

Civile Sent. Sez. U Num. 8673 Anno 2019

Presidente: SPIRITO ANGELO

Relatore: ACIERNO MARIA

Data pubblicazione: 28/03/2019

SENTENZA

sul ricorso 9027-2017 proposto da:

ACI GLOBAL S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. PISANELLI 40, presso lo studio dell'avvocato BRUNO BISCOTTO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ARISTIDE POLICE;

589
~~18~~

- ricorrente -

contro

UBIEST S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIOSUE' BORSI 4, presso lo STUDIO SCAFARELLI, rappresentata e difesa dall'avvocato LUIGI GAROFALO;

- controricorrente -

nonchè contro

TELECOM ITALIA S.P.A.;

- intimata -

sul ricorso 17219-2017 proposto da:

ACI GLOBAL S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. PISANELLI 40, presso lo studio dell'avvocato BRUNO BISCOTTO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ARISTIDE POLICE;

- ricorrente -

contro

UBIEST S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIOSUE' BORSI 4, presso lo STUDIO SCAFARELLI, rappresentata e difesa dall'avvocato LUIGI GAROFALO;

- controricorrente -

nonchè contro

TELECOM ITALIA S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 108/2017 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 16/01/2017.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/12/2018 dal Consigliere MARIA ACIERNO;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale LUCIO CAPASSO, che ha concluso per il rigetto dei ricorsi riuniti;
uditi gli avvocati Filippo Degni per delega dell'avvocato Aristide Police e Ludovica Bernardi per delega dell'avvocato Luigi Garofalo.

FATTI DI CAUSA

1.- La Aci Global ha proposto, con due distinti ricorsi, un regolamento preventivo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 41 c.p.c., e un ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c., in relazione al giudizio di riassunzione pendente davanti al TAR Lazio- Roma, tra la medesima società, la s.p.a. Ubiest e la s.p.a. Telecom.

Il giudizio amministrativo pendente dinanzi al TAR Lazio – Roma (R.G. 4035/2015) riguardava la riassunzione di un giudizio in relazione al quale il Consiglio di Stato, adito in appello dalla s.p.a. Ubiest, aveva proceduto a dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

2.- Il giudizio amministrativo di primo grado davanti al TAR Lazio (n. 4035/2015) era stato avviato dalla s.p.a. Ubiest la quale, premesso di aver formulato un'offerta nell'ambito di una procedura di gara per il servizio di tracciamento di veicoli indetta dalla s.p.a. Aci Global, chiedeva l'annullamento degli atti con cui il ricorso stesso era stato aggiudicato alla s.p.a. Telecom Italia.

Il TAR Lazio con sentenza 10100/15 aveva dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rilevando che non erano integrati i requisiti necessari per poter definire la società Aci Global organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3, comma 26, del previgente codice dei contratti D.Lgs. 163/2006 e, conseguentemente, per vincolarla all'applicazione delle norme in tema di evidenza pubblica.

3.- Avverso suddetta pronuncia aveva proposto appello davanti al Consiglio di Stato la s.p.a. Ubiest lamentando che il TAR Lazio avesse deciso in violazione dell'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a. e dell'art. 32, lett. c) limitando il proprio esame all'aspetto inerente lo svolgimento dell'attività in regime di libero mercato.

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 108/2017, aveva accolto il ricorso e dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo avendo riconosciuto il carattere di organismo di diritto pubblico della s.p.a. Aci Global in forza delle seguenti considerazioni.

Erano da ritenersi sussistenti il primo e il terzo requisito c.d. "Mannesmann" (classificazione derivata dalla sentenza della Corte di Giustizia europea del 15 gennaio 1998 C- 44/96) riguardanti, rispettivamente, la titolarità della personalità giuridica e il fatto che l'attività svolta «*sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure che la gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*».

