

## ***Quaderno di Documentazione Legale Unindustria n.2 - 2/2026***

**Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico.  
Il criterio distintivo nelle sentenze del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 marzo 2026,  
n. 1876 e Sezione IV, 29 aprile 2026, n. 3346**

### ***Indice***

- 1. Premessa: perché la qualificazione del soggetto incide sul regime degli affidamenti***
- 2. Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica nel d.lgs. n. 36/2023***
- 3. Il requisito che distingue le due figure: l'attività priva di carattere industriale o commerciale***
- 4. Dalla finalità istituzionale alle modalità concrete di gestione***
- 5. Il rischio di impresa, il mercato e la copertura pubblica delle perdite***
- 6. Il caso ATM e la decisione del Consiglio di Stato n. 1876/2026***
- 7. Le conseguenze sugli affidamenti: settori ordinari, settori speciali e contratti estranei***
- 8. Indicazioni operative per società pubbliche e amministrazioni***
- 9. Il successivo riscontro giurisprudenziale: Consiglio di Stato n. 3346/2026 su RFI***
- 10. Considerazioni conclusive***

***Riferimenti normativi, giurisprudenziali e documentali***

\*\*\*\*\*

## **1. Premessa: perché la qualificazione del soggetto incide sul regime degli affidamenti.**

La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 marzo 2026, n. 1876 ha affrontato la distinzione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica con riferimento ad ATM S.p.A. e all'affidamento del servizio di bike sharing nel Comune di Milano. Il tema ha rilievo generale perché le due figure possono presentare elementi strutturali molto simili – forma societaria, partecipazione o controllo pubblico, collegamento con un servizio di interesse generale – ma sono assoggettate a un diverso regime nella scelta del contraente.

La differenza emerge soprattutto quando una società opera in uno dei settori speciali ma stipula anche contratti che non sono funzionalmente collegati a quel settore. Se il soggetto è soltanto impresa pubblica, il Codice trova applicazione, per quanto qui interessa, ai contratti strumentali all'attività rientrante nei settori speciali. Se, invece, ricorrono anche i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, la società assume la qualità di amministrazione aggiudicatrice e il vincolo dell'evidenza pubblica non resta confinato ai soli affidamenti strumentali al settore speciale.

La questione, quindi, non riguarda l'attribuzione di un'etichetta soggettiva, ma l'individuazione del perimetro entro il quale la società è tenuta ad applicare le regole del Codice dei contratti pubblici. La pronuncia n. 1876/2026 è particolarmente utile perché ricostruisce il criterio distintivo alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza europea e della formulazione adottata dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

## **2. Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica nel d.lgs. n. 36/2023**

L'articolo 1, comma 1, lettera e), dell'Allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023 definisce organismo di diritto pubblico il soggetto, anche avente forma societaria, dotato di capacità giuridica, istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale e caratterizzato, inoltre, da una delle forme di influenza pubblica indicate dalla norma: finanziamento pubblico maggioritario, controllo pubblico della gestione oppure designazione pubblica della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza.

La lettera f) dello stesso articolo definisce invece l'impresa pubblica facendo leva sull'influenza dominante esercitabile dalle stazioni appaltanti, direttamente o indirettamente, in ragione della proprietà, della partecipazione finanziaria o delle norme che disciplinano l'impresa. Nella nozione di impresa pubblica non compare, dunque, il requisito ulteriore relativo al modo in cui vengono soddisfatte le esigenze di interesse generale.

Il punto di contatto tra le due figure è l'influenza pubblica dominante. Il punto di separazione è il requisito relativo all'attività svolta per soddisfare esigenze di interesse generale. È su questo elemento che si concentra la sentenza n. 1876/2026, poiché una società pubblica non diviene organismo di diritto pubblico per il solo fatto di essere controllata da un'amministrazione o di gestire un servizio pubblico. Di seguito un schema riassuntivo.

| <b>Profilo</b>     | <b>Organismo di diritto pubblico</b>                                                                   | <b>Impresa pubblica</b>                                                             |
|--------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| Influenza pubblica | Necessaria, nelle forme previste dalla definizione normativa                                           | Necessaria: è il tratto qualificante della figura                                   |
| Attività           | Soddisfa esigenze di interesse generale mediante attività priva di carattere industriale o commerciale | Può svolgere attività secondo logiche industriali o commerciali                     |
| Rischio di impresa | La sua attenuazione o neutralizzazione costituisce un indice rilevante                                 | Normalmente compatibile con l'esposizione al rischio economico                      |
| Appalti            | Opera come amministrazione aggiudicatrice                                                              | Nei settori speciali è soggetta al Codice nei limiti della strumentalità funzionale |

