

## “Attività relative” ai servizi postali: nuove indicazioni in materia di ricevibilità, riferibilità, *lex specialis*, e tendenze alla raffigurazione dell’ordinamento interno come a precedente vincolante

di Daniele D’Alessandro

**Title:** "Activities relating to" in postal services sector: new induction on admissibility, traceability, *lex specialis*, and tendencies to depict the internal legal system as based on binding precedent

**Keywords:** Directive 2014/25/EU, postal services, Public undertakings.

1. – La vicenda che ha determinato il sorgere del procedimento origina da bando di gara pubblicato da Poste Tutela spa, una partecipata a totale controllo di Poste Italiane spa.

Poiché in corso di giudizio Poste Tutela spa è stata incorporata per fusione nella controllante, con la quale condivideva gli elementi di difesa, di seguito e per sintesi la relativa posizione processuale sarà richiamata esclusivamente facendo riferimento a Poste Italiane spa.

L’oggetto del bando riguardava i “*servizi di portierato, reception e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane e di altre società del gruppo*”, con suddivisione territoriale “*in sette lotti cumulabili, per la durata di 24 mesi (oltre 12 mesi in caso di rinnovo) e per un importo complessivo stimato di EUR 25.253.242*” (§ 16 della sentenza).

La base giuridica era individuata dalla società partecipata nella direttiva 2014/25/UE che disciplina, come noto, le procedure d’appalto nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali (c.d. settori speciali).

Uno dei concorrenti, Pegaso srl, ha adito il TAR Lazio chiedendo l’annullamento del bando; Poste Italiane spa ha resistito sostenendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per essere il contratto estraneo alla disciplina dei contratti pubblici.

La tesi difensiva era supportata anche da un recente indirizzo della Suprema corte italiana (Cass. SS.UU. 1 marzo 2018 n. 4899) che aveva affermato lo *status* di impresa pubblica di Poste Italiane spa ed escluso, nel caso giudicato, la ricorrenza di un contratto rientrante nell’ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali.

Ritenendo che sussistessero anche nel caso di specie tali presupposti, la difesa di Poste Italiane evidenziava che la scelta di ricorrere alla disciplina pubblicistica aveva carattere elettivo e quindi rilievo meramente privatistico e ciò doveva portare ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario.

Tale ultimo profilo, peraltro, risulta confortato dalle indicazioni concordi della Cassazione e del Consiglio di stato, per cui l’art. 133 cpa richiede la sussistenza di un vincolo eteronomo all’applicazione dell’evidenza pubblica (cfr. Consiglio di

stato, A.P., 1 agosto 2011 n. 16; Cass., SS.UU., già dalla sentenza n. 17635/2003; sulle prime tensioni in materia di giurisdizione esclusiva dopo la decisione della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 10, cfr. F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?* In *Serv. Pubb. e app.*, 4, 2004, 799 ss.). D'altra parte, ragionando sulla portata dell'art. 7 co. 2 cpa, non si potrebbe neppure parlare di connotazione dell'autovincolo in termini provvedimentali, in assenza di una norma che produca l'equiparazione delle imprese pubbliche alle amministrazioni quanto alla natura provvedimentale degli atti.

Nelle more del giudizio, peraltro, il bando è stato ritirato, sicché Poste Italiane spa ha chiesto dichiararsi la cessazione della materia del contendere e la conseguente irricevibilità del ricorso per essere venuta meno la rilevanza della questione.

Nel contestare le avverse posizioni, Pegaso srl ha evidenziato che la disciplina dei servizi speciali non riguarda solo gli appalti ad essi direttamente riferiti, ma anche quelli strumentali, in tale ambito rientrando l'oggetto del bando; ha, inoltre, osservato che permanevano questioni di danni, spese e giurisdizione che escludevano il venir meno dell'oggetto del contendere.

La vicenda processuale propone alcuni spunti meritevoli di analisi, innanzitutto in ordine alle soluzioni offerte dalla Corte, a partire dalla prospettata irricevibilità della domanda, ma anche per l'affermazione contenuta nell'ordinanza di rimessione in relazione all'assunta connotazione del nostro ordinamento come a precedente vincolante, che esprime un dato non coerente con l'assetto positivo, fondato sul diverso principio della nomofilachia e, tuttavia, è un possibile segnale di attese e di spinte verso evoluzioni ispirate a prospettive di avvicinamenti fra ordinamenti che, a dire il vero, allo stato appaiono negare tradizioni giuridiche consolidate senza previa dimostrazione di particolare utilità.

Degne di attenzione sono pure le indicazioni relative alla disciplina dei settori speciali, in particolare alla sua connotazione oggettiva, con implicazioni sull'ordine delle questioni da affrontare rispetto all'ambito soggettivo di applicazione, rimanendo sullo sfondo il tema del rapporto con la direttiva sugli appalti pubblici e con il principio del contagio.

Le questioni saranno affrontate nell'ordine appena indicato, per essere poi rivisitate nelle prospettive che esse aprono.

2. – Le pronunce di irricevibilità delle domande sono numerose e riguardano circa un terzo dei rinvii formulati da giudici italiani (cfr. C. Iannone, *Le ordinanze di irricevibilità dei rinvii pregiudiziali dei giudici italiani*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, 2, 249 ss.).

È stato osservato che l'attenzione della Corte verso i profili formali è cresciuto con l'aumentare del carico di lavoro, anche se ciò non pare strumentale ad alleggerirlo, se si considera che è stata diffusa una nota informativa sulle modalità procedurali (cfr. N. Wahl, L. Prete, *The gatekeepers of article 267 tfeu: on jurisdiction and admissibility of references for preliminary rulings*, in *Common market law review*, 2018, 55, 511 ss.; per la nota informativa, cfr. A. Tizzano, *Il rinvio pregiudiziale e la prassi dei giudici italiani*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, 2, 403 ss.).

I vizi di ricevibilità sono riconducibili ad incompetenza o a difetto dei requisiti essenziali previsti dalle regole di procedura davanti alla Corte, in particolare dall'art. 94 RPC, e nella casistica ricorrono la non provenienza da un'autorità giurisdizionale, l'insufficiente precisazione o documentazione del fatto o del diritto, la pertinenza dei quesiti, il rilievo puramente ipotetico, generale, teorico, internazionale e non comunitario [cfr. S. Crespi, *Il rinvio pregiudiziale e i giudici amministrativi italiani alla luce della recente giurisprudenza UE*, in *Riv. It. Dir. Pubb.*

Com., 2019, 1, 19 ss. Cfr. pure C. Amalfitano, M. Condinanzi, P. Iannuccelli (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice europeo*, Napoli, ES, 2017].

