

INTRODUZIONE

Giuseppe Morbidelli

I contratti pubblici sono di continuo oggetto di monografie, commentari, saggi, rassegne, note. Una vera e propria esplosione di letteratura, che se da un lato potrebbe sorprendere chi rammenta come sino ad una trentina di anni fa dei contratti pubblici si disquisiva solo nei libri di contabilità di Stato, dall'altro è più che comprensibile alla luce del rilievo economico e sociale della materia e del nutritissimo contenzioso che la avvolge (per di più tutt'altro che apportatore di risultati stabili), nonché per l'effetto delle continue modifiche legislative, non arrestate né dal c.d. "Codice De Lise" (d.lgs. n. 163/2006), cui sono seguiti un centinaio di novelle o integrazioni, né dal codice del 2016, cui è seguito un correttivo con oltre 400 modifiche.

È tuttavia innegabile che, pur in questo effluvio di produzione di saggi e commenti, l'attenzione verso la categoria dei contratti nei settori speciali non è stata all'altezza dell'importanza della tematica. Direi che di solito la materia è trattata *en passant* o si è concentrata su temi specifici. Lo studio di Antonio Nicodemo va pertanto a riempire un vuoto, anche per la sua organicità e per la sua capacità di andare a scrutinare ciò che sta dietro a tale disciplina, ovvero la presenza di figure soggettive di complessa e incerta natura.

L'origine della disciplina peculiare dei settori speciali è nota. Le direttive del 1971 e del 1977, rispettivamente in tema di appalto di lavori pubblici (71/305/CEE) e di forniture (77/62/CEE) escludevano dal proprio campo soggettivo di applicazione gli enti che erogano energia, quelli che gestiscono servizi di trasporto e di telecomunicazioni e quelli che provvedono alla gestione e alla distribuzione di acqua. Di qui la originaria terminologia "settori esclusi" (dal regime delle direttive). La ragione principale di tale esclusione era rappresentata dal fatto che in alcuni

Stati tali attività erano di competenza di enti pubblici, in altri di enti privati, in altri ancora erano esercitate sia da enti pubblici che privati, in altri infine da soggetti aventi natura mista pubblica-privata. Sicché il riferimento alla natura pubblica del soggetto appaltatore, secondo il criterio adottato dalle direttive sui contratti pubblici dell'epoca, avrebbe creato sperequazioni e barriere. Restava però il fatto che la esclusione dal mercato concorrenziale dei contratti attinenti a tali attività era disarmonica con i principi europei. Di qui la direttiva 90/531 caratterizzata da una impostazione oggettivistica della sfera di applicazione: essa investe infatti attività (c.d. "settori") svolte anche da società di capitali, aventi pertanto natura privata, ma caratterizzate dalla c.d. "dominanza pubblica", come pure da soggetti privi della presenza di enti pubblici nel proprio azionariato, ma che tuttavia operano in virtù di diritti speciali o esclusivi. Come si legge nel 9° *Considerando* di tale direttiva "la necessità di assicurare una effettiva liberalizzazione del mercato ed un giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti in questi settori esige che gli enti interessati siano definiti in modo diverso del semplice riferimento alla loro qualificazione giuridica". Si tratta di un principio ribadito dalle successive direttive: così nel 19° *Considerando* della direttiva 2014/25/UE leggiamo che obiettivo della disciplina speciale è quello di "garantire l'effettiva liberalizzazione del mercato" ed il "giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali esige che gli enti interessati vengano identificati prescindendo dal loro statuto giuridico". Riflesso di questa impostazione oggettivistica, ma anche della estrema tecnicità di tali attività (e con essa della rapida evoluzione dei sistemi di produzione e della componentistica), è la disciplina in sede europea attraverso un sistema di norme separato ed autonomo rispetto a quelle che regolamentano i contratti "ordinari".

Ma al di là della ragione e degli obiettivi di tale disciplina normativa, mette conto rilevare come essa finisca per costituire una sorta di luogo geometrico d'incontro di tematiche centrali del nostro ordinamento amministrativo. Difatti lo scrutinio dell'interprete impatta di necessità sulla nozione di ente pubblico, su quella di organismo di diritto pubblico, su quella di impresa pubblica, su quella di impresa di diritto singolare, su quella di titolare di diritto speciale ed esclusivo. In altre parole lo studio della normativa sui settori speciali non può prescindere dal confronto con tali nozioni e concetti di sistema, che invero sono stati percorsi in

lungo ed in largo da giurisprudenza e dottrina, ma che proprio nei settori speciali trovano di continuo applicazione, e non a caso sovente sfociano in veri e propri *grands arrêts*. Si vedano del resto le decisioni, minuziosamente scrutinate da Nicodemo, aventi ad oggetto ad es. RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.A., Ferrovie dello Stato S.p.A., Poste Italiane S.p.A., ENI S.p.A. Sicché di fatto siamo di fronte ad un “laboratorio” in cui si saggia e si sperimenta la tenuta di nozioni fondanti del diritto amministrativo dell’organizzazione. Per tali ragioni l’Autore procede ad una ricostruzione storica ed analitica dei vari modelli organizzativi dell’impresa pubblica che si sono succeduti o comunque che si sono riscontrati nel tempo: aziende autonome, enti pubblici economici, società di diritto singolare, società *in house*, società a partecipazione pubblica non totalitaria, sino alla disciplina introdotta dalla c.d. “Legge Madia”. A tal fine viene soprattutto messa in luce la geometria variabile che presiede all’individuazione dell’ente pubblico, sotto il profilo che uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e può, invece, avere natura privata ad altri fini, conservando così con riguardo ad altri istituti il regime privatistico. Lo studio di Nicodemo quindi va a confrontarsi da un lato con la categoria tutt’altro che unitaria, anzi oltremodo variegata, della società a partecipazione pubblica, il cui unico punto comune è dato dalla presenza di azionisti pubblici, e dall’altro con la figura dell’ente pubblico *in parte qua* (o meglio dell’ente privato nel contempo pubblico *in parte qua*). Tematiche entrambe che sollevano interrogativi derivanti dal “meticcio” di istituti e di nozioni, interrogativi che tra l’altro si espandono oltre la materia dei contratti pubblici: si pensi solo alla disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione o ai problemi di giurisdizione o di applicazione della legge n. 241/1990. In sintesi, lo studio che qui presentiamo va ad affrontare il tema della difficile coabitazione tra attività di impresa e attività pubblica, il che in sostanza vuol dire regimare la difficile coabitazione tra diritto privato e diritto amministrativo. Il tutto esaminato nel quadro dei principi costituzionali di libertà di iniziativa economica e di quelli europei di concorrenza e di libera prestazione dei servizi. Il che ha imposto altresì un dialogo serrato e non privo di ricostruzioni “filologiche” su altri temi “forti” del diritto amministrativo, quali il servizio pubblico, le collettivizzazioni, i processi di privatizzazione, nonché una lettura integrata di regole economiche e di regole giuridiche.

La disciplina dei contratti nei settori speciali, di cui il volume tratta estesamente nella terza parte, si muove dietro il complesso di coordinate costituzionali ed eurounitarie fornite dall'armamentario di nozioni e di acquisizioni tracciate nelle prime due parti. Si tratta di una disamina oltre modo utile anche sul piano pratico, considerato che la normativa è irta di dubbi interpretativi, nascenti *in primis* dalla tecnica normativa impiegata dal legislatore, che, come già nel precedente codice dei contratti (d.lgs. n. 163/2006), assembla la disciplina dei settori speciali nello stesso testo della disciplina dei contratti "ordinari", e ciò a differenza della disciplina europea, in cui – come già rilevato – gli appalti nei settori speciali formano oggetto di autonoma e separata regolamentazione. Ciò dà luogo ad un "sistema" complesso di individuazione delle regole da applicare, considerato che, come sottolineato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere del 21 marzo 2016, "il codice (...) individua, per i settori speciali, la disciplina applicabile con una triplice tecnica: la inclusione, già nella parte generale, di disposizioni specifiche per i settori speciali; la ricognizione delle disposizioni applicabili, dettate per i settori ordinari; le disposizioni specifiche". Non solo: la stessa individuazione delle disposizioni dei settori ordinari applicabili a quelli esclusi non avviene attraverso una unica disposizione "elencativa", come invece prevedeva l'art. 206 del codice De Lise "ma con una serie di rinvii plurimi e tra loro non sempre coordinati" (così ancora il già ricordato parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato), nel senso che talvolta si richiamano singoli articoli (v. ad es. artt. 125, 126, 127, 130, 132); talvolta invece si richiamano blocchi di articoli (v. artt. 114, 122, 127, 133), cui si aggiunge il 1° comma dell'art. 114 che richiama le disposizioni vevoli per i settori ordinari (ad esclusione delle disposizioni relative alle concessioni) "in quanto compatibili". Inutile dire come il richiamo in blocco e con la riserva del "compatibile" di tutti gli articoli da 1 a 58 sia fonte di innumerevoli incertezze. Va poi messo in luce che una serie di richiami (espliciti o impliciti) non sono in linea con le peculiarità e le specifiche dei settori speciali. Per dirne una, la estrema tecnicità dei settori speciali richiederebbe una disciplina *ad hoc* in materia di collaudo. Tant'è vero che il Consiglio di Stato aveva invitato il legislatore ad un supplemento di riflessione in ordine alla compatibilità con la peculiarità dei settori speciali dell'estensione di una serie di disposizioni come quelle sulla programmazione dei contratti pubblici, sui criteri di determinazione della soglia di anomalia delle offerte, sui pre-

supposti del dialogo competitivo e anche sull'esecuzione dei contratti, quanto meno nei casi in cui gli enti aggiudicatori non fossero amministrazioni aggiudicatrici ma imprese, evidenziando che “ove l'estensione ai settori speciali di regole dettate per i settori ordinari sia ritenuta necessaria oltre i limiti derivanti dai principi prescritti dalla legge delega (trasparenza e apertura dei mercati), occorrerà darne conto con adeguata motivazione nell'AIR”.

Ma le difficoltà interpretative non finiscono qui. V'è infatti il problema della sfera di applicazione di tale disciplina nei confronti di soggetti aventi natura privata, pertanto astretti entro le maglie della normativa proconcorrenziale solo nei limiti della specifica attività rientrante nei settori speciali. Detto in altre parole, quando è che una determinata attività rientra in uno dei settori speciali perché comunque ad esso strumentale e quand'è che invece è ad esso estranea? Come è evidente quanto più si estende la nozione di strumentalità, tanto più si estende sotto il profilo soggettivo l'ambito di applicazione della disciplina dedicata ai settori speciali.

Il criterio di fondo che la giurisprudenza ha elaborato per “dipanare” il dilemma del perimetro della strumentalità è quello della interpretazione restrittiva considerata appunto l'espressa “specialità” propria della direttiva settoriale. Di conseguenza viene esclusa l'applicabilità della c.d. “teoria del contagio”, di cui alla giurisprudenza *Mannesman* (CGCE; 1.1998, C-44/96), che invece estende il regime applicabile all'organismo di diritto pubblico a tutti gli appalti aggiudicati dallo stesso organismo. In altri termini: da un lato l'ambito oggettivo è costituito dalle attività individuate dagli artt. da 115 a 121 del d.lgs. n. 50/2016, dall'altro però il presupposto non riguarda ogni sorta di attività che il soggetto operante in tali settori svolge, in quanto occorre sempre un nesso funzionale o strumentale dell'appalto alla specifica attività. Questo in linea astratta. Il problema che emerge è quello di dare un contenuto concreto al concetto di strumentalità considerato che si potrebbe ritenere strumentale ogni contratto che “serva” alla società. Sulla base di tale ordine di argomenti il Consiglio di Stato – come ricostruisce Nicodemo – è giunto alla conclusione che deve intendersi per appalto strumentale solo un appalto che sia finalizzato “agli scopi propri (*core business*) dell'attività speciale”; sicché gli appalti affidati da enti aggiudicatori al di fuori dei settori speciali sono del tutto estranei alla disciplina del codice dei contratti pubblici (come delle direttive europee in materia di appalti) e dell'or-

dinamento pubblicistico e di conseguenza sono sottoposti al diritto comune, per cui eventuali controversie rientrano nella giurisdizione ordinaria anziché in quella amministrativa.

Ciò determina una profonda differenza tra imprese pubbliche che operano nei settori speciali e organismi di diritto pubblico: mentre quest'ultimi sono sempre obbligati ad osservare le stesse regole di selezione dei contraenti seguite dalle pubbliche amministrazioni, le imprese pubbliche in quanto estranee alla missione *di interesse generale*, sono tenute a seguire il procedimento pubblicistico solo per l'affidamento di contratti che siano strumentali alle attività esercitate in uno dei c.d. "settori speciali". Sicché, e per esemplificare, nel *leading case* oggetto di una sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si è ritenuto che "difetta la finalizzazione del servizio di vigilanza degli uffici della sede ENI di San Donato Milanese agli scopi propri dell'attività speciale del gruppo, di estrazione e commercializzazione del petrolio o del gas, in quanto la garanzia della sicurezza degli uffici non è certo esclusiva del settore, né si pone ad esso in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella gestione di un servizio".

Ci siamo soffermati su questo *excursus* in punto di strumentalità al fine di rappresentare dal vivo come la monografia di Antonio Nicodemo sia dotata di un forte apparato teorico, peraltro non fine a se stesso, ma funzionale alla soluzione dei tanti casi pratici che la frastagliata realtà di continuo propone.

Di conseguenza si iscrive benissimo nella logica della Collana "Quaderni CESIFIN", dedicata proprio a quei saggi che riescono a coniugare la ragion pura con la ragion pratica, anche perché, come osservava Gino Gorla, "è il diritto tutto un flusso e riflusso fra casistica e principi, fra vita e diritto": ed infatti l'esperienza dimostra che i principi sovente sono cedevoli di fronte alle particolarità, alla forza, alla esemplarità del caso concreto, che a sua volta reagisce sulle astrazioni asettiche e in tal modo concorre a riformulare i principi.

PREFAZIONE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Delimitazione del campo d'indagine. – 1.1. *Segue.* L'autonomia contrattuale delle imprese pubbliche e i procedimenti ad evidenza pubblica. – 1.2. *Segue.* I riferimenti costituzionali. – 2. Le problematiche da affrontare. – 2.1. *Segue.* Questioni preliminari: le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori nel nostro ordinamento. – 2.2. *Segue.* I settori speciali e le imprese pubbliche che vi operano tra autonomia e regole.

