

Il T.a.r. per il Lazio sottopone alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti relativi alla possibilità di qualificare come organismi di diritto pubblico la Poste Italiane s.p.a. e una sua partecipata al 100% nonché ai limiti e alle ipotesi in cui tali società siano tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica.

T.a.r. per il Lazio, sezione III, ordinanza, 12 luglio 2018, n. 7778 – Pres. Est. De Michele

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

Contratti pubblici – Organismo di diritto pubblico – Società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a. – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Contratti pubblici – Poste Italiane s.p.a. – Società partecipata al 100% da 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. – Società partecipata al 100% da 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. – Società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a. – Attività strumentali al servizio universale – Contratti di manutenzione, pulizia, arredi, servizio di portierato e custodia – Obbligo di procedura ad evidenza pubblica – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Contratti pubblici – Poste Italiane s.p.a. – Società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a. – Autovincolo – Violazione del legittimo affidamento – 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 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;

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;

5) se comunque, in presenza di uffici in cui si svolgono, promiscuamente, attività inerenti al servizio universale e attività a quest'ultimo estranee, il concetto di strumentalità – rispetto al servizio di specifico interesse pubblico – possa ritenersi escluso per contratti inerenti la manutenzione sia ordinaria che straordinaria, la pulizia, gli arredi, nonché il servizio di portierato e di custodia degli uffici stessi;

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 (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 di una sua partecipata al 100% e, in particolare, alla possibilità di qualificare o meno tali enti in termini di organismo di diritto pubblico. Il Collegio ha, quindi, sottoposto alla Corte ulteriori quesiti (esposti nelle massime che precedono) legati ai limiti e alle ipotesi entro le quali le società in questione sono tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica.

II. – Nel caso esaminato dall'ordinanza in commento, 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. Con ordinanza cautelare, in considerazione della presenza di censure ritenute non prive di fondatezza, la procedura di gara veniva sospesa dal T.a.r. adito.

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.

III. – 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) 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), con riferimento a Poste Italiane s.p.a., ha ritenuto che:

- a1) la società, benché incaricata dell'espletamento del servizio postale universale, è anche titolare di attività estranee al servizio di consegna della corrispondenza, servizio svolto, tra l'altro, in regime di concorrenza;
- a2) la direttiva 2004/18/CE ha espressamente escluso la società dal novero degli organismi di diritto pubblico in considerazione della prevalenza delle attività di carattere industriale e commerciale da questa svolte;
- a3) nel d.lgs. n. 163 del 2006 la società è indicata come ente aggiudicatore, in considerazione della mancanza del *"requisito teleologico di soddisfacimento di bisogni di interesse generale, privi di carattere industriale e commerciale, il quale implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, e non consente l'esercizio di altre attività da parte del soggetto medesimo"*;
- a4) la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico, offerta da Cons. Stato, Ad. plen., 28 giugno 2016, nn. 13 (in *Riv. nel diritto*, 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), andrebbe limitata al solo ambito del diritto di accesso;