Il *quid pluris* offerto dalla decisione in commento riguarda l'effetto preclusivo eventualmente derivante dal venire meno della materia del contendere nel giudizio davanti al giudice remittente a seguito di ritiro/revoca del bando del quale era stato chiesto l'annullamento.

Le ragioni prospettate da parte ricorrente per sostenere la persistenza dell'interesse alla decisione hanno valorizzato l'attesa della statuizione sulle spese e la domanda sui danni che, secondo l'ordinamento interno, pur non essendo pendente poteva essere proposta nei 120 giorni dalla definitiva pronuncia della sentenza di annullamento (cfr. art. 30 co. 3 cpa).

Il giudice remittente e la Commissione hanno sostenuto le ragioni dell'interesse alla decisione, quest'ultima aggiungendo che nonostante il ritiro del bando rimaneva aperta la questione del legittimo affidamento ingenerato sui concorrenti (in termini generali, cfr. F. Losurdo, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, Giappicelli, 2011; M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003).

Il Governo italiano ha sollecitato l'accoglimento dell'eccezione di irricevibilità ed al riguardo Poste Italiane spa ha ribattuto alla tesi contraria rilevando il carattere puramente ipotetico ed eventuale del ricorso per danni, non essendo stata proposta ancora alcuna domanda in tal senso.

Anche l'avvocato generale ha ritenuto ricorrere ipotesi di irricevibilità, dovendosi ritenere venuto meno il requisito della litispendenza davanti al giudice interno, presupposto necessario della pronuncia il cui difetto è conoscibile ex officio (sono richiamate le sentenze della CgUE 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, causa C-165/14; 5 giugno 2018, *Kolev e a.*, causa C-612/15; 19 giugno 2018, *Gnandi*, causa C-181/16).

Ha altresì escluso che a seguito del ritiro del bando fosse residua materia del contendere, non avendo rilevanza in tal senso un interesse su questione meramente ipotetica (i precedenti in tal senso sono indicati nelle decisioni della CgUE 10 gennaio 2019, *Mahmood e a.*, causa C-169/18; 2 maggio 2019, Faggiano, causa C-524/16, non pubblicata; 1° ottobre 2019, con dati personali coperti da *privacy*, C-495/18, EU), o su questioni "generali o teoriche", venendo quindi a mancare la "necessità di dirimere concretamente una controversia" (così § 54 delle conclusioni, con richiamo delle decisioni 10 novembre 2016, *Private Equity Insurance Group*, causa C-156/15; 26 ottobre 2017, *Balgarska energiyana borsa*, causa C-347/16; *Mohammad Imran* cit.).

Rispetto a tali indicazioni, l'essenza della questione riguarda l'assunta irrilevanza sul piano del diritto comunitario della decisione sulle spese. Al riguardo, però, le tesi dell'avvocato generale - salvo che per il richiamo alla decisione 4 ottobre 2010, *Reinke*, causa C-336/08, non pubblicata e quindi non verificabile nei suoi contenuti - si fondano su precedenti che non paiono assimilabili nei caratteri essenziali a quello in esame, giacché attinenti alla cessazione della materia del contendere per *factum principis* interno, sicché effettivamente l'ordinamento dell'Unione in nulla può incidere (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 27 giugno 2013, *Di Donna*, causa C-492/11), o al difetto di previsioni comunitarie sulle spese, la cui liquidazione è stata giustamente rimessa al giudice interno per risolvere il problema della soccombenza (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 6 dicembre 2001, *Clean Car Autoservice*, causa C-472/99).

L'avvocato generale conclude che, pur esistendo ipotesi in cui la decisione sulle spese può essere rilevante - ad esempio nel caso di oneri processuali che ostacolano l'effettività della tutela -, nella specie non sembrano ricorrere i relativi presupposti in quanto, nonostante ogni sforzo interpretativo possibile, "l'unica questione che resta è in che modo tali questioni (n.d.r.: le pregiudiziali proposte)

siano rilevanti in relazione *all'ambito della controversia attualmente pendente* dinanzi al giudice del rinvio. La risposta, gravosa, è che non lo sono” (§ 72 e 73 delle conclusioni).

La Corte si discosta da tali conclusioni, premettendo che esiste una presunzione di rilevanza della questione che dipende dal principio di leale collaborazione che lega il giudice comunitario a quello interno e dalle competenze riconosciute a quest'ultimo in ordine all'individuazione dell'utilità della decisione. Il rifiuto di pronunciarsi è possibile “soltanto qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione o l'esame di validità richiesto relativamente a una norma dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia nel procedimento principale, oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le vengono sottoposte” (§ 27 della sentenza Pegaso cit., che richiama Corte di giustizia UE, sentenza del 1° ottobre 2019, Blaise e a., punto 35).

La soluzione appare più che ragionevole, giacché, se la corte dovesse valutare la sostanza del processo davanti al giudice interno, sarebbe davvero difficile ricostruirlo e soprattutto si porrebbe la necessità di valutare secondo il diritto nazionale tutte le questioni in esso proposte.

La prospettata necessità di decidere sulle spese e sulla giurisdizione viene, conseguentemente, assunta dalla Corte di giustizia come idonea a ritenere sussistente l'interesse alla pronuncia.

3. – L'art. 267 TFUE, come è noto, in presenza del dubbio in cui versa il giudice interno in ordine al fatto che il diritto comunitario osti all'applicazione di una norma nazionale, pone la regola essenziale diretta a garantire che la decisione sia affidata alla Corte di Lussemburgo. La rimessione, peraltro, è espressamente indicata come obbligatoria qualora il giudizio penda davanti ad autorità le cui decisioni non siano ulteriormente censurabili secondo il diritto interno; negli altri casi è, invece, rimessa alla valutazione dell'organo.

L'incipit dell'ordinanza del TAR Lazio riguarda l'ipotetica vigenza nell'ordinamento giuridico italiano del principio dello *stare decisis*.

L'affermazione non costituisce, tuttavia, premessa di un quesito, ma ha valore argomentativo in quanto approfondisce la ragione del dubbio che lo ha determinato a richiedere l'interpretazione pregiudiziale.

L'affermazione del tribunale amministrativo è precisamente posta, con espressione non equivoca, affermando il “carattere vincolante delle pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, in tema di giurisdizione, nel diritto processuale italiano” (p. 16 dell'ordinanza) e deducendone, in tal caso, il proprio obbligo di declinare la giurisdizione senza procedere ad ulteriori decisioni.

Risolvendo, invece, la pregiudiziale comunitaria la giurisdizione sussisterebbe.

In realtà, l'ordinamento interno, non solo per la giurisdizione amministrativa, quanto al valore del precedente è retto dal principio nomofilattico, in forza del quale ci si attende una certa stabilità nel rispetto del principio di diritto espresso dalle giurisdizioni superiori, ma questo non si traduce in un vero e proprio vincolo a decidere in conformità.