1. Considerazioni introduttive. Delimitazione del campo d'indagine

Tema centrale del presente lavoro è il contrasto esistente tra il valore della libertà¹ – insito nell'esercizio dell'attività di impresa² – e le regole

¹ Sul valore della libertà d'impresa vale in questa sede richiamare il principio espresso dall'art. 16 della *Carta dei diritti fondamentali* dell'Unione europea laddove è precisato che “È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi azionali”. Il valore della libertà d'impresa si collega inestricabilmente al concetto di autonomia contrattuale ed ai limiti cui la stessa autonomia è sottoposta, nel momento esatto in cui sono in discorso le imprese pubbliche. Sul punto, diversi e interessanti spunti di riflessione possono trarsi dalla dottrina commerciale e, in particolare, da B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002; G.B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea*, in *Europa e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2005, 1. Ulteriori spunti di riflessione si rinvencono inoltre in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998; A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, Giuffrè, 1992, II, 1596.

² Il tema della libertà d'impresa è stato negli anni considerato da diversi cultori del diritto con particolare riferimento al tema della concorrenza. Sul punto per approfondimenti si rinvia a F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, intervento alla fondazione Magna Carta del 15 giugno 2010; S. MICOSSI-P. PARASCANDOLO, *L'impresa privata, contributo a gruppo di studio pubblicato da Astrid, la costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. PINELLI-T. TREU, Bologna, il Mulino, 2010, 173 ss.; I. MUSU, *Gli aspetti economici della Co-*

che le imprese pubbliche operanti nei settori speciali³ devono osservare nel momento in cui stipulano un contratto per la realizzazione di lavori, per la fornitura di beni o per la prestazione di servizi⁴.

L'autonomia contrattuale⁵ delle imprese pubbliche, ossia la facoltà

stituzione italiana: è superato l'art. 41?, in *Note di lavoro*, 2008, n. 3; P. CIOCCA, *Un nuovo diritto per l'economia italiana*, in *ApertaContrada*, Roma, 5 dicembre 2008; L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2000, 1.

³ In questo specifico ambito, la dottrina inizia ad essere consistente. Per tutti si v. L. MENDOLA, *La direttiva Cee 90/931 sulla disciplina degli appalti nei "settori esclusi"*, in *Riv. amm.*, Roma, 1991, 1483; A. CARULLO, *Appalti pubblici dei settori esclusi*, in *Enc. dir.*, agg. V, 2001; I. POTRONE, *Gli appalti nelle società a partecipazione pubblica nei settori speciali e la disciplina del "codice dei contratti pubblici"*, in *GiustAmm.it*, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 2002; L. D'OTTAVI, *I riflessi della concorrenza negli appalti nei settori speciali*, in *GiustAmm.it*, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 2000; R. GRECO, *Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI-R. DE NICOTOLIS-R. GAROFOLI, V, Milano, Giuffrè, 2008, 3132.

⁴ Sono due le precisazioni che occorre compiere in questa sede. La prima ha una natura terminologica. Nel momento in cui si considera il tema dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione si è soliti parlare di "contratti pubblici". L'accezione ora riportata non è però corretta. Ciò in quanto anche l'attività contrattuale della pubblica amministrazione – e delle imprese pubbliche – è sottoposta alla disciplina privatistica, con la conseguenza che il contratto conserva sempre e comunque natura di istituto privatistico e, per gli effetti, non può essere qualificato come pubblico. Come in dottrina è stato opportunamente osservato "il termine 'obbligazioni pubbliche' può dunque essere impiegato soltanto a fini descrittivi per indicare cioè la natura pubblica del soggetto alle quali si riferiscono", così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, XIV. È bene precisare inoltre che il tema che si affronta con il presente lavoro dà spazio alla problematica – più ampia – dei limiti che il legislatore ha inteso porre al regime giuridico dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione. In materia, in linea del tutto generale, potrebbe escludersi una distinzione tra enti pubblici e privati. Infatti, in ragione del fatto che l'autonomia contrattuale rappresenta il presupposto logico giuridico dell'iniziativa economica riconosciuta a qualunque soggetto, essa è certamente propria anche degli organi dell'amministrazione statale e degli enti pubblici funzionali oltre che delle imprese pubbliche. Al tempo stesso però va detto che per le pubbliche amministrazioni in generale il ricorso agli istituti di diritto privato (al contrario di ciò che accade per i privati) è sempre vincolato al rispetto dei fini istituzionali e, dunque, funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, in quanto volto alla cura concreta di quest'ultimo. In altre parole, l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni soggiace al vaglio della meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. ed al vincolo della funzione istituzionale legislativamente attribuita alla Pubblica Amministrazione contraente.

⁵ Nel momento in cui si invoca il termine "autonomia" è doveroso richiamare l'etimologia della parola. Da un punto di vista etimologico, infatti, autonomia deriva da

di autoregolamentare i propri interessi⁶, è, infatti, sottoposta ad alcune restrizioni addebitabili alla natura del soggetto contraente e alle peculiarità dei settori in cui si trova ad operare. Con particolare riguardo poi alla scelta del contraente, l'autonomia contrattuale subisce una significativa limitazione nel momento esatto in cui il legislatore impone l'indizione di una gara volta alla selezione del migliore offerente.

L'obiettivo principale del presente lavoro sarà dunque quello di definire la fisionomia delle imprese pubbliche che operano nei c.d. settori speciali⁷, oggi previsti e regolati dal Titolo VI, Capo I (artt. 114 ss.) del d.lgs. n. 50/2016 (nuovo Codice dei contratti pubblici); di esaminare quindi l'assoggettabilità al regime privatistico o la non assoggettabilità al regime pubblicistico dell'evidenza pubblica, nella scelta della stipula di contratti riconducibili ad opere pubbliche, pubbliche forniture o pubblici servizi⁸.

Tale disamina tocca, in vario modo, valori riconosciuti a livello costituzionale e comunitario quali quello della *concorrenza* e della *garanzia di*

autòs-nomos ed indica la condotta delle parti che dettano una regola, che compiono un atto di disciplina dei reciproci rapporti giuridici. Ora, collegando il concetto di autonomia con l'istituto del contratto, possiamo affermare che quest'ultimo è una modalità di espressione della libertà dei singoli nella gestione dei loro interessi materiali.

⁶ Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, XVI, 781.

⁷ I settori speciali indicati dal d.lgs. n. 50/2016 sono quelli del gas, dell'energia termica ed elettrica, dell'acqua, dei servizi di trasporto e postali, della prospezione ed estrazione del petrolio, gas, carbone ed altri combustibili solidi e le attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali.

⁸ In questa sede va subito precisata una circostanza di sicuro interesse. Come meglio si vedrà in seguito, infatti, tra le ragioni per cui gli enti che operano nei settori speciali non bandiscono gare comunitarie v'è la chiusura dei mercati nei quali essi operano, dovuta alla concessione, da parte delle autorità nazionali, di diritti speciali o esclusivi per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono al servizio di cui trattasi, lo sfruttamento di un'area geografica per un fine determinato, la messa a disposizione e lo sfruttamento di reti pubbliche (in questi termini l'11° Considerando della direttiva 93/38). Proprio alla luce della circostanza ora rappresentata, a livello comunitario il legislatore ha stabilito che la normativa nei settori speciali deve trovare applicazione anche nei confronti di quei soggetti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano, tra le loro attività, una o più attività tra quelle di cui agli artt. 3 e 7 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro (in questi termini il 2° comma, lett. b) dell'art. 2 della direttiva 2004/17).

diritti fondamentali per le prestazioni essenziali. Non solo. Detto ambito di studio rappresenta il settore dove più frequentemente si incontrano figure di natura sostanzialmente pubblica ma formalmente privata⁹.

⁹ Sul punto, in giurisprudenza e in dottrina, si rinvengono numerosi contributi. Il tema dei nuovi modelli di amministrazione è stato, infatti, costantemente affrontato con il fine precipuo di individuare le norme applicabili nei diversi ambiti in cui operano i vari soggetti pubblici. Sullo sfondo si appalesa dunque l'esigenza della certezza del diritto che mai come in questo caso è intensa e costante. Occorre dare atto in questa sede come il Consiglio di Stato con numerose pronunce sia andato alla ricerca degli indici rilevatori della pubblicità dell'ente. Al tempo stesso la giurisprudenza amministrativa ha operato con il fine di distinguere le società pubbliche che svolgono attività di impresa dalle società pubbliche che svolgono attività amministrativa. Di sicuro interesse, e meritevole di segnalazione, è l'Adunanza di sezione della sezione I del Consiglio di Stato del 16 novembre 2011, n. 706, laddove è stato affermato che: "a favore di una soluzione di certezza giuridica che regga su dati normativi testuali e prescindendo da interpretazioni legate all'accertamento della natura delle singole situazioni, va ritenuto che sono amministrazioni pubbliche: a) tutte quelle elencate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001; b) gli enti e gli altri soggetti inseriti nel conto economico consolidato individuati, ai sensi dell'art. 1, c. 2 e 3, del d.lgs. n. 196/2009, dall'ISTAT; c) quelle società alle quali la legge attribuisce espressamente 'personalità giuridica di diritto pubblico' (ad es. si veda l'art. 18, c. 9, della l. 22 dicembre 1984, n. 887 con riguardo all'Agecontrol)". Sugli indici rilevatori della pubblicità dell'Ente si v. altresì Cons. Stato, sez. VI, il 29 novembre 2012, n. 60148, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Giudice amministrativo nell'analizzare la natura giuridica di alcune amministrazioni tra cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e di alcune società pubbliche tra cui Coni Servizi S.p.A. individua una serie di indici rilevatori della pubblicità dell'Ente tra cui possono in questa sede essere ricordati quello che valorizza il controllo da parte di soggetti pubblici e quello che si incentra sull'erogazione di risorse pubbliche, provenienti da leggi (e da provvedimenti applicativi) emanati in coerenza con l'art. 23 Cost., in tema di prestazioni patrimoniali imposte, aventi una causa di attribuzione di natura pubblicistica. Per i TT.AA.RR. si veda Tar Lazio-Roma, sez. III, 10 settembre 2013, n. 8194, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Collegio afferma che, solo laddove non sia esplicitamente indicata la natura pubblica dell'organismo, la dottrina e la giurisprudenza insegnano che deve farsi riferimento ai c.d. "indici rivelatori della pubblicità" attraverso un'analisi in concreto della struttura, delle modalità di funzionamento e di finanziamento, dei controlli, il cui esito può portare o meno ad una qualificazione pubblicistica dell'ente, con conseguente applicazione della normativa (pubblicistica) di riferimento. Così come è noto, peraltro, che, anche a fronte di una qualificazione privatistica di un ente, non si esclude che questo possa comunque essere assoggettato a singole previsioni di carattere pubblicistico, come spesso avviene per quelle di derivazione comunitaria. Ciò perché la legislazione comunitaria non conosce, invero, una classificazione "statica" degli enti pubblici bensì "dinamica" in ragione della funzione o degli obiettivi che l'Unione europea stessa intende perseguire. In dottrina, per ulteriori approfondimenti si v. G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A., contributo allo studio di società legali in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009; C. IBBA in *Le società a partecipazione pubblica oggi*, intervento alla tavola rotonda *Le società a parteci-*

L'analisi dello specifico tema "impresa pubblica e settori speciali"¹⁰ presuppone dunque lo studio della figura dell'impresa pubblica¹¹ alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che si è avuta nel corso degli anni¹² e, quindi, il raffronto di tale figura con quella dell'organismo di diritto pubblico¹³ di matrice comunitaria¹⁴.

pazione pubblica: novità e prospettive (Torino, Fondazione dell'Avvocatura torinese "Fulvio Croce", 23 settembre 2009); G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovrapposizione tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, Relazione al VI Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti sul tema: "La Costituzione economica negli anni novanta", Ferrara, 11-12 ottobre 1991, in *Quaderni cost.*, 1992, 1; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa – Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000; lo stesso autore *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, a cura di S. CASSESE, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006; A. POLICE, *L'Enel S.p.A. e gli ossimori della giurisprudenza amministrativa. A margine di una sentenza sugli appalti nel settore elettrico*, in collaborazione con F.G. COCA, in *Rass. giur. en. el.*, P.te I, *Dottrina*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹⁰ La volontà di sviluppare il tema indicato deriva anzitutto dal dato alla stregua del quale, a differenza dei settori ordinari che fanno riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici, nei settori speciali si individuano anche le imprese pubbliche quali soggetti tenuti all'applicazione della pertinente normativa. La definizione delle stesse imprese pubbliche è data, come si vedrà (*infra*), dalla lett. *t*) dell'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016.

¹¹ La lett. *t*) dell'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016, definisce nei termini che seguono le imprese pubbliche: "le imprese pubbliche sono le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa".

¹² In particolare, come si vedrà, l'evoluzione sociale ed economica ha determinato un mutamento della figura dell'impresa pubblica e del ruolo che essa assume nei vari contesti. Se in passato, infatti, nel momento in cui si parlava di impresa pubblica si faceva riferimento a quei soggetti che con metodo economico operavano sul mercato per il soddisfacimento esclusivo di finalità sociali, oggi ci confrontiamo con imprese pubbliche che non solo operano in un mercato aperto al libero gioco della concorrenza, ma affiancano alle finalità sociali lo scopo di lucro. La descritta circostanza rileva in maniera importante ai fini della definizione della nozione di impresa pubblica.

¹³ F. APERIO BELLA, *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico (About the Notions of "Public Undertaking" and "Bodies Governed by Public Law")*, in *Dir. e società*, 2015, fasc. 1, 139-194.

¹⁴ La figura dell'organismo di diritto pubblico è stata elaborata dalla giurisprudenza comunitaria con il fine di regolare il fenomeno di privatizzazione puramente formale di

A tal riguardo occorre avvertire il lettore circa il fatto che la definizione del regime giuridico a cui assoggettare le attività svolte da tali soggetti, così come la risoluzione delle relative questioni di giurisdizione, costituiscono operazioni ermeneutiche complesse e articolate.