Il profilo che destava criticità riguardava la sussistenza del secondo requisito, ossia il c.d. "requisito teleologico" consistente nell'accertare se l'ente fosse stato istituito per soddisfare specificamente esigenze d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. La portata di tale requisito era stata oggetto di oscillazioni interpretative da parte della Corte di Giustizia europea in particolar modo con riguardo al fatto che l'organismo di diritto pubblico operasse in un mercato concorrenziale. Se in un primo momento, tale elemento non fu considerato di per sé idoneo ad escludere la natura di organismo di diritto pubblico, in un secondo momento la medesima corte lo ritenne determinante ai fini dell'esclusione di tale qualifica. Ha rilevato tuttavia il Consiglio di Stato che occorre avere riguardo

agli orientamenti più recenti dei giudici europei i quali, ritornando sulle originarie posizioni, hanno ritenuto che operare in un mercato concorrenziale costituisca solo un indice, che assume la valenza di una presunzione semplice, della assenza del requisito teleologico.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, ancorché in linea generale i bisogni aventi carattere industriale o commerciale si caratterizzano per il fatto di non trovare adeguata risposta nell'offerta degli operatori sul mercato, è nondimeno possibile che in alcuni casi detti bisogni possano presentare qualche rilevanza economica sì da indurre anche operatori economici privati a collocarsi nel settore.

In conclusione, il fatto che il settore del soccorso stradale sia aperto alla concorrenza non depone in via esclusiva nel senso della non qualificabilità come organismo di diritto pubblico di Aci Global anche in ragione del fatto che prevalenti indici fattuali e sistematici sono orientati in senso opposto. In merito al requisito teleologico, si deve rilevare che Aci Global fu istituita al precipuo fine di perseguire il compito di pubblico interesse, consistente nel soccorso e l'assistenza stradale, coesistente alla *mission* istituzionale dell'ACI. In merito al terzo requisito, si deve dare atto che la società riceve finanziamenti pubblici per il perseguimento dell'interesse pubblico per il quale è stata costituita e il suo capitale è interamente detenuto da un ente pubblico non economico, ossia ACI; non depone in senso contrario né la veste societaria né la circostanza per cui ACI GLOBAL possa conseguire utili dal momento che le perdite sono in ogni caso ripianate dall'ente pubblico economico, evidenziandosi in tal modo la mancanza di un effettivo rischio di impresa. Essa, pertanto, è un organismo di diritto pubblico e deve essere assoggetta alle regole dell'evidenza pubblica.

3.- Sia in relazione al ricorso ex art. 41 c.p.c. che in relazione al ricorso per motivi inerenti la giurisdizione di cui all'art. 362, comma

1, c.p.c., vengono prospettate eccezioni preliminari di inammissibilità da parte della s.p.a. Ubiest.

Tutte le parti hanno depositato memorie ex art. 380-bis.1 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

4.- Il Collegio dispone, preliminarmente, la riunione, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., dei ricorsi n.r.g. 9027 del 2017 e 17219 del 2017 posto che gli stessi, aventi ad oggetto un regolamento preventivo di giurisdizione ed un ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, riguardano il medesimo giudizio.

5.- Sempre in via preliminare, deve essere dichiarato inammissibile il ricorso che reca il numero di R.G. 17219 del 2017, ovvero quello proposto ex art. 362, primo comma, c.p.c., per inosservanza del termine perentorio stabilito nell'art. 325, primo comma, c.p.c. Nella fattispecie si applica il termine breve perché era stata già eseguita la notificazione di una prima impugnazione, e più esattamente il ricorso ex art. 41 c.p.c., alla controparte così da determinare la conoscenza legale del provvedimento impugnato. Tale conoscenza, secondo la giurisprudenza di questa corte (Cass. 15626 del 2018), è conseguita *«per effetto di un'attività svolta nel processo, della quale la parte sia destinataria o che essa stessa ponga in essere e che sia normativamente idonea a determinare da sé detta conoscenza o tale, comunque, da farla considerare acquisita con effetti esterni rilevanti sul piano del rapporto processuale»*.

