

# Nozione di organismo di diritto pubblico e differenza con quella di impresa pubblica

di Chiara Chirico

Data di pubblicazione: 29-4-2026

***L'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica, pur accomunati dall'influenza dominante della pubblica amministrazione e dal possibile ricorso allo strumento societario, si distinguono per la finalità perseguita: solo il primo è istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, mentre nell'impresa pubblica rileva esclusivamente il vincolo di controllo pubblico, a prescindere dalla natura dell'attività svolta.***

*Integra la figura dell'organismo di diritto pubblico, con conseguente assoggettamento alla disciplina dei contratti pubblici quale amministrazione aggiudicatrice, la società a partecipazione pubblica che, pur dotata di autonoma personalità giuridica, sia integralmente finanziata dall'ente locale, sottoposta al suo potere di nomina degli organi e preordinata alla gestione di un servizio pubblico volto al soddisfacimento di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.*

*Sussiste il requisito teleologico dell'organismo di diritto pubblico in capo alla società di capitali che, pur operando in forma societaria, sia preordinata alla gestione del trasporto pubblico locale e dei servizi connessi, in funzione del soddisfacimento di esigenze di interesse generale; ciò in particolare ove il controllo dell'ente pubblico assicuri la copertura dei costi e neutralizzi il rischio d'impresa, così da far prevalere i criteri di continuità, qualità e regolarità del servizio sulle logiche economiche di mercato.*

## Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, la quarta sezione del Consiglio di Stato indaga la **qualificazione giuridica di ATM s.p.a.**

In particolare, il contenzioso riguarda il contratto di *bike sharing* sottoscritto tra ATM e la società aggiudicataria a valle di una procedura negoziata senza pubblicazione di bando. Al riguardo, ATM ritiene di rivestire esclusivamente la qualifica di impresa pubblica e che, non essendo l'affidamento in esame riconducibile ai settori speciali, non era tenuta al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica di matrice comunitaria.

Per il Collegio, **incontestata la natura di ATM quale impresa pubblica, è necessario verificare la relativa possibile qualificazione anche come organismo di diritto pubblico** al fine di comprendere quale sia la disciplina applicabile alla procedura propedeutica al

contratto in oggetto.

Infatti, nel caso in cui ATM non fosse qualificabile come organismo di diritto pubblico, gli appalti affidati al di fuori dei c.d. settori speciali sarebbero sottratti alla normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica, e potrebbero, dunque, essere affidati a terzi secondo le regole del diritto comune; ove, invece, ATM fosse da qualificare come organismo di diritto pubblico (e dunque anche come amministrazione aggiudicatrice), ciò renderebbe necessaria l'applicazione della normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica.

L'indagine prende quindi avvio dalla **nozione di "impresa pubblica"**.

Le imprese pubbliche operanti nei settori speciali sono **soggetti privati sui quali le "amministrazioni aggiudicatrici" esercitano, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante**. Quest'ultima è presunta dalla detenzione della maggioranza del capitale dell'impresa o dal controllo della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa o, ancora, dal diritto di nominare più della metà dei componenti degli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza.

**La qualifica di impresa pubblica prescinde dalle finalità perseguite, presentando, come suo esclusivo tratto qualificante, un legame strutturale con l'Amministrazione pubblica.**

**L'ordinamento comunitario non impone all'impresa pubblica in quanto tale sempre e comunque la veste di ente aggiudicatore, ma solo quando essa operi nei settori speciali**, al di fuori dei quali preserva la positiva libertà imprenditoriale.

**I c.d. settori speciali** si distinguono per essere **mercati "naturalmente chiusi"** in quanto caratterizzati dalla presenza di infrastrutture essenziali (c.d. monopoli naturali) non duplicabili, il cui sfruttamento industriale e commerciale è stato tradizionalmente riservato allo Stato e agli altri enti pubblici. Per tale ragione, in tali settori, il livello di concorrenza è debole e le imprese pubbliche, agendo in virtù di diritti speciali o esclusivi, sono gravate dal sospetto di lasciarsi guidare, nell'affidamento di contratti pubblici, da logiche antieconomiche e anticoncorrenziali.

La giurisprudenza comunitaria ha tradizionalmente interpretato le direttive sui **settori speciali in senso restrittivo**, ritenendo che un'attività possa dirsi strumentale in quanto serva "effettivamente" all'esercizio dell'attività rientrante nel settore speciale (Corte di Giustizia UE, Pegaso S.r.l. Servizi Fiduciari e a. contro Poste Tutela S.p.a., 28 ottobre 2020, in causa C-521/18, par. 43). Ciò in base all' assunto per cui l'impresa pubblica, quando operi al di fuori dei settori speciali, e quindi senza beneficiare di diritti esclusivi o speciali, si lasci guidare esclusivamente da logiche concorrenziali.

Diverso è il regime giuridico dell'**organismo diritto pubblico**.

Tale nozione, elaborata dalla giurisprudenza comunitaria, ricomprende soggetti che, sebbene formalmente privati, hanno l'obbligo di osservare, in occasione dell'affidamento di contratti pubblici, la normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica.

Ciò in quanto, **al di là della qualifica formale rivestita**, l'organismo di diritto pubblico **rivela un forte legame strutturale e funzionale con la pubblica amministrazione** e fa, dunque, nascere il sospetto che, quando scelga il contraente, non operi secondo le regole di mercato, determinando un ostacolo alla concorrenza e alla libera circolazione dei servizi.

La nozione di organismo di diritto pubblico, dunque, più che una figura giuridica a sé stante, costituisce **un criterio qualificante** al fine di attrarre nella sfera di operatività della disciplina in tema di contratti pubblici soggetti "sostanzialmente" pubblici indipendentemente dalla loro forma giuridica (pubblica o privata). La sua concreta identificazione si basa su **indici sostanziali che hanno lo scopo di "snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme"**.

La figura dell'organismo di diritto pubblico presuppone la concomitante ricorrenza di **tre elementi costitutivi**:

i. la **personalità giuridica**; ii. **l'influenza pubblica dominante**; iii. **il requisito teleologico del perseguimento di esigenze di interesse generale ("aventi carattere non industriale o commerciale"** nella precedente formula normativa, oggi sostituita da *"attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale"*).

Dei tre requisiti, il più dibattuto, anche ai fini della distinzione con la nozione di impresa pubblica, è quello c.d. teleologico.

Invero, **organismo di diritto pubblico e impresa pubblica nell'ambito dei settori speciali sono figure soggettive con evidenti tratti di similarità per quanto riguarda l'impiego dello strumento societario e gli indici di influenza dominante da parte delle Amministrazioni pubbliche**, mentre il relativo tratto distintivo si ravvisa nel fatto che **esclusivamente l'organismo di diritto pubblico è finalizzato al soddisfacimento di "esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale"** (nella formula *ratione temporis* applicabile).

Per agevolare l'accertamento del requisito in esame, la giurisprudenza ha elaborato alcuni **indici** in presenza dei quali, se gli interessi perseguiti possiedono carattere generale, ma non industriale e commerciale, la qualifica di organismo di diritto pubblico dovrebbe comunque essere esclusa.

Ciò che secondo la giurisprudenza europea è dirimente, ai fini dell'accertamento del requisito in esame, sono le **concrete condizioni in cui l'ente opera, ossia le modalità con cui svolge la propria attività**. In particolare, occorre verificare se esso impronti quest'ultima **secondo le ordinarie logiche di mercato e quindi secondo criteri di efficacia e di redditività**. A tal fine è necessario verificare **se l'ente subisca e sopporti il c.d. rischio di impresa, ossia se operi in assenza di finanziamenti o comunque contributi pubblici, ovvero se, in alternativa, possa contare su sistemi automatici di ripianamento delle perdite**.

Secondo la Sezione, tale lettura sarebbe valorizzata dalla definizione di organismo di diritto

pubblico come modificata dal nuovo codice appalti, il quale ha sostituito la formula “*esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*” con quella “*attraverso lo svolgimento di un’attività priva di carattere industriale o commerciale*”. Se ne ricava che **il carattere industriale o commerciale deve essere desunto dall’attività espletata** ed è dunque quest’ultima, e segnatamente le sue modalità di svolgimento, l’oggetto dell’accertamento che l’interprete deve operare.

In applicazione delle riportate coordinate ermeneutiche, secondo il Collegio **ATM s.p.a. deve essere qualificata come organismo di diritto pubblico.**

È infatti presente il requisito teleologico dato che ATM, pur operando nella forma di società di capitali, esercita un’attività rivolta al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, concretamente individuabili nella gestione del trasporto pubblico locale. Il Comune di Milano esercita su ATM un controllo tale da assicurare la copertura finanziaria dei costi di gestione e, conseguentemente, la sostanziale eliminazione del rischio tipico delle attività svolte in regime di concorrenza.

In tale contesto, l’applicazione del regime dell’evidenza pubblica rappresenta un correttivo necessario al normale funzionamento delle dinamiche di mercato, in quanto idoneo a prevenire abusi di potere decisionale in capo a soggetti che operano in assenza del rischio d’impresa.

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte, deve ritenersi che ATM fosse tenuta ad applicare le regole dell’evidenza pubblica con riferimento all’affidamento del servizio di *bike sharing* oggetto di esame, in quanto riveste a pieno titolo la qualifica di organismo di diritto pubblico e, conseguentemente, quella di amministrazione aggiudicatrice ai fini dell’applicazione della disciplina dei contratti pubblici.

