

**Al Ministero infrastrutture e trasporti
E p.c. Alla Regione Puglia
All' Interporto regionale della Puglia s.p.a.
Alla Soc. Logistica Engineering S.r.l.**

AG 30/13

26/09/13

Oggetto: richiesta di parere Ministero Infrastrutture e Trasporti - qualificazione della società Interporto Regionale della Puglia S.p.a. quale ente aggiudicatore ai sensi della Parte III del D.Lgs. 163/2006

In relazione all'istanza di parere in oggetto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 25/26 settembre 2013, ha approvato le seguenti considerazioni.

Con nota acquisita al protocollo n. 17457, in data 14/02/2013, la Direzione per lo Sviluppo del Territorio, la Programmazione ed i Progetti Internazionali, Div. II, Autorità di Gestione del PON Reti e Mobilità 2007-2013 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha sottoposto a questa Autorità una richiesta di parere riguardante la natura giuridica della Interporto Regionale della Puglia S.p.A. di seguito ("Interporto"), società individuata quale soggetto attuatore per la costruzione e gestione dell'ampliamento dell'Interporto Bari Lamasinata da parte della Regione Puglia, a sua volta soggetto beneficiario di un importo pari a euro 16.000.000,00 nell'ambito del Programma Operativo Nazionale "Reti e Mobilità 2007-2013" (denominato PON) per la realizzazione delle opere ferroviarie relative al fascio di presa e consegna a servizio dell'area di Bari Ferruccio e dell'Interporto Bari Lamasinata.

In particolare, l'istante rappresenta che la società Interporto ha affidato i servizi tecnici di progettazione ad una società da lei stessa interamente partecipata ed in possesso dei necessari requisiti, ai sensi degli articoli 207 e 218 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la medesima società Interporto si ritiene "ente aggiudicatore" ai sensi dell'art. 207, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006 e dunque soggetta alla disciplina dei settori speciali, avendo il duplice requisito richiesto dalla normativa ovvero esercizio di servizi di trasporto ai sensi dell'art. 210 del d.lgs. n. 163/2006 e titolarità di un diritto esclusivo, che deriverebbe dall'inserimento nella graduatoria approvata dal Ministero dei Trasporti all'esito della procedura esperita ai sensi del DM 15/9/1995 recante "Determinazione dei tempi e delle modalità per la presentazione delle domande di ammissione ai contributi di cui all'art.6 della legge 4 agosto 1990, n. 240, in materia di interporti".

A fronte del menzionato operato della società Interporto, codesto Ministero si è determinato a formulare la richiesta di parere, onde avere conferma della natura di "ente aggiudicatore" del soggetto attuatore per la costruzione e gestione dell'ampliamento dell'Interporto Bari Lamasinata.

Ritenuto il quesito meritevole di approfondimenti, è stato avviato il procedimento istruttorio, dandone contestuale notizia all'istante, con nota prot. n. 31222, del 25 marzo 2013, cui ha fatto seguito la nota acquisita al protocollo n. 39401 del 22 aprile 2013 con cui la società Interporto ha illustrato le ragioni ritenute a sostegno della propria posizione.

* * *

Preliminarmente si osserva che l'applicabilità della parte III del d.lgs. n. 163/2006, contenente la disciplina dei settori speciali, agli appalti al di sopra della soglia di rilievo comunitario aggiudicati dalla società Interporto dipende, in primis, dalla riconducibilità, sotto il profilo oggettivo, dell'attività svolta dalla società de qua ad una di quelle individuate agli articoli da 208 a 213 del medesimo d.lgs. n. 163/2006. Acclarato detto aspetto, non rileva, ai fini sopra individuati, la distinzione tra ente aggiudicatore che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, nella declinazione di soggetto titolare di un diritto esclusivo (come ritenuto dalla società Interporto), e amministrazione aggiudicatrice, poiché, ai sensi dell'art. 207 del d.lgs. n. 163/2006, sono tenuti all'applicazione della parte III del Codice dei contratti sia le amministrazioni aggiudicatrici sia gli enti aggiudicatori diversi dalle prime (imprese pubbliche e soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi) che svolgono una delle attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213.