6.- Ancora in via preliminare, deve essere accolta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla s.p.a. Ubiest del ricorso n. 9027 del 2017 se interpretato come regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c. Secondo il costante orientamento di questa Corte (Sez. U. 14960 del 2011; Sez. U. 23596 del 2010), in tema di *translatio iudicii*, ove il tribunale amministrativo regionale abbia declinato la propria giurisdizione e tale pronuncia sia stata riformata, in sede di appello, dal Consiglio di Stato che, riconoscendo la sussistenza della

giurisdizione negata dal primo giudice, abbia rimesso le parti davanti al TAR, nel giudizio riassunto davanti a quest'ultimo non è proponibile il regolamento preventivo di giurisdizione. La sentenza emessa dal Consiglio di Stato integra una decisione sulla giurisdizione assunta nell'unitario giudizio in quanto tale impeditiva della proposizione del regolamento preventivo, potendo tale strumento essere usato solo nella prima fase del giudizio quando manchi ancora una decisione in merito alla giurisdizione.

Opposta sarebbe stata invece la soluzione ove la causa non fosse stata tempestivamente riassunta non producendosi in tale ipotesi gli effetti conservativi dell'affermazione della giurisdizione. (Cass. Sez. U. 26155 del 2017; Cass., Sez. U., 18 dicembre 2014, n. 26655; Cass., Sez. U., 28 ottobre 2015, n. 21951)

6.1.- Tale domanda, tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto dalla controricorrente, può essere convertita in un ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi degli artt. 362 c.p.c., 110 D.Lgs 104/2010 e 111, comma 8, Cost. in quanto il ricorso contiene una esaustiva sintesi della pronuncia del Consiglio di Stato - tale da consentire al giudice di legittimità di avere una completa cognizione della controversia e del suo oggetto - e si articola in specifici motivi, riproducendo la struttura di un ricorso ordinario.

7.- Si può quindi procedere all'esame del ricorso, così come correttamente qualificato, proposto dalla s.p.a. Aci Global e recante il numero di R.G. 9027 del 2017, affidato all'unico motivo che segue.

8.- La ricorrente s.p.a. Aci Global, in primo luogo, evidenzia i profili che porterebbero ad escludere la sua natura di organismo di diritto pubblico e la giurisdizione del giudice ordinario.

9. Dall'art. 2 dello Statuto della società emerge che essa ha ad oggetto *«l'organizzazione, il coordinamento e la prestazione di servizi di assistenza relativi alla mobilità e segnatamente quelli riguardanti l'assistenza ai veicoli, all'abitazione ed alla persona in collaborazione*

con le competenti Autorità ed Enti; (...)» e, altresì, « (...) l'esercizio di reti operative per l'attività di manutenzione delle strade con pulizia e lavaggio delle aree interessate da incidenti o altri eventi, finalizzata al ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità (...). La società ha ad oggetto, inoltre, il commercio all'ingrosso di mezzi di soccorso, ricambi e accessori per veicoli a motore, di gestione di officine di assistenza e di riparazione meccanica e di carrozzeria, nonché di agente di assicurazioni». La partecipazione di ACI, socio unico, non è vincolata essendo prevista la libera recedibilità e il trasferimento delle azioni, ai sensi dell'art. 4 e 5 dello statuto. Pertanto sussiste la possibilità della privatizzazione del capitale sociale e quindi che venga meno ogni legame giuridico tra Aci Global e l'ente pubblico Aci. La gestione è affidata ordinariamente ad un consiglio di amministrazione e la previsione sugli utili è omologa a quella delle altre società di capitali, ai sensi degli art. 17 e 25 dello statuto. Aci Global, conseguentemente, sostiene di operare sul mercato svolgendo un'attività squisitamente economica e con fine di lucro nell'ambito di mercati aperti alla concorrenza senza alcuna forma di finanziamento pubblico. Tutte le attività statutarie hanno contenuto economico e il fatto che l'intero capitale sociale sia sottoscritto da parte di ACI non è sufficiente a far ritenere che sussistano particolari relazioni finanziarie con ACI e che questa sia tenuta a ripianare istituzionalmente tutte le perdite anche in considerazione del fatto che a tal proposito non è prevista alcuna clausola dello statuto.