Publicato il 09/03/2026

N. 01876/2026 REG.PROV.COLL.

N. 00407/2024 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 407 del 2024, proposto da Azienda Trasporti Milanesi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ragioneria Generale dello Stato e Agenzia per la Coesione Territoriale in Roma, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Comune di Milano, non costituito in giudizio;

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 01513/2023.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ragioneria Generale dello Stato, dell'Agenzia per la Coesione Territoriale in Roma, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2025 il Cons. Luigi Furno e uditi per le parti gli avvocati presenti, come da verbale;

## FATTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 815, del 28 dicembre 2007, il Comune di Milano affidava alla società ATM, Azienda trasporti milanesi s.p.a., dal Comune stesso interamente partecipata, la realizzazione di un sistema di mobilità sostenibile (bike sharing) per favorire l'accessibilità alle linee metropolitane della città di Milano.

1.1. Con bando pubblicato sulla GUCE del 22 novembre 2007 e sulla GURI del 30 novembre 2007, ATM s.p.a. avviava una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di *bike sharing* nella città di Milano, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e per la durata di sette anni, prorogabile di ulteriori cinque anni.

1.2. I tre operatori economici che superavano la fase della pre-qualificazione rinunciavano a presentare l'offerta.

1.3. In data 13 maggio 2008, ATM s.p.a. invitava i predetti operatori economici a partecipare ad una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, indetta per l'affidamento del medesimo servizio, ai sensi dell'articolo 57, lettera a), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

1.4. Tale servizio veniva aggiudicato alla Clear Channel Jolly Pubblicità s.p.a.

1.5. In data 23 dicembre 2008, ATM s.p.a. e Clear Channel Jolly Pubblicità s.p.a. sottoscrivevano il contratto, successivamente integrato da atti aggiuntivi, per la durata di quindici anni.

1.6. In data 29 ottobre 2014, la Commissione Europea e lo Stato Italiano sottoscrivevano un accordo di partenariato per il sostegno allo sviluppo sostenibile delle aree urbane, sulla base del quale, con la decisione C (2015) 4988, del 14 luglio 2015, la Commissione Europea adottava il Programma Operativo Nazionale <<Città Metropolitane 2014-2020>> (d'ora in avanti solo PON Metro), da finanziarsi, in parte con il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) e con il Fondo sociale europeo (FSE), in parte con le quote di cofinanziamento nazionali.

1.7. La gestione del PON Metro veniva affidata all'Agenzia per la Coesione Territoriale (d'ora in avanti solo Autorità di Gestione), mentre la sua attuazione era affidata al Comune di Milano, nella qualità di Organismo Intermedio delegato dell'Autorità di Gestione, in virtù della convenzione rep. 229/2016, stipulata in data 24 maggio 2016.

1.8. L'attività di verifica del corretto funzionamento del sistema di controllo e gestione del PON Metro veniva, infine, attribuita al Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze (d'ora in avanti solo Autorità di Audit).

1.9. Con deliberazione di Giunta n. 24, del 13 gennaio 2017, il Comune di Milano approvava il Piano operativo degli interventi nell'ambito del PON Metro, il quale ricomprendeva, nell'Asse 2 relativo alla sostenibilità dei servizi e della mobilità urbana, il progetto denominato <<Aree

per la mobilità Ciclabile>>, finalizzato ad incrementare il sistema urbano di mobilità sostenibile già implementato con il servizio di *bike sharing*.

1.10. Con deliberazione di Giunta n. 1982, del 10 novembre 2018, veniva aggiornato il Piano operativo degli interventi, in relazione ad alcune operazioni avviate e non completate.

1.11. Con determinazione dirigenziale n. 46, del 21 novembre 2018, il progetto denominato <<Aree per la mobilità Ciclabile>> era ammesso al finanziamento con le risorse del PON Metro, per un importo successivamente rideterminato in euro 1.552.500,00.

1.12. In data 31 dicembre 2018, in attuazione del progetto denominato <<Aree per la mobilità Ciclabile>>, ATM s.p.a. e Clear Channel Jolly Pubblicità s.p.a. sottoscrivevano un atto aggiuntivo per la realizzazione di ulteriori stazioni e per la messa in esercizio di ulteriori biciclette.

1.13. Nell'ambito dei controlli a campione effettuati sul corretto funzionamento del sistema di gestione e controllo del PON Metro, l'Autorità di Audit avviava il controllo sulla prima rata del finanziamento del progetto denominato <<Aree per la mobilità Ciclabile>>, pari ad euro 816.658,88, già erogata al Comune di Milano e rendicontata.

1.14. Con un rapporto provvisorio redatto in data 1° febbraio 2021, l'Autorità di Gestione esprimeva all'Autorità di Audit alcune perplessità in ordine all'affidamento del servizio di *bike sharing* alla Clear Channel Jolly Pubblicità s.p.a. da parte di ATM s.p.a., in relazione alle quali il Comune di Milano presentava osservazioni procedurali.

1.15. In data 1° aprile 2021, l'Autorità di Audit comunicava all'Autorità di Gestione di aver riscontrato, in via definitiva, una serie di irregolarità in relazione all'appalto ammesso al finanziamento, alcune delle quali con impatto finanziario (mancata pubblicazione dell'avviso o del bando, insufficiente definizione dell'oggetto e modificazione di elementi sostanziali), altre con impatto non finanziario (incremento di un servizio affidato dieci anni prima).

1.16. Sulla scorta del predetto rapporto definitivo dell'Autorità di Audit, l'Autorità di Gestione, con nota del 6 aprile 2021, chiedeva all'Organismo Intermedio di procedere alla revoca della prima rata del contributo ed al recupero della somma già erogata e rendicontata, pari ad euro 816.658,88.

1.17. Con successiva nota del 22 aprile 2021, l'Autorità di Gestione chiedeva conferma all'Autorità di Audit dell'esatto importo della somma ritenuta <<non eleggibile>>.

1.18. Con nota del 6 maggio 2021, il Comune di Milano comunicava a ATM s.p.a. la nota dell'Autorità di Gestione del 6 aprile 2021.

2. Tanto premesso, con il ricorso proposto dinanzi al T.a.r. Milano, il Comune di Milano, nella qualità di Organismo Intermedio delegato per l'attuazione del PON Metro, ha domandato l'annullamento delle riferite note dell'Autorità di Gestione prot. n. 4535, del 6 aprile 2021, e prot. n. 5219, del 22 aprile 2021, per i seguenti motivi:

“ i)- *violazione dell'articolo 2, punto 36, del regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, violazione del principio di irretroattività delle leggi, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti ed illogicità manifesta della revoca del contributo, per irregolarità riferibili ad una procedura negoziata espletata dieci anni prima;*

- ii) *violazione e falsa applicazione dell'articolo 125 del regolamento (UE) n. 1303/2013, difetto di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento dei fatti e violazione della res iudicata, poiché le irregolarità riscontrate dall'Autorità di Audit sarebbero estranee all'oggetto del finanziamento;*

- iii) *violazione e falsa applicazione degli articoli 20 e 57, lettera a), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, difetto di istruttoria, illogicità manifesta e travisamento dei fatti, atteso che la modificazione della durata del contratto non sarebbe qualificabile come modificazione sostanziale e che la ATM s.p.a. non era tenuta a pubblicare il bando per la procedura negoziata di affidamento di un servizio atipico;*

- iv) *violazione e falsa applicazione dell'articolo 9 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti e manifesta illogicità, dal momento che le modificazioni del contratto sarebbero state espressamente previste negli atti di gara e che la durata del contratto sarebbe stata comunque individuata sulla base del piano economico finanziario;*

- v) *travisamento dei fatti, difetto dei presupposti e manifesta illogicità, poiché tutte le variazioni sarebbero state disciplinate negli atti di gara;*

-vi) *violazione dell'articolo 221 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sviamento di potere, travisamento dei fatti e difetto dei presupposti per la revoca del contributo, dal momento che l'Autorità di Audit avrebbe espresso una mera perplessità sull'opportunità di utilizzare i fondi PON Metro per incrementare il servizio di bike sharing, affidato dieci anni prima”.*

2.1. Con autonomo ricorso, proposto sempre dinanzi al T.a.r. Milano, contraddistinto dal numero di ruolo generale 1045 del 2021, la società ATM - Azienda Trasporti Milanese s.p.a., nella qualità di beneficiaria del contributo per il finanziamento del progetto denominato <<Aree per la mobilità Ciclabile>> con le risorse del PON Metro, ha domandato l'annullamento della nota dell'Autorità di Gestione prot. n. 4535, del 6 aprile 2021, e del rapporto definitivo di audit, adottato, in data 1° aprile 2021, dal Ministero dell'Economia e delle Finanze - Ragioneria Generale dello Stato, per i seguenti motivi:

“i)- *violazione dell'articolo 2, punto 36, del regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 e del Manuale delle procedure PON Città Metropolitane 2014-2020, violazione del principio di irretroattività delle leggi, violazione degli articoli 20 e 57 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti ed illogicità della revoca del contributo, per irregolarità riferibili ad una procedura negoziata espletata dieci anni prima e per insussistenza delle contestate modifiche sostanziali;*

- ii) *violazione dell'articolo 2, punto 36, del regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento*

*Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 e del Manuale delle procedure PON Città Metropolitane 2014-2020, violazione del principio di irretroattività delle leggi, violazione dell'articolo 9 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti ed illogicità della revoca del contributo, per irregolarità riferibili ad una procedura negoziata espletata dieci anni prima e per insussistenza della contestata indeterminatezza dell'oggetto dell'appalto;*

*-iii) violazione dell'articolo 2, punto 36, del regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 e del Manuale delle procedure PON Città Metropolitane 2014-2020, violazione del principio di irretroattività delle leggi, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti ed illogicità della revoca del contributo, per irregolarità riferibili ad una scrittura privata sottoscritta, contestualmente al contratto, dieci anni prima e perché le contestate modificazioni del contratto sarebbero state espressamente previste negli atti di gara;*

*- iv) violazione dell'articolo 221 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sviamento di potere, travisamento dei fatti e difetto dei presupposti per la revoca del contributo, dal momento che l'Autorità di Audit avrebbe espresso una mera perplessità sull'opportunità di utilizzare i fondi PON Metro per incrementare il servizio di bike sharing, affidato dieci anni prima”.*

3. Il T.a.r., con la decisione 14 giugno 2023, n. 1513, dopo aver riunito ai sensi dell'art. 70, c.p.a., i menzionati ricorsi, li ha respinti entrambi.