È stato piuttosto l'atteggiamento spesso poco attento alla nomofilachia ed il sorgere di contrasti giurisprudenziali fra le sezioni delle supreme corti a portare in Italia a riforme tendenti a rafforzare la relativa funzione concentrandola nelle sezioni unite o plenarie dei vertici delle singole giurisdizioni [cfr. gli artt. 360-bis, 384, co. 1 e 2, 388 cpc e 143 disp. att. cpc; 610, 618, 627, comma 3, 628, comma 2, cpp e 172-173 disp. att. cpp; 99 e 110 cpa; art. 114 cgc. Per commenti sulle riforme e sul principio nomofilattico, per il settore civile e penale, cfr. G. De Amicis, *La*

formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, in *Dir. pen. cont.*, 4.1.2019 e M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Bari, 2015; per la G.A. cfr. S. Foà, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10 febbraio 2021; G. Zampetti, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfu e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., causa C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2014; per la giurisdizione contabile, cfr. L. D'Ambrosio, *La nomofilachia nella corte dei conti*, in *dirittoconti.it*; in giurisprudenza, Cass. SS.UU., 06/11/2014 n. 23675 e 31/07/2012 n. 13620].

Anche in relazione alle vicende che hanno investito il dubbio circa il diverso caso del prospettato conflitto fra l'obbligo del giudice di ultimo grado di rimettere la questione alla Corte di giustizia e quello previsto a carico delle sezioni dall'art. 99 cpa di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria si era fatto riferimento a vincolo presente nell'ordinamento interno, ma qui il governo italiano, richiesto di chiarimenti nella nota causa Puligienica, ha affermato la funzione solo persuasiva del precedente ed ha anche negato che la rimessione all'organo plenario sia un atto dovuto, quando viene in considerazione il diritto comunitario [cfr. in tal senso M. Moretti, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti*, in *Oss. AIC*, 2016, 3, 21 e ss., che annota Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, causa C-689/13, Puligienica).

Deve aggiungersi che in effetti sul principio di diritto dell'Adunanza Plenaria non si forma giudicato interno, né è proponibile il rimedio della revocazione come errore sul fatto [cfr. S. Spuntarelli, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla Cgue nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2018, 3, 987 ss., 1015, che richiama Consiglio di stato, A.P. 23 febbraio 2018 n. 2 e III, 6 agosto 2014, n. 4185, con nota di A. Travi. (*In tema di revocazione*), in *For. It.*, 2014, 10/3, 565 ss.].

La soluzione, per come è ammesso nell'ordinanza di rinvio, è stata nel senso dell'affermazione della prevalenza del diritto dell'Unione, con conseguente obbligo di disapplicazione dell'art. 99 cpa, motivando con richiamo ai principi che fondano i rapporti fra gli stati membri e l'Unione e sono diretti a garantire la primazia dell'ordinamento europeo, quali l'effetto utile, l'efficacia diretta, la leale collaborazione per la massima espansione dell'ordinamento comune [il giudice remittente richiama, oltre a Puligienica cit., le sentenze della Corte di giustizia 20 ottobre 2011, causa C-396/09, Interedil s.r.l.; 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit*; 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*. Sul rincorrersi delle decisioni del giudice amministrativo italiano e della Corte di giustizia cfr. A. Grazzini, *Ricorsi incrociati escludenti: la giustizia amministrativa alla prova di resistenza del diritto europeo in materia di appalti*, in G.M. Caruso, D. D'Alessandro, D. Pappano (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, Giappichelli, 2019].

Le indicazioni della Corte sono state criticate più sul piano della motivazione che su quello delle conclusioni, per un verso non apparendo evidente la lesione del diritto comunitario ad opera dell'art. 99 cpa, per altro verso ritenendo mancato un tentativo del giudice dell'Unione di ponderare alla luce dell'art. 4 TFUE, e quindi sulla base del carattere reciproco del principio di leale collaborazione, la portata dell'art. 267 TFUE, coordinandone l'operatività con la norma processuale italiana (per la prima argomentazione richiamata, in maniera critica cfr. C. Abbate, *L'incidenza dell'art. 267.3 TFUE sul deferimento obbligatorio all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2017, 1, 335 ss.; D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino,

Giappichelli, 2009, 99 ss.; per la seconda, S. Spuntarelli, *Il ruolo ... cit.*, specie 1010 ss.; per tutte, S. Foà, *Giustizia amministrativa ... cit.*).

In ogni caso, il richiamo al carattere vincolante del precedente non pare giustificato, se non nell'ottica di rafforzare la richiesta di intervento della Corte di giustizia rivolta a spostare il conflitto interpretativo interno nella dimensione eurounitaria (cfr., di recente, V. Salomoni, *Il valore del precedente nella Giustizia amministrativa nel sistema del dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali*, in *Norma*, 6 maggio 2020), in una tendenza che non è solo del giudice amministrativo ed ha da ultimo coinvolto la Suprema corte, in dissenso rispetto all'interpretazione della Consulta sui limiti del controllo sulla giurisdizione (sull'ordinanza di rimessione cfr. S. Foà, *Giustizia amministrativa ... cit.*; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziasieme.it*, 30 novembre 2020, autori ai quali si rinvia sia per attente riflessioni critiche, sia per ulteriori indicazioni sui primi commenti).

Appare, inoltre, forzato non ricorrere, neppure sul piano culturale, agli strumenti che nei paesi di *common law* consentono comunque di discostarsi dal precedente (*distinguishing, overruling* e relativo correttivo del *prospective overruling*). Cfr., in chiave comparata, F.M. Damosso, *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, in *Leg. penale*, 2020, 10, 59 ss.; C. Delgado Suarez, *Sui modelli di Corti supreme e la revoca dei precedenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, 689 ss.; nel diritto amministrativo interno, G. Cocozza, *Sul principio di diritto fissato dall'adunanza plenaria del Consiglio di stato e "prospective overruling"*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 3, 1119 ss.; A. De Siano, *Il "prospective overruling" tra giusto processo e sentenza giusta*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, 4, 1134 ss., il quale coglie alcune differenze nell'applicazione del *prospective overruling* fra Consiglio di stato e Cassazione).

Per completezza, si osserva come anche a seguito dell'intangibilità del giudicato formatosi in violazione del diritto dell'Unione, in favore della parte illegittimamente soccombente residua la tutela da responsabilità risarcitoria dello stato membro [in tal senso cfr. C. Abbate, *L'incidenza ... cit.*; G. Zampetti, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfu e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., causa C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2014; in giurisprudenza, Corte giust. UE, 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A.*; 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*].