Inoltre, tanto il fatto che Aci Global riceva finanziamenti pubblici da parte di Aci, quanto il fatto che le quest'ultima si occupi di ripianare le perdite della controllata, non trova riscontro nei documenti allegati, tra cui i bilanci di esercizio. In ragione di ciò, tutti gli indicatori messi in evidenza dal Consiglio di Stato sono da definirsi insussistenti o irrilevanti ai fini della qualificazione di ACI GLOBAL come organismo di diritto pubblico dal momento che deve ritenersi pacifico che la

stessa operi in settori aperti alla concorrenza, svolgendo attività economica con fini di lucro e metodi imprenditoriali, con assunzione del rischio di impresa e senza ricevere alcun finanziamento pubblico.

10.- Il collegio ritiene che Aci Global possa essere qualificata organismo di diritto pubblico e che conseguentemente sussista la giurisdizione del giudice amministrativo.

11.- Funzionale alla motivazione del presente giudizio è una premessa di ordine sistematico e generale.

La categoria dell'organismo di diritto pubblico è stata elaborata nel diritto eurounitario al fine di individuare le c.d. amministrazioni aggiudicatrici, ossia i soggetti tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte dalle stesse norme dell'Unione Europea. Tale categoria, applicabile solo nell'ambito dei contratti pubblici, costituisce il precipitato della c.d. nozione sostanzialistica di Pubblica Amministrazione, avallata dalla legislazione europea, ribadita dalla giurisprudenza eurounitaria e interna (Cons. di Stato Ad. Plenaria 13/2016) e preordinata – per il mezzo della valorizzazione del "fine" perseguito da un determinato soggetto rispetto alla sua qualificazione giuridica – ad evitare che la privatizzazione puramente formale di enti pubblici possa determinare una sostanziale elusione delle normative europee.

La *sedes materiae* è da rinvenirsi nelle direttive n. 17 e 18 del 2004, recepite dal previgente D.Lgs. 163/2006, (c.d. Codice dei contratti pubblici), nel quale, all'art. 3, comma 26, era contenuta la definizione di organismo di diritto pubblico, attualmente riprodotta nell'art. 3, lettera d), del D.Lgs. n. 50/2016. Secondo quest'ultima norma si definisce organismo di diritto pubblico, "*qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri*

organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

I suddetti requisiti devono intendersi come cumulativi (secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, in C- 44/96, caso "*Mannesman*") e di conseguenza la mancanza anche di uno solo di essi porta ad escludere lo *status* di organismo di diritto pubblico e alla disapplicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici. L'interpretazione di tali requisiti deve essere svolta adottando un approccio di tipo funzionale "*che consenta di perseguire gli obiettivi di non discriminazione e tutela della concorrenza che la disciplina degli appalti pubblici si pone di perseverare*" (Corte di Giustizia 10 novembre 1998, in C-360/96, caso *Arnhem*, e 15 gennaio 1998, in C-44/96, infine 5 ottobre 2017, in C-567/15).

Al riguardo non pongono particolari problemi di ordine interpretativo il requisito della personalità giuridica – che deve essere inteso come sinonimo, in senso ampio, di soggettività giuridica, essendo riconducibili nel suo alveo anche gli enti di fatto – e il requisito dell'influenza pubblica dominante – che è integrato dal verificarsi di almeno uno dei tre fattori (partecipazione, finanziamento o controllo pubblico) previsti dalla norma –, mentre, il requisito c.d. "*teleologico*" ha richiesto molteplici interventi da parte della giurisprudenza nazionale ed, in particolare, eurounitaria volti a definirne delle linee guida all'interpretazione.

Innanzitutto, in merito all'espressione "*specificatamente*", si è detto (Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, in C-44/96) che essa indica la volontà del legislatore di vincolare all'applicazione delle norme sugli appalti pubblici solo i soggetti istituiti allo scopo specifico di soddisfare interessi di carattere generale aventi carattere non

industriale e commerciale e la cui attività risponda a tali esigenze. Peraltro non risulta necessario che l'organismo eserciti questa attività di interesse generale in modo esclusivo, potendo il medesimo soggetto svolgere altre attività, addirittura con carattere prevalente.