Le difficoltà derivano, innanzitutto, dal carattere non omogeneo della categoria: la partecipazione pubblica in società per azioni di diritto privato può essere, a seconda dei casi, più o meno intensa; la struttura organizzativa può, in alcune ipotesi, allontanarsi dagli schemi tradizionali del diritto societario; i moduli decisionali si caratterizzano, a volte ma non sempre, per il ricorso ad istituti e strumenti tipici del diritto amministrativo.

L'eterogeneità che contraddistingue le imprese pubbliche deriva, almeno in parte, dalle differenti esigenze che il legislatore ha inteso soddisfare all'atto della loro costituzione, o dall'introduzione di successive norme che ne regolamentano l'attività.

Negli ultimi anni, ad esempio, si è registrata l'introduzione di norme che limitano l'autonomia decisionale e organizzativa di alcune società pubbliche, incidendo anche sulle modalità di gestione del patrimonio sociale. Si pensi al rispetto dei vincoli finanziari imposti all'Italia dall'Unione europea; obbligo esteso poi alle società pubbliche dalle più recenti leggi di stabilità. Si consideri, altresì, l'obbligo di seguire procedure concorsuali o para-concorsuali per l'assunzione dei dipendenti.

enti tradizionalmente pubblici, pur conservando, nella nuova forma giuridica (di solito S.p.A.), le caratteristiche funzionali salienti di cui erano tradizionalmente dotati. Più in particolare, la citata figura è stata costruita per evitare che, attraverso privatizzazioni puramente formali, gli Stati membri eludessero le direttive comunitarie sugli obblighi di sottoporre a gare europee gli acquisti rilevanti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni. La prima pronuncia comunitaria che va in questo senso è Corte giust. CE, 20 settembre 1988, C-31/87, Beentjes. In dottrina è stato rilevato che la figura dell'organismo di diritto pubblico è sorta per regolare quelle situazioni caratterizzate da privatizzazioni formali senza liberalizzazione dei relativi mercati. Sarebbero dovute rimanere dunque fuori 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, così M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Federalismi.it*, Roma, 6 agosto 2008, 4. Lo stesso Autore con l'opera citata evidenzia inoltre che da un punto di vista strutturale la figura dell'organismo di diritto pubblico è stata ideata per comprendere non soltanto gli enti pubblici economici, ma anche le strutture privatistiche, come società di capitali o fondazioni, se caratterizzate da continuità sostanziale con le vecchie aziende autonome.

Di fronte alla necessità di individuare meccanismi che consentano la riduzione di una sempre crescente spesa pubblica, la tendenza legislativa che oggi si registra sembra pertanto favorire una maggiore commistione tra profili pubblicistici e privatistici: le società pubbliche vengono sempre più spesso assoggettate a obblighi e divieti che, in passato, gravavano esclusivamente sulle amministrazioni pubbliche intese in senso classico.

Ai fini dell'individuazione di una normativa applicabile occorre quindi tener conto non solo delle caratteristiche peculiari della società pubblica a cui di volta in volta ci si riferisce, ma anche della costante evoluzione legislativa, che ne ha di fatto modificato alcuni dei caratteri originari.

Ogni ambito caratterizzato da regole normative incerte vede, del resto, un ruolo preminente della giurisprudenza, che, pur limitando formalmente la propria attività all'elaborazione della regola nel caso concreto, finisce, inevitabilmente, per delineare i tratti salienti di un istituto.

Ciò, peraltro, è avvenuto e continua ad avvenire anche a livello europeo.

La stratificazione giurisprudenziale avutasi in determinati settori consente così di disporre di principi normativi che, sebbene nati in relazione ad un caso concreto, divengono regole generali e astratte da applicare ogniquale volta una problematica analoga dovrà nuovamente essere affrontata.

Evitando di soffermarci in questa sede sulla funzione innovatrice rivestita dalla giurisprudenza, preme evidenziare i problemi di coordinamento che emergono ogniquale volta il legislatore decida solo successivamente di regolamentare un determinato settore.

In relazione al campo di indagine che qui si sta delineando, sembra peraltro che un simile pericolo possa dirsi in parte scongiurato, almeno *prima facie*.

Pare, infatti, che nel Testo Unico sulle società pubbliche di cui al il d.lgs. n. 175/2016, il Legislatore non abbia inteso introdurre una disciplina del tutto rivoluzionaria rispetto al modello di impresa pubblica delineato dalla giurisprudenza¹⁵.

Il quadro normativo, implementato dal nuovo Codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), non ha apportato elementi che consentano di supe-

¹⁵ A differenza, ad esempio, di ciò che è avvenuto con le previsioni contenute nel nuovo Codice dei contratti pubblici in tema di società *in house*.

rare i dubbi che si erano prospettati in materia, a discapito, questo, del principio della certezza del diritto.

È questa la ragione principale per cui l'analisi della casistica e del caso concreto continuano, pertanto, a rivestire un ruolo preminente: la definizione di uno "statuto" delle società pubbliche non può prescindere dalle singole pronunce degli organi giurisdizionali.

Di volta in volta le pronunce dei competenti organi giurisdizionali, sia per la varietà degli elementi fattuali che si richiedeva loro di vagliare, sia per la necessità di dover comporre le controversie che si prospettavano concretamente, hanno condotto all'enucleazione e alla stratificazione di regole e principi imprescindibili ai fini dell'inquadramento sistematico delle società pubbliche.

Emergono così varie sfumature delle società pubbliche di particolare interesse teorico.

Ciò detto, in questa sede si cercherà di comprendere quali vincoli di natura costituzionale e di natura comunitaria condizionano l'operato delle imprese pubbliche, con particolare riferimento all'acquisto di beni e servizi e alla realizzazione di lavori da parte delle medesime¹⁶.

Quando si parla di impresa, indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata, imprescindibile referente costituzionale è l'art. 41 Cost. relativo alla libertà di impresa. Tuttavia, in presenza di società con connotazioni e tratti pubblicistici, l'analisi si sposta su un piano normativo che impone il rispetto di regole procedurali nello svolgimento delle attività di realizzazione di lavori e prestazione di forniture e servizi.

Il discorso si articolerà, seppur brevemente, lungo le tappe che hanno portato all'attuale concezione d'impresa pubblica anche in virtù del fatto che tale processo è intimamente connesso da un lato con il fenomeno della privatizzazione¹⁷ e dall'altro con quello dell'apertura dei mer-

¹⁶ In giurisprudenza con il fine di individuare la nozione di impresa pubblica si v. *ex multis* Cons. Stato, Ad. Plen., 23 luglio 2001, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Giudice amministrativo con la sentenza *de qua* ha qualificato Ferrovie dello Stato S.p.A. come organismo di diritto pubblico e Grandi Stazioni S.p.A., partecipata dalla prima, come impresa pubblica. Si v. inoltre Cass., sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225. La Corte ha riconosciuto come impresa pubblica, in ragione dell'attività commerciale svolta in regime di concorrenza, un centro agroalimentare, società partecipata da enti pubblici.

¹⁷ Sul fenomeno della privatizzazione, per una ricostruzione puntuale e storicizzante si rinvia a F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. ec.*, 2005, 2, 239 ss. L'Autore, con l'opera citata, nell'analizzare il processo di privatizzazione, evidenzia come tale fenomeno costituisca il momento della trasformazione del ruolo dei pubblici

cati storicamente chiusi e, ad oggi, almeno in parte liberalizzati¹⁸.

Parallelamente si analizzerà il percorso che ha portato all'attuale definizione della nozione di organismo di diritto pubblico¹⁹.

In particolare, si verificherà l'osservanza o meno del principio della certezza del diritto, principio derivante dall'ordinamento comunitario, che esige che una norma sia chiara²⁰ e che la sua applicazione risulti prevedibile per tutti gli interessati²¹.

Occorrerà poi considerare il momento storico in cui sono state introdotte nel nostro ordinamento le c.d. società pubbliche²², le reazioni

poteri, che da enti titolari e gestori di servizi pubblici diventano semplicemente regolatori. L'Autore analizza dunque il percorso che ha portato all'introduzione nel nostro ordinamento delle c.d. società pubbliche. Sui fenomeni delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni, autorevole dottrina (V. Cerulli Irelli) rileva inoltre che essi sono ancora in corso e, seppure irreversibili, non possono dirsi compiuti. Sempre secondo la dottrina citata, i descritti fenomeni si fonderebbero su un cambio di rotta della politica economica e finanziaria dei governi che si sono succeduti negli ultimi anni e sul diverso assetto costituzionale venutosi a determinare a seguito dell'affermazione del diritto europeo. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2007, vol. 16, n. 5, 747 ss.

¹⁸ Sul ruolo dello Stato nell'economia e la trasformazione dello stesso si rinvia a J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, il Mulino, 1992; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 5-6, 999; lo stesso Autore, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003 e *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001.

¹⁹ Sulle ragioni che hanno portato all'elaborazione della figura di "organismo di diritto pubblico" si rinvia a M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, cit. sui caratteri essenziali della figura di "organismo di diritto pubblico" si rinvia a R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 201; M. DE ROSA, *Le casse previdenziali organismi di diritto pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 978 ss.; C. GUCCIONE, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 1034. In particolare, gli autori citati individuano il connotato essenziale della figura di organismo di diritto pubblico nella condizione di mancata soggezione effettiva dell'organismo al rischio d'impresa. Sulle differenze tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico si rinvia a A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e Organismi di diritto pubblico: analogie e differenze, nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574*, in *Giust. Amm.it*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 5, 2012.

²⁰ Sul tema della certezza del diritto circoscritto al diritto amministrativo si rinvia a G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario e recessività dell'ordinamento nazionale?*, in *Dir. amm.*, 2003, 277.

²¹ Sul punto in giurisprudenza si v. Corte giust., 15 giugno 1998, C-44/96; Corte giust., 16 giugno 1993, C-325/91.

²² In materia, per un quadro completo ed esaustivo, si rinvia al recente studio mo-

avute in merito dalla dottrina pubblicistica e l'interpretazione che la giurisprudenza ha dato del fenomeno. A tale scopo, giova qui precisare, infatti, che, ad oggi, buona parte delle imprese pubbliche assume la veste di società per azioni o a responsabilità limitata²³.

Il fenomeno dell'azionariato pubblico e delle società pubbliche non rileva unicamente da un punto di vista giuridico, ma anche economico²⁴. Accanto a tale considerazione, si colloca la questione teorica concernente il ruolo che ha avuto lo Stato nell'economia: un ruolo di protagonista diretto, sostituito, dagli inizi degli anni '90 del secolo scorso, da quello di regolatore.

La descritta attività d'indagine sarà dunque di primaria importanza al fine di imprimere ad una società la qualificazione pubblicistica²⁵ prima, e di impresa pubblica – oppure di organismo di diritto pubblico – poi.

Definita la natura giuridica dell'impresa pubblica e il ruolo che la stessa assume nell'attuale contesto economico e sociale, ci si soffermerà, tenendo in debita considerazione il recente orientamento giurisprudenziale²⁶, sulle regole che devono seguire le imprese pubbliche nel momen-

nografico di M.G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, Jovene, 2012; la stessa autrice *La società per azioni in mano statale: fini generali e "logica dell'imprenditore privato in un'economia di mercato"*, in *ApertaContrada, Riflessioni su società, diritto e economia*, Roma, 09, 2013; si citano in questa sede i recenti contributi offerti da C. IBBA-M.C. MALAGUTI-A. MAZZONI (a cura di), *Le "società pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011; F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010; F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2011; sul processo di privatizzazione per tutti si v. M. SANINO, *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1996.

²³ Sull'azionariato pubblico, per approfondimenti, si rinvia a M. SANINO, *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, cit.

²⁴ Cfr. F.G. SCOCA in *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., 239 ss. L'autorevole studioso sottolinea quanto sia di rilievo il problema dell'azionariato pubblico: partendo dai prodromi antecedenti all'istituzione dell'IRI, egli ne affronta l'istituzione, parlando dell'introduzione dell'ENI e di tutti i grandi enti di gestione delle partecipazioni pubbliche, fino a descriverne il momento d'oro, in cui l'azionariato pubblico raggiunse un'importanza tale da essere considerato come un'ottima strada da percorrere in ambito politico-economico, mediana tra il socialismo e il liberismo. L'A. con l'opera citata evidenzia poi come l'azionariato a livello di enti locali non sia stato consentito fino agli ultimi lustri del '900.

²⁵ Sul punto, si ritiene di dover osservare gli appunti metodologici offerti da F. G. SCOCA in *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., 247 ss.

²⁶ In giurisprudenza si segnala Cons. Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16, in

to in cui procedono all'affidamento di contratti nei diversi settori, ordinari e speciali²⁷.

1.1. Segue. L'autonomia contrattuale delle imprese pubbliche e i procedimenti ad evidenza pubblica

L'autonomia contrattuale²⁸ di cui godono le imprese pubbliche che operano nei settori speciali non può essere equiparata a quella propria

www.giustizia-amministrativa.it, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2011, e in *Urban. e app.*, n. 10 con nota di G.F. NICODEMO, *Imprese pubbliche: se l'appalto è estraneo ai settori speciali la giurisdizione è del G.O.*, 1171. Il Supremo Consesso amministrativo con la sentenza citata afferma anzitutto che per le controversie riguardanti gli affidamenti non strumentali da parte delle imprese pubbliche la giurisdizione è del giudice ordinario. L'Adunanza Plenaria segue l'orientamento comunitario che impone un'interpretazione restrittiva della disciplina dedicata ai settori speciali. Così facendo enuclea la categoria dei "settori estranei" all'applicazione del Codice, ai quali non si estende neanche l'applicazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016. Tali sono quei settori che non sono in alcun modo presi in considerazione dalla normativa sui contratti pubblici. Tra essi devono comprendersi i servizi affidati dalle imprese pubbliche, che non sono in alcun modo strumentali all'attività principale costituente il *core business* dell'impresa. La sentenza merita di essere segnalata perché fornisce un contributo alla definizione della fisionomia dell'impresa pubblica nel quadro del Codice dei contratti.

²⁷ Come si vedrà nel § 2 i settori individuati dalla direttiva comunitaria prima e dal nostro legislatore poi come "speciali" sono settori che rivestono un'importanza strategica per ciascuno degli Stati membri. Siffatta circostanza ne determina un peculiare atteggiarsi dei rispettivi mercati tale da giustificare una considerazione speciale da parte dello stesso legislatore comunitario.