Come premesso, sebbene il riferimento del giudice italiano al precedente vincolante non è stato seguito da un quesito, sicché la Corte non si è espressa sul punto, tuttavia la relativa analisi andava condotta per segnalare l'emergere di una forzatura interpretativa che presenta continuità con le ordinanze di rimessione che hanno riguardato l'interpretazione dell'art. 99 cpa alle quali si è fatto cenno.

D'altro canto, i precedenti richiamati dal giudice amministrativo nel procedimento in esame hanno rappresentato il contesto di riferimento per ricostruire la disciplina interna e motivare il dubbio prospettato ai giudici di Lussemburgo.

4. – Nel riferire in ordine al quadro interpretativo italiano, il giudice amministrativo richiama l'ordinanza delle Sezioni unite della Suprema corte 1 marzo 2018 n. 4899 che si pone in contrasto con il principio del contagio elaborato dalla Corte di giustizia dell'UE, peraltro con una impostazione che differisce anche da quella adottata dall'Adunanza Plenaria del consiglio di stato con la decisione 28 giugno 2016 n. 13 (per alcuni commenti alla decisione cit. del giudice di legittimità, che richiama anche Cass., SS.UU., 29 maggio 2012, n. 8511, cfr. E.M. Barbieri, *Poste*

*Italiane S.P.A. e gli appalti aggiudicati per fini diversi dall'esercizio di attività postali*, in *Riv. Trim. App.*, 2018, 3, 769; sulla diversità dell'impostazione fatta propria dall'A.P. cit., cfr. D. Galli, *Settori ordinari e settori speciali: complementarità o alternatività?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 2, 22 ss.).

Le sezioni unite, in particolare, seppure escludendo in linea di principio che Poste Italiane possano essere qualificate come organismo di diritto pubblico, hanno aggiunto che se anche dovessero ricadere in tale categoria sarebbero comunque sottratte all'evidenza pubblica fuori dai casi previsti nella direttiva settori speciali, per l'attività "svolta in condizioni di libera accessibilità dei mercati, e cioè in una situazione nella quale l'assoggettamento a quelle regole sarebbe superfluo, atteso che le finalità perseguite sono già presenti nell'ordinario modo di svolgimento dell'attività dell'ente aggiudicatore" (p. 12 Cass. 4899/2018 cit.).

La disciplina dei settori speciali esaurirebbe, in altri termini, le esigenze di tutela della concorrenza con riferimento ad una società pubblica o ad un organismo pubblico che opera in detto ambito, in riferimento alle attività svolte in concorrenza e fuori dagli interessi aventi natura non industriale o commerciale, sicché, come notato, essa sarebbe alternativa rispetto a quella dei settori ordinari (cfr. D. Galli, *Settori ordinari e settori speciali ... cit.*).

Diverso appare il percorso indicato dalla Corte di giustizia in riferimento al richiamato principio del contagio, in base al quale la qualificazione di organismo di diritto pubblico determina la soggezione dell'ente alla disciplina generale sugli appalti nei settori ordinari (attuale direttiva 2014/24/UE), anche per le attività svolte in condizione di libero mercato; ciò non toglie che se l'organismo di diritto pubblico opera nei settori speciali, in relazione a tale oggetto, dovrà applicare la relativa direttiva (2014/25/UE).

Dunque, in presenza di organismi di diritto pubblico, la connotazione dell'attività svolta come di natura maggiormente assimilabile a quella pubblicistica, fa sì che essa, anche se svolta in concorrenza, sia attratta interamente nell'ambito di applicazione delle norme per i settori ordinari (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 15 gennaio 1996, *Mannesmann* ed a. causa C- 44/96, con note di R. Garofoli, (1-4) *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *For. It.*, 1998, 4, 133 ss.; C. Bovis, *Case C44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al. v. Strohal Rotationsdruck GesmbH. Judgment of 15 January 1998*, in *Common Market Law Review*, 1999, 36, 205 ss.).

Il contagio, tuttavia, non opera in riferimento alle attività dell'organismo di diritto pubblico svolte nell'ambito dei settori speciali, che verranno regolati dalla relativa disciplina (cfr. Corte di giustizia UE, 10 aprile 2008, sentenza *Aigner* ed a., causa C-393/06, con nota di B. Rinaldi, *Sull'applicazione della "teoria del contagio" alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2008, 3-4, pp. 975, che ripercorre il problema dei criteri per il passaggio dai presupposti di applicazione della direttiva di settore a quelli relativi ai settori ordinari).

La ragione del dissenso nelle due letture è evidente: per la Corte di giustizia la direttiva di settore costituisce *lex specialis* che deroga le regole nei settori ordinari solo nei limiti del suo oggetto, ma non la sostituisce.

D'altra parte, se si guarda alla differenza ontologica – ai fini dell'applicazione delle direttive *de quo* – fra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico appare maggiormente coerente la visione comunitaria.

Come noto, le imprese pubbliche sono connotate dall'esercizio di un'influenza dominante da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Gli indici di riferimento sono il regime proprietario, o la partecipazione finanziaria o l'assetto normativo, ma il relativo accertamento sul piano concreto è assistito da una presunzione nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici, in maniera diretta o indiretta, detengano la maggioranza del capitale, controllino quella dei voti, possano designare la

maggioranza dei membri dell'organo amministrativo, di direzione o di vigilanza (art. 3, lett. t, d.lgs. n. 50/2016).

Le imprese pubbliche sono soggette in generale all'osservanza delle regole sulla concorrenza, devono operare secondo il rischio di impresa e con trasparenza finanziaria rispetto all'ente pubblico che le controlla; in presenza di tali condizioni, sono sottratte alla direttiva generale sugli appalti pubblici, i loro appalti sono, cioè, estranei al codice dei contratti.

Esse rientrano nella categoria degli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici; mentre però gli altri enti aggiudicatori non amministrazioni aggiudicatrici sono assoggettati alla direttiva settori speciali solo se concessionari di diritti speciali o esclusivi, le imprese pubbliche vi rientrano per ragioni legate al controllo pubblico (e, probabilmente, anche in ragione dell'originario affidamento dei servizi), in via presuntiva, sebbene con margini di prova contraria, come mostra il fatto che possono ottenere esenzioni ai sensi dell'art. 34 dir. settori speciali cit.

Lo *status* di organismo di diritto pubblico ha invece una valenza limitata all'individuazione di una particolare categoria di amministrazioni aggiudicatrici, per risolvere il problema di accertare tale natura caso per caso in assenza di una definizione comune agli stati membri della nozione di pubblica amministrazione, con disciplina notoriamente dettata anche a fini antielusivi.

I criteri che determinano l'attribuzione del relativo *status*, sin dalla direttiva n. 89/440/CEE, sono fondati su tre noti elementi: l'istituzione "per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale"; il possesso della personalità giuridica; il legame di dominio nel controllo o nel finanziamento da parte dell'amministrazione.

