

Firenze, 17.02.2021

Spett.le

COSVIG S.C. A R.L.

C.a. Direttore Cosvig

C.a. Direttore Sesta Lab

Oggetto: **PARERE LEGALE IN ORDINE AD ACQUISTO BENE DA FORNITORE CON SEDE NEGLI USA.**

Mi è stata sottoposta una richiesta di parere legale in ordine alla riconducibilità al d.lgs. 50/2016 di un acquisto che Cosvig è in procinto di deliberare, stante la sua peculiare finalità.

Si tratta dell'acquisto di un prodotto denominato "Portable Air Flow Test Stand", le cui specifiche tecniche costituiscono oggetto di specifica richiesta (e correlativa obbligazione contrattuale) di un Cliente che ha prenotato una campagna di test presso Sesta Lab nei prossimi mesi.

La specifica individua un produttore, che ha sede negli USA: il costo è stimato, a seguito di richiesta di offerta formulata all'anzidetto produttore, in circa € 100.000,00. Si tratta, quindi, di un acquisto chiaramente destinato ad alimentare la linea "commerciale" sviluppata, ormai da anni, da Sesta Lab, nell'ambito dell'organizzazione di Cosvig.

Il fornitore, inoltre, ha richiesto, nelle condizioni contrattuali, di riconoscere il versamento di un importo anticipato, incompatibile con le previsioni di cui all'art. 35 co. 18 D.lgs. 50/2016 (che individua in un massimo del 30% l'anticipazione riconoscibile per lavori, servizi e forniture, dietro presentazione di apposita fideiussione).

Orbene, è noto, per costante orientamento giurisprudenziale (ad esempio Cassazione civile sez. un., 28/06/2019, n.17567) che *"per definire la natura di organismo di diritto pubblico di un soggetto, alla luce dei criteri enucleati al D.Lgs. n. 50 del 2016,*

art. 3, lett. d), 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. 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".

L'attività di Cosvig risponde, per gran parte, alle caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico; a differenza di ciò, taluni degli acquisti posti in essere per le esigenze di Sesta Lab appaiono sfuggire a tale logica, trattandosi di acquisti per lo più destinati all'espletamento delle campagne di test, oggetto di trattativa e stipula sul libero mercato da parte di imprese collocate in tutto il mondo (Italia, Cina, etc.).

L'attività di stipula di contratti con tali "clienti" privati non è del resto soggetta, per costante prassi applicata dalla Società, all'evidenza pubblica, essendo classificata come attività commerciale "pura", rivolta sul libero mercato, e rivolta altresì a "criteri di rendimento, efficacia e redditività", con piena "assunzione dei rischi collegati allo svolgimento di tale attività".

Si tratta, in ultima analisi, di attività aventi chiara natura commerciale, non rivolte a soddisfare alcun pubblico interesse, correttamente gestite con criteri privatistici e senza applicazione mandatorie di normative pubbliche.

L'avvenuto utilizzo degli strumenti della pubblica evidenza per gli acquisti correlati, in tutto o in parte, a tali "campagne" ha costituito, quindi, frutto di autovincolo societario

(peraltro di natura "pratica", e non essendo, per quanto noto, previsto in alcun documento interno di natura obbligatoria): si tratta di un vincolo, tuttavia, che appare non del tutto compatibile con gli scopi commerciali sottostanti (si pensi, ad esempio, alle conseguenze che potrebbero derivare a Cosvig dalla inadempienza contrattuale nei confronti di uno dei *partner* privati, a causa di rallentamenti o ritardi dovuti all'applicazione di normative non obbligatorie).

Si tratta, del resto, di attività diversa e distinta rispetto a quella più "istituzionale" di Cosvig, per la quale è pienamente giustificata la riconduzione a "organismo di diritto pubblico" come ente che soddisfa bisogni di pubblico interesse (es., attività svolta in favore dei Comuni soci, etc.).

Si è di fronte, quindi, a una attività "multiforme", che non è sconosciuta alla ricostruzione giurisprudenziale dell'organismo di diritto pubblico.

Si richiama, sul punto, Consiglio di Stato, Sez. VI, 11/7/2016 n. 3043:

"L'equiparabilità dell'organismo di diritto pubblico alla pubblica amministrazione rappresenta ormai un risultato interpretativo assodato, eppure non vi è alcuna norma legislativa che espressamente istituisca ... l'organismo di diritto pubblico come ente pubblico. Al fine di predicare l'equiparazione si ritiene sufficiente l'esistenza di una norma che (in questo caso espressamente) lo rende destinatario di obblighi di diritto amministrativo.

Parimenti, è altrettanto pacifico che la sottoposizione dell'organismo di diritto pubblico alla disciplina dell'ente pubblico non valga sempre e comunque, qualsiasi attività esso svolta. Si tratta al contrario, di una equiparazione settoriale, funzionale e dinamica, perché strettamente legata all'affidamento dei contratti.

Quando svolge altre attività, l'organismo di diritto pubblico dismette la sua veste pubblicistica e soggiace di regola al diritto privato.

Esso è, quindi, un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante".

È quindi riconosciuta in giurisprudenza la natura "cangiante" e "dinamica" di simili Enti, con l'espresso riconoscimento che esso, "quando svolge altre attività ... soggiace di regola al diritto privato".

Tale appare essere proprio il caso della tipologia di acquisto sottoposta, pienamente

soggetta al diritto privato in quanto rappresentativa di un'area di azione dell'Ente esposta a libero mercato, regolata con contratti di diritto privato (talora anche internazionali), e svolta per esigenze eminentemente commerciali: di tanto è prova che la scelta dei *partners* italiani, europei o extraeuropei non avviene (né vi è ragione perché avvenga) in forza di pubbliche selezioni.

Ritengo, quindi, che, con riferimento all'acquisto sottoposto, non vi sia (né "soggettivamente", né "oggettivamente") ragione di ritenerlo sottoposto all'ambito applicativo del D.lgs. 50/2016.

Per tali ragioni, le condizioni contrattuali potranno essere negoziate secondo criteri privatistici, anche per ciò che concerne l'anticipazione richiesta.

Dal punto di vista interno, suggerisco di adottare, in ogni caso, apposita regolamentazione in ordine ai criteri di scelta (se del caso anche improntati a una pubblica evidenza, ad es. al di sopra di certi importi, o in presenza di specifiche tecniche più "aperte") del fornitore, anche sotto il profilo dell'affidabilità commerciale del medesimo, nonché della valutazione di congruità del prezzo, che consentano una quanto più possibile puntuale gestione del ciclo attivo e del flusso economico ad esso correlato.

Si resta a disposizione per eventuali e ulteriori approfondimenti e chiarimenti.

Cordiali saluti.

Avv. Mauro Mammana