²⁸ Sull'istituto dell'autonomia contrattuale sono doverosi i riferimenti ai privatisti B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione della teoria del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1958; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, Cedam, 2000, 14; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970. Si v. inoltre U. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, IX, 1988, 10 ss.; Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 159; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327 ss. Oltre ai richiamati pilastri della scienza giuridica, sul tema dell'autonomia contrattuale si rinvia ai recenti scritti A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 2, 2, 141-150; C. CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Urban. e app.*, 2013, 11, 1221-1227; S.M. CARBONE, *Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche ed un'unica funzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 11, 2, 591-607; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1, 69-90; A.M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 6, 2, 573-614. In generale, con riferimento all'istituto dell'autonomia contrattuale, si segnala la recente pronuncia del Giudice amministrativo che, sebbene con riferimento al tema dei contratti atipici, fornisce all'in-

di altri operatori economici. Essa, infatti, è condizionata anzitutto dall'aspetto che riguarda la scelta del contraente²⁹.

terprete utili indicazioni nell'attività di studio. Per la sez. VI del Consiglio di Stato (sentenza 16 luglio 2015, n. 3571), infatti, "Un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è d'altra parte estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti – anche attraverso esternalizzazione di alcuni servizi – non richiede quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benché col minore possibile di scostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi (di natura mista, a titolo esemplificativo, sono stati ritenuti i contratti, rispondenti a criteri di *housing* sociale, nonché i contratti di sponsorizzazione: cfr., per il principio, Cons. Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 1; V, 1 luglio 2014, n. 4358; VI, 31 luglio 2013, n. 4034 e 12 novembre 2013, n. 5378)". Dunque si può certamente affermare che il principio della libertà di contratto, codificato nell'art. 1322 c.c., non è specificamente garantito per se stesso dalla Costituzione italiana. Infatti, se da un lato gli artt. 41 e 42 Cost., garantiscono la libertà dell'iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, dall'altro consentono che a tali libertà siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e render possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva. È così giustificata l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, mediante la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale, così, sul punto, Corte cost., 27 febbraio 1962, n. 7.

²⁹ Con riferimento a questo specifico aspetto si ritiene opportuno richiamare una significativa pronuncia della sezione V, Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, in www.giustizia-amministrativa.it che con riferimento agli enti pubblici in generale così ha specificato: "per gli enti pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'Ente ma, invece, è strettamente correlata allo svolgimento da parte degli organi competenti di procedure definite in modo compito dal legislatore siano esse concorsuali o, come accade in alcune ipotesi eccezionali individuate specificatamente dall'ordinamento, non concorsuali. L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente riservato nei rapporti interprivativi alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà dei soggetti privati. In altri termini nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli enti pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati".

In generale, per quanto riguarda l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, la dottrina ha sostenuto che norme e principi pubblicistici costituiscono elementi derogatori rispetto alla disciplina comune³⁰. In questa sede, si ritiene di aderire a tale impostazione anche quando si parla di imprese pubbliche chiamate ad affidare appalti nei settori speciali.

Tuttavia il contratto conserva la propria natura privatistica anche quando la parte contraente è un'impresa pubblica, almeno per ciò che concerne la fase esecutiva dello stesso contratto. Trovano, infatti, applicazione, con riguardo allo sviluppo del rapporto contrattuale, le norme di diritto comune³¹.

Al ricorrere di determinati presupposti prescritti dalla legge, le imprese pubbliche, a dispetto del *nomen juris*, devono comportarsi come vere e proprie pubbliche amministrazioni, agendo nel rispetto delle regole imposte dall'evidenza pubblica. Esse sono, infatti, tenute ad individuare il contraente in ossequio a precisi canoni fissati dalla legge, a tutela del principio del buon andamento di natura costituzionale (*ex art. 97 Cost.*), e della concorrenza di matrice comunitaria³². Entrano in gioco dunque le regole dei c.d. *public procurement*, preordinate ad esternalizzare il procedimento di scelta del contraente, con il fine di garantirne il sindacato³³.

³⁰ Così V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 243.

³¹ Su questo specifico punto si ritiene opportuno riportare la riflessione che ebbe a fare A. BONOMI, voce *Contratto Amministrativo*, in *Dig. it.*, VIII, 2000, 1898-1900. Secondo l'A. richiamato "Il diritto comune regola questi rapporti e da esso si devia in parte, solo in quanto è necessario per adattarlo ad una persona che agisce per mezzo di rappresentanti, che è regolata da leggi speciali e nella quale si confondono interessi di ordine diverso, e più o meno generale, come sarebbero lo Stato, il Comune l'Opera pia".

³² Su questo specifico punto in dottrina di sicuro interesse risulta essere il contributo offerto da S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2008. L'Autore con l'opera ora richiamata considera i rapporti tra evidenza pubblica e contratto successivamente stipulato dalle PP.AA. Dallo studio del testo si traggono significativi spunti per l'esame dell'argomento oggetto della presente dissertazione.

³³ Anche su questo punto giova richiamare lo scritto di A. BONOMI (*op. cit.*) – come opportunamente già fatto in precedenza da altri autori come R. CARANTA, *I Contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004 – nella parte in cui afferma "Così, allo stesso modo che un minore non può efficacemente obbligarsi se non con l'assistenza di chi integra la sua giuridica capacità, lo Stato, le Province, i Comuni, non possono obbligarsi se

Il titolo del presente lavoro denota, dunque, il senso e lo scopo della ricerca condotta.

Autonomia contrattuale e regole dell'evidenza pubblica.

L'*autonomia* contrattuale, di fonte privatistica, consiste nella facoltà di autoregolamentare i propri interessi: essa subisce una significativa limitazione che deriva dalla condizione soggettiva del contraente che accede all'istituto del contratto. Tale limitazione è determinata dalle *regole* dell'evidenza pubblica da osservare per la scelta del contraente, il cui rispetto è condizione necessaria perché l'impresa pubblica possa efficacemente obbligarsi.

Con il fine di evitare l'indiscriminata applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, occorre indagare – come si è cercato di fare – sulla natura delle imprese pubbliche, nonché sulle condizioni al ricorrere delle quali un soggetto può essere qualificato come tale.

Numerosi sono gli istituti giuridici che entrano in gioco in questa riflessione, come altrettanto numerose sono le condizioni economico-sociali che, negli anni, hanno determinato un mutamento della figura dell'impresa pubblica. Ne deriva che l'autonomia contrattuale delle imprese pubbliche si accorcia e si estende come una fisarmonica al variare del suono del mercato.

1.2. *Segue. I riferimenti costituzionali*

Il tema oggetto del presente lavoro – e la conseguente risoluzione delle problematiche ad esso connesse – impone l'esame, in via preliminare, degli artt. 41, 42 e 43 Cost.

L'art. 41 Cost.³⁴ prevede al 3° comma che "l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali",

non con il consenso di altri corpi, di consessi speciali, che esercitano sopra di essi un ufficio di controllo e di tutela. In questo modo sono stabilite le norme perché possa manifestarsi in modo sicuro il consenso dei contraenti, e si esigono, a pena di nullità, le formalità che devono servire a rendere manifesto tale consenso".

³⁴ Sull'art. 41 Cost. per approfondimenti, si rinvia all'interessante dibattito sviluppatosi tra i costituzionalisti e, in particolare, N. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, 203; G.U. RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, in *Enc. giur. Treccani*, X, 2001; G. BOGNETTI, *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della Repubblica Italiana*, in AA.VV., *Verso una nuova Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1988, 171; recentemente F. SAIITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tede-*

mediante la determinazione per legge di programmi e controlli opportuni³⁵.

La norma riportata³⁶, collocandosi in quell'ambito di norme e principi che costituiscono il fondamento costituzionale dell'autonomia pri-

sca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della costituzione italiana, Bergamo, Ianus, 5, 2011. Sulle varie accezioni del concetto di concorrenza, criticamente rispetto all'uso della nozione da parte della Corte costituzionale, cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. econ.*, Suppl. al n. 1/2005, 105 ss. Sull'impatto del diritto comunitario e sullo sviluppo interpretativo di cui è stato oggetto l'art. 41 Cost., cfr. anche G. GROTANELLI DE' SANTI, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, 981 ss. e G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, 1989.

³⁵ Nel nostro ordinamento il 3° comma dell'art. 41 Cost. è la norma sulla quale si fonda la disciplina delle attività economiche che presentano il carattere di servizi di interesse generale. Sulla prescrizione normativa appena richiamata si sono misurati negli anni sia i civilisti sia i privatisti. Una lettura esaustiva sul tema è fornita da B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, cit. La proclamazione per cui il mercato "è e resta, comunque, libero, proprio e se sottoposto ad alcuni controlli correttivi, quando gli scambi continuano a determinarsi, in esso, in maniera corretta, spontanea e non, dunque, coattiva" è fatta risalire alle Lezioni di Luigi Einaudi da G.B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea*, cit.

³⁶ La Costituzione repubblicana rappresenta il principale riferimento per quanto concerne l'individuazione degli elementi chiave che hanno guidato la successiva produzione normativa anche per quanto attiene alla disciplina della concorrenza. A tal riguardo non va trascurata la seguente circostanza: la comune preoccupazione del Costituente era quella di creare un sistema economico che fosse capace di garantire elevati livelli di benessere sociale. Sul punto, però, le diverse posizioni emerse in occasione del dibattito parlamentare spesso sono risultate inconciliabili. Di grandissimo rilievo ed interesse (anche e, soprattutto, ai fini del presente lavoro) è stata la posizione esposta da Luigi Einaudi secondo cui: "la legge non è strumento di formazione dei monopoli economici ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta". Attraverso l'indicata impostazione, si voleva combattere il male profondo della società rinvenibile nell'esistenza dei monopoli "vera fonte di disuguaglianza, vera fonte della diminuzione dei beni prodotti, vera fonte della disoccupazione delle masse operaie". Da un lato però l'emendamento di Einaudi non fu accolto e, dall'altro, si ritenne che il progetto di Costituzione contenesse già sufficienti garanzie contro i monopoli. Si era, infatti, diffuso il convincimento che il principio antimonopolistico, secondo cui le pubbliche Amministrazioni avrebbero dovuto combattere le concentrazioni economiche esistenti ed astenersi dal crearne di nuove, potesse ricavarsi comunque dal combinato disposto degli artt. 41 e 43 Cost., norme che assieme all'art. 42 Cost. "caratterizzano l'intero sistema economico". Sul punto si v. i contributi interessanti di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *La "grande impresa" privata nella Costituzione italiana*, in *Impresa e società. Scritti in memoria di Antonio Graziani*, Napoli, Jovene, 1968, V, 1884 ss.; M. GIANPIERETTI, *Il principio costituzionale della libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 439 ss.

vata, equipara le imprese pubbliche e le imprese private, riferendo ad entrambe la nozione di “attività economica”³⁷. Imprese pubbliche e private vengono, dunque, accomunate, nella configurazione istituzionale e nella disciplina. Entrambe, infatti, possono essere sottoposte a programmi e controlli pubblici per finalità sociali³⁸.

D’altro canto non si esclude che le imprese pubbliche possano essere istituite per operare nell’ambito di un mercato aperto al libero gioco della concorrenza³⁹. In particolare, l’evoluzione sociale e il mutamento del mercato hanno determinato, specialmente in alcuni ambiti, una metamorfosi dell’impresa pubblica che, da soggetto creato per perseguire finalità sociali con “metodo economico”, opera ormai in concorrenza con altri operatori economici⁴⁰.

³⁷ In questo senso, l’antico principio sancito dal Codice di commercio inteso al divieto per gli enti pubblici di esercitare attività di impresa (“non possono acquistare la qualità di commercianti”: art. 7) con l’affermarsi del citato referente costituzionale è stato definitivamente accantonato. Sul punto, per ulteriori approfondimenti si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, cit.

³⁸ Posto, infatti, che l’iniziativa economica privata è libera e che non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana, spetta al legislatore stabilire i modi dell’intervento pubblico e i controlli affinché l’attività economica pubblica e privata sia indirizzata e coordinata al perseguimento di finalità sociali. In questi termini occorre parlare di *riserva assoluta di legge*. Sull’art. 41 Cost., utili spunti di riflessione possono trarsi dall’insegnamento dei costituzionalisti A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, 1961, 582 ss.; M. LUCIANI, *L’iniziativa economica privata nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, Tipografia Carpentieri, 1981; Id., *La produzione economica privata nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, Cedam, 1983; C. PINELLI, *Attualità dell’art. 41 Cost., con particolare riferimento alla ‘utilità sociale’*, in www.centroriformastato.org, 2011. Per una compiuta analisi si v. anche N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 2001; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Rivista Italiana degli economisti*, 1, 2005, 105.

³⁹ Tale conclusione coincide perfettamente con la seguente circostanza: il 1° comma dell’art. 41 Cost., riconoscendo solennemente, tra le fondamentali libertà economiche, la libertà di iniziativa economica, ha determinato l’affermazione – nel nostro ordinamento – di una struttura di mercato basata sull’iniziativa individuale e la conseguente e correlata affermazione dei principi della libertà di concorrenza e della libertà di accesso al mercato. Sul punto, tra i privatisti, in dottrina si v. B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, Milano, Giuffrè, 1998, 1540, ora anche nel volume collettaneo, *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1999; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.

⁴⁰ Sul punto per approfondimenti si v. B. LIBONATI, *L’intervento dello Stato nell’attività d’impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 151 ss.

Dalla norma contenuta nel 1° comma dell'art. 42 Cost., si desume il principio secondo cui l'attività economica può essere svolta da soggetti indifferentemente pubblici o privati.

L'art. 43 Cost., invece, considera i servizi pubblici, che per la loro importanza possono essere riservati in favore dei soggetti che si configurano come imprese pubbliche⁴¹: il concetto di impresa pubblica che ne deriva si discosta dal modello definito dagli artt. 41 e 42 della medesima Carta costituzionale.

Risulta a questo punto dirimente indagare sul rapporto tra i principi costituzionali e quelli elaborati a livello comunitario⁴² e quindi sulla fisionomia che assumono le imprese pubbliche nel nuovo contesto ordinamentale di fonte europea.