Il primo fra essi esprime incompatibilità con il fine di lucro e con l'operatività secondo criteri di trasparenza finanziaria rispetto ai soggetti pubblici ed in termini di rischio di impresa [cfr. A.M. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *Federalismi.it*, 30 gennaio 2008; F. Goisis, *Imprese pubbliche*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 2961 ss. L'impostazione è stata confermata di recente dal Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964, annotata da B.P. Amicarelli, *La nozione di organismo di diritto pubblico: il caso di Cassa Depositi e Prestiti Investimenti SGR S.p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 5, 660 ss.]

Al fine di distinguere in concreto l'organismo di diritto pubblico non è apparso rilevante l'elemento organizzativo privatistico-commerciale (cfr. M. Renna, *La SIBEC S.p.A. tra realtà normativa e prospettive di attuazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 597 ss.), ma è stato ritenuto più affidabile proprio il richiamo alle finalità non industriali o commerciali (cfr. R. Garofoli, *Gli organismi di diritto pubblico: scelte dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2001).

Tale elemento è stato letto, poi, in contrapposizione al carattere proprio dell'impresa pubblica, che è dato dal tipico rischio di impresa (cfr. D. Palazzo, *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2019, 1), che si coniuga con la trasparenza finanziaria; tanto più che le due fattispecie sono accomunate dal perseguire, seppure appunto secondo diversa modalità, l'interesse generale (cfr. su tale ultimo aspetto e con ulteriori argomentazioni G. Sdanganelli, *La fondazione teatrale come organismo di diritto pubblico tra regime nazionale e europeo*, in *Persona e Amm.*, 2018, 473 ss.).

Per quanto fino ad ora esposto, deve concordarsi con la tesi di quanti ritengono che le nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico non siano sovrapponibili (cfr. A.M. Sandulli, *Impresa pubblica ... cit.*; ampia ricostruzione in A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali: l'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2018, specie 106 ss.; M.P. Chiti,

*L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000).

La valutazione dello *status*, dunque, non può essere definita dall'analisi della singola attività svolta, ma dipende dal modo di essere dell'ente e dai suoi obiettivi; se un organismo di diritto pubblico operasse in competizione sul mercato, il difetto della trasparenza finanziaria e del rischio d'impresa continuerebbero a giustificare la sottoposizione dei relativi appalti all'evidenza pubblica, mancando i presupposti dell'agire complessivamente a parità di armi sul libero mercato; inoltre, rimarrebbe la finalizzazione alla soddisfazione di interessi di carattere non industriale o commerciale. Questa è la ragione del c.d. principio del contagio.

Il giudice remittente, da questo punto di vista, omette di proporre la domanda cruciale, che invece si intravede in una successiva e recente domanda pregiudiziale: se sia possibile che un ente originariamente nato per svolgere attività di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale muti la sua natura in via di fatto, senza che intervenga un atto formale in tal senso, semplicemente prendendo ad operare in concorrenza e con trasparenza finanziaria, perseguendo finalità lucrative e soddisfacendo interessi di natura industriale o commerciale [l'interrogativo è presente, sebbene in maniera non troppo esplicita, nella domanda pregiudiziale dello stesso TAR Lazio che ha originato il procedimento C-419/19, sulla quale cfr. R. Cabazzi, *Appalti pubblici (organismo di diritto pubblico - regime di concorrenza - obbligo di procedura ad evidenza pubblica nei soli settori speciali - Poste Italiane s.p.a)*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2019, 1, 132 ss. Sembra propendere per una risposta negativa in ordine al rilievo dell'espandersi delle attività industriali o commerciali D. Capotorto, *Poste Italiane organismo di diritto pubblico? Il conflitto interpretativo torna a Lussemburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 5, 631 ss.].

In ogni caso, anche se posta, la domanda non avrebbe trovato risposta in quanto la soluzione del dubbio interpretativo rilevante ai fini della soluzione del giudizio davanti al giudice nazionale è offerta, come evidenzia l'ulteriore analisi della sentenza in commento, dall'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina sugli appalti nei settori speciali.

5. – Venendo alla risposta ai quesiti proposti, la Corte ne ritiene assorbenti due, il terzo ed il quinto, che sintetizza come segue: “se l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 debba essere interpretato nel senso che esso si applica ad attività consistenti nella fornitura di servizi di portierato, reception e presidio varchi per le sedi dei prestatori di servizi postali, quali Poste Italiane e altre società del gruppo” (§ 32 della sentenza).

Le questioni sono affrontate congiuntamente, analizzando l'ambito di applicabilità oggettiva della normativa sui settori speciali, dopo aver precisato, *in limine*, che, nonostante l'intervenuta abrogazione della direttiva 2004/17/CE, per quanto rilevante ai fini del decidere si è in presenza di identità di disciplina, con conseguente utilizzabilità del materiale giurisprudenziale formatosi nel periodo della sua vigenza.

La Corte, ancora in via preliminare, risponde alla richiesta di qualificazione di Poste Italiane, limitandosi ad asserire che, pacificamente fra le parti, essa è ritenuta impresa pubblica e quindi, stante il rilievo dirimente dell'ambito di applicabilità oggettiva, non appare necessario approfondire la questione se, come prospettato dal giudice amministrativo italiano, lo *status* sia invece di organismo di diritto pubblico.

Per quanto sia dequotata nel modo indicato, quella della definizione dello *status* di Poste Italiane spa era un'indicazione molto attesa, se si pensa che l'ANAC, relativamente di recente, si era pronunciata nel senso che si tratti di organismo di diritto pubblico, senza con ciò riuscire a superare le aporie che derivano dal fatto

che la società svolge ormai attività chiaramente industriali e commerciali, in un mercato aperto alla libera concorrenza, né possono valere in contrario gli obblighi di servizio universale, i cui compensi secondo la disciplina comunitaria sono compatibili, in astratto, anche con la natura di impresa privata (cfr. delibera ANAC 10 luglio 2019 n. 649; nell'ampia dottrina, cfr. A. Mirabile, *I contratti pubblici di Poste Italiane. La situazione attuale ed il futuro: fra liberalizzazione e quotazione*, in *Giustamm.it*, 2016, 3, il quale già notava, sebbene con riferimento al tema delle esenzioni ex art. 219 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2016, il diverso esito al quale si giunge se si misura l'apertura del mercato non in termini di avvenuta liberalizzazione, ma in rapporto ai fatturati delle imprese in competizione).

La sentenza, tuttavia, si sottrae ad intenti qualificatori e sembra piuttosto assumere un dato processuale pacifico ma irrilevante, precisando semplicemente che non è utile approfondire se Poste Italiane spa e Poste Tutela spa “costituiscano parimenti un organismo di diritto pubblico” (§ 34).