La differenza, viceversa, assume rilevanza nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, sempre aggiudicati nel settore speciale, dovendo le amministrazioni aggiudicatrici seguire comunque le procedure della parte III del d.lgs. n. 163/2006 (art. 238, comma 1, del d.lgs. 163/2006), potendo, invece, i soggetti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici seguire unicamente il proprio regolamento interno (art. 238, ultimo comma).

Un'altra differenza tra le due qualificazioni, si ha poi per gli appalti che l'ente eventualmente aggiudichi al di fuori del settore speciale, ossia per gli appalti "ordinari", non strettamente connessi alla gestione del settore speciale di competenza (es. pulizia degli uffici). Infatti, un ente aggiudicatore che non sia contemporaneamente riconducibile a nessuno dei soggetti di cui all'art. 32 del d.lgs. n.163/2006 non è tenuto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti ordinari, potendo seguire le regole civilistiche, mentre un'amministrazione aggiudicatrice è

comunque tenuta, per l'aggiudicazione di tale tipo di appalti, al rispetto delle disposizioni di cui alla parte II del d.lgs. n.163/2006.

* * *

Prima di affrontare la questione posta da codesto Ministero, giova premettere una breve sintesi del quadro normativo e giurisprudenziale relativo alle infrastrutture denominate "interporti".

La materia degli interporti è attualmente disciplinata dalla legge 4 agosto 1990, n. 240 ("Interventi dello Stato per la realizzazione di interporti finalizzati al trasporto merci e in favore dell'intermodalità"), ove l'interporto viene definito come "un complesso organico di strutture e servizi integrati e finalizzati allo scambio di merci tra le diverse modalità di trasporto, comunque comprendente uno scalo ferroviario idoneo a formare o ricevere treni completi e in collegamento con porti, aeroporti e viabilità di grande comunicazione".

La legge ha subito modifiche ad opera dell'art. 6 del decreto legge 1° aprile 1995, n. 98, recante Interventi urgenti in materia di trasporti, con l'introduzione, nell'art. 2, della figura degli interporti di rilevanza nazionale in luogo di quelli di primo e secondo livello, con la soppressione dell'art. 3, che stabiliva che la realizzazione e l'esercizio delle infrastrutture fossero affidati in concessione a enti pubblici e a società per azioni e con la modifica dell'art. 4, ai sensi del quale, nella versione novellata, l'erogazione dei contributi pubblici in favore del soggetto gestore, disposta con decreto interministeriale, è subordinata alla stipula di una convenzione, nella ricorrenza di alcune condizioni (capitale sociale minimo, presentazione di un piano finanziario che preveda altre forme di finanziamento e una spesa per investimenti rispetto alla quale il contributo non sia superiore al sessanta per cento).

Il contenuto della convenzione è precisato all'art. 5 della legge n. 240/1990 (nel testo risultante a seguito dell'emanazione del citato d.l. n. 98/1995 e del d.lgs. n. 152/2006, recante norme in materia ambientale, come modificato dal d.lgs. n. 4/2008): tutti gli oneri di costruzione sono a carico del gestore, che assume l'onere dell'esercizio, nel rispetto dei criteri (fissati nella convenzione stessa) per la determinazione delle tariffe dei servizi forniti dall'interporto, "secondo i principi di economicità della gestione".

Durante la vigenza della citata normativa sono intervenute alcune pronunce giurisprudenziali che hanno preso posizione sulla natura giuridica degli interporti. Si fa riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 4748 del 22 agosto 2003 (peraltro menzionata anche dalla società Interporto nella nota acquisita al protocollo n. 39401 del 22 aprile 2013) che ha ritenuto, nella specie, la società Interporto Padova S.p.A. qualificabile quale organismo di diritto pubblico sulla base della duplice considerazione che il possesso della maggioranza delle quote azionarie da parte di soggetti pubblici integra il requisito del "controllo della gestione" richiesto dall'art. 8, comma 7, lett. a), della l. n. 109/94 (oggi dall'art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163/2006) e che l'attività svolta dalle società che hanno stipulato convenzioni con il Ministero dei Trasporti, essendo coesistente per l'esistenza di tali società cui il legislatore ha direttamente affidato tali compiti non rinunciabili né modificabili con atti di autonomia privata dei soci perché definiti nelle convenzioni approvate dal Ministero e sottoscritte dalle società interessate, costituisce esercizio di un servizio pubblico affidato per legge, con la conseguenza che si deve escludere la natura industriale o commerciale dell'attività svolta. La richiamata sentenza ha trovato conferma nella successiva pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 9940 del 12 maggio 2005 dove viene ribadito che "non può, infatti, dubitarsi - a giudizio di questa Corte - che gli interporti soddisfano bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale".