4. ATM s.p.a. ha proposto appello per i motivi riportati nella parte in diritto.

5. Si sono costituiti nel giudizio di secondo grado la Ragioneria Generale dello Stato, l'Agenzia per la Coesione Territoriale in Roma, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, chiedendo di dichiarare l'appello infondato.

6. In prossimità dell'udienza tutte le parti hanno depositato memorie illustrative le difese di tutte le parti del giudizio di appello.

7. All'udienza pubblica del 3 luglio 2025, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con un primo mezzo di gravame la parte appellante lamenta l'erroneità della decisione impugnata nella parte in cui ha ravvisato, nella procedura negoziata senza pubblicazione del bando indetta da ATM per l'affidamento del servizio *bike sharing*, la presenza di una "irregolarità" ai sensi dell'art. 2, punto 36, del Regolamento Ue n. 1303, richiamato dal Manuale delle procedure "PON Città Metropolitane 2014-2020", così come descritta al punto 1.10 della parte in fatto.

1.1. In particolare, ad avviso della parte appellante, la decisione impugnata avrebbe trascurato di considerare che il provvedimento di revoca del finanziamento avrebbe inciso su una

procedura avviata nel 2008, e dunque, violerebbe, sotto tale profilo, il principio di irretroattività delle leggi.

Ciò in quanto, in tale prospettiva, l'azione o l'omissione, in grado di poter integrare l'irregolarità in esame, dovrebbe riferirsi esclusivamente alla fase di attuazione dei fondi e, quindi, riguardare, diversamente da quanto accaduto, una fase successiva alla concessione del finanziamento.

1.2. Ne risulterebbe, al contempo, violato anche il legittimo affidamento ingeneratosi in capo a ATM in ordine alla conservazione del finanziamento ottenuto.

Tale conclusione viene argomentata anche sulla base di precedenti sentenze (in particolare, Cons. Stato, n. 6939 del 20 settembre 2010, di conferma di Tar Lombardia n.5954 del 19 dicembre 2008), che, sempre nella prospettiva in esame, avrebbero accertato la legittimità dell'aggiudicazione del servizio di *bike sharing* nella città di Milano alla Clear Channel Jolly Pubblicità s.p.a.

1.3. Sotto un ulteriore profilo, la parte appellante lamenta l'erroneità della decisione impugnata nella parte in cui non avrebbe considerato che, nel caso in esame, non vi sarebbe stato alcun pregiudizio al bilancio dell'Unione, requisito, quest'ultimo, necessario ai fini della revoca del contributo comunitario di cui trattasi.

1.4. Il motivo, complessivamente formulato, non è fondato.

1.4.1. In relazione all'asserita violazione del principio di irretroattività delle leggi, e della connessa dedotta violazione del principio di affidamento, il Collegio in senso contrario evidenzia che, venendo, nel caso in esame, in rilievo un'operazione non istantanea ma di durata, la sostituzione del finanziamento (con attrazione dello stesso nell'orbita del PON) imponeva necessariamente l'osservanza delle condizioni fissate dal Regolamento relativo al PON, comprese le verifiche e i controlli della Commissione.

1.4.2. A tal proposito, la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire che il principio della certezza del diritto, il quale ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese (v., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia 11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a.*, C 98/14, EU:C:2015:386, punto 77 e la giurisprudenza ivi citata).

Tuttavia, un operatore economico, specie con riferimento a fattispecie non istantanee come quella in esame, non può riporre affidamento nel fatto che non interverrà assolutamente alcuna modifica legislativa o amministrativa, bensì può unicamente mettere in discussione le modalità di applicazione di una modifica siffatta (v., in tal senso, la sopra citata sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a.*, C 98/14, EU:C:2015:386, punto 78 e la giurisprudenza ivi citata).

1.4.3. Tale conclusione, con riferimento al caso in esame, trova puntuale conferma nel quadro

normativo di riferimento.

In particolare, l'art. 6, del Regolamento (UE) n. 1303/2013, prevede che "Le operazioni sostenute dai fondi SIE sono conformi al diritto applicabile dell'Unione e nazionale relativo alla sua attuazione (il "diritto applicabile")".

L'articolo 5, paragrafo 3, lettera a), dell'atto di delega, stabilisce che il Comune di Milano, in quanto Organismo intermedio, è "responsabile della selezione delle operazioni, applicando le metodologie e i criteri di selezione approvati dal Comitato di sorveglianza ai sensi dell'art. 110, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento (UE) n. 1303/2013 (...)".

I criteri di selezione approvati dal Comitato di sorveglianza del PON Città Metropolitane, nella seduta del 25 maggio 2016, prevedono tra i "criteri di ammissibilità" la "verifica di conformità alle regole nazionali e comunitarie in tema di appalti pubblici, di aiuti di stato, di concorrenza e di ambiente".

Nel caso in esame, l'ammissione al finanziamento è stata effettuata con la determinazione dirigenziale n. 46, del 21 novembre 2018, nella quale si evidenzia che "da quanto emerso nel corso dell'incontro colla direzione MAE del 08/11/2018 per l'ammissione al finanziamento del progetto MI2.2.4.b – Aree per la Mobilità Ciclabile, e da verbale allegato, il progetto oggetto di valutazione risulta: (...) e) coerente con le vigenti normative applicabili in materia di procedure di appalto di cui al D.Lgs. 50/2016 e D.Lgs. 163/2006".

Dal ricostruito quadro regolatorio discende che il Comune di Milano, in qualità di Organismo intermedio, è responsabile della selezione dell'operazione (ammissione a finanziamento sul PON Metro) e, quindi, della conseguente verifica in ordine al fatto che tale selezione sia attuata in conformità alle regole nazionali e comunitarie in tema di appalti pubblici.

1.4.4. In tale contesto, contro la prospettazione dell'appellante depone chiaramente il menzionato Regolamento (UE) n. 1303/2013, che, all'art. 65, paragrafo 6, consente l'ammissione a finanziamento anche di operazioni già avviate, purché non completamente attuate, e quindi anche le operazioni, le cui procedure di evidenza pubblica siano già state avviate ed espletate.

In particolare, dalla lettura dell'art. 65 si ricava che, diversamente da quanto sostenuto nel presente motivo di appello, nel caso in esame non ricorre la fattispecie dell'applicazione retroattiva di una norma, quanto, piuttosto, la necessità di garantire che le spese rendicontate si riferiscano a procedure legittime, quale che sia il momento in cui esse sono state espletate.

1.4.5. Depone, inoltre, a sostegno di tale conclusione la dirimente considerazione per cui, diversamente ragionando, si correrebbe il rischio di rendicontare illegittimamente spese senza esaminare le relative procedure di affidamento.

1.4.6. Parimenti infondato è il sub-motivo con il quale si contesta la sussistenza di irregolarità nel senso sopra chiarito, valorizzando in tal senso i giudicati resi in relazione alla prima procedura di affidamento del 2008, posto che, contrariamente a quanto assume l'appellante,

nessuna delle menzionate decisioni si è pronunciata in ordine alla legittimità della procedura di gara in esame, avendo tali decisioni esclusivamente esaminato profili della procedura di carattere meramente formale.

1.4.7. Infondato è, infine, il sub-motivo con il quale la società appellante lamenta l'erroneità della decisione impugnata nella parte in cui non avrebbe considerato che, nella fattispecie in esame, non vi sarebbe stato alcun pregiudizio al bilancio dell'Unione, requisito, quest'ultimo, necessario per la revoca del finanziamento in precedenza concesso.

1.4.8. Al riguardo, va premesso che il Regolamento (UE) n. 1303/2013, all'art. 2, punto 36), definisce l'irregolarità come: "qualsiasi violazione del diritto dell'Unione o nazionale relativa alla sua applicazione, derivante da un'azione o un'omissione di un operatore economico coinvolto nell'attuazione dei fondi SIE che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio dell'Unione mediante l'imputazione di spese indebite al bilancio dell'Unione".