In secondo luogo, in merito al significato di "*bisogni generali*" occorre precisare che questi costituiscono una categoria più ampia all'interno della quale deve essere rinvenuta la sotto-categoria dei bisogni "non industriali e commerciali", i quali devono essere individuati in base al contesto di riferimento e delle finalità perseguite dalle direttive in tema di appalti (si veda Corte di Giustizia 27 febbraio 2003, in C-373/2000).

In merito alla portata applicativa di quest'ultimo requisito, il profilo interpretativo di maggiore rilevanza è costituito dalla possibilità di definire organismo pubblico anche quello che opera in un regime concorrenziale.

A seguito di molteplici oscillazioni da parte della giurisprudenza eurounitaria (si ricordino i due *leading cases* Corte di Giustizia 15 gennaio 1998 C-44/96, "*Mannesman*" e Corte di Giustizia 10 novembre 1998, in C-360/96, "*BFI Holding*", orientati nel senso di considerare l'agire in concorrenza come un semplice elemento indiziario, superabile; Corte di Giustizia 10 maggio 2001, in C-223/99, "*Agorà*" c. Ente Autonomo Fiera internazionale di Milano, orientata nel senso di escludere la qualifica di organismo di diritto pubblico nel caso esso agisse in concorrenza e con metodo economico), deve essere condiviso l'orientamento – recepito anche dal Consiglio di Stato nella pronuncia oggetto del presente ricorso – che non considera determinante il mero fatto che la società operi in un mercato concorrenziale ai fini dell'esclusione della sua qualifica di organismo di diritto pubblico. Si tratta infatti esclusivamente di un indizio presuntivo, superabile con prova contraria, e non di un elemento dirimente.

È verosimile, in un mercato i cui connotati sono sempre più complessi, che in alcuni casi i bisogni di ordine generale possano presentare una notevole rilevanza economica inducendo anche operatori economici privati a collocarsi nel settore (e senza che ciò incida sulla possibilità di qualificare l'organismo della cui natura si controverte come organismo di diritto pubblico). Si giunge, pertanto, a concludere per la non incompatibilità tra lo svolgimento di attività di impresa e l'operatività in settori contrassegnati da un'economia di mercato, da un lato, e la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico, dall'altro. La nozione di organismo di diritto pubblico, di conseguenza, in quanto funzionale alla liberalizzazione dei mercati e alla trasparenza, deve essere estensivamente intesa (sul punto si veda Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, in C-373/00) e nella valutazione degli indici richiesti dalla norma deve essere privilegiato – ad un approccio formalistico – un approccio funzionale che tenga conto delle concrete modalità di azione della società.

In ragione di ciò, accanto alle esigenze di natura strettamente classificatoria, ve ne sono di ulteriori che si pongono nella direzione del perseguimento del c.d. "effetto utile" ai sensi delle direttive comunitarie. Nella specie, come sostiene la Corte di Giustizia nella già citata sentenza C-567/15 par. 31, *«alla luce degli obiettivi delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, volte a escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, (...) la nozione di organismo pubblico deve essere interpretata in modo funzionale ed ampia.»* (par. 20 Corte Giustizia 5 ottobre 2017, in C-567/15).

12.- Non può essere revocato in dubbio che le considerazioni sopra svolte si applicano, non solo nel caso di organismo di diritto pubblico che opera in un sistema concorrenziale, ma anche alla società che svolga altre attività di lucro oltre e quella di interesse generale, nonché al caso in cui la stessa non sia interamente detenuta da un altro soggetto qualificabile come amministrazione aggiudicatrice ai sensi del diritto comunitario ma abbia delle partecipazioni private.