- a5) l'eventuale qualificazione della società quale organismo di diritto pubblico sarebbe comunque irrilevante, in quanto la soggezione alle regole dell'evidenza pubblica dovrebbe risolversi all'interno delle disposizioni che regolano i settori speciali, sulla base della collocazione dell'ente nel microsistema degli enti aggiudicatori;
- b) alcune delle argomentazioni sviluppate dalla giurisprudenza di legittimità appaiono porsi in contrasto con l'orientamento manifestato da Corte di giustizia UE, sez. V, 10 aprile 2008, C-393/06, *Ing. Aigner* (in *Foro it.*, 2009, IV, 183, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 977, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 965, con nota di RINALDI, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 1471, con nota di POLI, e in *Dir. e pratica amm.*, 2008, fasc. 5, 57, con nota di IARIA), secondo cui, con riferimento alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, sostituite, senza variazioni sostanziali sui temi in questione, dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE:
- b1) nei settori esclusi, definiti tali in ragione del carattere chiuso dei mercati, possono essere enti aggiudicatori anche imprese pubbliche o imprese che beneficiano di diritti speciali o esclusivi, concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro, ma solo nella misura in cui esercitino una delle attività espressamente ricomprese nel settore;
- b2) per la qualificazione di un ente quale organismo di diritto pubblico, l'interpretazione non deve essere restrittiva, ma funzionale, in quanto occorre verificare se l'attività dell'ente sia finalizzata al soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere diverso da quello industriale o commerciale, rimanendo indifferente se l'ente svolga anche altre attività a scopo di lucro;
- b3) la disciplina contenuta nella direttiva 2004/18/CE, oggi sostituita dalla direttiva 2014/24/UE, è applicabile ai contratti stipulati dagli organismi di diritto pubblico, anche operanti nei settori speciali, il cui specifico oggetto sia estraneo all'ambito di tali settori;
- c) aderendo all'impostazione della Corte di giustizia UE, pertanto, dovrebbe sostenersi, in ogni caso, la giurisdizione del giudice amministrativo per gli organismi di diritto pubblico sia nel caso in cui operino nei settori speciali che in quelli ordinari;
- d) le definizioni di ente aggiudicatore, contenute sia nel diritto europeo che in quello nazionale, non consentono di ritenere che un ente aggiudicatore non possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico;
- e) i parametri per l'individuazione dell'organismo di diritto pubblico sono rimasti immutati rispetto alla disciplina previgente ed è, pertanto, necessario valutare:

- e1) la finalizzazione specifica dell'istituzione dell'ente per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
 - e2) il possesso di personalità giuridica;
 - e3) che l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di 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;
- f) la qualificazione di Poste Italiane s.p.a. quale organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163 del 2006, ora art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, appare difficilmente confutabile, in quanto:
- f1) la società è subentrata, con intenti di efficientamento del servizio, alla preesistente amministrazione centrale, con la legge 5 maggio 1862, n. 604, assumendo prima la forma di ente pubblico economico e, quindi, di società per azioni, in attuazione della l. 29 gennaio 1994, n. 71, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 1 dicembre 1993, n. 487, recante trasformazione dell'amministrazione delle poste e telecomunicazioni in ente pubblico economico e riorganizzazione del Ministero;
 - f2) l'attuale società per azioni risulta controllata per una quota pari al 29,26% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, per il 35% da Cassa Depositi e Prestiti e per la restante quota da investitori privati;
 - f3) la società, pur operando in alcuni settori in regime di concorrenza, è ancora oggi concessionaria del servizio postale universale, che implica la fornitura obbligatoria, con correlativi esborsi statali a parziale copertura degli oneri, di servizi essenziali di consegna di lettere e pacchi, ad un prezzo controllato, a tutti i comuni italiani;
 - f4) la società in questione, pertanto, *"è stata istituita per soddisfare interessi generali, a carattere non industriale o commerciale direttamente riconducibili alla libertà di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, garantiti dall'art. 15 della Costituzione e sanciti anche a livello comunitario"*;
 - f5) inoltre, all'assetto proprietario di maggioranza – che fa capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze che nomina il consiglio di amministrazione – si aggiungono: il controllo e la vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico e della Corte dei conti; la designazione da parte della pubblica amministrazione dei componenti

del collegio dei revisori; il potere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) di adottare provvedimenti regolatori in materia di qualità e caratteristiche del servizio universale, disciplinate da contratto di programma, in cui controparte del gestore postale è il Ministero dello Sviluppo Economico;