1.4.9. In relazione alla interpretazione della disposizione in esame, la giurisprudenza della Corte di Giustizia CGUE è orientata nel senso di ritenere che: *"Dalla formulazione stessa dell'articolo 2, punto 36, di tale regolamento, in particolare dall'espressione «possa avere come conseguenza» risulta che, sebbene l'«irregolarità», ai sensi di tale disposizione, non richieda la dimostrazione di un preciso effetto finanziario sul bilancio dell'Unione, una violazione delle norme applicabili costituisce un'«irregolarità» qualora non possa escludersi la possibilità che tale violazione abbia avuto un effetto sul bilancio del fondo interessato (sentenze del 6 dicembre 2017, *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, C-408/16, EU:C:2017:940, punti 60 e 61, e dell'8 giugno 2023, *ANAS*, C-545/21, EU:C:2023:451, punto 38)".*

Per quanto di rilievo nel presente giudizio, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha, in particolare, chiarito come, al fine di rilevare un impatto sul bilancio comunitario, non sia richiesta la dimostrazione dell'esistenza di un preciso effetto finanziario, ritenendo sufficiente che la possibilità di un effetto sul bilancio del fondo in questione non sia esclusa (cfr., in tal senso, sentenza del 6 dicembre 2017, *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, C-408/16, EU:C:2017:940, punti 60 e 61 nonché giurisprudenza ivi citata)".

Alla luce di tale orientamento, ritiene il Collegio che il pregiudizio al bilancio dell'Unione, nella fattispecie in esame, sussista in ragione del fatto che la procedura del 2008 ha previsto un significativo aumento della durata dell'appalto (di tre anni), comportando, dunque, un prolungamento pari a un quarto della durata originaria.

1.4.10. Ad ulteriore supporto di tale conclusione, occorre osservare che, in generale, il pregiudizio al bilancio dell'Unione può derivare anche dalla potenziale rendicontazione di spese in contrasto con il diritto applicabile.

Con particolare riferimento al caso in esame, il pregiudizio al bilancio dell'Unione si è, in effetti, configurato, sotto tale ultimo profilo, nel momento in cui l'Organismo intermedio Comune di Milano ha rendicontato all'Autorità di gestione (con DDRA\_2\_448, del 19 dicembre

2019) la “Richiesta di erogazione n. 1” di ATM al Comune di Milano n. 45075 del 24 ottobre 2019, con cui è stata “ribaltata” al Comune la fattura n. V1-6258 del 17 ottobre 2019 emessa dal fornitore di ATM, Clear channel jolly pubblicità s.p.a. (documento 15).

Tale fattura reca, in effetti, un esplicito riferimento al contratto n. 3000102467, del 31 dicembre 2018, atto aggiuntivo ai contratti n. 3000056536, del 23 dicembre 2008, n. 3000071622, del 9 novembre 2010 e successiva lettera del 27 aprile 2011, stipulati in seguito alla procedura negoziata (appalto n. 1000021621, RDO del 13 maggio 2008).

Ne consegue che con la rendicontazione di tale fattura è stata, in particolare, imputata al bilancio dell’Unione una spesa indebita, con conseguente, e corrispondente, pregiudizio per il bilancio stesso.

1.4.11. Di qui l’infondatezza del primo motivo, complessivamente articolato.

2. Con un secondo mezzo di gravame la parte appellante lamenta l’erroneità della decisione impugnata nella parte in cui ha ritenuto che la procedura negoziata senza bando avesse determinato una modifica sostanziale del contenuto dell’affidamento rispetto alla prima procedura di gara ristretta andata deserta.

2.1. Ad avviso della parte appellante, le differenze tra il bando di gara del 2007 e la procedura negoziata del 2008 risulterebbero marginali.

In particolare, quanto all’oggetto della seconda procedura, esso sarebbe del tutto sovrapponibile a quello della procedura di gara del 2007, mentre, con riferimento alla durata, si sarebbe previsto solo un aumento della durata massima pari a 2 anni.

2.2. Sotto un ulteriore profilo, la parte appellante lamenta l’erroneità della decisione impugnata nella parte in cui avrebbe omesso di considerare come, rivestendo ATM esclusivamente la qualifica di impresa pubblica, ai sensi dell’art. 210, del d.lgs. 163/2006, e non essendo l’affidamento in esame riconducibile nell’ambito di tali settori, ma in quello dei settori ordinati, regolato dall’allegato II B, d.lgs. 163/2006, ATM stessa non avrebbe dovuto necessariamente rispettare i principi dell’ evidenza pubblica di matrice comunitaria.

Ciò in quanto il diritto comunitario avrebbe delimitato in modo rigoroso non solo l’ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207, d.lgs. n. 163/2006; artt. 2 e 8, Direttiva n. 2004/17/CE), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l’ambito di ciascun settore speciale, e stabilendo che la disciplina dei settori speciali non si applichi agli appalti affidati dalle imprese pubbliche quando esse operino al di fuori di tali settori.

2.3. Tale conclusione viene argomentata anche richiamando l’orientamento della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (sentenza 10 aprile 2008 C-393/06, Aigner), secondo il quale non può trovare applicazione nei confronti delle imprese pubbliche, ai sensi del menzionato art. 210, la “c.d. teoria del contagio”, elaborata con riferimento alla diversa figura dell’organismo di diritto pubblico.

Ciò in base al rilievo che per le imprese pubbliche varrebbe il principio opposto, vale a dire quello secondo cui esse non sono sottoposte al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica quando operino al di fuori dei "settori speciali".

2.4. Il motivo, complessivamente articolato, non è fondato.

2.4.1. Con riferimento alla prima parte del presente motivo di appello, con la quale si contesta l'assunto della decisione impugnata, secondo cui la seconda procedura di affidamento avrebbe determinato una modifica sostanziale dell'oggetto del primo affidamento, il Collegio rileva che l'argomentazione dell'appellante non trova adeguato riscontro nelle risultanze probatorie in atti.

In senso contrario occorre, infatti, rilevare che l'affidamento di cui alla seconda procedura è avvenuto a condizioni diverse da quelle contenute nel bando iniziale, in particolare con riferimento:

i) al numero di biciclette, stalli e punti di presa;

ii) alla gestione e manutenzione;

iii) agli spazi pubblicitari;

iv) alla durata.

2.4.2. Soprattutto l'elemento della durata, nella misura in cui ha determinato quanto meno il raddoppio della durata del contratto (al netto dell'aumento di ulteriori tre anni in caso di proroga), è tale da integrare una modifica sostanziale delle condizioni della prima procedura di affidamento, incidendo in maniera evidente sulla remuneratività del servizio, e alterando, dunque, considerevolmente, la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa (c.d. *scope of the contract test*).

2.4.3. Trattasi, inoltre, di una modifica che, se fosse stata contenuta nella procedura di appalto iniziale, avrebbe consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, ovvero, ancora, sarebbe stata in grado di attirare ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione (c.d. *scope of competition test*).

3. Infondata è, inoltre, anche la sub-censura con la quale la parte appellante lamenta l'erroneità della decisione impugnata nella parte in cui avrebbe omesso di considerare che ATM, in relazione all'affidamento del servizio di *bike sharing* in esame, non sarebbe stata vincolata al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica di matrice comunitaria.

L'argomentazione della appellante, esposta al punto 2.1. della parte in diritto, per quanto suggestiva, non è idonea a dimostrare la tesi che intenderebbe far valere.

3.1. La questione sollevata con la sub-censura in esame impone di indagare la qualificazione

giuridica di ATM s.p.a..

Il nodo che, in particolare, questo Collegio deve sciogliere, al fine di comprendere quale sia la disciplina applicabile al contratto di *bike sharing* in esame, concerne l'eventuale qualificazione di ATM come organismo di diritto pubblico.

Ciò in quanto, pur non essendo controversa, in atti e tra le parti, la natura di ATM quale impresa pubblica – come tale tenuta, in base all'art. 207, d.lgs. n. 163 del 2006, *ratione temporis* applicabile, all'osservanza della normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica quando proceda ad affidare appalti nell'ambito dei settori speciali – è, invece, controverso se ATM possa al contempo rivestire anche la qualifica di organismo di diritto pubblico.

Nel caso in cui ATM non fosse qualificabile come organismo di diritto pubblico, gli appalti affidati al di fuori dei c.d. settori speciali sarebbero, infatti, sottratti *tout court* alla normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica, e potrebbero, dunque, essere affidati a terzi secondo le regole del diritto comune; ove, invece, ATM fosse da qualificare come organismo di diritto pubblico (e dunque anche come amministrazione aggiudicatrice), ciò renderebbe necessaria l'applicazione della normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica.

3.2. Che una società possa rivestire al contempo sia la qualifica di impresa pubblica sia quella di organismo di diritto pubblico costituisce, oramai, un approdo pacifico del diritto vivente.

Come l'Adunanza plenaria ha avuto modo di chiarire, con la decisione 1° agosto 2011, n. 16 (ma alle medesime conclusioni è giunta anche la Suprema Corte di Cassazione, a partire dall'ordinanza delle Sezioni Unite, Ord., 22 dicembre 2011, n. 28330, in relazione al caso Rai s.p.a), è ben possibile che un medesimo soggetto rivesta, al contempo, le qualifiche di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico.

In tal caso, l'implicazione sul piano sistematico, per quanto di rilievo nel presente giudizio, è quella dell'allargamento dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di affidamento dei contratti pubblici, nel senso che l'impresa pubblica, proprio in quanto al contempo qualificabile anche come organismo di diritto pubblico, è tenuta ad osservare la normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica anche quando operi al di fuori dei settori speciali.