La questione, quindi, non può ritenersi risolta definitivamente, né pare fondata la diffusione della notizia per cui la Corte di giustizia dell'Unione si sarebbe finalmente espressa nel senso della natura di impresa pubblica (cfr., nell'ampio clamore suscitato dalla decisione, il comunicato ufficiale sul sito di Poste Italiane spa *Poste Italiane: Corte di Giustizia UE riconosce natura giuridica di impresa pubblica*; il redazionale *Poste Italiane, Corte di giustizia Ue riconosce la natura giuridica di impresa pubblica*, in *Corriere.it* 28 ottobre 2010; il comunicato, che sovrappone le due alternative, sul sito del sindacato FAILP *Poste, è una Impresa Pubblica e non solo un Organismo di Diritto Pubblico, l'ultimo pronunciamento è della Corte di Giustizia C.E.*).

In ogni caso, su queste premesse, la Corte inquadra la disciplina comunitaria indicando come il criterio di determinazione dell'ambito di applicabilità della direttiva sugli appalti nei settori speciali sia fondato sull'elemento oggettivo e non su quello soggettivo.

Per comprenderne le ragioni, non *in toto* esplicitate nella sentenza, occorre fare riferimento alla ricostruzione del rapporto fra appalti esclusi, appalti estranei, appalti nei settori speciali e appalti relativi alle prestazioni rientranti nei settori speciali (appalti direttamente strumentali, cfr. A. Cavina, *Organismo di diritto pubblico e settori speciali: l'interesse generale e il nesso di strumentalità*, nota a *Consiglio di Stato*, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6534, in *Urb. e App.*, 2019, 2, 216; cfr. Pure *Id.*, *Organismo di diritto pubblico, settori speciali e trasporto ferroviario ad alta velocità*, nota a *T.A.R. Lazio Roma Sez. III*, 03 ottobre 2019, n. 11522, in *Urb. e app.*, 2020, 3, 416 ss.).

I settori speciali si riferiscono ad attività strategiche interessate da processi di liberalizzazione, rispetto alle quali per ragioni varie persistono ambiti sottratti al mercato, con giustificazioni che riguardano comunque il loro non completo sviluppo e la permanenza di esigenze pubbliche che non possono essere ancora del tutto soddisfatte attraverso meccanismi compatibili con le regole della concorrenza (ad esempio, solo ricorrendo alla compensazione degli oneri di servizio universale).

La direttiva 25 cit., quindi, è pensata innanzitutto con riferimento ad un ambito oggettivo, al di fuori del quale le attività sono svolte in concorrenza, con espressa indicazione che i contratti che si riferiscono a queste ultime rimangono liberamente contrattabili, appartengono, cioè, alla categoria dei c.d. contratti estranei.

Gli appalti estranei sono tali sia in quanto sottratti al codice degli appalti, sia, in generale, in quanto non rientranti nell'ambito dell'interesse dell'Unione (in tal senso, cfr. G. Lezzi, *La Corte di Giustizia restringe notevolmente il concetto di “contratti estranei” all'applicazione delle direttive comunitarie coniato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. serv. pubb.*, 2 novembre 2020; cfr. pure cfr. S. Castrovinci, *Gli appalti estranei alla luce delle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali*, in *Amm. in cammino*, 19 settembre 2018, che però non pare concordare sulla premessa

per cui nei settori speciali è decisivo l'elemento oggettivo, risultando superflua l'indagine sull'ambito di applicabilità oggettivo) e pertanto si rimane al di fuori anche della soggezione ai principi in materia di contratti pubblici.

La previsione di riferimento è l'art. 19 della direttiva 2014/25/UE (cfr. art. 14, d.lgs. n. 50/2016), per cui la stessa non si applica agli enti aggiudicatori per "appalti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati per fini diversi dal perseguimento di un'attività interessata o per l'esercizio di un'attività in un paese terzo".

Diverso il caso dei contratti esclusi nei settori speciali (art. 34 dir. cit.; art. 8 d.lgs. n. 50/2016) in quanto destinati a permettere lo svolgimento di attività in essi ricadenti, ma direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, per la cui esenzione è, tuttavia, necessario un atto di esecuzione in tal senso ad opera della Commissione.

La disciplina degli appalti nei settori speciali è, quindi, una disciplina costruita sull'ambito oggettivo ed è anche *lex specialis*, nel senso di derogatoria rispetto a quella generale; l'interrogativo riguarda i confini dell'effetto derogatorio, in particolare per la parte in cui ha un ambito oggettivo di applicazione al di fuori del quale gli appalti diventano "estranei", con ciò appunto indicandosi la sottrazione alle regole pubblicistiche.

È qui che sorge il problema della alternatività o della complementarità di cui si è detto al paragrafo che precede, con la connessa questione dell'applicazione del principio di contaminazione: al di fuori dall'ambito oggettivo di applicazione dei settori speciali, l'essere Poste Italiane spa ente aggiudicatore piuttosto che amministrazione aggiudicatrice porterebbe, in ossequio alle decisioni *Mannesmann* e *Aigner* cit., all'applicazione della direttiva generale sugli appalti pubblici.

Come osserva la Corte nella sentenza in commento, la sussunzione dell'oggetto dell'appalto all'interno della disciplina speciale assume, quindi, valore preliminare e, in ipotesi di risposta positiva, dirimente, escludendo la necessità di ulteriori indagini sulla qualificazione soggettiva di Poste Italiane spa. La difesa della resistente, del resto, era appunto rivolta a fare ricadere l'appalto all'interno dell'area commerciale e di mercato di azione dell'impresa pubblica, con l'effetto, fra l'altro, di sottrarre la decisione alla giurisdizione amministrativa.

La motivazione della decisione osserva come è l'art. 13 della direttiva 2014/25/UE ad indicare cosa debba intendersi per servizi postali ed assimilati, comprendendo: nei «servizi postali», la "raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali", nonché i servizi universali, ricadenti o non nella direttiva 97/67/CE; negli «altri servizi diversi dai servizi postali», quelli "di gestione di servizi postali (servizi precedenti l'invio e servizi successivi all'invio, compresi i servizi di smistamento della posta)" e "di spedizione diversi da quelli di cui alla lettera a) quali la spedizione di invii pubblicitari, privi di indirizzo".

Certo, l'oggetto dell'appalto sottoposto all'attenzione della Corte non ricade direttamente in una delle due categorie indicate, in quanto riguarda i servizi di portierato, reception e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane spa e dei soggetti ad essa riferibili che svolgono attività di prestazione dei servizi postali.

Tuttavia, il tenore letterale dell'incipit dello stesso art. 13 cit. (cfr. art. 120 d.lgs. n. 50/2016), nel definire quale sia l'ambito di applicazione oggettiva, lascia emergere una terza categoria, quella delle "*attività relative* (il corsivo non è nella direttiva, ma è per evidenziare il riferimento) alla prestazione di: a) servizi postali (...) b) altri servizi diversi (...)".

