunque senza previo esperimento di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un finanziamento interamente finalizzato alla fabbricazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente da detto operatore a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di qualsiasi corrispettivo a favore dell'operatore stesso, ad eccezione del versamento, a titolo di spese di trasporto, di un importo forfettario di EUR 180 per ciascun invio*"; "*L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), e l'articolo 2 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, la quale, equiparando gli ospedali privati «classificati» a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, li sottrae alla disciplina nazionale e a quella dell'Unione in materia di appalti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti*"; gli

ospedali classificati non possono quindi essere equiparati ad una amministrazione pubblica aggiudicatrice e non hanno i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, ma costituiscono persone giuridiche private la cui gestone resta, sotto il profilo sia del finanziamento e della nomina degli amministratori sia delle regole di funzionamento interno, interamente privata;

o4) in dottrina, tra gli altri: B. MAMELI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nel diritto comunitario,* Milano, 2003; R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica* in *Giur. it.,* 2004, 2415; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house* in *Servizi pubbl. e appalti*, 2006, 27; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda,* Pisa, 2011, 62 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici,* 2^ ed., Torino, 2012, p. 258; M. RENNA, *L'organismo di diritto pubblico nella giurisprudenza (e nella dottrina)* in L. D'ORAZIO, L. MONTEFERRANTE (a cura di), *Procedure concorsuali e diritto pubblico,* Milano, 2017; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici,* Torino, 2017, 186 ss.;

o5) sulla necessaria compresenza dei tre elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico: Corte di giustizia CE, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria* (in *Foro it*., 1998, IV, 133, con nota di GAROFOLI, *Urbanistica e appalti*, 1998, 431, con nota di VIVANI, *Giornale dir. amm*., 1998, 437 (m), con nota di GUCCIONE, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1998, 725, con nota di GRECO, *Guida al dir*., 1998, fasc. 5, 101, con nota di CARUSO); Corte di giustizia CE, 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem c. Bfi Holding B V,* (in *Foro it*., 1999, IV, 139, con nota di SCOTTI, *Giur. it*., 1999, 394, con nota di MAMELI, *Riv. trim. appalti*, 1998, 715, con nota di CASTELLANETA, *Dir. proc. amm*., 1998, 189 (m), con nota di GOISIS, *Giornale dir. amm*., 1999, 316, con nota di NIZZO, *Urbanistica e appalti*, 1999, 83, con nota di CHITI, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999, 157, con nota di GRECO); Corte di giustizia CE, sez. V, 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99, *Soc. Agorà c. Ente auton. fiera internaz. Milano,* (in *Foro it*., 2001, IV, 294, *Urbanistica e appalti*, 2001, 977, con nota di MAMELI, *Giornale dir. amm*., 2001, 899, con nota di CHITI, *Guida al dir*., 2001, fasc. 20, 108, con nota di RICCIO); Corte di giustizia CE, sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01, *Korhonen Oy c. Varkauden Taitotalo Oy*, (in *Urbanistica e appalti*, 2003, 1139, con nota di COLOMBARI, *Giornale dir. amm*., 2003, 1027, con nota di GUCCIONE);

06) sul requisito teleologico: Corte di giustizia CE, sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01 *cit.* ha precisato che, nel procedere alla verifica circa la sussistenza o meno del requisito in esame, occorre prima verificare se l'attività dell'ente soddisfi effettivamente bisogni di interesse generale e successivamente stabilire se tali bisogni abbiano o meno carattere commerciale o industriale; Corte di giustizia CE, 10 novembre 1998, C-360/96 *cit*. ha evidenziato che i bisogni non aventi carattere commerciale o industriale sono quelli che sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato; così se l'organismo esercita la propria attività in regime di concorrenza, l'esistenza della concorrenza può essere un indizio del carattere industriale o commerciale del bisogno; Corte di giustizia CE, sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01 *cit.* e Corte di giustizia CE, 15 gennaio 1998, C-44/96 *cit*. hanno chiarito che per aversi organismo di diritto pubblico non è necessario che esso persegua in via esclusiva o prevalente il soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ben potendo perseguire, oltre ad essi, anche interessi di carattere commerciale o industriale; si tratta di quella che la dottrina ha poi definito la "teoria del contagio", in base alla quale lo svolgimento anche in parte di attività di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale consente, se è riconosciuta la qualifica di organismo di diritto pubblico, di attrarre anche la restante parte di attività del soggetto, ultronea rispetto alla finalità dell'organismo, nell'area del rispetto della disciplina pubblicistica sull'evidenza pubblica; Corte di giustizia CE, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commiss. Ce c. Gov. Spagna* (in *Urbanistica e appalti*, 2004, 647, con nota di CERBO e *Riv. amm. appalti*, 2003, 234 (m), con nota di TOMASSI), secondo cui "*devono essere considerati «di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale» quei bisogni che non risultino soddisfatti dall'offerta di beni o servizi sul mercato libero ed al cui assolvimento lo stato, per motivi connessi all'interesse generale, preferisce provvedere direttamente; un'impresa, che opera in condizioni normali di mercato, che persegue uno scopo di lucro e che subisce le perdite collegate all'esercizio della sua attività, generalmente realizza bisogni di natura industriale o commerciale*".