Viceversa, ove una società, pur dotata di un legame strutturale con l'Amministrazione pubblica, non possa al contempo essere qualificata come organismo di diritto pubblico, rivestirà la qualità di Ente aggiudicatore per diritto comunitario e per quello interno solo quando, e nella misura in cui, decida di affidare contratti pubblici nei settori speciali.

Come ha, al riguardo, osservato la citata Adunanza plenaria n. 16/2011, *“La distinzione tra imprese pubbliche ed organismi di diritto pubblico assume rilevanza in quanto le imprese pubbliche rientrano tra gli enti aggiudicatori tenuti all'osservanza della disciplina degli appalti nei settori speciali (art. 207, D.Lgs. n. 163 del 2006), mentre non sono, in quanto tali ed in termini generali, contemplate tra le amministrazioni aggiudicatrici ed altri soggetti aggiudicatori*

tenuti all'osservanza della disciplina degli appalti nei settori ordinari (art. 32, D.Lgs. n. 163 del 2006).

*Sul piano dell'interpretazione "storica", le imprese pubbliche, già sottratte al diritto dei pubblici appalti, vi sono state attratte limitatamente ai "settori speciali", e non in termini generali. Il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l'ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207, D.Lgs. n. 163/2006; artt. 2 e 8, Direttiva n. 2004/17/CE), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l'ambito di ciascun settore speciale. L'art. 217, D.Lgs. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l'art. 20, Direttiva n. 2004/17/CE), a tenore del quale la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli artt. da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità. Se ne desume, come già la VI Sezione ha avuto modo di affermare in un precedente analogo, che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale (Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2919). Nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari (come si argomenta dalla già citata Corte Giust. CE, 10 aprile 2008, C-393/06, Aigner, che, esclusa in un caso l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico). Diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, Direttiva n. 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, Direttiva n. 2004/18/CE), per gli appalti "estranei", aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, Direttiva n. 2004/17/CE), la sottrazione alla Direttiva n. 2004/17/CE non comporta l'espansione della Direttiva n. 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie. Essendo l'appalto per cui è processo estraneo sia ai settori speciali, sia ai settori ordinari, sia all'art. 27, D.Lgs. n. 163/2006, ed essendo altresì sottratto ai principi dei Trattati, va affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo".*

3.3. La soluzione di tale quesito presuppone la individuazione dei caratteri identificativi della impresa pubblica operante nei settori speciali e dell'organismo di diritto pubblico. All'esito di questa analisi si dovrà valutare, come detto, se ATM sia da qualificare, oltre che come impresa pubblica quando agisce nei settori speciali, anche quale organismo di diritto pubblico, perché solo in tale ultimo caso il servizio di *bike sharing* oggetto del presente giudizio, in quanto esultante dai settori speciali, rientrerebbe, in ogni caso, sotto il vigore della disciplina comunitaria dell'evidenza pubblica.

3.3.1. Tanto premesso, le società pubbliche che svolgono attività amministrativa sono caratterizzate dalla presenza di una molteplicità di figure soggettive che impedisce la configurazione di un modello unitario (in tale ordine di idee, con particolare riferimento alle società miste, cfr. da ultimo la decisione del Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 17 giugno

2025, n. 5289).

I soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici nella scelta del contraente sono le «amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori».

Il codice dei contratti pubblici, all'art. 1, comma 1, lett. f), dell'allegato I.1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (con una formulazione diversa, ma di senso sostanzialmente analogo, si esprimeva, al riguardo, già l'art. 3, comma 29, del decreto legislativo n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*, secondo cui *“Gli "enti aggiudicatori" al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti*), stabilisce che sono enti aggiudicatori nei settori speciali le amministrazioni aggiudicatrici o le imprese pubbliche che svolgono una delle attività annoverate nei settori speciali.

Le imprese pubbliche operanti nei settori speciali sono, in particolare, soggetti privati sui quali le "amministrazioni aggiudicatrici" esercitano, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante.

In particolare, l'influenza dominante è presunta dalla detenzione della maggioranza del capitale dell'impresa, o dal controllo della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, o dal diritto di nominare più della metà dei componenti degli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza.

La categoria dell'impresa pubblica, nel senso sopra specificato, comprende pertanto non soltanto le aziende autonome e gli enti pubblici economici, ma anche le società di capitali a prevalente partecipazione pubblica o comunque a dominanza pubblica.

La qualifica di impresa pubblica prescinde dalle finalità perseguite, presentando, come suo esclusivo tratto qualificante, un legame strutturale con l'Amministrazione pubblica.

I c.d. settori speciali si caratterizzano per essere mercati “naturalmente chiusi” in quanto caratterizzati dalla presenza di infrastrutture essenziali (c.d. monopoli naturali) non duplicabili, se non al costo di scelte antieconomiche, il cui sfruttamento industriale e commerciale è stato tradizionalmente riservato allo Stato e agli altri enti pubblici, tanto da essere in una prima fase del tutto “esclusi” dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria relativa alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici.

In particolare, in una prima fase, la disciplina comunitaria di ravvicinamento delle legislazioni nella materia degli appalti pubblici di lavori (Dir. 71/305/CEE) e di forniture (Dir. 77/62/CEE) ha escluso in modo espresso dal proprio ambito di applicazione i settori dell'erogazione di acqua e di energia, nonché quelli relativi ai servizi di trasporto e al settore delle telecomunicazioni.

Tale tradizionale riserva in favore dei pubblici poteri ha storicamente rinvenuto il suo fondamento normativo nell'art.86, del Trattato della Comunità Europea (oggi trasfuso nell'art.

106, comma 2, TFUE), secondo cui “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”.

La *ratio* sottesa a tale esclusione era esplicitata nei ‘Considerando’ alla Direttiva 71/305/CEE, ove si evidenziava la necessità di evitare che i servizi inerenti ai settori in questione fossero sottoposti a regimi differenti a seconda che gli stessi dipendessero dallo Stato o dagli enti pubblici territoriali o che avessero una distinta personalità giuridica. L'esclusione sembrava, quindi, rispondere al principio comunitario di irrilevanza della forma giuridica e di indifferenza rispetto al regime proprietario prescelto da ciascuno Stato membro.

Con il Libro bianco del giugno 1985 sul completamento del mercato interno, la Commissione europea fissò, per la prima volta, l'obiettivo di superare la richiamata esclusione e di introdurre una disciplina “minima” volta al graduale riavvicinamento della disciplina degli appalti nei settori in considerazione (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) con quella dei cc.dd. ‘settori ordinari’.

Le indicazioni fornite dal Libro bianco del 1985 hanno orientato negli anni successivi la normativa comunitaria (a partire dalla Direttiva 90/531/CEE sino a giungere alla Direttiva 2014/25/UE) e hanno ispirato la stesura di testi normativi che, nel tempo, hanno, nondimeno, mantenuto ferma l'impostazione di prevedere, in relazione ai settori in esame, una disciplina di impatto concorrenziale “minimo”, certamente attenuato rispetto a quella che caratterizza i cc.dd. ‘settori ordinari’.

La principale ragione per la quale il diritto comunitario, a partire dalla direttiva n. 90/531/CEE, del 17 dicembre 1990, ha progressivamente sottoposto a regole comunitarie differenziate l'affidamento dei contratti pubblici da parte delle imprese pubbliche operanti nei settori speciali è comunemente ravvisata nella circostanza per cui in tali settori le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di queste imprese, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento dei loro rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza.

Più in generale, è affermazione largamente condivisa che il livello della concorrenza in tali settori è ancora debole in ragione, sul piano giuridico, della presenza di diritti speciali o esclusivi concessi dalla pubblica amministrazione agli operatori che gestiscono le reti e i servizi (c.d. servizi a rete) e, sul piano economico, di “barriere all'entrata” legate alla necessità di sostenere consistenti investimenti infrastrutturali non in grado di essere remunerati adeguatamente nel breve periodo.

Ne è derivata, quindi, la necessità di predisporre, in relazione ai settori di cui trattasi, una normativa differenziata, al fine di assicurarne, nei limiti del possibile, l'apertura alla concorrenza.

In tale contesto, l'ordinamento comunitario non giunge, tuttavia, ad imporre all'impresa

pubblica in quanto tale sempre e comunque la veste di ente aggiudicatore, ma solo quando essa operi nei settori speciali, mentre ne preserva la positiva libertà imprenditoriale di azione quando invece non agisce nel campo dei menzionati “servizi a rete”.

La giustificazione risiede nel fatto che solo quando operano in tali settori, in cui, come detto, il livello di concorrenza è ancora debole, agendo in virtù di diritti speciali o esclusivi, le imprese pubbliche sono gravate dal sospetto di lasciarsi guidare, nell'affidamento di contratti pubblici, da logiche antieconomiche e anticoncorrenziali.

Tale conclusione, che la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, a partire della sopra citata Adunanza plenaria n. 16 del 2011, è stata oggetto di espressa codificazione da parte del vigente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), ove si chiarisce che le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del Libro III (e quindi, del Codice in quanto tale) solo in relazione ai contratti strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152.

La giurisprudenza comunitaria, muovendo da analoghe premesse interpretative, ha tradizionalmente interpretato le direttive sui settori speciali in senso restrittivo, ritenendo che un'attività possa dirsi strumentale in quanto serva “effettivamente” all'esercizio dell'attività rientrante nel settore speciale (Corte di Giustizia UE, Pegaso S.r.l. Servizi Fiduciari e a. contro Poste Tutela S.p.a., 28 ottobre 2020, in causa C-521/18, par. 43).