Risulta attualmente all'esame della Camera un disegno di legge quadro in materia di interporti e di piattaforme territoriali logistiche avente la finalità di delineare un quadro normativo e una nuova disciplina in materia di interporti e piattaforme logistiche territoriali.

All'art. 1, comma 4, lett. b), l'interporto è definito come il "complesso organico di infrastrutture e di servizi integrati di rilevanza nazionale gestito da un soggetto imprenditoriale che opera al fine di favorire la mobilità delle merci tra diverse modalità di trasporto, con l'obiettivo di accrescere l'intermodalità e l'efficienza dei flussi logistici". L'art. 5, rubricato "Natura della gestione degli interporti" prevede inoltre che "la gestione di un interporto costituisce attività di prestazione di servizi rientrante tra le attività aventi natura commerciale" e che "i soggetti che gestiscono interporti agiscono in regime di diritto privato, anche se il loro statuto non prevede il fine di lucro. In ogni caso, l'utilizzo di risorse pubbliche è disciplinato dalle norme sulla contabilità di Stato e dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

L'Autorità, chiamata ad esprimere le proprie osservazioni sul disegno di legge, in sede di audizione avanti alla Commissione IX - Trasporti, poste e telecomunicazioni, ha rilevato che la disposizione riguardante la natura della gestione degli interporti (art. 5) potrebbe destare perplessità sotto il profilo della qualificazione ex ante della natura giuridica dell'attività di gestione degli interporti. E' stato quindi evidenziato che la qualificazione delle attività svolte dal soggetto gestore come aventi natura commerciale (comma 1) e la qualificazione di attività gestita in regime di diritto privato (comma 2) comportano incertezze interpretative e interferiscono non soltanto con l'attuale assetto

del settore, ma soprattutto con la natura intrinseca di tali attività, facendo presente che gli attuali gestori sono stati prevalentemente riconosciuti dalla giurisprudenza, in esito ad un'approfondita disamina dei singoli casi, come organismi di diritto pubblico o imprese pubbliche. In tal senso, la nuova disciplina interverrebbe a modificare ex lege quanto acclarato in via interpretativa, senza peraltro poter incidere sulla natura giuridica dei suddetti enti, la cui verifica deve essere operata di volta in volta, alla luce del chiaro orientamento sostanzialistico di origine comunitaria.

* * *

La società Interporto Regionale della Puglia S.p.A., a seguito di domanda presentata ai sensi del DM 15 settembre 1995, è stata ammessa al contributo previsto dall'art. 6 della l. n. 240/1990 per la realizzazione dell'interporto di Bari (graduatoria approvata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con nota n. 19707 del 30 dicembre 1996). Conseguentemente, per potere usufruire dell'erogazione del contributo, ha stipulato in data 20 dicembre 2001 una convenzione con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, avente ad oggetto le procedure per l'attuazione, il completamento ovvero l'acquisizione delle opere, beni e servizi costituenti l'infrastruttura interportuale di Bari. Nella richiamata convenzione sono disciplinati le modalità di erogazione del contributo e i tempi per il completamento del programma, sono individuati i costi ammessi al contributo (restando i rimanenti oneri a carico della società interporto), è statuito l'obbligo della società, per la durata della convenzione, di assumere l'esercizio e di destinare ai fini interportuali le opere ed i servizi realizzati o acquisiti in esecuzione della convenzione ed è stabilita la conformità a criteri di economicità nella gestione delle opere con determinazione di tariffe tali da garantire adeguata redditività del capitale investito nell'intero sistema interportuale.