La possibilità che una società che si qualifichi come organismo di diritto pubblico svolga attività ulteriori rispetto a quella oggetto di interesse generale è infatti pacificamente ammessa dalla giurisprudenza eurounitaria (Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, in C-44/96), la quale è orientata nel senso di estendere la disciplina dei contratti pubblici anche agli appalti posti in essere dall'organismo nell'ambito di attività che non rispondano ad esigenze di ordine generale. Si tratta della applicazione della c.d. teoria del contagio, nata in seno alla sentenza Mannesman, volta ad evitare la formazione di *zone franche* all'interno delle quali si realizzi una indebita elusione della normativa comunitaria, nonché a perseguire la certezza del diritto, in forza della quale non è possibile scindere i campi di azione di un medesimo ente. È opportuno precisare, peraltro, che sotto questo particolare profilo gli organismi di diritto pubblico si distinguono dalle c.d. imprese pubbliche regolate dalla direttiva 2004/17, recepita dall'art. 3, lett. d), D.Lgs. 50/2016 che operano nei c.d. settori speciali (art. 114 D.Lgs. 50/2016) alle quali non si applica la teoria del contagio alla luce della lettura incrociata dell'art. 20, comma 1, Dir. 2004/17 e art. 12 Dir. 2004/18.

La giurisprudenza di questa Corte – in due controversie riguardanti Poste Italiane – ha stabilito che non sono soggetti alla disciplina dell'evidenza pubblica gli altri servizi diversi da quelli riguardanti i servizi postali (art. 120 D.Lgs. 50/2016) nella misura in cui siano stati liberalizzati (si veda Cass. 8511/2012, con riferimento ad un appalto

per servizio c.d. "postamat") o che non rilevino direttamente ai fini dell'espletamento del servizio pubblico (Cass. 4988/2018 in relazione ad un appalto riguardante il servizio sostitutivo di mensa). Tali imprese non solo svolgono prevalentemente attività che si inseriscono in un contesto di mercato concorrenziale ma hanno anche una finalità economica e industriale. In ragione di ciò, non risulterebbe funzionale sottoporre tali attività alla disciplina fissata per i contratti pubblici – né rileva che l'impresa pubblica si sia autonomamente vincolata a tali regole – dal momento che esse operano già in condizioni normali di mercato sopportando i rischi ad esso connessi.

13.- Da ultimo, non può guidare la valutazione il fatto che la società non sia totalmente detenuta dall'amministrazione controllante. Gli organismi di diritto pubblico non è necessario che sottostiano alle medesime regole previste per la società *in house* in tema di controllo analogo, stante la diversa natura dei due istituti.

14.- In ragione di quanto finora affermato, per definire la natura di organismo di diritto pubblico di un soggetto, alla luce dei criteri enucleati all'art. 3, lett. d), D.Lgs. 50/2016, occorrerà avere riguardo, in primo luogo, al tipo di attività svolta dalla società e all'accertamento che tale attività sia rivolta alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria affinché la pubblica amministrazione possa soddisfare le esigenze di interesse generale alle quali è chiamata e, in secondo luogo, che tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (si veda, la già citata Corte di Giustizia 5 ottobre 2017, in C- 567/15; nonché, con riferimento al criterio di economicità, Cass. 8225/2010). In particolare, in merito a quest'ultimo profilo, è necessario, in primo luogo, che la società non fondi la propria attività principale su criteri di rendimento, efficacia e redditività e che non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività i quali devono ricadere sull'amministrazione controllante (Cass. 8225/2010). In secondo

luogo, il servizio d'interesse generale che ne costituisce l'oggetto non può essere rifiutato per ragioni di convenienza economica.

15.- In conclusione ai fini della qualificazione di una società come organismo di diritto pubblico, per stabilire se essa agisca per un fine di interesse generale, occorrerà procedere ad una valutazione in concreto degli elementi di fatto e di diritto che connotano l'agire della stessa.