L'analisi dei principi sopra indicati si traduce a tutti gli effetti in una guida alla quale attenersi nell'affrontare i temi determinati nel § 1 (v. *supra*).

Non v'è dubbio, infatti, che una compiuta riflessione sulla fisionomia delle imprese pubbliche nel *Codice dei contratti* passi attraverso lo studio della stessa (impresa pubblica) nella Costituzione economica italiana, coordinata con i principi di matrice comunitaria.

Esprese le dovute considerazioni al riguardo, si potrà poi analizzare l'impresa pubblica operante nei settori speciali.

Da una prima lettura della vigente normativa sembrerebbe emergere l'obbligo, a carico delle imprese che operano nei settori ora richiamati, in caso di aggiudicazione di un contratto nel medesimo ambito in cui eseguono le attività principali per le quali sono state costituite (*rectius*, istituite), di osservare le regole contenute nella Parte II, Titolo VI, Capo I (artt. 114 ss.) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁴¹ Sull'argomento in dottrina si v. per tutti M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995, 135 ss.; sul tema v. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, 16 ss.; F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. I. *La Costituzione economica*, Padova, 1977, 121 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Dir. ec.*, Roma, 1990, 41 ss.

⁴² Come autorevole dottrina insegna (V. Cerulli Irelli), infatti, osservando il diritto comunitario le imprese pubbliche vengono del tutto equiparate alle imprese private, anche nelle deroghe rispetto alle "regole del mercato" di cui le une e le altre possono usufruire.

Conseguentemente, seguendo detta impostazione, le imprese pubbliche che operano nei settori speciali non dovrebbero applicare né le norme relative ai settori speciali, né le norme prescritte per i settori ordinari nei casi in cui l'appalto abbia ad oggetto attività diverse, e non strumentali, da quelle per le quali è stata costituita.

La riportata interpretazione riposa sul fatto che l'estensione (sulla base di un criterio analogico) anche ai settori speciali di regole prescritte per appalti nei settori ordinari, inciderebbe negativamente sull'esercizio della libertà di impresa – garantita dall'art. 41 Cost. – e dunque nei confronti dei soggetti aggiudicatori che rivestono il carattere di imprenditori. Occorre a riguardo richiamare quanto già esposto: l'impresa, pubblica o privata che sia, può essere soggetta ad obblighi e doveri soltanto se gli stessi trovano un precipuo fondamento nella legge (art. 41 e art. 23 Cost.), con conseguente inammissibilità di una lettura analogicamente estensiva delle disposizioni idonee a comprimerne la libertà di iniziativa economica.

Secondo un differente indirizzo interpretativo, invece, le imprese pubbliche che operano nei settori speciali, quando devono aggiudicare un contratto in un settore differente da quello in cui eseguono le attività principali, dovrebbero osservare le regole indicate per i settori ordinari.

Tale ultima impostazione troverebbe fondamento sul principio della "certezza del diritto"⁴³.

2. Le problematiche da affrontare

Come anticipato nel § 1, occorre muovere da una riflessione sulla natura giuridica e sulla definizione di impresa pubblica al fine di accogliere, o rifiutare, alcune ipotesi di regolazione del fenomeno proposte dalla dottrina, tenendo anche conto del nuovo contesto economico e sociale in cui si colloca oggi la figura in esame.

Esclusa la natura imprenditoriale dello Stato e degli altri Enti pubblici territoriali, una delle maggiori questioni da affrontare consiste nel-

⁴³ A tale conclusione si giungerebbe seguendo l'indirizzo della prima giurisprudenza comunitaria *ex multis* Corte giust. UE, IV, 10 aprile 2008, C-393/06, in *www.leggi.ditaliaprofessionale.it*.

l'eventuale assimilabilità, o anche solo compatibilità, della categoria dell'impresa pubblica con quella di organismo di diritto pubblico.

Si tratta di una considerazione di non poco momento. L'esatta decodificazione del rapporto tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico assume rilievo primario per i risvolti ad essa ricollegabili.

Solo riconducendo, infatti, la figura dell'impresa pubblica a quella dell'organismo di diritto pubblico (si ammette, cioè, la compatibilità delle due figure, considerando l'organismo di diritto pubblico un modello generale che comprende anche l'impresa pubblica) si potrà legittimamente affermare (senza incorrere nel rilevato contrasto con la riserva costituzionale prevista dall'art. 41 Cost.) che anche gli imprenditori pubblici, qualora procedano all'affidamento dei contratti estranei ai settori speciali, restano comunque soggetti alle disposizioni della direttiva dei settori ordinari. In tal senso, la figura di organismo di diritto pubblico dovrebbe essere riportata alla sua *ratio* originaria, sì da coprire solo situazioni di privatizzazione formale di imprese pubbliche, quando queste continuano ad essere incaricate di svolgere funzioni fuori mercato⁴⁴.

Nel compiere l'indicata riflessione, occorrerà però valutare la compatibilità delle soluzioni proposte con il principio della concorrenza di matrice comunitaria, non soltanto nel senso di garantire l'apertura del mercato alle imprese pubbliche che operano nei settori speciali (attraverso le gare pubbliche), ma anche nel senso di eliminare qualsivoglia elemento distorsivo della concorrenza ai danni delle imprese pubbliche che oggi operano (anche nei settori speciali) in un mercato che progressivamente si è andato aprendo alle imprese private⁴⁵.

⁴⁴ Così M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, cit., 24 ss.

⁴⁵ A tal riguardo, si pensi – a titolo esemplificativo e non esaustivo – al settore dei servizi postali. In questo specifico ambito, infatti, il processo di liberalizzazione dei mercati dei servizi postali avviato dall'Unione europea con la direttiva 97/67/CE implica, per gli Stati membri, l'abolizione di qualsiasi forma di monopolio, di riserva e di diritti speciali nel settore. In Italia dal 1° gennaio 2011 si è determinato un mercato postale sicuramente aperto alla concorrenza, in quanto oltre alla società pubblica Poste Italiane S.p.A., altre imprese hanno la possibilità di entrare nel mercato delle spedizioni al di sotto dei 50 grammi di peso e 1,50 euro di prezzo, prima riservati al fornitore del servizio universale.

Ciò si riflette, naturalmente, sulle regole da seguire per l'aggiudicazione dei contratti da parte di Poste Italiane S.p.A. Da un lato, infatti, il d.lgs. n. 50/2016 sottopone all'applicazione del Codice dei contratti pubblici e, quindi, alla disciplina dell'evidenza pubblica sia i servizi postali in senso stretto sia i servizi diversi svolti dall'ente postale, tra cui quelli finanziari; dall'altro, il medesimo *corpus* normativo individua un criterio

Successivamente, occorrerà inquadrare la figura dell'organismo di diritto pubblico, per poi indagare sulla natura e l'attualità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*. Infatti, le peculiari caratteristiche dell'impresa pubblica e le esigenze di semplificazione sottese alle c.d. "privatizzazioni" inducono a ritenere che, anche laddove si ammettesse, in via di mera ipotesi, la riconducibilità di un'impresa pubblica alla categoria dell'organismo di diritto pubblico, evidenti ragioni di logica e di coerenza imporrebbero che tale qualifica (ed il regime generale che ne consegue) fosse circoscritta all'esercizio di quelle attività nelle quali non prevale il fine di lucro e non sussiste il rischio d'impresa. In altre parole, si potrebbe ammettere la figura del c.d. "organismo di diritto pubblico *in parte qua*"⁴⁶.

oggettivo al fine di valutare se un appalto, in quanto afferente a quella attività, debba o meno essere assoggettato alla disciplina del Codice e segnatamente a quella dell'evidenza pubblica. Ciò significa che la disciplina del Codice non si applica a quelle attività che, pur svolte da soggetti in ipotesi tenuti, per la loro qualità di ente aggiudicatario, all'osservanza del Codice, svolgono in concreto "attività" direttamente esposte alla concorrenza sul mercato. La Commissione europea, alla quale la Repubblica italiana ha chiesto di stabilire se determinati servizi svolti da Poste italiane fossero direttamente esposti alla concorrenza, con decisione del 5 gennaio 2010, ha risposto positivamente, giudicando inapplicabile la direttiva 2004/17/CE (*ratione temporis* vigente) ai contratti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a consentire l'esecuzione in Italia dei servizi di: a) raccolta del risparmio tramite i conti correnti; b) prestiti per conto di banche e altri intermediari finanziari abilitati; c) servizi e attività di investimento; d) servizi di pagamento e trasferimento di denaro. A tale decisione è seguito il d.p.c.m. 25 gennaio 2010, il quale ha stabilito che "Il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE non si applica agli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a consentire l'esecuzione dei seguenti servizi in Italia: a) raccolta del risparmio tramite i conti correnti; b) prestiti per conto di banche e altri intermediari finanziari abilitati; c) servizi e attività di investimento; d) servizi di pagamento e trasferimento di denaro". Pertanto, l'obbligo di seguire l'evidenza pubblica sussiste solo per gli appalti aggiudicati per lo svolgimento dei servizi postali in senso stretto, cioè non (del tutto) liberalizzati e ciò fino a quando non sarà completato il processo di liberalizzazione dei servizi postali *tout court*, cui è indirizzata la direttiva 2008/6/CE, recepita con d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 (su questo specifico punto si v. in giurisprudenza Cass., sez. un., 29 maggio 2012, n. 8511, in www.leggiditaliaprofessionale.it).

Va da ultimo ricordato che con il d.l. n. 201/2011, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, sono state affidate all'AGCom le funzioni di Autorità di regolamentazione del settore postale con i connessi compiti in materia di regolazione, vigilanza e tutela degli utenti. Dunque – in questo specifico ambito – trova una sicura collocazione il rischio di impresa.

⁴⁶ L'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, secondo lo schema elaborato da al-

Infine, esaminate le questioni appena esposte, si cercherà di comprendere, anche sulla base del recente orientamento giurisprudenziale, quali regole debbano osservare le imprese pubbliche nel momento in cui procedono all'affidamento di contratti nei diversi settori individuati dalla normativa. In particolare, si ricostruirà la fisionomia delle imprese pubbliche nei settori speciali⁴⁷. Sul punto, giova rilevare come il legislatore abbia da sempre avvertito l'esigenza d'intervenire con una normativa speciale sulle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici riguardanti quei settori di attività che, proprio in ragione della disciplina normativa speciale ad essi dedicata, sono stati sin da subito qualificati quali settori esclusi⁴⁸.

Tale esigenza veniva *ab origine* spiegata in ragione del fatto che gli enti gestori di tali servizi erano in taluni casi disciplinati dal diritto pubblico, in altri dal diritto privato. A ciò si aggiunga la conseguente necessità di definire i suddetti enti in modo da assicurare l'effettiva liberalizzazione⁴⁹ del mercato ed un giusto equilibrio nell'applicazione delle nor-

cuni autori, svolgerebbe al tempo stesso attività di natura commerciale e attività ordinate al perseguimento di fini pubblici. Tale tipologia di soggetto va considerato come organismo di diritto pubblico ed è chiamato, di conseguenza, ad agire come tale – anche in materia di appalti – nel momento in cui svolge attività nelle quali non prevale il fine di lucro e non sussiste il rischio d'impresa. La possibilità che la stessa persona giuridica sia tenuta all'applicazione di discipline di volta in volta diverse è sostenuta da M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2004. In giurisprudenza si segnala invece Tar Lazio-Roma, sez. III-ter, 26 febbraio 2003, n. 1559, in riferimento ai gestori di aeroporti, passata in giudicato in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Il legislatore comunitario, tenuto conto dell'influenza esercitata dalle autorità pubbliche sugli enti non pubblici, operanti nei settori speciali (a causa della naturale chiusura dei relativi mercati e della concessione dei diritti speciali od esclusivi), ha – eccezionalmente – ritenuto di poter estendere un regime pro concorrenziale (meno rigido rispetto a quello previsto per i settori ordinari) anche alle imprese pubbliche e, comunque, a tutti i titolari di diritti speciali o esclusivi, che, infatti, significativamente distingue dalle “amministrazioni aggiudicatrici”, considerandoli insieme in una lettera autonoma.

⁴⁸ Tali settori sono individuati dal Codice nell'energia elettrica e termica, nell'acqua, nel gas, nei trasporti, nei servizi postali, nelle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della prospezione o estrazione di petrolio, gas, carbone o altri combustibili solidi, nelle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali (v. *supra*).

⁴⁹ Per uno studio del fenomeno, si veda P. SPIRITO, *Gli investimenti nelle reti tra*

me sull'aggiudicazione degli appalti in questi settori, attesa anche la naturale chiusura dei mercati ivi operante. A tale esigenza si affiancavano storicamente ulteriori ragioni, da rintracciare sia nella concessione, da parte di autorità nazionali, di diritti speciali o esclusivi (finalizzati all'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio di cui si tratta oppure allo sfruttamento di una data area geografica per un fine determinato), sia nelle diverse modalità utilizzate dalle autorità nazionali per influenzare il comportamento degli enti in parola (ivi comprese l'assunzione di partecipazioni nei relativi capitali sociali o la rappresentanza degli organi amministrativi, direttivi o di vigilanza di tali enti), sia ancora nell'elevato livello tecnologico che interessava i settori in considerazione. Ad oggi, le ragioni sottese all'esigenza del legislatore comunitario di prevedere per tali settori una normativa speciale⁵⁰ appaiono sicuramente coincidenti a quelle che hanno portato all'attuale regolamentazione del fenomeno, non essendo mutate, di fatto, le condizioni originarie.

2.1. *Segue.* Questioni preliminari: le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori nel nostro ordinamento

Preliminarmente è necessario procedere alla definizione del concetto di amministrazione aggiudicatrice⁵¹ e di ente aggiudicatore.

privatizzazione degli assetti proprietari e liberalizzazione dei servizi: il fallimento dello Stato ed il fallimento del mercato, in Analisi giuridica dell'economia, 2015, 2.

⁵⁰ Sulle ragioni storiche che hanno portato alla stesura della direttiva sui settori speciali si rinvia a R. GRECO, *Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, Giuffrè, 2008.