L'erogazione di un ulteriore contributo a favore della società Interporto è stata disposta con atto aggiuntivo stipulato in data 27 dicembre 2002, da far valere su ulteriori risorse stanziare con l'art. 9, comma 3, della l. n. 413/1998 al fine di dare nuovo impulso al programma di realizzazione e potenziamento della rete interportuale, allo scopo di consentire l'integrazione della dotazione infrastrutturale già esistente dell'interporto di Bari.

La società Interporto è stata quindi individuata quale soggetto attuatore anche del progetto di completamento dell'interporto di Bari, inserito dalla Regione Puglia nel complemento di programmazione del POR Puglia 2000- 2006, e successivamente ammessa, con determinazione dirigenziale n. 15 del 4 febbraio 2003, al finanziamento richiesto per il progetto del completamento dell'interporto.

Da ultimo, come indicato dall'istante, con decisione della Commissione Europea C(2007) 6318 del 7 dicembre 2007, è stato approvato il Programma Operativo Nazionale "Reti e mobilità 2007/2013" (detto PON), nell'ambito del quale la Regione Puglia è stata individuata quale soggetto beneficiario di un contributo per la realizzazione, tra le altre, delle opere di ampliamento dell'interporto di Bari, per la cui realizzazione la Regione ha individuato la società Interporto con deliberazione della Giunta Regionale del 4 agosto 2009 n. 1519 e con successiva determinazione regionale n. 146 del 19 ottobre 2009.

* * *

Come emerge dall'art. 6 dello Statuto, la società Interporto ha per oggetto sociale "la promozione, le progettazione, la realizzazione e la gestione di un interporto, secondo la definizione di cui all'art. 1 della legge 4 agosto 1990 n. 240/90 e leggi successive".

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra citata, la previsione di cui all'art. 37, comma 3, della l. n. 166 del 1 agosto 2002 - secondo cui l'art. 5, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 158/1995 è da intendere nel senso che sono ricomprese nel settore dei trasporti le opere strettamente funzionali alla realizzazione dei sistemi trasportistici, quali le strutture finalizzate all'intermodalità - comporta la conseguente applicazione all'attività di realizzazione degli interporti delle norme sui cd. "settori esclusi" (oggi detti "settori speciali") contenute del d.lgs. n. 158/1995 (poi trasfusa nella parte III del d.lgs. n. 163/2006). Una simile conclusione poggia saldamente, oltre che sulla natura interpretativa dell'art. 37, comma 3, della l. n. 166/2002 e sulla stretta interdipendenza delle infrastrutture interportuali con il settore dei trasporti (come già rilevato dal Consiglio di Stato), anche sulla lettera del comma 4 del citato art. 37 che dispone espressamente che "alle attività di cui al comma 3 si applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 158".

Non pare quindi seriamente dubitabile che l'attività di realizzazione delle infrastrutture interportuali sia riconducibile al settore dei trasporti, di cui all'art. 210 del d.lgs. n. 163/2006, e che sia quindi assoggettabile, sotto il profilo oggettivo, alla disciplina della parte III del Codice.

A questa stessa conclusione l'Autorità è già giunta nella relazione presentata alla Commissione IX - Trasporti, poste e telecomunicazioni, in quella sede valorizzando l'art. 213 del d.lgs. n. 163/2006 a norma del quale le disposizioni della parte III del Codice si applicano alle attività relative allo sfruttamento di 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.

Per quanto concerne la natura giuridica della società Interporto, si osserva che, la società de qua è stata individuata quale soggetto attuatore dell'intervento "Interporto di Bari Lamasinata" a seguito dell'approvazione, da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della graduatoria per l'ammissione a contributo delle domande per la realizzazione di infrastrutture interportuali presentate ai sensi del DM 15 settembre 1995, in assenza di una procedura competitiva

propriamente detta, e che in virtù di detta posizione è risultata poi successivamente affidataria degli ulteriori progetti di ampliamento dell'infrastruttura interportuale. Alla luce di quanto sopra, non v'è dubbio che la società Interporto abbia operato e continui ad operare in virtù di un diritto esclusivo concesso dal Ministero, disciplinato nel suo esercizio da successive convenzioni, che la pone al di fuori di qualsiasi regime concorrenziale.