Ciò evidentemente in base all' assunto per cui l'impresa pubblica, quando operi al di fuori dei settori speciali, e quindi senza beneficiare di diritti esclusivi o speciali, si lasci guidare esclusivamente da logiche concorrenziali.

Da ultimo, il delineato quadro normativo è stato nella sostanza confermato anche dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che, in linea con i precedenti Codici del 2006 e del 2016, ha inteso attrarre l'ambito della contrattualistica pubblica nel *corpus* unitario del codice, sia pure con la novità di dedicare alla disciplina sui settori speciali un libro distinto, il terzo, con un approccio “autoapplicativo” e senza più fare un rinvio generale alle norme degli altri libri applicabili “in quanto compatibili”.

### 3.3.2. Diverso è il regime giuridico dell'organismo diritto pubblico.

Con la finalità di assicurare la “concorrenza per il mercato”, la giurisprudenza comunitaria, a partire dal *leading case* Mannesmann (Corte di Giustizia CE 15 gennaio 1998, C-44/96.), ha elaborato la figura dell'organismo di diritto pubblico.

Tale nozione ricomprende soggetti che, sebbene formalmente privati, hanno, nondimeno, l'obbligo di osservare, in occasione dell'affidamento di contratti pubblici, la normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica.

Ciò in quanto, al di là della qualifica formale rivestita, l'organismo di diritto pubblico, sotto il profilo delle caratteristiche sostanziali che lo connotano, rivela un forte legame strutturale e funzionale con la pubblica amministrazione e fa, dunque, nascere il sospetto che, quando

scelga il contraente, non operi secondo le regole di mercato, determinando un ostacolo alla concorrenza e alla libera circolazione dei servizi.

In particolare, l'esigenza avvertita a livello comunitario è stata quella di evitare che soggetti non qualificabili formalmente come amministrazioni aggiudicatrici possano eludere la normativa sui contratti pubblici attraverso valutazioni di tipo (in senso lato) politico, anziché sulla base di considerazioni orientate da criteri di economicità e redditività.

La nozione di organismo di diritto pubblico non coincide, dunque, con una figura giuridica a sé stante, ma costituisce un criterio qualificante che nasce nell'ambito del diritto europeo al fine di attrarre nella sfera di operatività della disciplina in tema di contratti pubblici soggetti "sostanzialmente" pubblici indipendentemente dalla loro forma giuridica (pubblica o privata).

La sua concreta identificazione si basa, come si chiarirà meglio oltre, su indici sostanziali che, come è stato osservato, hanno lo scopo di "snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme".

Sul punto, mantengono inalterata attualità le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia, rese il 16 settembre 1997 nella causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GesmbH, secondo le quali *"L'effettiva concorrenza tra imprese comunitarie passa, nell'ottica del legislatore sovranazionale, altresì per lo « svelamento » della « sostanziale » pubblicità del soggetto o almeno dell'attività dal medesimo svolta, al di là delle forme giuridiche assunte e dei meccanismi di operatività, onde evitare facili elusioni agli obblighi di selezione competitiva gravanti sulle pubbliche autorità"*.

La definizione di organismo di diritto pubblico, dopo essere stata elaborata in via pretoria dalla Corte di giustizia nella citata sentenza resa sul caso Mannesmann, sul piano del diritto positivo, è stata per la prima volta delineata, con riferimento al settore dei contratti pubblici, dalla Dir. CEE del 18 luglio 1989, n. 89/CEE, secondo la quale è tale un soggetto giuridico che sia, contestualmente: a) dotato di personalità giuridica; b) sottoposto a influenza pubblica dominante; c) istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

Tale definizione è stata fedelmente trasposta nell'art. 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *ratione temporis* applicabile, ai sensi del quale la figura dell'organismo di diritto pubblico presupponeva la concomitante ricorrenza di tre elementi costitutivi: a) l'istituzione per la soddisfazione di « esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale»; b) la personalità giuridica; c) l'essere l'attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure l'essere la gestione soggetta al controllo di questi ultimi, oppure l'essere l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Mentre il secondo e terzo requisito, della personalità giuridica e dell'influenza pubblica dominante, non hanno mai sollevato particolari problemi sul piano ermeneutico, tradizionalmente dibattuta è stata l'interpretazione del primo requisito, c.d. teleologico.

3.4. Il requisito teleologico assume, nel quadro dell'indagine che si sta qui conducendo, una valenza centrale per la concreta individuazione della natura giuridica di ATM.

Ciò in quanto, come comunemente riconosciuto anche in dottrina, organismo di diritto pubblico e impresa pubblica nell'ambito dei settori speciali sono figure soggettive con evidenti tratti di similarità per quanto riguarda l'impiego dello strumento societario e gli indici di influenza dominante da parte delle Amministrazioni pubbliche, mentre il relativo tratto distintivo si ravvisa nel fatto che esclusivamente l'organismo di diritto pubblico è finalizzato al soddisfacimento di "esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale".

A differenza di quanto previsto per l'organismo di diritto pubblico, la qualifica di un soggetto come impresa pubblica operante nei settori speciali prescinde dalla pubblicità del fine perseguito (che, anzi, la ricondurrebbe, in presenza degli altri presupposti, nella suddetta prima tipologia), assumendo valenza decisiva il legame tra l'impresa e la pubblica amministrazione (intesa nella sua accezione più ampia, propria alla materia degli appalti, comprensiva perciò anche dell'organismo di diritto pubblico) "dominante".

Ne discende che, per quanto di rilievo nel presente giudizio, al fine di stabilire se ATM s.p.a, la cui qualifica di impresa pubblica come anticipato non è in discussione, possa, al contempo, essere qualificata come organismo di diritto pubblico (soggiacendo in tal caso integralmente alla disciplina comunitaria dell'evidenza pubblica anche, dunque, in relazione all'affidamento di contratti pubblici al di fuori dei settori speciali), occorre proprio verificare se essa presenti o meno il menzionato requisito teleologico.

3.4.1. Per agevolare l'accertamento del requisito in esame, la giurisprudenza ha elaborato alcuni indici in presenza dei quali afferma che, se gli interessi perseguiti possiedono carattere generale, ma non industriale e commerciale, la qualifica di organismo di diritto pubblico dovrebbe comunque essere esclusa.

In via generale, va premesso che l'accertamento di tale requisito implica, come la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire (cfr. Corte di giustizia, V, 22 maggio 2003, C.18/ 2001, Taitolato Oy), una sorta di doppia verifica: gli interessi soddisfatti dall'attività dell'ente da un lato devono avere carattere generale (verifica in positivo), dall'altro non devono avere carattere industriale o commerciale (verifica in negativo).

3.4.2. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha fatto registrare una significativa evoluzione, di cui il Collegio ritiene opportuno brevemente dare conto.

In una prima fase, che comunemente si fa risalire alla sentenza capostipite resa sul caso *Mannesmann* (Corte di Giustizia CE 15 gennaio 1998, C-44/96), con cui la Corte di Giustizia qualificò organismo di diritto pubblico la tipografia dello Stato austriaco che si occupava dell'esercizio sia di attività dalla natura commerciale (edizione e distribuzione di libri), sia della produzione di documenti ufficiali alcuni dei quali soggetti al segreto di Stato o all'osservanza di norme di sicurezza (patenti, passaporti, carte di identità), la Corte di giustizia privilegiò il criterio dello scopo perseguito (c.d. criterio funzionale o finalistico) a prescindere dall'esistenza di un mercato concorrenziale nel quale l'attività dell'ente eventualmente si

inserirse.

Questo primo indirizzo venne superato da un secondo orientamento interpretativo, inaugurato dalla decisione della Corte di giustizia relativa all'Ente Fiera di Milano (Corte di Giustizia CE 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99, Agorà S.r.l. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Excelsior S.n.c. di Pedrotti Bruna & C. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Cirt?t Soc. coop. a.r.l.), in cui venne considerata determinante la circostanza che l'organismo in questione operasse in un mercato aperto e concorrenziale, reputando tale elemento, di per sé, sufficiente ad escludere la sussistenza del requisito teleologico.

In una terza fase, inaugurata dalla decisione 22 maggio 2003, C-18/01, superando le iniziali oscillazioni interpretative, la Corte di giustizia si è, infine, saldamente orientata nel senso ritenere che l'esistenza di un mercato concorrenziale non sia di per sé elemento sufficiente ad escludere che un ente finanziato o controllato da una pubblica amministrazione si lasci guidare da considerazioni non economiche; semmai, l'esistenza di una concorrenza articolata potrà, nella prospettiva in esame, costituire un mero indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. (in tal senso si esprime anche la giurisprudenza prevalente, sia della Suprema Corte di Cassazione sia del Consiglio di Stato: cfr. Cass., Sezioni Unite 28 giugno 2019, n. 17567; Cass. Sezioni Unite., 28 marzo 2019, n. 8673; Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3884 Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6534).

Aderendo ad un criterio di carattere, per così dire, gestionale, la Corte di giustizia ha chiarito che un'impresa non è riconducibile alla nozione di organismo di diritto pubblico se presenti le seguenti caratteristiche: operi in normali condizioni di mercato, persegua lo scopo di lucro e subisca le perdite connesse all'esercizio della sua attività (Corte di giustizia, 10 maggio 2001 cause riunite C-223/99 e C-260/99; Corte di Giustizia 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley).