⁵¹ Con specifico riferimento alla nozione di "amministrazione aggiudicatrice" si ritiene doveroso riprendere in questa sede il 12° *Considerando* alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, laddove si precisa che "La nozione di 'amministrazioni aggiudicatrici' e, in particolare, quella di 'organismi di diritto pubblico' sono state esaminate ripetutamente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Per precisare che l'ambito di applicazione della presente direttiva *ratione personae* dovrebbe rimanere invariato è appropriato mantenere le definizioni su cui si è basata la Corte e inserire alcune precisazioni fornite da detta giurisprudenza quale chiave di lettura delle definizioni stesse, senza l'intenzione di alterare la comprensione di tale concetto quale elaborato dalla giurisprudenza. A tal fine, è opportuno

Apparentemente i due termini del confronto sembrerebbero equivalere. Ad una più approfondita analisi, invece, è possibile notare come il perimetro che le due nozioni vanno a circoscrivere risulta differente.

Seguendo l'ordine fissato dal nuovo Codice dei Contratti, d.lgs. n. 50/2016, si può partire dalla lett. *a*) dell'art. 3, che ci consegna la definizione di amministrazioni aggiudicatrici. La disposizione richiamata, collocata nella parte I del Codice, così recita: “amministrazioni aggiudicatrici’ sono le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”.

Gli organismi di diritto pubblico sono qualificati come amministrazioni aggiudicatrici contrariamente a quanto accade per le imprese pubbliche⁵².

Più avanti, la lett. *t*) dell'art. 3, ci consegna la definizione di impresa pubblica. Tale disposizione statuisce che “le ‘Imprese Pubbliche’ sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante o perché ne so-

precisare che un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un ‘organismo di diritto pubblico’ in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale. Analogamente, la giurisprudenza ha anche esaminato la condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, precisando, tra l'altro, che per ‘finanziati in modo maggioritario’ si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico”.

⁵² Sul punto è appena il caso di precisare che gli organismi di diritto pubblico sono tenuti ad osservare le regole dell'evidenza pubblica sia per gli appalti sopra soglia, sia per gli appalti sotto soglia. Il dato normativo appena evidenziato è confortato dalla giurisprudenza. Cfr. *ex multis* Tar Lazio-Roma, sez. II, 18 agosto 2004, n. 7763, in *Foro amm.-Tar.*, 7, 8, 2004, 2175, il quale, richiamando la giurisprudenza comunitaria – in particolare ord. Corte giust. CE, 3 dicembre 2001, C 59/00 –, afferma che “per i soggetti ordinariamente tenuti ad applicare la normativa nazionale e comunitaria nella scelta dell'altro contraente, il rispetto delle norme sull'evidenza pubblica è da intendersi regola generale, che vale quindi anche per gli appalti pubblici sotto soglia”; negli stessi termini C.G.A. Sicilia, 19 ottobre 2005, n. 682, per il quale l'organismo di diritto pubblico va equiparato in toto alle Amministrazioni pubbliche e, di conseguenza, detto soggetto “è tenuto all'osservanza della direttiva in materia di appalti pubblici (nella fattispecie di lavori) per tutte le attività poste in essere e cioè anche per quelle che non siano riconducibili al soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale”.

no proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese”.

Infine, ai sensi della lett. *e*) del medesimo articolo – che ci consegna la definizione di “Enti Aggiudicatori” – rientrano in tale categoria, al fine dell’applicazione della parte seconda del Codice, gli enti che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 115 a 121 nonché gli enti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli artt. da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall’autorità competente.

Il Codice, poi, nell’individuare le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori tenuti ad osservare le norme del d.lgs. n. 50/2016 per i c.d. “settori ordinari” non richiama le imprese pubbliche, con la conseguente automatica esenzione, per queste ultime, dall’obbligo di indire pubbliche gare nel momento in cui operano nei settori ordinari.

L’art. 114 del Codice (Parte II del d.lgs. n. 50/2016 dedicato ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali) individua, tra gli altri, le imprese pubbliche operanti nei settori speciali quali soggetti tenuti al rispetto delle procedure previste per i settori richiamati.

Completato il quadro normativo di interesse, si può a questo punto giungere ad una prima conclusione di rilievo: le imprese pubbliche rientrano tra gli enti aggiudicatori tenuti all’osservanza della disciplina degli appalti nei settori speciali (oggi contenuta negli artt. 114 ss. del d.lgs. n. 50/2016), mentre le stesse non sono contemplate tra le amministrazioni aggiudicatrici e tra gli altri soggetti aggiudicatori tenuti all’osservanza della disciplina degli appalti nei settori ordinari (così l’art. 3, d.lgs. n. 50/2016).

Tale considerazione trova conforto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Come puntualmente osservato dal supremo Organo della giustizia amministrativa con l’Ad. Plen. n. 16/2011 non può prescindersi dall’indicazione di determinati dati esegetici.

In primo luogo, le lett. *e*) e *t*) dell’art. 3 del d.lgs. n. 50/2016 – che danno la definizione di impresa pubblica e indicano l’ambito degli enti aggiudicatori – sono norme definitorie. In quanto tali, queste disposizioni vanno lette in combinato disposto con le specifiche previsioni che assoggettano ad obblighi di evidenza pubblica le imprese pubbliche e non possono, invece, essere interpretate come disposizioni che, di per sé sole, le assoggettano a tutta la disciplina del Codice.

In secondo luogo, l'art. 3, che indica i soggetti aggiudicatori nei settori ordinari, non contempla le imprese pubbliche in quanto tali.

Da ultimo, sul piano dell'interpretazione "storica", le imprese pubbliche, già sottratte al diritto dei pubblici appalti, vi sono state attratte limitatamente ai "settori speciali", e non in termini generali.

Qualora, dunque, un'amministrazione aggiudicatrice, nella sua accezione più ristretta, offra un appalto per attività diverse da quelle indicate dagli art. 114 ss. del citato d.lgs. n. 50/2016 (c.d. "settori speciali"), dovrebbero trovare applicazione le regole previste per i settori ordinari; qualora, invece, ad agire al di fuori di tale schema sia una impresa pubblica (o titolare di diritti speciali od esclusivi), quelle stesse norme non dovrebbero trovare applicazione⁵³. A tal riguardo inoltre, a parere di chi scrive, l'attività dell'interprete deve essere ispirata da un noto principio, secondo cui *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*; pertanto la singola norma deve trovare applicazione in misura sufficiente allo scopo che con essa si vuole perseguire.

2.2. Segue. I settori speciali e le imprese pubbliche che vi operano tra autonomia e regole

I "settori speciali" sono attualmente disciplinati nella Parte II, Titolo VI, Capo I, del d.lgs. n. 50/2016 ed, in particolare, dall'art. 114 all'art. 141 del *corpus normativo*.

L'attività negoziale degli enti aggiudicatori⁵⁴, regolata dalle norme contenute nella citata parte del Codice, soggiace ad una serie di vincoli che, da un lato, garantiscono i principi di trasparenza, concorrenza e non discriminazione e, dall'altro, preservano margini necessari di flessibilità, rivolgendosi ad una particolare categoria di soggetti che comunque opera nel mercato in concorrenza con altri soggetti. Uno dei fattori caratterizzanti i settori speciali è rappresentato, infatti, dalla circostanza che gli stessi enti aggiudicatori offrono sul mercato servizi di interesse economico generale. Tale elemento determina, come conseguenza, l'acuirsi delle esigenze⁵⁵ – per molti versi contrapposte – di

⁵³ Così M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 86.

⁵⁴ Nel primo capitolo una parte importante è dedicata alle differenze tra enti aggiudicatori e amministrazioni aggiudicatrici.

⁵⁵ All'uopo è il caso di osservare che nel mercato dei contratti pubblici il soddisfa-

tutela della concorrenza, da un lato, e di semplificazione procedurale, dall'altro.

Offrendo sul mercato servizi di interesse economico generale, tali enti risultano in tal modo assoggettati sia a responsabilità di carattere squisitamente pubblicistico, concernenti tanto la garanzia di trasparenza ed economicità gestionale quanto la sicurezza e la continuità del servizio erogato, sia alla spinta propulsiva e competitiva che deriva dalla progressiva apertura alla concorrenza, dei mercati in cui operano⁵⁶.

Su tale fenomeno si fonda la circostanza in forza della quale le norme dell'evidenza pubblica trovano un limitato ambito di operatività nei settori speciali⁵⁷, dovendosi evitare una rigida procedimentalizzazione dell'attività negoziale, in ragione delle peculiarità oggettive dei settori di attività in cui operano gli enti aggiudicatori⁵⁸.

Di conseguenza, la *ratio* dell'esclusione dei settori in parola dalla disciplina ordinaria posta in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, è stata individuata (almeno inizialmente) nell'esigenza di elaborare una normativa che tenga in considerazione la specialità dei settori in esame, stante la disomogeneità delle strutture operative ivi presenti, posto che "gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri casi sono disciplinati dal diritto privato"⁵⁹.

cimento del principio della concorrenza passa da procedure – quelle dell'evidenza pubblica – articolate e non sempre lineari, ciò in spregio all'esigenza di semplificazione che dovrebbe governare l'azione amministrativa.

⁵⁶ Come, peraltro, emerge dal combinato disposto di cui all'art. 30 della direttiva 2004/17/CE, che disciplina la procedura prodromica alla verifica di diretta esposizione alla concorrenza da parte di una determinata attività, e all'art. 219 del Codice.

⁵⁷ Cfr. d.p.r. n. 207/2010.

⁵⁸ In tale ottica, l'articolo introduttivo della parte V (art. 339) riproduce a livello di normativa secondaria la scelta operata dal legislatore (art. 114 del nuovo Codice) di limitare il campo di applicazione delle regole comuni valevoli tanto per i settori ordinari quanto per i settori speciali. Va precisato, altresì, che l'attuale formulazione dell'art. 339 risulta essere conforme alle osservazioni all'uopo formulate dal Consiglio di Stato (parere 3262/07), riproducendo a livello di normativa regolamentare, come rilevato, le scelte già maturate dal legislatore di rango primario (art. 114 del nuovo Codice) di delimitare l'ambito operativo della disciplina trasversalmente applicabile ai settori ordinari e ai settori speciali, secondo un'impostazione risalente alla legge n. 109/1994 e successive modifiche.

⁵⁹ Cfr. 8° *Considerando* della direttiva 93/38.

Tenuto conto di tali considerazioni, le ragioni a sostegno di tale studio monografico possono individuarsi come segue.

La prima ragione è costituita dalla circostanza che, in tali settori, operano oggi soggetti che assumono le sembianze di imprese e che come tali si atteggiavano⁶⁰, chiamati tuttavia ad osservare regole e norme a presidio di valori pubblici.

In secondo luogo, occorre tener conto del fatto che tali settori sono in realtà assoggettati a due complessi normativi, il primo dei quali è costituito dalla Parte II, Titolo VI, Capo I e il secondo dalla parte V, sulle infrastrutture prioritarie (*ex legge-obiettivo*) del d.lgs. n. 50/2016⁶¹.

La terza ragione risale alla filosofia di fondo del Codice, (che è la medesima della legge-quadro n. 109/1994) che guarda con diffidenza alle interpretazioni arbitrarie, con conseguente assoggettamento, nei limiti del possibile, alle norme più restrittive della Parte II, con ulteriore intreccio normativo non facilmente dipanabile (v. art. 114)⁶².

In un settore come quello in esame, la presenza di una molteplicità di norme arreca spesso problemi applicativi, e non sempre è agevole individuare la disposizione applicabile tra le tante presenti. A ciò si aggiunga l'ulteriore difficoltà derivante proprio dalla definizione soggettiva dei settori speciali⁶³.

Si consideri inoltre che la direttiva 2004/17/CE non si applica a qualsiasi attività degli enti di cui all'art. 114 del d.lgs. n. 50/2016, ma soltanto a quelle concernenti la messa a disposizione o nella gestione. Per le attività diverse si pone dunque il problema delle norme applicabili.

⁶⁰ In questi termini si materializza il rapporto tra valori contrastanti, quello della libertà di azione del mercato che deve essere in qualche misura garantita a tutti quei soggetti che assumono le sembianze delle imprese e le regole che gli stessi devono comunque osservare proprio per evitare che l'azione incontrollata possa causare distorsioni nel mercato. Il descritto rapporto è enfatizzato ancor più in un contesto (come quello in esame) dove è altissima la presenza delle imprese pubbliche e dove il fenomeno della liberalizzazione ha ormai preso piede in larga scala.

⁶¹ Con riferimento a questo punto si manifesta l'esigenza della certezza del diritto (v. *supra*).

⁶² In questi termini entra in gioco il principio dell'effetto utile di derivazione comunitaria.

⁶³ Valga anche qui la semplice prospettazione del problema: le società pubbliche locali che gestiscono i relativi servizi sono amministrazioni aggiudicatrici, imprese pubbliche o titolari di diritti speciali o esclusivi?

L'obiettivo del presente lavoro è quindi quello di individuare le disposizioni da applicare non solo nei vari passaggi procedurali che conducono alla scelta dell'appaltatore, ma anche nella fase contrattuale vera e propria. E ciò diversamente da quanto accade nei settori ordinari, in cui l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica dipende dall'assenza, nella natura delle esigenze pubbliche da soddisfare, di profili commerciali o industriali; il che significa, in ultima analisi, che la Stazione Appaltante deve presentare le caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico. Nei settori speciali, invece, la natura commerciale o industriale delle esigenze da soddisfare non esclude l'assoggettamento dell'attività contrattuale degli enti aggiudicatori a procedure normativamente pre-determinate.

In questa prospettiva, la direttiva 2004/17/CE, assoggettando all'evidenza pubblica anche i contratti affidati da soggetti che non rientrano tra gli organismi di diritto pubblico, appare meno aderente ai principi dei Trattati comunitari⁶⁴.

La ragione di tale deviazione dai Trattati, che garantiscono la piena libertà di azione ai soggetti che operano sul mercato, dipende dalla necessità di non sottrarre alle regole della messa in concorrenza volumi di investimenti di rilevante importo, posti in essere da soggetti comunque istituiti per soddisfare esigenze di interesse generale, anche se a carattere commerciale o industriale.

In altri termini, soggetti come le imprese pubbliche e i titolari di diritti speciali o esclusivi, che dovrebbero essere liberi da vincoli procedurali predefiniti, ne sono *ex contrario* sottoposti se operano nei settori speciali, mentre riacquistano la loro autonomia contrattuale, che significa nessun assoggettamento a procedure imposte *ex lege*, qualora operino nei settori ordinari⁶⁵.