Pertanto, anche prescindendo da valutazioni circa l'eventuale status di amministrazione aggiudicatrice, nella species dell'organismo di diritto pubblico (cui si accennerà più oltre), la società Interporto rientra certamente nella nozione di ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 207 del d.lgs. n. 163/2006, almeno in qualità di soggetto operante in virtù di diritti esclusivi concessi dall'Autorità competente.

Accertata l'applicabilità della parte III del Codice, stante la sussistenza sia dell'elemento oggettivo (attività riconducibile al settore dei trasporti) che dell'elemento soggettivo (natura di ente aggiudicatore della società Interporto), si rileva che l'art. 218, in applicazione del quale la società Interporto ha affidato in via diretta i servizi di progettazione definitiva ed esecutiva ad altra società dalla stessa interamente partecipata, sottrae all'applicazione del Codice gli appalti di servizi, forniture e lavori stipulati da un ente aggiudicatore con un'impresa collegata, purché il fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni realizzato nel campo dei servizi, o delle forniture o dei lavori provenga dalla fornitura di tali servizi, o dalla messa a disposizione di tali forniture o dall'esecuzione di tali lavori all'impresa cui è collegata. Ai sensi del comma 1 del medesimo articolo, ai fini della presente disposizione, "impresa collegata" è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli artt. 25 e seguenti del d. lgs. n. 127/1991 o, nel caso di enti non soggetti a tale decreto, qualsiasi impresa su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'art. 3, comma 28, del d.lgs. n. 163/2006.

La norma - che riproduce quanto era già previsto nell'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 158/1995 per i soli appalti di servizi estendendolo anche agli appalti di forniture e lavori - introduce a beneficio degli enti aggiudicatori operanti nell'ambito dei settori speciali l'unica previsione normativa (giacché non vi è un'omologa norma per i settori ordinari) della possibilità di affidamento diretto di appalti in casi che sono riconducibili all'ipotesi di "in house providing".

L'elaborazione della nozione di "in house providing", o di "autoproduzione" di beni, servizi e lavori da parte della pubblica amministrazione, si fonda sul noto principio, introdotto dalla sentenza della Corte di Giustizia CE 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, secondo cui le disposizioni del diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sono disapplicabili quando il contratto è stipulato tra soggetti solo formalmente distinti, ma che sono sostanzialmente assimilabili ad un unico soggetto, in modo tale che il rapporto tra il soggetto affidante e il soggetto affidatario sia assimilabile ad una attribuzione di compiti tra organi.

Secondo il giudice comunitario, un rapporto di tal fatta può ritenersi esistente solo se l'ente affidante esercita sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti detentori. Mentre nel caso dei settori ordinari i due predetti requisiti, indicatori dell'esistenza di casi di "in house providing", sono stati oggetto di un'intesa produzione giurisprudenziale, comunitaria e nazionale, volta a precisarne la nozione, nel caso dei settori speciali, invece, il legislatore, con l'art. 218, ha fornito una definizione normativa di tali parametri ritenendo che il rapporto di immedesimazione tra ente affidante ed ente affidatario possa considerarsi realizzato quando, tra i due, vi sia un rapporto di collegamento così come definito dall'art. 3, comma 28 (in alternativa, o cumulativamente, detenzione della maggioranza del capitale sottoscritto, controllo della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, diritto di nominare più della metà dei membri del Consiglio di Amministrazione, direzione o di vigilanza dell'impresa) e quando il fatturato dell'ente affidatario sia stato realizzato per l'80% nei confronti dell'ente affidante.

Alla luce di quanto sopra, l'affidamento diretto dei servizi di progettazione da parte della società Interporto ad una società interamente partecipata può dirsi legittimo nei limiti in cui siano rispettati i requisiti previsti dall'art. 218.

Per completezza si rileva che, qualora la società affidataria dei servizi di progettazione non intenda eseguirli direttamente ma li affidi, in tutto o in parte, a terzi, essa è tenuta al rispetto della medesima disciplina dell'evidenza pubblica (artt. 206 e ss.) cui è vincolata la propria dante causa nell'affidamento di contratti di appalto a terzi.