- f6) l'elemento fondante dell'organismo di diritto pubblico è quello riconducibile alla rilevanza degli interessi generali perseguiti, in rapporto ai quali, anche in presenza di una gestione produttiva di utili, non può venire meno una funzione amministrativa di controllo, da intendersi in termini di condizionamento aziendale;
- f7) costituisce compito dell'amministrazione la cura di interessi della collettività che lo Stato ritiene corrispondenti a servizi da rendere ai cittadini e che, ove affidati a soggetti esterni all'apparato amministrativo, devono rispondere a corretti parametri gestionali sul piano dell'imparzialità, del buon andamento e della trasparenza;
- g) l'operatività dell'ente in ambito concorrenziale rappresenta solo un indice dell'assenza del requisito teleologico che interessa gli organismi di diritto pubblico, dovendosi riscontrare, per escludere del tutto tale requisito, anche il perseguimento di finalità prettamente economiche con piena assunzione del rischio di impresa;
- h) tali circostanze non si ravvisano per il servizio postale universale, assegnato a Poste Italiane s.p.a., fino al 30 aprile 2026, ai sensi dell'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 261 del 1999;
- i) l'onere per la fornitura del servizio universale è, per legge, finanziato attraverso trasferimenti posti a carico del bilancio dello Stato e mediante il Fondo di compensazione – non ancora attivato – di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 261 del 1999 e malgrado, di norma, per valutare il costo netto del servizio universale si faccia riferimento ai costi stimabili per un'impresa efficiente, il rischio di impresa appare, se non escluso, fortemente attenuato;
- j) Poste Italiane s.p.a., pertanto, può operare con modalità derogatorie rispetto alle regole generali vigenti in tema di appalti solo per le attività strumentali a quelle rientranti nei settori speciali, senza però sottrarsi alla disciplina dei settori ordinari per ogni altra attività, in funzione degli interessi di rilievo per la collettività, alla stessa affidati;
- k) per quanto concerne il carattere vincolante delle pronunce della Corte di Cassazione a sezioni unite in tema di giurisdizione,

- k1) la Corte di Cassazione a sezioni unite, nel sistema processuale italiano, è chiamata ad accertare in via definitiva e vincolante la giurisdizione del giudice investito della causa;
 - k2) tuttavia, la Corte di giustizia UE ha espresso il principio generale secondo cui il diritto dell'Unione europea impedisce che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura interna, in base alla quale lo stesso dovrebbe attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni di questo non siano conformi al diritto dell'Unione europea;
 - k3) il giudice interno ha, quindi, la facoltà – o l'obbligo se di ultima istanza – di rivolgersi alla Corte di giustizia UE in ogni caso in cui riscontri un ragionevole dubbio circa la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, indipendentemente da qualsiasi contrastante pronuncia della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale;
- l) occorre, pertanto, risolvere, in via pregiudiziale, 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, recante il codice dei contratti pubblici, 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.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

- m) Cons. Stato, Ad. plen., 28 giugno 2016, n. 13, cit., 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”*;
- n) in tema di giurisdizione, secondo Cass. civ., sez. un., ordinanza, 1 marzo 2018, n. 4899, cit., *“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:

- n1) l'irrelevanza 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;
- n2) 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;
- n3) 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;
- o) la vicenda esaminata dall'ordinanza in commento è retta dalle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e dal d.lgs. n. 50 del 2016, mentre le pronunce rese da Cass. civ. sez. un., ordinanza, 1 marzo 2018, n. 4899, cit., e da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 giugno 2016, n. 13, cit., riguardano vicende per le quali erano applicabili le direttive nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE e il d.lgs. n. 163 del 2006;
- p) sugli aspetti e sui principi generali in materia di contratti esclusi, 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;
- q) 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:

- q1) *“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”*. Il T.a.r. per il Lazio, sez. II, 30 aprile 2012, n. 3891, in *Foro it., Rep.* 2012, *Edilizia popolare*, n. 6 (sentenza parzialmente riformata dall’Adunanza plenaria nella sentenza in esame), aveva invece qualificato l’*housing sociale* come un contratto misto atipico, in cui sarebbe stata comunque prevalente la componente relativa all’esecuzione di lavori e la cui disciplina avrebbe dovuto essere disciplinata dall’art. 27, primo comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In generale: sull’*housing sociale*, cfr. PACIULLO, *Il diritto all’abitazione nella prospettiva dell’housing sociale*, Napoli, 2008; per la tesi che riconduce l’edilizia sociale a un servizio pubblico si veda NIGRO, *L’edilizia popolare come servizio pubblico (considerazioni generali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 118 ss.;
- q2) *“l’art. 37, 13^o 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”*;
- q3) con riferimento alle procedure non soggette al codice dei contratti pubblici, il c.d. soccorso istruttorio ha fondamento nell’art. 6, primo comma, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, e ha caratteri differenti rispetto all’istituto previsto dall’art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto il suo esercizio rappresenta una facoltà, e non un dovere, e la sua portata non è temperata dall’operatività del principio di tassatività delle cause di esclusione;
- q4) in ogni caso, la regola generale è nel senso che alle concessioni di servizio pubblico non si applicano le disposizioni specifiche del codice dei contratti pubblici, ma solo quelle che costituiscono espressione di principi generali;
- q5) *“in senso proprio costituiscono principî generali, applicabili alle concessioni di servizio, non solo i c.d. super principî o valori di sistema, di solito espressamente indicati nelle parti iniziali dei codici di settore (nella specie art. 2 cod. contratti pubblici), ma anche quelli che si traggono da talune specifiche*