### **3. Il requisito distintivo tra le due figure: l'attività priva di carattere industriale o commerciale**

Il requisito più delicato è tradizionalmente quello che viene definito teleologico. Non è sufficiente accertare che l'attività risponda a un interesse generale, poiché numerose attività economiche, anche svolte in forma imprenditoriale, possono soddisfare interessi collettivi. Occorre stabilire se quelle esigenze siano soddisfatte attraverso un'attività che, per le sue concrete caratteristiche, sia priva di carattere industriale o commerciale.

La giurisprudenza dell'Unione europea ha progressivamente chiarito che l'esistenza di un mercato concorrenziale non risolve da sola la questione. La concorrenza costituisce un indice importante, ma deve essere letta insieme alle condizioni economiche nelle quali opera il soggetto, alla finalità lucrativa, al modo in cui vengono sostenute le perdite e, soprattutto, alla presenza o meno di un effettivo rischio economico.

La sentenza richiama questo percorso e supera una lettura fondata esclusivamente sul fine istituzionale. La gestione di un servizio pubblico o il perseguimento di un interesse generale non determinano automaticamente la natura di organismo di diritto pubblico. Il giudizio richiede di verificare se l'ente sia effettivamente condizionato dalle

ordinarie regole economiche che governano l'impresa oppure possa assumere decisioni anche non remunerative perché il rischio della gestione è, in tutto o in parte, trasferito sul soggetto pubblico.

#### **4. Dalla finalità istituzionale alle modalità concrete di gestione**

Nel Codice del 2023 il dato testuale assume un notevole peso specifico. La definizione dell'Allegato I.1 non si limita a richiamare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, ma collega espressamente il requisito allo «svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale». La formulazione rende centrale l'esame delle modalità concrete di esercizio dell'attività.

Il Consiglio di Stato ha letto questa scelta lessicale in continuità con l'indirizzo maturato nella giurisprudenza europea. La qualificazione non dipende soltanto dalla ragione per la quale il soggetto è stato istituito, ma dalle condizioni nelle quali opera. Il carattere imprenditoriale non è escluso dalla presenza di una finalità pubblica, così come la forma societaria non dimostra, da sola, l'esistenza di una gestione secondo criteri di mercato.

Ne deriva un accertamento necessariamente sostanziale. Statuto, oggetto sociale e assetto proprietario restano elementi importanti, ma devono essere confrontati con il sistema di finanziamento, con la disciplina dei rapporti con l'ente controllante, con i meccanismi di copertura dei costi e delle perdite e con la concreta esposizione della società alle conseguenze economiche delle proprie scelte.

#### **5. Il rischio di impresa, il mercato e la copertura pubblica delle perdite**

Tra gli indici valorizzati dalla giurisprudenza, il rischio di impresa occupa una posizione centrale. Un soggetto che deve assicurare l'equilibrio della gestione con i propri ricavi e sopporta le conseguenze delle scelte inefficienti è normalmente orientato, anche nella selezione dei fornitori, dalla necessità di operare secondo criteri economici. La presenza di concorrenza, in questo quadro, rafforza l'indicazione ma non è sufficiente se considerata isolatamente.

Diversa è la situazione nella quale il soggetto possa contare su un finanziamento pubblico idoneo a garantire stabilmente la copertura dei costi o sul ripianamento delle perdite. In tale ipotesi il rischio economico risulta attenuato o neutralizzato e possono prevalere esigenze di continuità, qualità e regolarità del servizio anche quando esse conducano a risultati non remunerativi.

Il criterio non deve essere applicato in modo meccanico. Il finanziamento pubblico è frequente anche in attività svolte secondo criteri economici e non ogni contributo elimina il rischio di impresa. Ciò che rileva è la struttura complessiva del rapporto:

occorre verificare se la società resti effettivamente esposta alle conseguenze economiche della gestione oppure disponga di un meccanismo che, in concreto, le consenta di operare prescindendo dall'equilibrio economico tipico dell'impresa.