L'art. 218, nel codificare l'ammissibilità dell'affidamento in house alle imprese collegate, ha introdotto una deroga eccezionale al principio generale della necessità della procedura ad evidenza pubblica, limitandolo al caso del rapporto tra ente aggiudicatore ed impresa collegata. La legittimazione della deroga si fonda, come già detto, sulla valenza che il legislatore riconosce al rapporto di collegamento, in forza del quale l'impresa collegata si qualifica come una promanazione del soggetto aggiudicatore. Ciò comporta che, al di fuori della deroga espressamente prevista per i rapporti tra ente aggiudicatore ed impresa collegata, qualora l'impresa collegata non esegua direttamente i servizi e/o i lavori affidatigli, essa è tenuta alla selezione dei terzi affidatari nel rispetto delle norme dell'evidenza pubblica, in quanto a sua volta, per il solo fatto di essere stata assegnataria diretta dei servizi e lavori dal soggetto aggiudicatore in assenza di gara, ha assunto essa stessa la funzione di ente aggiudicatore.

Come ha specificato il Consiglio di Stato - con riferimento all'art. 8, comma 3, del previgente d.lgs. n. 158/1995 ma sulla base di una argomentazione perfettamente replicabile per l'art. 218 del d.lgs. n. 163/2006 - "con la conclusione del contratto previsto dall'art. 8, comma 3 [oggi, art. 218 del d.lgs. n.

163/2006] si determina una fattispecie legale (...) in base alla quale l'amministrazione aggiudicatrice: - si avvale di una norma di legge (...) e conferisce all'impresa collegata (...) le proprie qualità soggettive (costituenti il presupposto che giustifica sia la regola generale della gara, sia la sua deroga ai fini dell'assegnazione senza gara all'impresa collegata); - attua una delegazione intersoggettiva della funzione pubblica che essa svolge (...), nei confronti di una sua alter ego avente distinta soggettività giuridica; - così determinata una traslazione dell'obbligo-dovere di indire la gara (sicché il contratto con l'impresa collegata non può ridurre l'ambito di applicabilità della normativa pubblicistica sulla gara)" (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5007/2001).

Una diversa conclusione sarebbe in contrasto non solo con la lettera della norma, che circoscrive la deroga all'applicazione del Codice "agli appalti stipulati da un ente aggiudicatore con un'impresa collegata", ma anche con un elementare principio di logica giuridica, giacché "altrimenti opinando, la regola generale della gara manterrebbe la sua applicabilità solo qualora lo volesse l'amministrazione aggiudicatrice (che potrebbe agevolmente affrancarsi dal rispetto della normativa pubblicistica, creando una impresa collegata)" (Consiglio di Stato, cit.).

* * *

Infine, si evidenzia, che un ulteriore auspicabile passo da parte di codesto Ministero sarebbe quello di verificare se la società Interporto possa rientrare nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, come organismo di diritto pubblico. In tale ipotesi, come premesso, la società de qua, oltre ad essere soggetta alla parte III del Codice nel caso di appalti di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, sarebbe tenuta all'applicazione delle medesime norme anche in caso di appalti sottosoglia (art. 238, comma 1) e sarebbe soggetta alle norme della parte II per l'aggiudicazione di appalti affidati per scopi diversi da quelli dell'esercizio dell'attività di cui all'art. 210.

La configurabilità della natura di organismo di diritto pubblico va valutata, come noto, alla stregua dell'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006, che richiede, ai fini del riconoscimento di tale qualifica, il possesso cumulativo di tre requisiti: i. personalità giuridica; ii. essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; iii. dominanza pubblica, ovvero, alternativamente, attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, gestione sottoposta al controllo di tali soggetti, organismi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti in misura non inferiore alla metà da componenti designati dai medesimi soggetti.

Acclarata la sussistenza del primo requisito, data la forma di società commerciale assunta dalla società Interporto, occorre valutare il soddisfacimento degli altri due parametri operando una valutazione che, secondo l'insegnamento della giurisprudenza comunitaria, va fatta caso per caso, tenuto conto delle peculiarità dell'ente in esame e dell'attività svolta.