16.- Per quanto riguarda la qualificazione di Aci Global come organismo di diritto pubblico, non sussistono dubbi in ordine alla sussistenza dei requisiti riguardanti la titolarità della personalità giuridica e il finanziamento e controllo maggioritario da parte di Aci, ente pubblico non economico. A questo proposito non risulta dirimente il richiamo operato dalla ricorrente alla possibilità che la partecipazione di Aci, allo stato dei fatti totalitaria, potrebbe essere ceduta in futuro, in virtù di previsione statutaria, posto che al giudice spetta esaminare la situazione di tale società al momento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi. (Corte di Giustizia 5 ottobre 2017, in C-567/15 p. 47 in fine). Peraltro la qualità soggettiva della controllante (ente pubblico non economico) che è titolare della predetta partecipazione totalitaria non ha carattere casuale ma è da porre in connessione con la finalità d'interesse pubblico perseguite dalla società controllata (Aci Global). Tale rilievo conduce all'esame del requisito teleologico. Al riguardo, in primo luogo, si deve affermare che Aci Global è stata istituita al precipuo scopo di svolgere l'attività di pubblico interesse consistente nel soccorso e assistenza stradale, a cui il tracciamento elettronico dei veicoli, oggetto dell'appalto in esame, risulta strettamente funzionale. Tale servizio ha natura essenziale rispetto alla realizzazione della funzione pubblica di carattere generale a cui è chiamata istituzionalmente Aci (ente controllante) che nel proprio statuto prevede in modo espresso lo scopo di promuovere il miglioramento della sicurezza stradale e

l'attuazione di forme di assistenza tecnica e stradale. In secondo luogo, non rileva che tale attività sia svolta unitamente ad altre attività (riguardanti, come emerge dall'art. 2 dello statuto societario, la «pulizia e lavaggio delle aree interessate da incidenti o altri eventi»; «il commercio all'ingrosso di mezzi di soccorso, ricambi e accessori per veicoli a motore») aperte al mercato concorrenziale in quanto l'esistenza di una concorrenza articolata non consente di per sé di concludere per la mancanza di un interesse generale (Corte di Giustizia 5 ottobre 2017, in C-567/15 p. 40). Non costituisce elemento dirimente neanche il fatto che le ulteriori attività svolte possano fruttare degli utili in quanto questi sono direttamente assegnati all'ente pubblico, unico socio, in tal modo contribuendo a realizzare l'interesse generale di una data collettività. L'Acì Global, peraltro, non opera in condizioni normali di mercato o affidandosi a criteri economici. Essa, istituita specificamente per adempiere alla *mission* di Acì di assistenza qualificata ai veicoli, non può rifiutare lo svolgimento del servizio che le venga richiesto da parte di Acì – nello specifico da parte dei clienti iscritti – anche nel caso in cui lo stesso si riveli svolto in perdita o in condizioni diseconomiche. Sotto questo profilo non persegue alcun fine di redditività o di profitto. Inoltre, come evidenziato nel controricorso a pag. 33, Acì Global per l'attività di soccorso stradale gode di una significativa porzione di clientela costituita dai soci ACI e non incassa direttamente il compenso per il servizio erogato, essendo remunerata direttamente dall'ente pubblico controllante, non operando, pertanto, neanche sotto questo profilo in condizione di simmetria concorrenziale.

17.- Tutti gli elementi fattuali rilevati conducono, in conclusione, a ritenere che per l'attività oggetto dell'appalto pubblico dedotto in giudizio Acì Global operi come organismo di diritto pubblico, in quanto del tutto coincidente con l'interesse generale per cui la società è sorta. Tale univoco riscontro risulta assorbente rispetto alle

considerazioni riguardante il regime del ripianamento delle perdite e quello riguardante l'erogabilità di finanziamenti pubblici a sostegno del riequilibrio della situazione economico patrimoniale della società. Tuttavia, deve rilevarsi che la stessa parte ricorrente non esclude la possibilità della società di ricorrere a finanziamenti pubblici, i quali dalla documentazione in atti (che questa Corte può esaminare in relazione alla natura del giudizio) risultano, peraltro, essere stati erogati anche in funzione di ripianamento delle perdite (doc. 27 e 28 del fascicolo della parte controricorrente, riguardanti rilievi della Corte dei Conti in relazione a tale utilizzo).

18.- Deve essere affermata, in conclusione, la giurisdizione del giudice amministrativo che provvederà anche sulle spese processuali relative al procedimento.

PQM

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo che provvederà anche sulle spese del presente procedimento.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 4 dicembre 2018

Il Consigliere estensore



Il Presidente
(Dr. Giovanni Mammone)