Con il che la Corte di giustizia ha mostrato di privilegiare maggiormente le modalità di gestione che il tipo di finalità perseguita, in tal modo palesando la volontà di distinguere tra "imprese vere", che operano secondo un metodo economico e "imprese apparenti", in quanto mosse da logiche diverse da quelle economiche (Corte di giustizia, sez. V, 10 aprile 2018, in causa C-393/06, punto 45).

3.4.3. In conclusione, sul punto, ciò che secondo la giurisprudenza europea è dirimente, ai fini dell'accertamento del requisito in esame, sono le concrete condizioni in cui l'ente opera, ossia le modalità con cui svolge la propria attività. In particolare, occorre verificare se esso impronti quest'ultima secondo le ordinarie logiche di mercato e quindi secondo criteri di efficacia e di redditività. A tal fine è quindi necessario verificare se l'ente subisca e sopporti il c.d. rischio di impresa ossia se operi in assenza di finanziamenti o comunque contributi pubblici, ovvero se, in alternativa, possa contare su sistemi automatici di ripianamento delle perdite. Infatti, "se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale". In tali ipotesi, secondo la Corte, viene meno, a monte, l'esigenza di sottoporre tale soggetto alla

disciplina sull'evidenza pubblica in quanto un simile soggetto sarà di per sé portato a stipulare contratti alle migliori condizioni possibili (Corte di Giustizia CE, Sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01, cit.; Corte di Giustizia CE 15 maggio 2003, C-214/00).

E, dunque, per tale ragione viene meno l'esigenza di "procedimentalizzare" la scelta dell'operatore a cui affidare la commessa.

All'esito della delineata evoluzione giurisprudenziale, la maggioranza degli interpreti concorda in ordine al fatto che, al fine di rinvenire il requisito teleologico in esame, un fattore decisivo si rinviene nella circostanza per cui l'attività sia indirizzata a produrre utilità funzionalmente rivolte all'interesse generale in quanto non assoggettate a regole del mercato e pertanto non perseguite secondo criteri di imprenditorialità, il che può avvenire, come è stato attentamente rilevato anche in dottrina, vuoi perché la società produce beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato, vuoi se i beni e servizi vengono sì forniti alla collettività, ma non seguendo criteri strettamente imprenditoriali.

In tale ordine di idee, si ritiene comunemente come, anche nel contesto di un mercato concorrenziale, un importante elemento a favore della qualifica di un soggetto come organismo di diritto pubblico sia costituito dal raggiungimento del pareggio di bilancio tramite l'apporto dell'ente pubblico di riferimento, in quanto, in tale caso, difetterebbe ogni componente di rischio, tipico delle attività svolte in regime di concorrenza.

Sotto tale profilo, può quindi convenirsi con chi ha attentamente rilevato che la differenza tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica si coglie essenzialmente sul piano dell'attività svolta posto che solo nell'organismo di diritto pubblico si riscontra una "carezza di imprenditorialità sostanziale".

L'orientamento in esame trova, oramai, riscontro nella direttiva 24/2024/UE, che dichiara espressamente di voler dare attuazione agli indirizzi giurisprudenziali della Corte di giustizia.

Al riguardo, significativo appare il considerando numero 10 di tale direttiva che, con particolare riferimento al requisito teleologico in esame, chiarisce come *"un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un organismo di diritto pubblico, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito per allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale"*.

In un analogo ordine di idee si esprime anche la prevalente dottrina, secondo cui con la categoria dell'organismo di diritto pubblico il diritto europeo *"mira a riprodurre esattamente una selezione di mercato delle imprese più meritevoli, proponendola in settori la cui prevalente connotazione pubblicistica, dovuta all'esistenza di interessi di carattere generale, consente un sistema di scelte del contraente differente d quello concorrenziale"*.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'assunzione del rischio di impresa diviene, dunque, un fattore decisivo per la qualificazione di un ente quale organismo di diritto pubblico.

3.4.4. Se tale approdo sembrava oramai in via di consolidamento nei più recenti formanti giurisprudenziali della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato, una recente decisione del Consiglio di Stato (Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964) ha mutato indirizzo interpretativo, espressamente dichiarando di non voler fare uso di nessuno dei menzionati indici sulla base dei quali valutare le modalità dell'attività svolta, pena il "il rischio ultimo della progressiva creazione giurisprudenziale di una figura che in realtà finisce per risultare diversa da quella direttamente emergente dal dato normativo".

In particolare, la decisione in esame, al fine di superare gli indicatori menzionati, ha preferito concentrare l'analisi sui compiti assegnati all'ente, prescindendo dalle modalità con le quali l'attività viene svolta.

Muovendo, in particolare, dalla disposizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, (*ratione temporis* applicabile), secondo cui il requisito teleologico è presente se l'organismo è «istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale», la decisione in esame ne ha tratto il corollario della ricorrenza del requisito teleologico in esame solo allorché un soggetto sia istituito per dare esecuzione "ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo".

A sostegno di questa conclusione, che nella sostanza si ricongiunge idealmente all'impostazione finalistica originariamente seguita anche dalla Corte di giustizia, si è, in particolare, addotto l'argomento che le modalità con le quali l'attività viene svolta non sarebbero prese espressamente in considerazione del dettato normativo.

Inoltre, si è osservato che le modalità con le quali l'attività viene svolta sarebbero potenzialmente mutevoli nel tempo perché non si potrebbe escludere che un'attività originariamente non remunerativa lo divenga successivamente o, viceversa, perda la sua profittabilità per l'andamento dei mercati, il cui grado di concorrenzialità può variare.

Di qui la conclusione nel senso che l'attività sarebbe un indicatore instabile, non preciso e dirimente, perché soggetto a circostanze contingenti.

Per tali ragioni, la caratterizzazione segnata dai compiti assegnati all'organismo, che sono alla base della sua istituzione, dovrebbe ritenersi preminente sulle modalità con le quali poi l'attività viene svolta.

Infatti, sempre ad avviso della decisione in esame, "*mentre i primi (i compiti, cioè) sono alla base della nuova modalità organizzativa scelta per perseguire finalità amministrative di interesse generale, dunque concretizzano un particolare modo di autoorganizzarsi della pubblica amministrazione in riferimento al perseguimento di finalità che comunque le appartengono, le seconde riflettono il modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato (tale per cui l'organismo sarebbe esonerato dal rispetto delle regole di legge che garantiscono il mercato nei propri contratti - il Codice dei contratti pubblici -, se si pone in atteggiamento imprenditoriale verso i terzi suoi competitori: come dire che se agisce paritariamente in un mercato competitivo, non gli è dalla legge imposto il rispetto del mercato nel contrarre, come*

*invece alle pubbliche amministrazioni)*".

3.4.5. Tanto premesso, reputa il Collegio che tale orientamento finalistico, pur essendo meritevole della massima considerazione, non possa essere condiviso, non trovando più riscontro nella lettera della legge, in seguito all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

Se, infatti, esso poteva dirsi in linea, quanto meno sul piano dell'interpretazione letterale, con il previgente quadro normativo di cui al comma 1, lett. d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, esso risulta *per tabulas* superato dall'art. 1, lett. e), dell'allegato 1.1. del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il quale, oggi, prevede che è organismo di diritto pubblico quello *"istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale"*.

Mentre la prima parte di quest'ultima disposizione continua a fare riferimento al fatto che, ai fini dell'accertamento del requisito teleologico, l'ente deve essere stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, la sua seconda parte, dopo la virgola, a differenza della versione precedente che prevedeva la formula "aventi carattere non industriale o commerciale", reca, invece, una significativa novità, costituita dall'utilizzo della formula "attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale".

Da una piana interpretazione letterale e sintattica di quest'ultimo sintagma normativo si ricava, in particolare, la conclusione per la quale il carattere industriale o commerciale deve essere desunto dall'attività espletata ed è dunque quest'ultima, e segnatamente le sue modalità di svolgimento, l'oggetto dell'accertamento che l'interprete deve operare.

L'assunto trova riscontro nella Relazione di accompagnamento al Codice, ove si chiarisce che la nuova formulazione è volta a fare in modo che il carattere non industriale o commerciale si riferisca espressamente all'attività, non quindi ai fini istitutivi, e ciò allo scopo di adeguare la definizione alla giurisprudenza divenuta ormai diritto vivente.

A non dissimili conclusioni è pervenuta di recente la delibera dell'Autorità Anticorruzione del 14 febbraio 2025 (relativa alla questione Fondazione Milano Cortina 2026).

L'Autorità, in particolare, dall'esame della predetta novità normativa recata dal vigente Codice dei contratti pubblici ha tratto la condivisibile conclusione per cui l'accertamento del requisito teleologico in esame dovrebbe avere riguardo non ai fini istitutivi, ma alle modalità attraverso cui l'interesse generale viene perseguito dall'ente.

Con la conseguenza per cui il requisito in esame sussisterebbe tutte le volte in cui l'attività venga svolta secondo "criteri di efficacia e redditività propri di un imprenditore privato, con assunzione del rischio di impresa".

Del resto, anche a voler prescindere dalla novità normativa appena esaminata, sono in realtà diversi gli argomenti che inducono a preferire l'orientamento che fa leva sul criterio gestionale, vale a dire quello incentrato sull'analisi delle modalità con cui opera l'ente, rispetto a quello

che fa leva sulle finalità istitutive.