norme”, ma “l’applicabilità di talune disposizioni specifiche di tali codici è predicabile solo quando esse superino uno scrutinio rigoroso di indagine basato sull’accertamento della natura dell’interesse presidiato dal precetto e della sua ampiezza applicativa, trovando la propria ratio immediata e diretta nella tutela di valori immanenti al sistema (nella specie dei contratti pubblici di appalto di lavori, servizi e forniture), in funzione nomo-genetica rispetto alle singole norme costitutive delle codificazioni di settore”;

r) con riferimento alla disciplina dei contratti esclusi, durante la vigenza del codice dei contratti pubblici del 2006:

r1) Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 2012, n. 1739, in *Foro it., Rep. 2012, Contratti pubblici*, n. 819, ha ritenuto che l’omessa allegazione della copia della carta d’identità alla dichiarazione sostitutiva per un’offerta in una procedura di gara comporta l’esclusione del concorrente, senza la possibilità di ammettere un soccorso istruttorio (in senso conforme Cons. Stato, 12 giugno 2009, n. 3690, in *Foro it., Rep., 2009, Contratti pubblici*, n. 799);

r2) nel senso che, conformemente a quanto stabilito dall’art. 30 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, alle concessioni di servizi pubblici non si applichi direttamente la disciplina del codice dei contratti (fatte salve disposizioni speciali), ma soltanto la disciplina del trattato e i principi generali del codice, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2012, n. 3843, in *Foro it., Rep. 2012, Contratti pubblici*, n. 378 (che ha escluso che alle concessioni si applichino le forme di pubblicità sulla Gazzetta ufficiale prescritte invece per gli appalti); Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3691, in *Foro it., Rep., 2011, Contratti pubblici*, n. 673 (che ha escluso che alle concessioni si applichi la disciplina del codice sulla nomina delle commissioni di gara); Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, in *Foro it., Rep., Concessioni amministrative*, n. 5 (che ha escluso che alle concessioni si applichi la disciplina del codice sulla cauzione definitiva); Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784, in *Foro it., Rep., Comune*, n. 684 (che ha escluso che alle concessioni si applichi la disciplina del codice sulla verifica delle offerte anomale); Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, in *Foro it., Rep., 2010, Contratti pubblici*, n. 608 (che ha escluso che alle concessioni si applichi la disciplina del codice sui requisiti di ordine speciale per la partecipazione alle gare, sulla prestazione di garanzia e di impegno al rilascio di garanzia fideiussoria, sulle garanzie di esecuzione e coperture assicurative);

- r3) Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3086, in *Foro it., Rep.*, 2011, *Contratti pubblici*, n. 672, ha riconosciuto che è espressione di un principio generale, e si applica pertanto anche alle concessioni, la regola secondo cui la nomina della commissione giudicatrice deve avere luogo solo dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte;
- s) 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”*;
- t) la completa e puntuale rassegna monotematica di giurisprudenza dell'US su *“La rilevanza delle disposizioni della parte II, titolo I, del d. lgs. n. 163/2006 per i contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice, le concessioni di servizi, i contratti “sotto soglia comunitaria”, i contratti nei settori speciali nonché per gli affidamenti in economia di cui all'art. 125 del d. lgs. n. 163/2006”*, redatta in data 24 aprile 2014, a cura di L. MONTEFERRANTE, alla quale si rinvia per approfondimenti;
- u) con riferimento all'estensione della qualificazione di organismo pubblico alle società partecipate da organismi pubblici, Corte di Giustizia UE, sez. IV, 5 ottobre 2017, C-567/15, in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 10, 91, in *Gazzetta forense*, 2017, 1032, e in *Foro amm.*, 2017, 1971, secondo cui *“l'art. 1, par. 9, 2° comma, 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, come modificata dal regolamento (Ue) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011, deve essere interpretato nel senso che una società che, da un lato, è detenuta interamente da un'amministrazione aggiudicatrice la cui attività consiste nel soddisfare esigenze di interesse generale e che, dall'altro, effettua sia operazioni per tale amministrazione aggiudicatrice sia operazioni sul mercato*