Sotto il profilo logico, si tratta di una categoria che illumina di senso la norma: qui soccorre anche la riflessione dell'avvocato generale, per cui se assumessimo che appalti postali sono solo quelli indicati nelle lettere a e b dell'art. 13 cit., dovremmo ammettere che in realtà il legislatore dell'Unione ha pensato che

gli operatori del settore non realizzano direttamente il proprio *core business*, ma lo esternalizzano (§ 99).

Individuata la norma occorre, però, comprenderne la portata, in particolare comprendere quale sia il criterio di distinzione fra i contratti che riguardano le “attività relative a” e quelli che non sono tali, riempiendo di significato il nesso, il legame, che deve essere inteso in maniera restrittiva, considerato che esiste, come detto, una norma, l’art. 19 dir. cit., che valorizza un’altra categoria, quella dei contratti estranei all’ambito dei settori speciali.

Per l’*actio finium regundorum* la Corte specifica che “non è sufficiente che i servizi oggetto di tale appalto contribuiscano positivamente alle attività dell’ente aggiudicatore e ne accrescano la redditività” (§ 42 della sentenza in commento), ma occorre verificare la presenza di un nesso di strumentalità.

Volendo identificare alcuni termini chiave, a partire a dire il vero dalle sintetiche specificazioni offerte in proposito dalla Corte, il nesso di strumentalità deve manifestarsi nella coesistenza di effettività dell’apporto, inerenza e legame teleologico fra il contratto del quale deve essere valutata l’appartenenza alla categoria delle “attività relative” ed i servizi postali e diversi elencati dall’art. 13 cit.

Si tratta di elementi da andare a ricercare in chiave casistica: l’effettività va misurata in termini di contributo reale e non meramente complementare al servizio interessato; l’inerenza deve essere riferita agli standard di qualità propri e dovuti, in altri termini all’adeguato svolgimento del servizio rispetto alle normali condizioni di esercizio; il nesso teleologico lega il contratto strumentale al perseguimento dei fini propri dei servizi postali e/o degli altri servizi nominati ai quali è riferibile.

Individuati i criteri di giudizio, la Corte passa alla loro applicazione alla controversia, osservando come effettivamente non pare che i servizi postali possano essere effettivamente garantiti in assenza di attività di portierato, reception e presidio varchi degli uffici; ciò vale sia per le strutture aperte agli utenti che per quelle che devono svolgere funzioni amministrative.

In questo, la Corte pare motivatamente superare e contraddire i precedenti interni che non hanno, invece, ritenuto strumentali i profili attinenti ai contratti di lavoro (buoni pasto, cfr. Cass. SS.UU. 4899/2018 cit.) o alla guardiania agli uffici amministrativi (cfr. Consiglio di stato, A.P. n. 16/2011 cit.).

Infine, la sentenza evidenzia che la valutazione della strumentalità deve essere condotta tenendo in conto che gli enti aggiudicatori hanno facoltà di indire gare separate in presenza di bisogni da soddisfare non omogenei e quindi in parte non finalizzati ai servizi speciali.

Ove però non seguano questa strada, la disciplina da applicare è quella riferita all’attività principale alla quale il contratto è destinato (art. 6, par. 2, dir. 2014/25/UE).

Nel caso di specie, Poste Italiane spa, pur sostenendo la destinazione dei servizi da acquisire anche ad attività diverse da quelle postali, non ha dimostrato che essa fosse preminente.

Pertanto la Corte conclude che “l’articolo 13, paragrafo 1, della 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, dev’essere interpretato nel senso che si applica ad attività consistenti nella prestazione di servizi di portierato, reception e presidio varchi delle sedi dei prestatori di servizi postali, in quanto siffatte attività presentano un nesso con l’attività rientrante nel settore postale, nel senso che servono effettivamente all’esercizio di tale attività consentendone la realizzazione in maniera adeguata, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio.”

6. – La sentenza Pegaso è già passata agli onori della cronaca per l'affermazione della natura di impresa pubblica di Poste Italiane spa, un'indicazione che, come si è visto, per quanto attesa e non priva di elementi a sostegno, è contenuta in una coincisa indicazione sulla posizione processuale delle parti e sull'indifferenza della qualificazione ai fini del decidere, sicché, in tali termini, in realtà non può essere utile a definire l'annosa *querelle* né ad ascrivere una posizione in tal senso alla Corte di giustizia.

Forse qualche indicazione potrà venire dalla decisione del procedimento C-419/19 cit., anche esso su domanda pregiudiziale del TAR Lazio che riguarda, ancora una volta, la possibilità di qualificare Poste Italiane spa come organismo di diritto pubblico ed il rapporto fra disciplina dei settori speciali, regole generali sui contratti ed evoluzione dell'attività dell'ente in senso marcatamente imprenditoriale e concorrenziale (per un commento all'ordinanza di rimessione, cfr. R. Cabazzi. *Appalti pubblici* ... cit.)

In realtà, la questione centrale è proprio definire se la trasformazione da organismo di diritto pubblico a impresa pubblica possa essere il frutto dell'evoluzione dell'attività o richieda un atto formale (con i connessi interrogativi, se eteronomo, autonomo e di che natura) che faccia venir meno la sua specifica finalizzazione alla soddisfazione di esigenze generali aventi natura non industriale o commerciale.

La decisione, peraltro, presenta indiscutibili spunti di interesse.

Innanzitutto, offre precisazioni sul rapporto fra ricevibilità e strumentalità dei quesiti rispetto alla decisione della questione pendente davanti al giudice remittente, ammettendo le due ipotesi sintomatiche relative alla necessità di quest'ultimo di statuire sulla giurisdizione e sulle spese.

A ciò si aggiunge la presunzione di rilevanza secondo l'indicazione del giudice interno, rispetto alla quale, se non difettano i requisiti essenziali previsti dalle norme di procedure o di competenza, la Corte si dichiara tenuta ad offrire una risposta nella relazione di doverosa collaborazione che è il fondamento dell'art. 267 TFUE (peraltro, nel solco di consolidata indicazione).

In ordine alla teoria del contagio, pur essendo omessa una confutazione diretta delle tesi della suprema corte richiamate nel rinvio pregiudiziale, si ha conferma che l'applicazione del principio di specialità nei settori *de quo* deve essere ricostruita attraverso la valorizzazione dell'elemento oggettivo, ma non si possono rinvenire ulteriori argomenti per intendere un superamento della precedente giurisprudenza sul punto.

Rimane non proposto nei quesiti l'ipotizzato valore vincolante del precedente delle magistrature superiori nel nostro ordinamento che, secondo il giudice italiano, poteva impedire la rimessione in quanto avrebbe imposto di declinare la giurisdizione.