## **6. Il caso ATM e la decisione del Consiglio di Stato n. 1876/2026**

La controversia riguardava ATM S.p.A., società integralmente partecipata dal Comune di Milano, e l'affidamento del servizio di bike sharing. La natura di impresa pubblica di ATM non costituiva il punto controverso. La questione era stabilire se la società fosse anche organismo di diritto pubblico e, quindi, se dovesse applicare le regole dell'evidenza pubblica anche a un contratto non riconducibile, secondo la prospettazione in causa, al settore speciale del trasporto.

Il Consiglio di Stato ha riconosciuto la natura di organismo di diritto pubblico. Nella ricostruzione ufficiale della decisione assumono rilievo la partecipazione pubblica, il potere dell'ente locale nella nomina degli organi, la destinazione dell'attività al trasporto pubblico locale e ai servizi connessi e, soprattutto, un assetto nel quale il controllo pubblico assicura la copertura dei costi e neutralizza il rischio di impresa. In tale contesto, la continuità e la regolarità del servizio risultano prevalenti rispetto alle ordinarie logiche economiche di mercato.

Nel caso concreto il Collegio ha inoltre attribuito rilievo al ripianamento delle perdite da parte del Comune di Milano, considerato indicativo dell'assenza di una piena esposizione della società al rischio economico. La qualificazione di ATM come organismo di diritto pubblico ha comportato l'assoggettamento alla disciplina dei contratti pubblici quale amministrazione aggiudicatrice, senza che fosse sufficiente, per escluderla, qualificare il singolo affidamento come estraneo al nucleo delle attività svolte nei settori speciali.

## **7. Le conseguenze sugli affidamenti: settori ordinari, settori speciali e contratti estranei**

La distinzione produce il suo effetto più rilevante nell'articolo 141 del D.Lgs. n. 36/2023. Il comma 2 stabilisce che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano il Libro relativo ai settori speciali soltanto ai contratti strumentali, da un punto di vista funzionale, alle attività indicate dagli articoli da 146 a 152. Per la mera impresa pubblica, quindi, il vincolo codicistico è delimitato non soltanto dalla qualità soggettiva, ma anche dal collegamento funzionale del contratto con l'attività speciale.

La posizione dell'organismo di diritto pubblico è diversa perché esso rientra tra le amministrazioni aggiudicatrici. Quando svolge attività riconducibili ai settori speciali applica la relativa disciplina; per gli affidamenti che non presentano tale collegamento

non si determina, tuttavia, un ritorno alla piena libertà privatistica propria della mera impresa pubblica. Resta infatti la soggezione alle regole dell'evidenza pubblica secondo il regime applicabile alle amministrazioni aggiudicatrici.

Per questo la qualificazione deve precedere l'analisi del singolo affidamento. Soltanto dopo avere stabilito se il soggetto sia amministrazione aggiudicatrice, impresa pubblica o altro ente aggiudicatore è possibile individuare correttamente il libro del Codice applicabile e verificare la strumentalità del contratto al settore speciale.

## **8. Indicazioni operative per società pubbliche e amministrazioni**

La sentenza suggerisce che la verifica della natura soggettiva non possa essere affidata a formule statutarie o alla sola percentuale di partecipazione pubblica. Per le società che operano nei settori speciali è opportuno ricostruire periodicamente le condizioni effettive della gestione, soprattutto quando vengono affidati contratti relativi ad attività accessorie, complementari o comunque non immediatamente riconducibili al servizio principale.

L'istruttoria dovrebbe considerare congiuntamente l'assetto proprietario e i poteri di nomina, le fonti di finanziamento, il regime dei corrispettivi, l'esistenza di obblighi di servizio pubblico, la disciplina delle perdite, l'eventuale garanzia dell'ente socio, la presenza di concorrenza e l'effettiva esposizione della società alle conseguenze economiche della gestione. Nessuno di tali elementi, isolatamente, è necessariamente decisivo.

Particolare attenzione richiedono i meccanismi di riequilibrio economico. La copertura di specifici costi imposti da obblighi di servizio non coincide necessariamente con il ripianamento generalizzato delle perdite. Ai fini della qualificazione occorre comprendere se il sistema complessivo mantenga in capo alla società un rischio economico effettivo o se, al contrario, consenta alla gestione di prescindere stabilmente dalla remuneratività.

La natura dinamica dell'accertamento comporta, inoltre, che una qualificazione elaborata in un determinato periodo non debba essere considerata immutabile. Modifiche dei contratti di servizio, dei meccanismi di finanziamento, dell'assetto del mercato o delle regole di copertura delle perdite possono incidere sugli indici utilizzati per distinguere l'impresa pubblica dall'organismo di diritto pubblico.