Per quanto attiene al soddisfacimento di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, si rammenta che la giurisprudenza ha già riconosciuto, nel caso dell'interporto di Padova, l'attinenza dell'attività ad interessi di carattere generale ed ha escluso la natura industriale o commerciale dell'attività stessa. Più in generale, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1574 del 20 marzo 2012, ha riconosciuto valenza indiziaria, ai fini dell'individuazione della natura amministrativa e non imprenditoriale dell'attività, al contesto in cui l'attività viene esercitata e cioè all'esistenza o meno di un mercato di beni o servizi oggetto delle prestazioni erogate, nel senso che quando si accerti che manca effettivamente un mercato concorrenziale idoneo, per le sue oggettive condizioni, ad indurre gli operatori economici a svolgere in quel settore la propria attività ciò rappresenta certamente un rilevante elemento probatorio circa l'assenza del metodo economico e dunque dell'attività di impresa, con conseguente configurabilità dell'organismo di diritto pubblico.

Il requisito della dominanza pubblica va valutato tenendo conto dell'assetto proprietario della società, dell' "esistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico assicurano secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'organismo" (Consiglio di Stato, cit.) e delle norme che disciplinano la nomina dei componenti degli organismi di amministrazione, direzione o vigilanza.

Per quanto attiene al requisito (alternativo), dai contorni più sfuggenti, del controllo della gestione da parte dello Stato, degli enti territoriali o di altri organismi di diritto pubblico, si rammenta che la corretta interpretazione di detta nozione presuppone, come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 13 dicembre 2007 n. C-337/06, punti 35 e 36, l'individuazione dell'obiettivo delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, che la stessa giurisprudenza comunitaria identifica nell'esclusione del rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'aggiudicazione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e, al contempo, nell'esclusione della possibilità che un organismo finanziato o controllato da amministrazioni pubbliche si lasci guidare da considerazioni non economiche (Corte di giustizia, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge). In altre parole il legislatore comunitario intenderebbe assicurare il pieno rispetto della par condicio tra gli operatori economici della comunità anche evitando che la scelta dei prestatori d'opera e di servizi sia disancorata da considerazioni che attengono alla sola qualità e convenienza delle offerte presentate e sia invece condizionata da ragioni o condizionamenti di altro tipo, ad esempio politico. Detti condizionamenti possono sussistere quando il soggetto chiamato a selezionare il prestatore non opera in un regime concorrenziale, mosso da finalità lucrative e pienamente responsabile della propria politica di impresa giacché in tali casi vi è il rischio che la scelta sia influenzata da ragione extraeconomiche ed, in particolare, da indicazioni provenienti dall'ente

pubblico di riferimento. Alla luce di quanto sopra, la Corte ha ribadito che alla nozione di "amministrazione aggiudicatrice", ivi compresa quella di "organismo di diritto pubblico", deve essere data una interpretazione funzionale (Corte di giustizia, 13 dicembre 2007 n. C-337/06, punto 37). In questa ottica, la Corte, nella sentenza 27 febbraio 2003 n. C-373/00, ha ritenuto che il criterio del controllo della gestione sia soddisfatto quanto tale controllo è condotto con prerogative tali da assicurare all'ente pubblico un controllo attivo sulla gestione dell'organismo controllato e da influenzare le sue decisioni in materia di aggiudicazioni di appalti e concessioni. Nel caso particolare, la Corte ha escluso che un mero controllo a posteriori potesse integrare tale requisito, mentre ha ritenuto sufficiente, sotto questo profilo, una situazione in cui i poteri pubblici verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche l'esattezza, la regolarità, l'economicità, la redditività e la razionalità dell'amministrazione corrente e gli stessi poteri pubblici sono autorizzati a visitare i locali e gli impianti aziendali dell'organismo controllato e a riferire i risultati di tali verifiche all'ente locale che detiene il capitale dell'organismo stesso.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene auspicabile che il Ministero, sulla base delle informazioni in suo possesso, svolga l'ulteriore indagine circa l'eventuale natura di organismo di diritto pubblico della società Interporto, alla stregua dei parametri sopra indicati.

Dott.ssa Lorenza Ponzzone