⁶⁴ Sul punto è appena il caso di precisare che sia il TUE sia il TFUE elevano a rango di valore primario il principio della libertà di impresa senza distinzioni tra le imprese pubbliche e private.

⁶⁵ Sul punto a contrario si v. *ex multis* Corte giust. UE, IV, 10 aprile 2008, in C-393/06, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*. La pronuncia del Giudice dell'Unione, di sicuro interesse, conferma la volontà della Corte di non rivedere il proprio orientamento sulla questione dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, definito a partire dai casi Mannesmann e Arnhem. La conclusione cui giunge la Corte giust. UE va nel senso di ritenere applicabili le regole dell'evidenza pubblica senza distinzione tra le attività che l'ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse gene-

La disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici nasce essenzialmente per assicurare la libertà di accesso agli appalti pubblici, banditi in uno Stato membro, alle imprese degli altri Stati membri, mirando così ad assicurare il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 43 e 49 TUE, nonché la realizzazione del mercato interno ai sensi dell'art. 14 dello stesso Trattato.

Da ciò si desume che, a differenza delle normative nazionali in questa materia, le direttive comunitarie sugli appalti hanno come obiettivo primario la tutela delle imprese e, quindi, del valore della concorrenza. Tale circostanza è peraltro confermata da una costante e significativa produzione giurisprudenziale ordinata ad elevare il principio della concorrenza a rango di principio primario, propriamente posto a tutela delle imprese⁶⁶. L'obiettivo di tipo pubblicistico, consistente nell'orientare la spesa pubblica verso criteri di efficienza ed economicità attraverso gli appalti, pare essere, invece, secondario, essendo tutelato soltanto nella misura in cui richiede soluzioni normative che corrispondono a quelle necessarie per garantire la libertà delle imprese.

Una delle ragioni più importanti, che ha determinato l'introduzione di norme riguardanti le procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti che operano nei settori speciali⁶⁷, è rappresentata dal fatto che le autorità nazionali possono in vari modi influenzarne il comportamento, partecipando al loro capitale sociale o inserendo propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza.

È stato ritenuto inoltre necessario un coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti che operano in questi setto-

rale e le attività che esso esercita in condizioni di concorrenza. Ciò vale 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. Sulla figura dell'organismo di diritto pubblico in parte qua si v. in dottrina i contributi di R. GAROFOLI-M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 169 ss.; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2000, 66 ss. La possibilità che la stessa figura giuridica soggettiva sia tenuta all'applicazione di discipline di volta in volta diverse è sostenuta anche da M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2004, 70 ss.

⁶⁶ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2010, 8231, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷ Come chiarisce il 2° Considerando della direttiva 2004/17/CE.

ri, stante il carattere chiuso dei mercati in cui operano, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono servizi.

La previsione di una disciplina differente in settori rilevanti per l'economia nazionale, definiti speciali, è frutto e conseguenza della condizione di privilegio goduta dagli enti committenti in virtù della posizione di monopolio naturale (si pensi, appunto, all'acqua o all'energia) o artificiale (servizi postali) di cui essi godono. La loro particolare posizione economica li rende destinatari di una normativa *ad hoc* per molti versi più flessibile e più duttile alle loro esigenze tra le quali, primariamente, quella di garantire piena e continua fruibilità del loro servizio da parte dell'utenza. Ciò anche in ragione del fatto che le imprese pubbliche che operano nei settori speciali, pur godendo di una condizione privilegiata, sono comunque soggetti che operano in un mercato in via di apertura al libero gioco della concorrenza, con la conseguenza che l'eccessiva limitazione dell'operatività determinerebbe, quale effetto negativo, lo strozzamento delle attività dell'impresa stessa.

I. L'INTERVENTO DELLO STATO NELL'ECONOMIA: L'IMPRESA PUBBLICA, NATURA GIURIDICA ED EVOLUZIONE

SOMMARIO: 1. La nozione di impresa pubblica: le origini storiche del fenomeno. – 1.1. *Segue.* La nozione d'impresa pubblica: dal Codice civile alla direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014. – 2. La disciplina oggettiva dell'attività economica. – 2.1. *Segue.* Il servizio pubblico. – 2.2. *Segue.* Le collettivizzazioni. – 2.3. *Segue.* Le concessioni di servizi pubblici. – 2.4. *Segue.* Le concessioni per infrastrutture. – 2.5. *Segue.* Gli ordinamenti sezionali. – 3. I modelli organizzativi dell'impresa pubblica. – 3.1. *Segue.* Le aziende autonome. – 3.1.1. *Segue.* L'esempio della Cassa depositi e prestiti. – 3.1.2. *Segue.* L'esempio delle Ferrovie dello Stato. – 3.2. *Segue.* L'Ente pubblico economico. – 3.3. *Segue.* Le Società a partecipazione pubblica. Considerazioni generali. – 3.3.1. *Segue.* I profili problematici: la qualificazione in senso sostanziale. – 3.3.2. *Segue.* Gli indici rilevatori della complessità e dell'importanza dell'esatto inquadramento: il tema della responsabilità amministrativa. – 3.3.2.1. *Segue.* Alcune conclusioni. – 3.3.3. *Segue.* L'attività amministrativa e l'attività d'impresa: la difficoltà nel compiere una distinzione. Gli indici elaborati dal Consiglio di Stato. – 3.4. Le società a partecipazione pubblica nel disegno riformatore del 2015-2016. – 4. Conclusioni.

1. La nozione di impresa pubblica: le origini storiche del fenomeno

L'esame della nozione di impresa pubblica¹ presuppone l'individuazione del ruolo dello Stato nell'economia e delle modalità d'intervento

¹ In Italia, la prima impresa pubblica è stata la Cassa Depositi e Prestiti nata nel 1863 come grande banca del Ministero delle finanze in un periodo ispirato ai principi liberisti e, dunque, caratterizzato dall'assenza di una macchina statale di governo dell'economia. Sul punto, per approfondimenti, si rinvia a S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2^a ed., Bari, Laterza, 2005. L'Autore evidenzia come la Cassa Depositi e Prestiti nel 1876 iniziò a raccogliere i propri mezzi attraverso le casse postali.

dello stesso in un settore dove oggi operano, tendenzialmente, soggetti privati².

In primo luogo, qualificare (da un punto di vista sostanziale) un soggetto come pubblico piuttosto che privato determina, quale conseguenza, l'aumento o la diminuzione del numero delle regole che tale soggetto è chiamato ad osservare nello svolgimento delle diverse attività. L'importanza di detta attività ermeneutica aumenta nel momento esatto in cui entra in gioco il tema delle regole (ad evidenza pubblica) da osservare per l'aggiudicazione dei contratti. La prospettiva, infatti, cambia al mutare del mercato in cui si trova ad operare l'impresa pubblica: se il mercato è liberalizzato, l'obbligo di osservare la normativa sugli appalti pubblici per l'aggiudicazione di un contratto si traduce in un'inutile restrizione dell'operatività del soggetto; se il mercato è, invece, chiuso, l'indicato obbligo si traduce in una garanzia segnatamente volta all'apertura del mercato dei contratti che quella specifica impresa va ad aggiudicare, in ossequio al principio della concorrenza³.

L'esperienza storica del nostro Paese, così come quella degli Stati industriali dell'Occidente, ci insegna come lo Stato abbia assunto nel tempo un ruolo nell'economia sempre diverso, dall'inizio del '900 sino ai giorni nostri⁴.

² Nel nostro ordinamento positivo – almeno a partire dai primi anni '30 del '900 –, l'intervento pubblico dello Stato nell'economia, attraverso l'esercizio di attività d'impresa, è avvenuto secondo il modello organizzativo dell'ente pubblico economico. Come si vedrà, da un punto di vista organizzativo l'ente pubblico economico è senz'altro ascrivibile al diritto pubblico; al contempo, tuttavia, in quanto ente esercente attività d'impresa, risulta riconducibile al diritto privato.

³ Come è noto, sulla figura dell'impresa pubblica la bibliografia è sterminata. Attraverso l'odierna analisi si vuole solo rilevare che la figura dell'impresa pubblica si presta ad una moltitudine di riflessioni che in questa sede non saranno tutte esaminate. Una ricostruzione significativa sui temi che si connettono con la figura dell'impresa pubblica viene proposta in dottrina da A. MASSERA, *Impresa pubblica*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto online*, www.treccani.it, Roma, 2014. Con specifico riferimento alla figura dello Stato imprenditore si v. M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss. e S. CASSESE, *L'impresa pubblica come strumento e oggetto della politica economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 722 ss.

⁴ Con ogni verosimiglianza si può dire in questa sede che quello dell'impresa pubblica è uno dei temi più dibattuti dell'età contemporanea. In questi termini di seguito si indicano alcuni tra gli studi più importanti sviluppati sul tema: A.H. HANSON, *Public enterprise and economic development*, London, Routledge & Kegan Paul, 1959; E. VERDERA Y TUELLS, *La empresa publica*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España,

In una prima fase storica, la crescente estensione di tale ruolo e, quindi, il diretto intervento dello Stato nell'economia, era legato alla necessità di soddisfare obiettivi sociali in senso proprio⁵ (*welfare*) della previdenza, della sanità, della casa, delle politiche attive del lavoro, della garanzia di livelli minimi di reddito e della gestione di attività produttive o di servizio⁶.

L'esigenza dunque di garantire alla collettività quei servizi che nel mercato tipicamente inteso non si rinvenivano, ha comportato, quale effetto, la formazione di uno Stato imprenditore⁷.

In linea generale si può dire che l'intervento diretto nell'economia da parte dei pubblici poteri si manifesta in varie forme ed è disciplinato sia dal diritto pubblico, sia dal diritto privato.

La ragione che può determinare l'intervento dello Stato nell'econo-

1970; ID., *L'impresa pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977; F. ROVERSI MONACO, *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. GALGANO, vol. I, Padova, Cedam, 1977, 483; T. RAVA, *Stato e impresa*, in *Dir. soc.*, 1980, 1.

⁵ Non sembra inutile ricordare che nei primi anni del '900 la scelta dell'intervento diretto dello Stato nell'economia è stata il frutto di un confronto ordinato a conciliare due differenti concezioni politico-economiche: il liberismo e il socialismo. L'indicato confronto si è poi riproposto in fase di redazione della carta costituzionale.

⁶ Come si è già accennato nel nostro ordinamento positivo – a partire dagli anni '30 del '900 – l'intervento pubblico dello Stato nell'economia, attraverso l'esercizio di attività d'impresa, è avvenuto secondo il modello organizzativo dell'Ente pubblico economico. Questo modello tipico è stato di recente soppiantato da quello delle società per azioni in mano pubblica, soggetto giuridico (a differenza del primo) ascritto al principio della sfera privata, tanto sul versante dell'organizzazione quanto su quello dell'attività. Può dirsi – senza timore di essere smentiti – che l'Ente pubblico economico è ormai divenuta figura marginale. Tutti gli Enti pubblici economici sono stati, infatti, trasformati in società pubbliche per azioni. Ad oggi, dunque, la forma tipica dell'impresa pubblica è divenuta la società per azioni con capitale pubblico, aperta anche all'ingresso del capitale privato.

⁷ Sul punto giova evidenziare come ad oggi si sia affermato nel nostro Paese un fenomeno comunemente riconosciuto come "capitalismo municipale". A livello locale sono sorte, infatti, diverse società pubbliche. Tale fenomeno si pone, in qualche misura, in controtendenza rispetto ai processi di privatizzazione e alle spinte comunitarie ordinate, all'apertura dei mercati dei contratti pubblici in osservanza del principio della concorrenza. Criticamente è stato osservato che questa tendenza espansionistica, è in qualche modo collegata al rafforzamento del potere politico di sindaci e presidenti di provincia derivante dall'elezione diretta e dalla conseguente esigenza di contare su strumenti di intervento diretto nell'economia per ragioni di consenso politico, così S. DEL GATTO-S. SCREPANTI-D. AGUS, *Il capitalismo municipale*, Roma, Aracne, 2012.

mia attraverso la costituzione ovvero l'acquisizione di un'impresa, può essere individuata anche nella necessità di assumere direttamente un'iniziativa economica, e la responsabilità della gestione di impresa, laddove non appare sufficiente un indirizzo affidato a strumenti di regolazione o di incentivazione o di contrattazione⁸. In questo caso l'interesse pubblico si colloca interamente nell'attività imprenditoriale stessa non implicando, pertanto, una correzione e modificazione della disciplina oggettiva dell'impresa. Ed è proprio su questo specifico punto che si incontrano l'interesse generale perseguito dallo Stato e lo scopo di lucro perseguito dall'impresa privata.

L'impostazione sino a questo momento adottata trova un significativo riscontro nella Carta Costituzionale dove al diritto – riconosciuto e tutelato – all'esercizio d'impresa si assomma l'esigenza di garantire il soddisfacimento dell'interesse generale.

Lo sviluppo economico può essere in particolare orientato dallo Stato sia attraverso regolamentazioni dell'attività imprenditoriale, affidate a procedimenti di autorizzazione e concessione o di sovvenzione e incentivazione⁹, sia attraverso l'intervento diretto dello Stato che si fa esso stesso imprenditore¹⁰.

Le condizioni socio-economiche che hanno determinato la nascita e l'affermazione della figura in esame, nel contesto odierno sono notevolmente cambiate con la conseguenza che è mutato (*rectius*, deve mutare) l'approccio da osservare nello studio della stessa¹¹.

⁸ Guardando all'economia italiana dei primi del '900, si può notare proprio come l'intervento diretto dello Stato nell'economia si fondava (da un punto di vista culturale ed economico) sulle teorie keynesiane, tornate alla ribalta dopo la crisi del '29, nonché sull'esigenza di affermazione di uno Stato sociale basato su principi di eguaglianza che presupponevano una politica di intervento diretto dello Stato nell'economia. A ciò si aggiunga che il capitalismo italiano non si è mai mostrato solido e forte, con la conseguenza che si è resa necessaria l'opera di supplenza del potere pubblico.

⁹ In questo caso si può parlare di inerenza di pubblici interessi ad attività produttive, o di programmi condizionali.

¹⁰ Ad esempio per garantire un insediamento produttivo in un'area depressa oppure per promuovere un'attività ad alto contenuto tecnologico o orientata verso l'esportazione.