## **9. Il successivo riscontro giurisprudenziale: Consiglio di Stato n. 3346/2026 su RFI**

La centralità del criterio gestionale è stata confermata, in un diverso contesto, dalla successiva sentenza del Consiglio di Stato, Sezione IV, 29 aprile 2026, n. 3346, relativa a Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. In quel caso il giudice amministrativo ha qualificato RFI come impresa pubblica e non come organismo di diritto pubblico, valorizzando l'operatività secondo logiche di mercato, l'assunzione del rischio di impresa e il perseguimento di obiettivi di efficienza economica.

Il confronto tra le due decisioni è utile perché mostra che la partecipazione pubblica, l'importanza generale del servizio e persino l'attribuzione di poteri funzionali alla realizzazione di opere pubbliche non determinano automaticamente la medesima qualificazione. ATM e RFI sono state ricondotte a categorie differenti in ragione delle condizioni concrete nelle quali l'attività viene esercitata.

Si conferma così che il confine tra le due figure non passa attraverso la forma societaria né attraverso una generica nozione di servizio pubblico. Il dato discriminante è il modo in cui l'attività viene svolta e, in particolare, la misura nella quale il soggetto resta sottoposto alle ordinarie pressioni economiche del mercato e sopporta il rischio delle proprie scelte.

## **10. Considerazioni conclusive**

La sentenza n. 1876/2026 offre una ricostruzione utile per l'applicazione del d.lgs. n. 36/2023. Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica condividono la presenza di una significativa influenza pubblica, ma non sono figure sovrapponibili. Per l'organismo di diritto pubblico occorre anche che le esigenze di interesse generale siano soddisfatte attraverso un'attività priva di carattere industriale o commerciale.

La verifica di tale requisito deve essere condotta sulle modalità effettive della gestione. L'esistenza di un mercato, la finalità di interesse generale, la forma societaria e il finanziamento pubblico sono elementi da valutare nel loro insieme. Un ruolo particolarmente significativo è assunto dall'esposizione al rischio di impresa e dalla presenza di meccanismi pubblici che garantiscano la copertura dei costi o il ripianamento delle perdite.

Sul piano degli affidamenti, la distinzione resta essenziale. La mera impresa pubblica operante nei settori speciali è tenuta all'applicazione del relativo regime per i contratti funzionalmente strumentali a tali attività; l'organismo di diritto pubblico, in quanto amministrazione aggiudicatrice, rimane invece soggetto all'evidenza pubblica anche quando il contratto non sia riconducibile al settore speciale. La corretta qualificazione del soggetto costituisce pertanto il primo passaggio dell'istruttoria sulla disciplina applicabile al singolo contratto.

## Riferimenti normativi, giurisprudenziali e documentali

- [D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 – Codice dei contratti pubblici: Allegato I.1, art. 1, comma 1, lett. e\) e f\); art. 141, comma 2; artt. 146-152](#)
- [Direttiva 2014/24/UE – Appalti pubblici, art. 2, par. 1, n. 4](#)
- [Direttiva 2014/25/UE – Settori speciali, artt. 3 e 4](#)
- [Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 marzo 2026, n. 1876 – Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica](#)
- [Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 aprile 2026, n. 3346 – Qualificazione di RFI S.p.A.](#)
- [Corte di giustizia CE, 15 gennaio 1998, C-44/96 – Mannesmann](#)
- [Corte di giustizia CE, 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99 – Fiera di Milano](#)
- [Corte di giustizia CE, 22 maggio 2003, C-18/01 – Taitotalo](#)
- [Corte di giustizia UE, 5 ottobre 2017, C-567/15 – LitSpecMet](#)
- [Corte di giustizia UE, 28 ottobre 2020, C-521/18 – Pegaso Srl Servizi Fiduciari e altri / Poste Tutela S.p.A.](#)
- [Giustizia Amministrativa – «Sulla nozione di organismo di diritto pubblico», focus relativo a Cons. Stato n. 1876/2026](#)
- Stefano Muccioli, «Il criterio distintivo tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica: la Sentenza ATM e la “svolta gestionale” codificata», 24 marzo 2026.

\*\*\*\* \*  
\*\*\*\* \*  
\*\*\*\* \*

-----  
Unindustria/ Area MFA/ Ufficio Affari Legali e Appalti  
Luglio 2026