Si è detto come, in realtà, tale prospettazione si esponga a diverse perplessità nella misura in cui la funzione nomofilattica viene trasfigurata fino all'affermazione della vigenza del principio dello *stare decisis*. Ciò, peraltro, non appare tranquillizzante, in quanto si assiste comunque ad una spinta evolutiva che merita di essere monitorata e ricondotta nei corretti limiti, nel rispetto delle peculiarità dei principi procedurali e sostanziali dell'ordinamento interno.

Anche a voler per assurdo prescindere dal dato normativo, occorre ricordare, fra l'altro, come l'assenza di una consolidata capacità, sorretta da adeguato sviluppo nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, nel riconoscere i caratteri identificativi dell'identità ed il peso delle differenze anche sottili fra la fattispecie sostanziale sottoposta a giudizio e quella alla quale si riferisce il precedente, è foriera di errori che si traducono anche nella violazione del principio di uguaglianza.

La Corte di Lussemburgo, mancando un quesito sul punto, correttamente non esprime e si sofferma innanzitutto sui criteri di ricevibilità, distinguendo le

funzioni di ciascuna delle giurisdizioni coinvolte, collocandole nella dimensione di una reciproca collaborazione: da una parte c'è la responsabilità per la decisione del giudizio pendente e il dovere-potere di valutare la rilevanza e la necessità della rimessione, dall'altra il dovere-potere della Corte alle conseguenti statuizioni (così § 26 della sentenza, con relativo conforto giurisprudenziale).

Altro passaggio fondamentale della decisione è la prospettazione di criteri atti ad individuare la terza categoria rientrante nell'ambito oggettivo di applicazione, quella degli appalti nelle "attività relative" alla prestazione dei servizi rientranti nell'oggetto dei settori speciali postali (si potrebbero indicare anche come appalti ad essi direttamente riferibili e strumentali, per il rilievo della strumentalità cfr. A. Cavina, *Organismo di diritto pubblico ... cit.*).

La Corte ne avverte il carattere ad un tempo residuale e trasversale, richiamando la necessità di un'interpretazione in senso restrittivo della categoria; a tal fine rinvia ad un'analisi casistica al cui interno assumono centralità gli indici di cui si è detto, fra i quali spicca la finalizzazione alla funzione propria dei servizi rientranti nelle altre due categorie.

Quest'ultimo profilo è particolarmente pregnante in quanto, benché la Corte non utilizzi le categorie proprie del diritto interno, coglie la specificità del servizio pubblico, cioè la ragione della persistenza di una disciplina speciale: il contratto è individuabile come rientrante nelle attività strettamente strumentali se è necessario a consentire di raggiungere l'obiettivo di soddisfazione dei bisogni sottostanti (per il servizio universale, dunque, diffusione sull'intero territorio ad un prezzo accessibile ed a qualità adeguata).

Come argomento di ulteriore riflessione, si potrebbe discutere se la categoria delle "attività relative" sia realmente residuale oppure no, cogliendo lo spunto offerto dall'avvocato generale, che nota come sarebbe strano pensare che un ente che si occupa di servizi postali esternalizzi proprio parti del *core business*; fuori da questa ipotesi, comunque, l'ambito dei servizi strettamente strumentali potrebbe essere se non di maggiore, quanto meno di pari interesse quantitativo e qualitativo.

Le prospettive aperte dalla decisione sono, dunque, molteplici e vanno dagli strumenti di analisi delle categorie alla collaborazione fra giurisdizioni; gli *imput* in essa contenuti, inoltre, tornano a valorizzare il ruolo del giudice remittente e ad indicare quali sono le attese dell'ordinamento eurounitario nei suoi confronti.

Peraltro, sul piano interno la preferenza verso la rimessione piuttosto che verso la soluzione interpretativa diretta sembra messa in crisi dal timore che in altra sede giudiziaria l'eventuale decisione adottata possa essere riformata; in effetti, sotto le (artefatte?) sembianze di un atteggiamento deferente verso il precedente e verso le alte corti nazionali, le dinamiche delle rimessioni degli ultimi tempi, cui è stato fatto cenno, paiono manifestare l'esigenza di acquisire un vincolo interpretativo indisponibile proprio per queste ultime, o per alcuna fra esse, come è stato notato da più parti (l'impressione è diffusa, cfr. S. Foà, *Giustizia amministrativa ... cit.*, *passim*; S. Spuntarelli, *Il ruolo ... cit.*, specie 988).

Si tratta di raggiungere un equilibrio non facile.

La prudenza delle alte corti verso l'espansione del diritto dell'unione è fisiologica se rimane eccezionalmente diretta a fare da filtro per la salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, in tal modo contribuendo alla ricognizione, alla comprensione e all'integrazione, da parte della stessa Corte di giustizia, dei principi comuni agli stati membri ed alla creazione di un sistema che nel complesso collabora per la migliore tutela possibile degli interessi dei cittadini. Deve, tuttavia, evitarsi che ciò straripi nel rendere l'ordinamento interno rigido rispetto all'applicazione di norme dell'unione che, invece, non vanno in senso contrario rispetto all'attesa indicata (in altri termini, l'attitudine deve essere quella di saper riconoscere con reciproca collaborazione quando la migliore tutela sia offerta dall'ordinamento interno o da quello comunitario, come suggerisce per un

utile dialogo fra le corti A. Ruggeri, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consultaonline*, 5 febbraio 2015).

D'altra parte, guardando all'operato della Corte di giustizia nel caso specifico, non sembra presente la tensione, a volte letta in termini problematici (cfr. C. Abbate, *L'incidenza ... cit.*; S. Spuntarelli, *Il ruolo ... cit.*, specie 1010 ss.; S. Foà, *Giustizia amministrativa ... cit.*), verso un utilizzo delle questioni pregiudiziali in una dimensione che travalica il dubbio sul caso da decidere e trascura l'autonomia degli stati membri per assumere valenza in termini di consolidamento della primazia e dell'effettività dell'ordinamento comunitario, ma al contrario si può riconoscere *self restraint* nel ritenere assorbenti due dei cinque quesiti, nel non entrare nel merito della qualificazione di Poste Italiane e della teoria del contagio, nel proporre una visione autenticamente comune nella costruzione del legame fra bisogno da soddisfare attraverso il servizio e riferibilità del contratto di appalto al settore postale, dato, quest'ultimo, che rappresenta probabilmente il più apprezzabile contributo della decisione all'interpretazione della materia.

*Daniele D'Alessandro*  
Dip.to di Scienze Politiche e Sociali  
Università della Calabria  
[daniele.dalessandro@unical.it](mailto:daniele.dalessandro@unical.it)