¹¹ È giusto il caso di ricordare in questa sede che, essendo ad oggi mutate le condizioni socio-economiche che hanno determinato l'intervento dello Stato nell'economia, il periodo in cui alla figura dell'impresa pubblica è stato attribuito un ruolo decisivo per la crescita economica del nostro Paese va dal momento della costituzione dello Sta-

Più in particolare, va detto che, superata l'originaria arretratezza e chiusura dei mercati nei quali lo Stato è intervenuto, è mutata la natura dell'impresa pubblica, che da soggetto operante in un regime di monopolio si è ritrovata in un mercato aperto al libero gioco della concorrenza, con la conseguenza che l'originaria struttura si è dimostrata inadatta a vivere nella nuova realtà in cui è stata calata.

Il quadro sino a questo momento delineato permette di comprendere le ragioni che hanno portato alla definizione della figura dell'impresa pubblica.

È evidente come la figura in esame si presti ad essere esaminata con diverse lenti, posto che i profili problematici che si connettono allo studio della stessa sono molteplici. Le problematiche che derivano dallo studio della figura dell'impresa pubblica possono essere analizzate osservando tre impostazioni differenti¹²: studio dell'impresa pubblica nell'ambito dell'analisi degli strumenti organizzativi attraverso i quali in Italia i pubblici poteri si sono fatti essi stessi imprenditori; studio dell'impresa pubblica nell'ambito dell'analisi dei principi e dei regimi giuridici secondo i quali si organizzano e funzionano le imprese pubbliche; studio dell'impresa pubblica nell'ambito dell'indagine che può essere condotta con riferimento al processo che ha determinato negli anni il (radicale) mutamento della figura in esame.

1.1. *Segue.* La nozione d'impresa pubblica: dal Codice civile alla direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014

Procedendo ora all'analisi della figura in esame alla luce della normativa vigente, va anzitutto rilevato che nel nostro ordinamento ci confrontiamo con una sola nozione di *impresa*, indipendentemente dalla natura privata o pubblica del soggetto gestore. Il riferimento normativo è l'art. 2082 c.c. che trova puntuale richiamo nell'art. 2093 del medesimo Codice relativo (quest'ultimo) alle imprese esercitate da enti pubblici¹³.

to unitario (1861) alla soppressione del Ministero delle partecipazioni statali (1993).

¹² In questi termini A. MASSERA, *Impresa pubblica*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto online*, www.treccani.it, cit. Dall'analisi del testo ora citato trae, infatti, spunto la riflessione proposta.

¹³ Sul punto occorre precisare che nel nostro ordinamento (in conformità a quello

Emerge dunque come la nozione di impresa pubblica in generale sia da intendersi, in senso soggettivo, come impresa la cui responsabilità gestoria è riconducibile in capo ad un soggetto pubblico¹⁴. In altre parole, possono considerarsi imprese pubbliche le imprese su cui le autorità possono esercitare, direttamente, o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure ancora in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione.

In questi termini si presume l'influenza dominante quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa: detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa; controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; hanno il diritto di nominare più di metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza.

Secondo la definizione del Codice civile, ulteriore principio relativo all'impresa consiste nella organizzazione dell'attività finalizzata alla produzione ed allo scambio di beni e servizi.

Il richiamato principio trova piena applicazione anche nel caso in cui i "pubblici poteri" siano chiamati allo svolgimento di un'attività d'impresa essendo d'altronde comune il referente costituzionale di cui all'art. 41 Cost.

Sempre restando sul piano delle definizioni proposte dalla vigente

comunitario) la lett. *t*) dell'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che le imprese pubbliche sono quelle nelle quali lo Stato, gli enti pubblici, gli organismi di diritto pubblico o altri soggetti a questi riconducibili, possono esercitare "*direttamente o indirettamente una influenza dominante*" in virtù della proprietà della impresa stessa o del possesso di una partecipazione finanziaria di controllo, o in virtù di norme che danno specifici poteri, come quelli di nomina degli amministratori, tali da determinarne il controllo. In questo senso il Giudice amministrativo ha qualificato Ferrovie dello Stato S.p.A. come organismo di diritto pubblico e Grandi Stazioni S.p.A., partecipata dalla prima, come impresa pubblica, così Cons. Stato, Ad. Plen., 23 luglio 2001, n. 9 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Recentemente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con sentenza pronunciata in data 7 aprile 2010, la n. 8225, ha riconosciuto come impresa pubblica, in ragione dell'attività commerciale svolta in regime di concorrenza, un centro agroalimentare, società partecipata da enti pubblici.

¹⁴ Da un punto di vista formale (come meglio si vedrà in seguito), si può affermare che ormai la forma tipica dell'impresa pubblica è diventata la società per azioni con capitale pubblico, aperta tuttavia all'ingresso, a volte anche maggioritario, del capitale privato. Per ulteriori approfondimenti sul punto si v. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011.

normativa, va ricordato che il Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 50/2016 – alla lett. *t*) dell'art. 3 – definisce le imprese pubbliche nei termini che seguono: “le imprese pubbliche sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa”. La riportata definizione è il risultato dell'influenza del diritto comunitario¹⁵ sul diritto interno.

Tenuto conto degli indicati riferimenti normativi, è possibile desumere degli spunti al fine di trarre una prima conclusione.

Le imprese pubbliche, al pari delle imprese private, svolgono attività economica¹⁶ (attività, cioè, finalizzata alla realizzazione di un profitto)¹⁷

¹⁵ Agli albori, troviamo la direttiva in materia di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e imprese pubbliche 80/723 e 85/723 e la direttiva sulle procedure di appalto degli enti erogatori di taluni servizi pubblici 90/531. Con la nuova direttiva (2014/25/UE del 26 febbraio 2014), non è mutata la nozione di impresa pubblica.

¹⁶ Sul punto va nell'immediato rilevato che il sistema comunitario si è mostrato da sempre attento ai rischi che la partecipazione dei pubblici poteri all'attività economica può comportare, falsando le regole della concorrenza.

¹⁷ In materia, va subito precisato che per la dottrina commerciale intorno all'“attività economica” ruota la nozione di impresa. Ma cosa vuol dire “attività economica”? L'“attività economica” è quell'attività caratterizzata dalla copertura dei costi con i ricavi. Dunque, secondo questa impostazione, perché possa parlarsi di impresa, è già sufficiente che l'attività sia svolta con metodo economico nei termini ora esposti. Donde, perché una determinata attività possa qualificarsi come economica, non sarebbe essenziale che essa fosse caratterizzata anche dalla volontà dell'imprenditore di perseguire lo scopo di lucro. Tale impostazione però incontra non pochi limiti, almeno da un punto di vista pratico. Anzitutto va detto che – come si vedrà meglio in seguito – per quanto la nozione d'impresa nel nostro ordinamento sia unitaria, tale impianto non può essere ripreso *sic et simpliciter* nel momento in cui si parla delle imprese pubbliche. Ma, al netto di questa considerazione che sarà – successivamente – oggetto di approfondimento, il dato che in questa sede si può rilevare è rappresentato dalla circostanza che anche nel contesto privato questa impostazione rischia di non reggere. La distinzione tra attività economica e scopo di lucro è netta in teoria, ma diventa nella pratica sfuggente.

esercitata professionalmente mediante la produzione o lo scambio di beni o di servizi (art. 2082 c.c.) nell'ambito di un mercato aperto (o potenzialmente idoneo ad esserlo) al libero gioco della concorrenza¹⁸.

Ma le imprese pubbliche non si caratterizzano esclusivamente per lo svolgimento di una attività economica, bensì anche per il perseguimento di fini sociali¹⁹. Le imprese create e gestite dallo Stato e dai pubblici poteri hanno quale scopo (principale o ulteriore), infatti, quello di servire interessi della collettività²⁰. Non può escludersi, dunque, che nelle imprese pubbliche i fini economici e quelli sociali si muovano su binari paralleli²¹.

Come già evidenziato, storicamente le imprese pubbliche nel nostro

¹⁸ L'indicata conclusione si fonda in particolare sul seguente dato: l'impresa presuppone, secondo la definizione del c.c., una organizzazione finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi; in questo senso, anche per l'impresa pubblica vale la regola alla stregua della quale nello svolgimento dell'attività occorre verificare la corrispondenza tra costi e ricavi con riferimento ad una certa attività produttiva o di servizio, così V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 671.

¹⁹ Sullo sfondo di questa conclusione si colloca la non secondaria problematica riguardante il "momento finalistico" delle attività svolte dalle società in mano pubblica. In questa sede si vuole solo accennare quanto viene detto dalla dottrina privatistica in materia (G. Oppo). In particolare, proprio con riferimento all'accennato tema, è stato rilevato che l'esercizio d'impresa deve essere oggettivamente economico potendo poi esserlo o non esserlo da un punto di vista soggettivo, così G. OPPO, in *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in Atti del Convegno "Le società pubbliche", Venezia, 25-26 e 27 novembre 2004.

²⁰ All'uopo occorre subito rilevare, così come è stato già autorevolmente fatto in dottrina (M. S. Giannini), che lo Stato può orientare lo sviluppo economico sia attraverso la regolamentazione dell'attività imprenditoriale, sia attraverso l'intervento diretto, facendosi esso stesso imprenditore. Al ricorrere di quest'ultima circostanza in dottrina è stato autorevolmente affermato (V. Ottaviano) che nel momento in cui l'Ente pubblico agisce come imprenditore in seno al mercato, lo stesso deve essere assoggettato al medesimo regime stabilito per l'impresa privata, così V. OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 267.

²¹ Ciò detto, occorre però in materia rilevare che – come meglio si vedrà più avanti – nel nostro ordinamento il 1° comma dell'art. 41 Cost. afferma che "l'iniziativa economica privata è libera". Con tale principio si escluderebbe – almeno in apparenza – il modello di "economia collettivistica" in favore di quello dell'"economia di mercato". Sempre secondo l'impostazione che è stata scelta con l'art. 41 Cost., all'interno dell'economia di mercato la legge definisce i limiti dell'attività economica privata, determina i programmi e i controlli per realizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata verso fini sociali delimitando, infine, l'ambito potenziale delle attività economiche esercitabili dai pubblici poteri in condizioni di esclusiva.

Paese (sino ad un certo momento) sono state chiamate a far fronte a determinate esigenze di carattere sociale. In particolare, sono state impegnate nella gestione di servizi pubblici²². Tale esperienza non consente però all'interprete di affermare che nel nostro ordinamento sia presente un principio alla stregua del quale possano istituirsi imprese pubbliche unicamente nel caso in cui ciò sia richiesto da ragioni d'interesse pubblico ovvero nel caso in cui l'iniziativa economica non sia presente. Al tempo stesso va rilevato che la presenza di imprese pubbliche sul mercato, accanto alle imprese private, si è nel tempo formata e consolidata, in molti settori, a prescindere dalla presenza privata.

Osservando poi la norma contenuta nell'art. 41 Cost., imprese pubbliche e imprese private sono accomunate nella configurazione istituzionale e nella disciplina: entrambe possono essere, infatti, sottoposte a programmi e controlli pubblici per finalità sociali; allo stesso modo le imprese pubbliche possono essere istituite ed operare al di fuori di dette finalità, in concorrenza con imprese private, negli stessi settori di mercato²³.

In conclusione, può dirsi dunque che, oggi, le imprese possono essere qualificate come pubbliche non tanto (o non solo) in ragione delle finalità sociali per il perseguimento delle quali sono state costituite, ma, soprattutto, in ragione dell'influenza pubblica derivante dal controllo da parte dello Stato. Ciò dipende dal fatto che, nell'attuale contesto storico e sociale in cui le stesse operano e nel quale è venuta gradualmente meno la necessità dell'intervento dello Stato nell'economia (stante l'assenza di altri operatori economici privati in determinati ambiti merceologici) le imprese pubbliche, il più delle volte, si muovono nello stesso ambito e in concorrenza con le imprese private.

2. La disciplina oggettiva dell'attività economica

Dalla natura del soggetto gestore si fa dipendere – nel nostro ordi-

²² In argomento per approfondimenti si v. R. CAPOTOSTI, *L'etica dello Stato imprenditore*, in *Etica e Responsabilità per il governo delle imprese*, Torino, Giappichelli, 2011, 201 ss.

²³ Così sul punto V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2007, 16, 5, 747 ss.

namento – la nozione di impresa.

Pertanto un'impresa potrà essere pubblica o privata al variare del soggetto che ne influenza la gestione.

In questo senso, nella definizione della nozione di impresa pubblica, il Codice dei contratti pubblici fornisce all'interprete un prezioso ausilio, precisando che le imprese pubbliche sono quelle nelle quali lo Stato, gli enti pubblici, gli organismi di diritto pubblico o altri soggetti a questi riconducibili, possono esercitare "direttamente o indirettamente una influenza dominante".

Volgendo, invece, lo sguardo alla regolamentazione oggettiva dell'attività economica, si configurano situazioni normative graduate e differenziate a seconda dell'intensità della disciplina pubblicistica che orienta l'impresa verso finalità sociali o di utilità generale, in ossequio alle prescrizioni di cui agli artt. 41 e 43 Cost.²⁴.

Fra i due estremi, costituiti dal pieno ed assoluto riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata e, all'opposto, dalla riserva di esercitare determinate imprese, si collocano vari possibili modelli settoriali connotati da un più o meno intenso intervento pubblico nell'economia.

Nel considerare l'attività economica intesa in senso oggettivo, storicamente si richiamano due schemi concettuali: il servizio pubblico e l'ordinamento sezionale.

Con il presente lavoro si aderisce dunque all'impostazione tradizionale e, con i paragrafi che seguiranno, si illustreranno i due modelli richiamati.

2.1. *Segue. Il servizio pubblico*

L'analisi, necessariamente sintetica, del modello del servizio pubblico²⁵ muove dal dibattito sviluppatosi, nel corso degli anni, in dottrina

²⁴ Sul punto per approfondimenti si rinvia ai paragrafi all'uopo dedicati nell'introduzione.

²⁵ Per un approfondimento sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali avutesi nel corso degli anni, si veda D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1997, 79 ss.; I. FRANCO, *Appalti e concessionari di lavori pubblici e società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, Rimini, Maggioli, 1997, I, 9 ss.; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 347 ss.; L. BOCCHI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale; affidamento*