In primo luogo, la tesi che fa leva sulle modalità dell'attività espletata è maggiormente coerente con le stesse ragioni poste alla base della normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Come di recente evidenziato da questa Sezione, le procedure di affidamento sono contrassegnate da tre compiti concatenati: presidiare l'imparzialità e la correttezza amministrativa, salvaguardare la concorrenza, promuovere la convenienza e l'efficienza dei contratti pubblici (Consiglio di Stato, Sezione IV, 20 aprile 2023, n. 4014).

Con particolare riferimento alla figura dell'organismo di diritto pubblico, costituisce affermazione largamente condivisa quella secondo la quale la procedura ad evidenza pubblica mira ad evitare che un soggetto sostanzialmente pubblico (anche se formalmente privato) sia libero di scegliere a chi affidare una commessa. A questo stesso soggetto viene imposto, dunque, l'obbligo di seguire una procedura specifica, normativamente prevista con la finalità di individuare il miglior operatore sotto un profilo tecnico ed economico, vale a dire quello che sia in grado di eseguire la commessa nel miglior modo possibile.

Se questa costituisce la ragione alla base della previsione dell'obbligo di rispettare la procedura ad evidenza pubblica, appare evidente che l'applicazione di tale conseguente tale rigoroso in tanto possa giustificarsi in quanto riguarda soggetti che non sarebbero già di per sé portati a scegliere il miglior operatore possibile.

Ne deriva che un ente che operi in condizioni normali di mercato, esponendosi al c.d. rischio di impresa, sostenendo, in particolare, le eventuali perdite derivanti dall'esercizio di impresa stessa, non dovrebbe essere considerato un organismo di diritto pubblico, posto che sarebbe già di per sé incentivato a scegliere l'operatore più conveniente anche al fine di contenere i costi di esercizio che potrebbero contribuire a determinare perdite che esso dovrà poi sopportare.

3.5. In applicazione delle coordinate teoriche sopra delineate (su cui cfr. *retro*, i punti da 3.4.2. a 3.4.5.), ATM s.p.a. deve essere qualificata come organismo di diritto pubblico, ai sensi della normativa *ratione temporis* applicabile e in conformità alla prevalente giurisprudenza unionale e nazionale di riferimento.

Il Collegio ritiene, in primo luogo, che in capo ad ATM sussista il cosiddetto requisito teleologico.

Sotto tale profilo, occorre considerare che ATM, pur operando nella forma di società di capitali, esercita un'attività rivolta al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, concretamente individuabili nella gestione del trasporto pubblico locale, nonché dei servizi connessi e strumentali all'attività di trasporto e, più in generale, alla mobilità urbana e territoriale (cfr. art. 4 dello Statuto sociale).

In particolare, con riferimento all'aspetto – ritenuto dirimente dalla più recente giurisprudenza

della Corte di giustizia – delle modalità di svolgimento delle attività funzionali al servizio pubblico affidatole, emerge che ATM persegue l'obiettivo del pareggio di bilancio anche attraverso l'intervento finanziario del Comune di Milano, il quale, in qualità di socio unico, provvede al ripianamento delle eventuali perdite di esercizio.

Tale circostanza ha trovato concreta manifestazione in epoca recente, in occasione delle perdite registrate nel periodo emergenziale da COVID-19, come risulta dai bilanci di esercizio 2020 e 2021, dai quali emergono perdite rispettivamente pari a 64,5 milioni di euro e 16 milioni di euro.

Il Comune di Milano esercita, dunque, su ATM un controllo tale da assicurare, da un lato, la copertura finanziaria dei costi di gestione e, conseguentemente, la sostanziale eliminazione di ogni componente del rischio tipico delle attività svolte in regime di concorrenza; dall'altro lato, il soddisfacimento di un'esigenza fondamentale della collettività, quale quella connessa alla mobilità territoriale.

Ne deriva che la società persegue l'interesse generale alla mobilità collettiva, secondo criteri di qualità, continuità e regolarità del servizio, che prevalgono sulle logiche economiche proprie dell'impresa privata.

In effetti, l'esistenza di un finanziamento pubblico eventuale costituisce – come già evidenziato (cfr. *retro*, punto 3.4.3) – un elemento decisivo, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, per il riconoscimento del requisito teleologico in esame (cfr. sentenza 5 ottobre 2017, causa C567/15, LitSpecMet, par. 43).

Ciò in quanto la società beneficiaria di tale sostegno non sopporta il rischio d'impresa, potendo operare anche secondo le logiche di una gestione non remunerativa.

In tale prospettiva, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ulteriormente chiarito che un organismo di diritto pubblico si distingue per il fatto di essere indirizzato al soddisfacimento di esigenze di interesse generale, le quali devono essere perseguite "lasciandosi guidare da considerazioni diverse da quelle economiche" (Corte di giustizia, 5 ottobre 2017, causa C567/15, par. 48).

In tale contesto, l'applicazione del regime dell'evidenza pubblica rappresenta un correttivo necessario al normale funzionamento delle dinamiche di mercato, in quanto idoneo a prevenire abusi di potere decisionale in capo a soggetti che operano in assenza del rischio d'impresa.

Tale conclusione trova riscontro nella giurisprudenza amministrativa, che, sia pure a livello di *obiter dictum*, ha già riconosciuto ad ATM analoga qualificazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 aprile 2008, n. 4520), nonché in numerosi precedenti giurisprudenziali relativi ad altre società di trasporto pubblico locale, assimilabili ad ATM sotto il profilo del relativo regime societario (cfr., in relazione alla qualificazione di ATAC s.p.a., T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032 e T.a.r. Lazio, 18 febbraio 2013, n. 1778; in relazione alla qualificazione di ANM. s.p.a., T.a.r. Campania, Napoli, 2 settembre 2016, n. 4147).

In relazione agli ulteriori presupposti richiesti per la qualificazione di organismo di diritto pubblico, deve altresì constatarsi che ATM S.p.A.:

- i) possiede autonoma personalità giuridica;
- ii) svolge un'attività finanziata in modo esclusivo dal Comune di Milano;
- iii) vede la nomina dei propri Amministratori riservata al Comune di Milano, ai sensi dell'art. 16 dello Statuto sociale, in proporzione all'entità della partecipazione azionaria detenuta;
- iv) gestisce un servizio pubblico di trasporto che rientra pienamente tra le finalità di interesse generale perseguite dall'ente locale.

Tali elementi, unitamente al requisito teleologico già esaminato, conducono a ritenere che ATM debba essere qualificata quale organismo di diritto pubblico e, conseguentemente, assimilata alle amministrazioni aggiudicatrici ai fini dell'applicazione della disciplina dei contratti pubblici.

Per effetto di tale qualificazione, ATM deve essere considerata amministrazione aggiudicatrice anche quando operi al di fuori dei settori speciali, risultando tenuta al rispetto delle norme di diritto europeo e nazionale in materia di procedure di evidenza pubblica.

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte, deve ritenersi che ATM fosse tenuta ad applicare le regole dell'evidenza pubblica con riferimento all'affidamento del servizio di *bike sharing* oggetto di esame, in quanto riveste a pieno titolo la qualifica di organismo di diritto pubblico e, conseguentemente, quella di amministrazione aggiudicatrice.

Di qui l'infondatezza del secondo motivo di appello.

4. Infine, il Collegio rileva l'inammissibilità dei motivi di appello terzo, quarto e quinto per mancata specificazione dei motivi, in violazione dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm..

4.1. Il Collegio ricorda, al riguardo, che il principio di specificità dei motivi di impugnazione posto dalla predetta norma codicistica impone che sia rivolta una critica puntuale alle ragioni poste a fondamento della sentenza impugnata, non essendo sufficiente la mera riproposizione dei motivi contenuti nel ricorso introduttivo: il giudizio di appello dinanzi al giudice amministrativo è infatti una *revisio prioris instantiae*, i cui limiti oggettivi sono segnati dai motivi di impugnazione (tra tante, Cons. Stato, V, Cons. Stato, V, 8 aprile 2021, n. 2843; 26 agosto 2020, n. 5208).

4.2. Nel caso in esame, la parte appellante, dalla pagina 23 alla pagina 33 dell'atto di appello, si è limitata a riproporre i motivi secondo, terzo e quarto del ricorso di primo grado, formulando in tal modo censure direttamente avverso gli atti in prime cure impugnati, senza in alcun modo criticare le argomentazioni sviluppate in relazione ad essi dal T.a.r.(cfr., in particolare, le statuizioni di cui ai punti 3.6.e 3.7. della decisione impugnata).

Il Collegio non può quindi che ribadire come, secondo un costante indirizzo interpretativo, l'appello non può limitarsi a una generica riproposizione dei motivi di ricorso disattesi in primo grado, dovendo contenere una puntuale critica ai capi della sentenza appellati; a tal fine, pur non richiedendosi l'impiego di formule sacramentali, si esige l'onere specifico, a carico dell'appellante, di formulare una critica specifica della motivazione della sentenza appellata in modo che il giudice di appello sia posto nelle condizioni di comprendere con chiarezza i principi, le norme e le ragioni per cui il primo giudice avrebbe dovuto decidere diversamente (di recente, Cons. Stato, VI, 30 dicembre 2021, n. 8715; V, 19 aprile 2021, n. 3159).

5. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello deve, nel suo complesso, essere respinto.

6. Avuto riguardo alla particolarità della vicenda processuale, sussistono i presupposti per la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere, Estensore