concorrenziale, deve essere qualificata come «organismo di diritto pubblico» ai sensi di tale disposizione, purché le attività di tale società siano necessarie affinché detta amministrazione aggiudicatrice possa esercitare la sua attività e, al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare; non incide, a tale riguardo, il fatto che il valore delle operazioni interne possa in futuro rappresentare meno del 90%, o una parte non essenziale, del fatturato totale della società”;

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

v1) *“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”;*

v2) *“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”;*

w) 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:

w1) *“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";

w2) *"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";*

x) nel senso che il giudice dello Stato membro abbia la facoltà – o l'obbligo, per il giudice di ultima istanza – di rivolgersi alla Corte di giustizia UE, ogni qual volta sussista un dubbio circa la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, indipendentemente da qualsiasi pronuncia della Corte di cassazione, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale:

x1) Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet, oggetto della News US, in data 11 gennaio 2018 (alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) secondo cui *"l'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione";*

x2) Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 (in *Foro it.*, 2017, III, 309, con nota di GAMBINO, nonché oggetto della News US in data 1 agosto 2016, cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui: I) *"La sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato un ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può alternativamente: a) rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; b) adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale; c) disattendere direttamente il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ove esso risulti manifestamente in*

contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria"; II) "l'Adunanza plenaria, qualora sia chiamata a decidere una questione analoga ad altra pendente innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, può alternativamente: a) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio in attesa che si pronunci il giudice europeo; b) sollevare a sua volta una questione pregiudiziale; c) decidere comunque la questione anche alla luce dei dubbi di compatibilità comunitaria manifestati in occasione della precedente rimessione";

- x3) Corte di giustizia UE, Grande camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, in *Foro it.*, 2016, IV, 325 con nota di SIGISMONDI nonché oggetto della News US in data 7 aprile 2016; Cons. Stato, sez. V, ordinanza n. 1090 del 2016 oggetto della News US, in data 18 marzo 2016, cui si rinvia per i riferimenti alla giurisdizione ordinaria e contabile; Cass. civ., sez. lav., sentenza 12 settembre 2014, n. 19301 (in *Foro it.*, 2015, I, 3992, con nota di DESIATO cui si rinvia per ogni approfondimento), secondo cui: *"l'obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla regula iuris enunciata dalla corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, modificata o sostituita per effetto di ius superveniens, nell'ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della corte di giustizia, che hanno efficacia immediata nell'ordinamento nazionale";*
- x4) Corte di giustizia UE, 20 ottobre 2011, C-396/09, in *Foro it.*, 2011, IV, 537, con nota di D'ALESSANDRO, in *Guida al dir.*, 2011, fasc. 45, 94, con nota di LEANDRO, in *Fallimento*, 2012, 535, con nota di DE CESARI, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 72, con nota di LEANDRO, in *Giur. it.*, 2012, 1061, in *Nuovo notiziario giur.*, 2012, 234, con nota di BARBIERI, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 1298, in *Giur. comm.*, 2012, II, 573, con nota di MUCCIARELLI, e in *Giur. constit.*, 2012, 4871, con nota di BIFULCO;
- y) Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, *Interedil s.r.l.*, in *Foro it.*, 2018, I, 405, con nota di SCODITTI; *Corr. trib.*, 2018, 9, 684, con nota di MISCALI, secondo cui *"la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti*

dell'Unione. Laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità, tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in ambito di rilevanza comunitaria, deve essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE".