

Politecnico di Milano
Dipartimento di Architettura e Studi Urbani



MASTER UNIVERSITARIO DI II LIVELLO
“APPALTI E CONTRATTI PUBBLICI (MAC)”
A.A. 2020-2021

**Le regole delle imprese pubbliche negli
appalti tra vincoli e autonomia**

Relatore

Prof. Avv. Domenico Ielo

Tesi Master

Dott. Andrea Mattonelli

A Matilde

Indice

I.	La tutela della concorrenza e l'impresa pubblica.....	9
1.	Il principio di concorrenza	9
2.	Concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato	15
3.	La nozione di impresa pubblica	21
4.	Le differenze tra l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico	32
II.	La disciplina degli appalti: i settori speciali.....	45
1.	Genesi ed evoluzione dei settori speciali	45
2.	L'ambito di applicazione della normativa per i settori speciali	57
3.	La disciplina degli appalti nei settori speciali	65
4.	La natura del regolamento interno per gli appalti sotto soglia.....	75
III.	Le imprese pubbliche e gli appalti estranei.....	87
1.	Gli appalti estranei ai settori speciali	87
2.	I criteri giurisprudenziali di qualificazione degli appalti estranei.....	95
3.	Le regole per gli affidamenti dei contratti estranei	104
	Bibliografia	115

Introduzione

Il fenomeno dell'impresa pubblica ha avuto nel nostro ordinamento giuridico e nel sistema economico italiano un rilievo molto particolare, sviluppandosi secondo una pluralità di scopi, dalla necessità di mantenere nell'orbita pubblica la gestione di alcuni servizi, alla volontà di direzione pubblica di un settore economico, alla necessità di rimediare ai fallimenti del mercato o a congiunture economico-finanziarie particolarmente negative.

Lo stesso formarsi della nozione di impresa pubblica, inoltre, è stato fortemente influenzato dall'affermarsi del principio di concorrenza e dalle politiche di liberalizzazione attuate nel nostro Paese a partire dagli anni '90 del secolo scorso.

Non è infatti possibile comprendere adeguatamente l'evoluzione dell'impresa pubblica nel nostro Paese, senza adottare un punto di osservazione che consenta di cogliere il legame con il progressivo superamento dei monopoli legali e le esigenze di regolazione dei monopoli naturali, prestando una particolare attenzione al mercato dei servizi pubblici caratterizzati dalla gestione delle reti o dallo sfruttamento di specifiche aree geografiche.

Le imprese pubbliche si sono affermate proprio come un modello, più propriamente il modello organizzativo classico per la gestione di servizi pubblici, attraverso operatori esterni alla Pubblica amministrazione, ma con obblighi di servizio imposti dai pubblici poteri, che provvedono così all'esercizio di funzioni pubbliche di regolazione piuttosto che alla gestione diretta dei servizi.

Un altro punto di osservazione privilegiato è quello del legislatore comunitario, il quale, spinto dall'esigenza di tutelare la concorrenza e di garantire le libertà fondamentali connesse all'integrazione europea, si è gradualmente interessato alle imprese pubbliche operanti in settori economici caratterizzati da specifiche peculiarità.

In origine, infatti, vi erano alcuni settori economici e produttivi che si caratterizzavano per la presenza di monopoli, naturali e legali, o anche solo di fatto, con il riconoscimento agli operatori di diritti speciali o esclusivi ad operare in tali settori, ma anche per la consistente presenza dello Stato e degli enti pubblici, come mano fin troppo visibile nei mercati in cui hanno trovato spazio i servizi pubblici, in modo particolare quelli che necessitavano dell'utilizzo delle reti o dello sfruttamento di aree geografiche, in alcuni casi con una forte caratterizzazione tecnologica.

Il legislatore comunitario, attraverso il coordinamento e l'armonizzazione delle normative degli Stati membri sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici, dopo una prima fase in cui ha considerato questi settori economici come settori che andavano «esclusi» dalla disciplina comunitaria degli appalti pubblici, con la previsione di un regime derogatorio, è giunto, per effetto dei processi di liberalizzazione, a mutare approccio definendo una disciplina degli appalti caratterizzata da specialità e dando vita appunto a quelli che sono stati definiti «settori speciali», per differenziarli dai cosiddetti «settori ordinari» in cui opera tradizionalmente la pubblica amministrazione.

Il presente lavoro si occupa pertanto di rappresentare ed analizzare il sistema di regole nel quale l'impresa pubblica opera quando ha necessità di affidare contratti per acquisire lavori, forniture e servizi necessari allo svolgimento della propria missione istituzionale. Un sistema di regole che assume una fisionomia tutta particolare, tra vincoli ed autonomia, allo scopo di coniugare la tutela della concorrenza con il rispetto della natura dei settori speciali e le esigenze di maggiore efficienza tipiche delle imprese pubbliche. Le imprese pubbliche, infatti, operano in normali condizioni di mercato, perseguendo uno scopo di lucro e sostenendo direttamente le perdite eventualmente derivanti dalla propria attività, senza gravare sugli enti pubblici.

Nella prima parte della trattazione, si è ritenuto utile partire dalla definizione della nozione di concorrenza, perché ritenuta la più adeguata a far comprendere tanto la disciplina degli appalti pubblici nel nostro ordinamento, quanto le logiche stesse che motivano il particolare statuto dell'impresa pubblica. Come si evince dalla stessa giurisprudenza costituzionale, infatti, la nozione comunitaria di concorrenza che viene in rilievo quando la si applica al settore degli appalti pubblici, è la cosiddetta concorrenza "per il mercato", che impone di scegliere il contraente della pubblica amministrazione mediante procedure in grado di assicurare il rispetto principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. A tale nozione di concorrenza, si affianca, in modo particolare nel settore dei servizi pubblici a rete, l'esigenza di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel mercato", attraverso la liberalizzazione dei mercati.

Il principio di concorrenza è stato qui utilizzato per ricostruire la vicenda storica e istituzionale dell'impresa pubblica, dagli albori dell'esperienza, che risalgono alla fine del XIX° secolo, fino alla recente riforma che ha portato al «Testo unico in

materia di società a partecipazione pubblica», adottato con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, per poi soffermarsi sulla distinzione tra l'impresa pubblica e un'altra figura di rilievo nel panorama del diritto pubblico dell'economia, l'organismo di diritto pubblico.

Una distinzione, quella tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico, a cui è stato dedicato uno spazio rilevante, in quanto di impatto sul sistema delle regole. Mentre, infatti, l'impresa pubblica è obbligata ad approvvigionarsi mediante procedure ad evidenza pubblica soltanto quando opera nei cosiddetti settori speciali – ossia erogazione di servizi pubblici connessi a gas ed energia termica, elettricità, acqua, trasporti, porti e aeroporti, poste, estrazione di gas, prospezione o estrazione di carbone o altri combustibili solidi –, potendo agire al di fuori di essi come una qualsiasi azienda privata, l'organismo di diritto pubblico, viceversa, è soggetto all'obbligo di gara per tutti gli appalti necessari allo svolgimento delle sue attività, anche nei casi in cui tali forniture non abbiano alcun nesso di strumentalità con il servizio pubblico da esso svolto nei «settori speciali». Il rischio di sovrapposizione tra l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico è apparso consistente, soprattutto laddove si adotti come criterio interpretativo l'associazione necessaria tra servizio pubblico e organismo di diritto pubblico, con la conseguenza di annullare la stessa ragion d'essere dell'impresa pubblica, dal momento che essa opera soprattutto nel campo dei servizi pubblici, e di estendere in concreto l'applicazione di modelli pubblicistici anche ad imprese che devono competere sul mercato.

Nella seconda parte del lavoro, l'indagine si è concentrata sulle origini e sullo sviluppo dei cosiddetti settori «esclusi», divenuti poi «speciali», con un'attenzione particolare ai processi di liberalizzazione, che hanno accompagnato l'esigenza delle istituzioni comunitarie di coordinare e armonizzare anche le procedure di appalto degli enti erogatori di servizi rientranti in tali settori, con un mutamento di approccio, in quanto da una disciplina di tipo derogatorio, tipica dei settori esclusi, si è giunti ad una disciplina per l'appunto “speciale” di questi settori.

Ricostruita la genesi e l'evoluzione dei settori speciali, di pari passo con il mutare dell'assetto dei mercati degli Stati membri e con i processi di liberalizzazione da essi sviluppati, il lavoro è entrato nel merito dei caratteri e della specificità della disciplina in materia di appalti pubblici applicabile alle imprese pubbliche che operano nei settori speciali. La disciplina approntata per i settori speciali dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), in recepimento della direttiva

2014/25/UE, si caratterizza infatti per una maggiore flessibilità rispetto a quanto disposto per gli affidamenti nei cosiddetti settori ordinari.

Nell'analisi condotta è emerso come questa scelta sia del tutto coerente con la circostanza che l'impresa pubblica opera in mercati concorrenziali e pertanto non potrebbe tollerare di dover sottostare in tutte le sue attività di approvvigionamento a regole più severe e gravose dei competitori privati. I settori speciali, del resto, sono apparsi caratterizzati anche da un elevato contenuto tecnologico e da forti esigenze di innovazione, aspetti che esigono per loro stessa natura la possibilità di utilizzare procedimenti flessibili e adatti ad un contesto competitivo.

Flessibilità della disciplina che trova una espressione specifica nella possibilità, prevista dal Codice dei contratti pubblici (art. 36, comma 8) per le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, di definire la disciplina delle procedure di affidamento e dell'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, mediante propri regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza. Si tratta, come è evidente, di un elemento di notevole flessibilità per le imprese pubbliche operanti nei settori speciali, che viceversa non si applica agli organismi di diritto pubblico, i quali, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, devono applicare la disciplina dettata dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici.

L'analisi si è soffermata sulla natura giuridica di tale regolamento, la cui definizione presenta tratti di consistente difficoltà, come emerge anche dalla ricostruzione delle posizioni assunte dalla dottrina, in cui alla tesi di chi ritiene che si tratti di un atto aziendale privatistico, paragonabile ad una classica procedura interna all'ente, o, al più, di un caso di esercizio privato di attività amministrativa, si collocano letture diverse, favorevoli a ritenere il regolamento come espressione di un'autonomia normativa attribuita dalla legge, con una rilevanza pubblicistica più o meno limitata.

Nell'ultima parte, il lavoro ha tentato di completare il quadro relativo al regime giuridico in cui l'impresa pubblica si trova ad operare, analizzando i criteri elaborati dalla giurisprudenza per distinguere le fattispecie in cui essa affida contratti che sono «strumentali» agli scopi istituzionali del suo *core business* nell'ambito dei settori speciali in cui opera, dalle situazioni in cui, diversamente, stipula contratti in ambiti estranei ai settori speciali. Le imprese pubbliche, infatti, nel momento in cui decidono di affidare contratti per forniture, servizi e lavori cosiddetti «estranei» ai

settori speciali, non applicano la normativa degli appalti pubblici, né, in termini generali, la normativa di diritto pubblico, ma rientrano piuttosto nell'alveo del diritto privato. Questo perché l'impresa pubblica in tali ambiti è sottoposta alle regole della concorrenza, assumendo in proprio i rischi dell'attività svolta secondo criteri economici imposti dalle normali regole del mercato, la cui inosservanza è già «sanzionata» dal mercato, e pertanto non vi è necessità che sia la norma ad imporre modalità particolari del processo di formazione contrattuale.

I. La tutela della concorrenza e l'impresa pubblica

1. Il principio di concorrenza

Nella esposizione del presente lavoro, si ritiene utile partire dalla ricerca di una chiave di lettura che consenta di comprendere gli argomenti trattati ponendo l'analisi giuridica su un piano di sufficiente concretezza.

L'elemento che ci proponiamo di utilizzare a questo scopo è la nozione di concorrenza, perché ci appare quella più capace di facilitare l'analisi tanto della disciplina degli appalti pubblici nel nostro ordinamento, quanto delle logiche che motivano il particolare statuto dell'impresa pubblica quale committente di lavori, servizi e forniture.

Un concetto, quello di concorrenza, che nasce con l'affermarsi dell'autonomia scientifica dell'economia politica, ed è strettamente connesso, da un lato, con l'idea di libera iniziativa economica di individui che operano nel mercato in modo razionale per massimizzare la propria soddisfazione, e, dall'altro, con il tema delle regole della competizione economica tra gli individui.

«La concorrenza» - sostiene Natalino Irti - «è un istituto giuridico» e il parlarne rimanda non tanto a categorie naturali, quanto piuttosto a statuti giuridici, frutto di decisioni di politica economica¹. Secondo questa linea di pensiero, non si discuterebbe tanto di un principio e di un metodo dati in modo immutabile, in quanto connessi alla natura degli uomini e delle cose, ma piuttosto di regole che variano nel tempo e nello spazio.

Non vi sarebbe, pertanto, un unico regime di concorrenza, ma tanti regimi quanti sono gli statuti giuridici esistenti nei diversi contesti di luogo e di tempo. Inoltre, nella stessa definizione dei regimi giuridici di concorrenza occorre tenere in considerazione il fatto che i mercati, luoghi naturali della competizione economica, appaiono quanto mai inclini «all'autoregolazione giuridica», tanto da poter essere «considerati ordinamenti tendenzialmente «spontanei», come sostiene von Hayek, e, come tali, interpretabili in chiave evoluzionista: ciò significa che essi reagiscono in maniera adattiva ai comandi formali»².

¹ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009, pp. 135 ss..

² M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, pp. 83-84. L'Autrice precisa ancor meglio il punto sottolineando come i comandi formali «saranno tanto più efficaci quanto più potranno combinarsi positivamente con i messaggi e le indicazioni informali che incontreranno nello specifico contesto. Al contrario, quando i messaggi giuridici formali si scontrano con «le regole del gioco» informali, essi andranno incontro all'inefficacia».

Si aggiunga a quanto detto che le stesse culture economiche che animano i mercati possono essere più o meno coerenti con gli statuti giuridici formali, tanto che «le regole che si diffondono sul mercato sono [...] soggette a [...] creare ordinamenti di fatto, non necessariamente di carattere legale: basti pensare alle cosiddette «economie nere» che sono veri e propri tessuti connettivi di comportamenti illegali»³.

Muovendo da questi assunti e cercando di contestualizzare la nostra riflessione proprio a partire dall'ordinamento giuridico italiano, dobbiamo prendere atto del fatto che la Costituzione del 1948 non conteneva riferimenti espliciti e diretti alla concorrenza, come metodo di regolazione della competizione nei mercati.

L'art. 41, comma 1, Cost., con l'affermare che «L'iniziativa economica privata è libera», non è stato ritenuto esaustivo nel definire un principio applicabile alla regolazione delle relazioni orizzontali tra gli operatori economici, ma solo capace di offrire garanzie al singolo individuo nei confronti dello Stato e della sua autorità⁴.

Una prima forma di disciplina esplicita, seppure in qualche modo indiretta, nel nostro ordinamento, si può rinvenire nel Codice civile, che, già nella sua versione originaria, con l'art. 2595 si occupava di definire limiti legali e contrattuali alla concorrenza e di sanzionare la concorrenza sleale, avendo però come principale preoccupazione quella di assicurare che la concorrenza si svolgesse «in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale», nel rispetto della legge e delle norme corporative.

Degna di notazione, per quanto diremo nel prosieguo del presente lavoro, è la disposizione posta dall'art. 2597 Cod. civ., che, a proposito dei monopoli legali, statuisce che «Chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento».

³ M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 83.

⁴ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 137-138. Per l'Autore, «La libertà di iniziativa economica esprime una dimensione verticale, e non orizzontale; designa la garanzia di un agire individuale, non la disciplina di relazioni tra soggetti economici. Né vale replicare che, spettando la libertà di iniziativa economica a tutti i privati, e, dunque, incombendo su ciascuno di loro l'obbligo di non interferire nella libertà altrui, codesta rete di doveri negativi sarebbe un regime di concorrenza. Fragile argomento, non tanto per il carattere negativo, quanto perché le pari ed eguali libertà si pongono, a guisa di elementi di una raggiera, l'una accanto all'altra, e non l'una contro l'altra. La verità è che l'economia di mercato e il principio di concorrenza rimasero estranei alla cultura dominante nell'Assemblea Costituente».

Il legislatore nazionale attende alcuni decenni prima di adottare «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato», attraverso la legge 10 ottobre 1990, n. 287, con la quale intende dare attuazione all'articolo 41 della Costituzione, a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, rispetto alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese, e provvedere all'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Con la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione, avvenuta mediante la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, il legislatore è invece intervenuto sul riparto per materia della potestà legislativa, riservando allo Stato, tramite l'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., la potestà esclusiva a legiferare sulla tutela della concorrenza. Tale novità, che è collocata nella parte seconda della Costituzione relativa all'Ordinamento della Repubblica, è stata interpretata, oltre che come norma di competenza, anche come norma di principio, «come disposizione cioè che, nell'attribuire allo Stato una potestà legislativa esclusiva, ha costituzionalizzato il principio oggettivo di libera concorrenza, principio oggi desunto per lo più in modo indiretto dall'art. 41 Cost., e peraltro non in modo del tutto pacifico»⁵.

Ciò che dobbiamo ricordare, a questo punto della nostra riflessione, è che il principio di competizione si afferma nel nostro ordinamento grazie all'influenza esercitata dai trattati dell'Unione Europea.

La tutela della concorrenza ha rappresentato infatti un elemento essenziale dell'integrazione europea, con una pluralità di scopi: assicurare la libertà di circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali; consentire alle imprese di competere a parità di condizioni sui mercati di tutti gli Stati membri; tutelare i consumatori dei prodotti e dei servizi offerti sul mercato.

⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, Studi e ricerche, Roma, 2011, p. 6. Cfr., su tale specifico profilo, R. Bifulco, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte Costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, 4-5, pp. 793 ss., come anche A. Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2009, pp. 194 ss.. Occorre tuttavia dare conto anche della posizione di chi, in dottrina, ritiene che negli orientamenti legislativi e giurisprudenziali finalizzati al riconoscimento del principio di concorrenza vi sia «l'idea che la conformazione del sistema economico ai canoni dell'economia di concorrenza realizzi un principio del diritto europeo, del quale restano peraltro indefinite le basi normative e la portata precettiva» (F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, 1-2, 2013, pp. 15-52). Secondo tale orientamento, vi sarebbe nella legislazione recente la tendenza pervasiva a voler tradurre il principio di concorrenza in una nozione di "concorrenza obiettivo", che però non avrebbe contenuti giuridici precisi, mettendo in dubbio anche la sua effettiva costituzionalizzazione.

La stessa giurisprudenza costituzionale, in più occasioni, ha riconosciuto che la nozione di concorrenza accolta nel nostro ordinamento coincide con quella dell'Unione Europea⁶.

In particolare, la sentenza della Corte Costituzionale n. 14 del 2004 afferma che «Dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza». Con la stessa sentenza, tra l'altro, si ha un ampliamento di portata della competenza legislativa esclusiva dello Stato a tutela della concorrenza, laddove, secondo il Giudice delle leggi, l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., intende la tutela della concorrenza come «una delle leve della politica economica statale», che «non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»⁷.

La giurisprudenza successiva della Corte Costituzionale ha confermato costantemente questa lettura della derivazione della disciplina della concorrenza nel nostro ordinamento dagli orientamenti dell'ordinamento comunitario⁸.

Focalizzando quindi l'attenzione sullo spazio che il principio di concorrenza ha avuto ed ha nell'ordinamento comunitario, dobbiamo ricordare che, al tempo del Trattato di Roma del 25 marzo 1957⁹, la maggior parte degli Stati membri aveva già

⁶ Cfr., ad esempio, Corte Cost. 18 dicembre 2003 – 13 gennaio 2004, n. 14; Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401; Corte Cost. 12 febbraio 2010, n. 45; Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 200; Corte Cost. 11 dicembre 2012, n. 291; Corte Cost. 20 aprile 2018, n. 83.

⁷ In senso critico sull'estensione della portata della competenza legislativa esclusiva dello Stato a tutela della concorrenza, si veda, tra gli altri, L. Casseti (2004), *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 5, ma anche R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione (nota a Corte Cost., n. 14/2004)*, in *Le Regioni*, 4, 2004; F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, n. 4/2004; P. Giarda, *Concorrenza, competenze regionali e politica economica nella sentenza n. 14/2004 della Corte Costituzionale*, Relazione presentata alla 45° Riunione Scientifica Annuale della Società Italiana degli Economisti Università di Bologna, 22 ottobre 2004.

⁸ Cfr., ancora, Corte Cost. sent. n. 14 del 2004, sent. n. 401 del 2007, sent. n. 45 del 2010, sent. n. 200 del 2012, sent. n. 291 del 2012, sent. n. 83 del 2018.

⁹ Con il Trattato di Roma del 25 marzo 1957, fu istituita la Comunità Economica Europea (CEE). Il Trattato fu stipulato dai cosiddetti sei paesi fondatori: Italia, Francia, Repubblica Federale di Germania, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo. Nella stessa data, con altro trattato, fu costituita la Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEEa o Euratom). I Trattati di Roma entrarono in vigore il 1° gennaio 1958. La CEE e la CEEa venivano così ad aggiungersi alla Comunità Europea del

una politica per la concorrenza, ma le discipline erano caratterizzate da profonde differenze, soprattutto per quanto attiene alle modalità e alla intensità del controllo. La creazione di un'area economica omogenea non aveva certamente come scopo quello di promuovere la mera coesistenza di varie discipline nazionali della concorrenza, ma le differenze tra le legislazioni nazionali erano troppo rilevanti per poter affermare una normativa comunitaria uniforme. Si è dovuto pertanto far sì che le politiche di concorrenza nazionali e comunitarie potessero convivere.

Lo scopo principale della disciplina dell'Unione Europea in materia di concorrenza, del resto, è assicurare il corretto funzionamento del mercato interno, per la promozione del benessere dei cittadini, delle imprese e della società nel suo complesso. Ed è proprio a tal fine che il trattato sul funzionamento dell'Unione Europea¹⁰ (TFUE) stabilisce norme volte a prevenire restrizioni e distorsioni della concorrenza nel mercato interno.

In particolare, in base all'art. 3 del TFUE, la «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno» costituisce competenza esclusiva dell'Unione Europea. Inoltre, il Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza contempla un mercato interno che sia comprensivo di «un sistema che assicuri che la concorrenza non sia falsata».

La disciplina di riferimento prevede, in particolare: il divieto generale di accordi restrittivi della concorrenza (art. 101, TFUE); il divieto dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato (art. 102, TFUE); il divieto di concedere aiuti

Carbone e dell'Acciaio (CECA), creata con il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951, e formavano le cosiddette Comunità Europee. A partire dal 1992, con l'evoluzione verso obiettivi sempre politici, ed economici, oltre che con l'ampliamento delle competenze, la Comunità Economica Europea ha finito per l'assumere la nuova denominazione di Comunità Europea (CE), formalmente adottata con il Trattato di Maastricht sottoscritto il 7 febbraio 1992. Contestualmente, lo stesso Trattato istituiva l'Unione Europea (UE), inizialmente concepita come un meccanismo di cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri, per il coordinamento delle politiche relative agli affari esteri e per la cooperazione nella giustizia e negli affari interni, materie non comprese – a quella data – nella competenza delle istituzioni comunitarie. Con il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 e composto dal Trattato dell'Unione europea (TUE) e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), si assiste ad una configurazione dell'Unione Europea come organizzazione internazionale in senso proprio, con una estensione dei poteri legislativi del Parlamento a oltre 40 nuovi settori, tra cui l'agricoltura, la sicurezza energetica, l'immigrazione, la giustizia e i fondi dell'Unione. Il Trattato, inoltre, ha posto il Parlamento su un piano di parità con il Consiglio, che rappresenta i governi degli Stati membri. Il Parlamento ha anche ottenuto il potere di approvare l'intero bilancio dell'UE assieme al Consiglio. Si vedano sull'argomento i siti istituzionali dell'Unione Europea, tra cui: www.europarl.europa.eu e www.eur-lex.europa.eu.

¹⁰Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), da ultimo modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13/12/2007, è stato sviluppato a partire dal trattato che ha istituito la Comunità europea.

di Stato (art. 107, TFUE); la procedura di controllo delle concentrazioni (ai sensi del regolamento (CE) n. 139 del 2004).

Senza dubbio - dobbiamo aggiungere -, uno degli ambiti nei quali il principio di concorrenza di derivazione comunitaria ha inciso in maniera più evidente è stato proprio quello dei contratti pubblici, anche per il suo ruolo strumentale, «derivante dalla capacità delle pubbliche amministrazioni di perseguire attraverso la propria attività negoziale gli obiettivi delle politiche macro economiche europee»¹¹.

Nel corso degli anni si è quindi assistito ad un'evoluzione del sistema della contrattualistica pubblica nel diritto europeo, che, inizialmente orientato verso l'eminente tutela dell'interesse della amministrazione pubblica ad ottenere prestazioni al prezzo più basso, secondo obiettivi di carattere essenzialmente economico, si apre progressivamente, con le direttive appalti del 2004¹², ad obiettivi di tutela della libera circolazione e della concorrenza, come anche ad una valutazione delle offerte secondo criteri ambientali e sociali¹³. Ma è con le direttive appalti del 2014¹⁴ che si assiste al modellarsi del sistema europeo dei contratti pubblici secondo una visione multipolare, che unisce alla tutela dell'amministrazione pubblica e della concorrenza, una maggiore attenzione all'efficienza contrattuale, alla tutela dell'ambiente, dei lavoratori e delle piccole e medie imprese, in linea con le politiche macroeconomiche europee¹⁵.

¹¹ M. Cozzio, *L'evoluzione del diritto dei contratti pubblici: le fonti europee ed il rapporto con le fonti nazionali. II - Il diritto europeo dei contratti pubblici*, Dispensa del Master Appalti e contratti pubblici presso il Dipartimento di Architettura e Studi urbani del Politecnico di Milano, XII edizione, 2020-2021.

¹² Si tratta delle seguenti direttive: Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali; Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

¹³ Il Considerando 5 della Direttiva 2004/18/CE prevede che «Conformemente all'articolo 6 del trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3 del trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo».

¹⁴ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

¹⁵ M. Cozzio, *L'evoluzione del diritto dei contratti pubblici: le fonti europee ed il rapporto con le fonti nazionali. II - Il diritto europeo dei contratti pubblici*, cit..

2. Concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato

L'esigenza di realizzazione il mercato unico ha portato sia il legislatore comunitario che la Corte di giustizia europea a prestare particolare attenzione alla regolamentazione dei contratti pubblici, mettendo a punto «idonei strumenti di protezione a garanzia dell'interesse degli operatori economici a che l'accesso alle pubbliche commesse avvenga nel rispetto della par condicio, ovvero dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli stessi»¹⁶.

La regolamentazione dei contratti pubblici è infatti fortemente influenzata dal principio di concorrenza, ma per comprendere in modo efficace quanto e come tale principio operi in questa materia, come fattore determinante per la realizzazione del mercato unico europeo, occorre muovere da alcune riflessioni che legano la concorrenza al ruolo dello Stato rispetto al mercato e al tema molto complesso degli affidamenti dei servizi pubblici.

Come si evince dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 2007, infatti, la nozione comunitaria di concorrenza che viene in rilievo immediato e diretto quando la si applica al settore degli appalti pubblici e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., può essere anche definita come concorrenza "per il mercato", perché impone che il contraente della pubblica amministrazione sia scelto mediante procedure in grado di assicurare il rispetto dei valori comunitari, ma anche costituzionali, espressi dai principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Tale nozione di concorrenza, però, non esclude affatto che, in special modo nel settore dei servizi pubblici a rete¹⁷, non possa emergere anche l'esigenza di assicurare la cosiddetta

¹⁶ E. Buranello, *Le gare di appalto e la concorrenza*, in *Appalti Pubblici. Il codice dei contratti pubblici. – Lo stato dell'arte a due anni dall'entrata in vigore delle nuove regole*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, 1, Milano, 2018, p. 98.

¹⁷ I servizi pubblici a rete si caratterizzano per il fatto che l'erogazione del servizio richiede la preventiva realizzazione, gestione, messa a disposizione e alimentazione di una infrastruttura che è essenziale per il servizio. Si pensi all'energia elettrica, al gas, all'acqua, ai trasporti, al servizio postale. In particolare, «la gestione della rete è un'attività posta a monte rispetto all'erogazione del servizio. Il concetto di "gestione della rete" può assumere, a sua volta, un duplice e concorrente significato. Anzitutto, quello di mero strumento di erogazione del servizio. Ove, infatti, la figura dell'erogatore e quella del gestore coincidano, l'utilizzazione della rete è un'attività strumentale all'erogazione del servizio. Nei casi in cui, invece, la figura del gestore della rete e quella dell'erogatore del servizio non coincidano, il concetto di gestione della rete coincide con quello di utilizzazione economica delle infrastrutture. In altri termini, il gestore trae un utile economico dall'utilizzazione che altri fanno della rete» (D. Ielo, A. Battaglia e M. Colonna, *I settori energetici*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, 4, Milano, 2018, pp. 71 ss.). Si veda, sul punto, l'art 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 («Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»), sulla gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Nel modello

concorrenza "nel mercato", attraverso la liberalizzazione dei mercati, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi in determinate situazioni alle imprese¹⁸.

Con la sentenza n. 83 del 2018, la stessa Corte Costituzionale, nel confermare tale orientamento, ha ribadito che la tutela e la promozione della concorrenza comprende sia le misure volte ad eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza "nel mercato"), sia quelle finalizzate a definire procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza "per il mercato").

I due significati di concorrenza – "nel mercato" e "per il mercato" –, che appaiono distinti ma complementari, sono quindi di fondamentale importanza nella disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni.

La promozione della concorrenza "nel mercato" è funzionale ad assicurare che il comportamento degli operatori economici sia determinato nel suo svolgersi «solo dall'azione reciproca della domanda e dell'offerta, secondo il rispettivo grado di elasticità; senza stimolazioni artificiali da parte dei pubblici poteri», ponendo in tal modo alla nostra attenzione il tema delle liberalizzazioni, quale politica economica volta ad assicurare che l'azione dei pubblici poteri non alteri l'equilibrio del mercato, limitandosi se possibile «soltanto al rilascio di atti pubblici di carattere permissivo (e

delineato dal legislatore, gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici, salva la facoltà per gli stessi enti, anche in forma associata, e sempre che non sia vietato dalle specifiche normative di settore, di conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione degli incaricati della gestione del servizio oppure, se è prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima. Qualora poi sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: a) di soggetti, costituiti allo scopo nella forma di società con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, purché vi sia da parte degli stessi enti pubblici partecipanti un controllo analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi e che tale società realizzi la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici controllanti; b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica.

¹⁸ In base all'art. 114, comma 3 del d.lgs. 50 del 2016, sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare ad uno o più soggetti l'esercizio di determinate attività (le attività proprie dei cd. settori speciali di cui agli artt. da 115 a 121 del d.lgs. n. 50 del 2016) e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitarle. Non costituiscono diritti speciali o esclusivi quei diritti concessi mediante una procedura svolta secondo criteri oggettivi e in seguito ad un'adeguata pubblicità.

non costitutivo del diritto di intraprendere quella attività)»¹⁹. Ciò significa che in un regime effettivamente concorrenziale, l'accesso al mercato dovrebbe essere libero o comunque condizionato al solo rilascio di atti a carattere permissivo all'esercizio dell'attività economica sulla base di determinati requisiti, evitando discriminazioni.

Si deve anche aggiungere però che, in presenza di mercati non ancora liberalizzati, il numero degli operatori presenti potrebbero essere ancora limitato, o comunque non tale da consentire, potenzialmente, l'operare di "tutti" i soggetti interessati. In tale caso, la pubblica amministrazione deve scegliere gli operatori economici cui affidare l'erogazione di un determinato servizio pubblico, utilizzando procedure di garanzia. I servizi pubblici locali, infatti, ha ricordato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, «costituiscono servizi economici offerti all'utenza in regime di monopolio: per questo è necessario che venga assicurato, nella forma più ampia possibile, il ricorso al mercato attraverso procedure competitive in grado di selezionare chi può offrire il servizio migliore al minor costo»²⁰.

Può anche verificarsi il caso che la concorrenza, nel suo concreto esplicarsi in un determinato settore, non riesca ad offrire adeguate garanzie che un servizio di carattere universale prestato, ad esempio, dalle cosiddette "industrie di rete" – pensiamo alle telecomunicazioni, all'elettricità, ai servizi postali – sia in grado di soddisfare pienamente i bisogni di tutti gli utenti e i consumatori finali, secondo un livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica e ad un prezzo accessibile²¹. Ed è proprio per correggere questa possibile distorsione degli effetti della concorrenza che lo Stato interviene per regolare il funzionamento del mercato, imponendo l'applicazione dei cd. "obblighi di servizio", che garantiscano il corretto,

¹⁹ D. Ielo, *Gli appalti esentati e la liberalization clause*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 143.

²⁰ Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione (AS 375) del 28 dicembre 2006, recante «*Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità cd. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*».

²¹ Si veda, a proposito del concetto di «servizio universale», il Libro verde sui servizi di interesse generale della Commissione delle Comunità europee del 21 maggio 2003, p. 16, secondo cui «Il concetto stabilisce il diritto di ogni cittadino di accedere a taluni servizi considerati essenziali e impone l'obbligo alle industrie di fornire un servizio definito a condizioni specificate, che includono fra l'altro una copertura territoriale totale. In un ambiente di mercato liberalizzato, un obbligo di servizio universale garantisce ad ognuno l'accesso al servizio ad un prezzo abbordabile e il mantenimento ed eventualmente il miglioramento della qualità dello stesso. Il concetto di "servizio universale" è dinamico. Garantisce che i requisiti di interesse generale tengano conto degli sviluppi politici, sociali, economici e tecnologici e consente, ove necessario, di adeguare periodicamente tali requisiti all'evoluzione delle esigenze collettive dei cittadini».

pieno e continuo accesso ai servizi da parte della collettività, secondo gli standard di qualità predefiniti.

Esistono, infine, anche mercati in cui lo svolgimento dell'attività economica è riservata ad un solo soggetto (c.d. “mercati riservati”), con la conseguente esclusione della legittimazione ad operare di tutti gli altri operatori dello stesso settore. Si tratta di settori in cui viene a mancare la concorrenza “nel mercato”, a causa dall’esistenza di monopoli naturali, in quanto caratterizzati dalla scarsità del bene, ad esempio, per l'impossibilità di “duplicazione” della rete, che deve necessariamente avere un unico gestore, oppure per l’esistenza di monopoli di fatto²².

Come è stato opportunamente osservato, «In ambiti tradizionalmente connotati da monopoli legali e naturali, la mano invisibile ordinatrice degli scambi e conformatrice del mercato non basta. Per questo, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione dei servizi a rete comportano, in una prima fase, non una deregolazione, ma una ri-regolazione. Una ri-regolazione finalizzata a rimediare ai cd. fallimenti del mercato, cioè a dirigere o incoraggiare comportamenti, da parte degli operatori economici, che ben difficilmente si realizzerebbero in assenza di tale intervento»²³.

Occorre tuttavia anche prendere atto che nel contesto dei servizi pubblici locali²⁴, come osservato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

²² Cfr., sul punto, G. Urbano (2012), *La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita*, in *ApertaContrada*, www.apertacontrada.it.

²³ D. Ielo, *Gli appalti esentati e la liberalization clause*, in *Appalti Pubblici. Settori “speciali” – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit, p. 143.

²⁴ Il dibattito sulla nozione di servizio pubblico ha avuto un ulteriore impulso con l’entrata in vigore della legge 8 giugno 1990, n. 142 (Ordinamento delle autonomie locali), il cui art. 22 (poi abrogato e ripreso dall’art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il Testo Unico che ha abrogato e sostituito la l. n. 142 del 1990) costituisce il primo intervento legislativo organico successivo alla disciplina di municipalizzazione dei servizi dettata dalla legge 29 Marzo 1903, n. 103 (Sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni). Cfr. L. Tarantino (2016), *Promozione della concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, in *italiAppalti*, www.italiappalti.it, secondo cui «la norma in questione, pur non dettando una definizione di servizio pubblico, contiene il riferimento al fatto che, da un lato, l’imputazione dell’attività è in capo ad un soggetto pubblico; dall’altro, che le attività in questione debbano essere rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Permangono, quindi, elementi sia tipicamente soggettivi attraverso l’assunzione da parte dell’ente pubblico del servizio sia oggettivi nella misura in cui si evidenzia l’elemento teleologico dell’attività ed i destinatari della stessa. Il diritto europeo, dal canto suo, distingue i SIEG («servizi di interesse economico generale») dai SIG («servizi di interesse generale»): questi ultimi ricomprendono, oltre ai SIEG, anche i servizi che non sono suscettibili di essere gestiti esclusivamente in regime di impresa e che attengono ai bisogni primari del cittadino (quali, ad esempio, scuola, sanità, assistenza sociale).

Nel Libro verde della Commissione europea del 21 maggio 2003, ai paragrafi 16 e 17, si rileva che: «L’espressione “servizi di interesse generale” non è presente nel Trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall’espressione “servizi di interesse economico generale” che invece è utilizzata nel

«tanto la concorrenza nel mercato, quanto quella per il mercato, hanno avuto una rilevanza molto residuale, in ragione sia del controllo economico e politico che gli enti tendono a conservare su tali servizi, sia della presenza preponderante nel settore di società a partecipazione pubblica locale. Tale risultato è dovuto al fatto che tanto più ci si avvicina agli interessi locali tanto più aumentano i rischi di “cattura” del regolatore da parte del gestore. Inoltre, la presenza preponderante nel settore di società a partecipazione pubblica locale ha implicato che le gare, anche laddove sono state indette, hanno visto l’amministrazione giocare un doppio ruolo: quello di banditore e di soggetto partecipante alla competizione, con tutte le conseguenze che ciò può comportare in termini di conflitto di interessi»²⁵.

Sono proprio le problematiche per la concorrenza così evidenziate dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, derivanti dal ruolo delle amministrazioni pubbliche, con i rischi di “cattura” del regolatore da parte del gestore, come anche dalla consistente presenza di società a partecipazione pubblica, che possono aiutarci a comprendere in modo plastico l’importanza che assumono, per l’ordinamento giuridico e per il sistema economico, le società pubbliche, e, in esse, le imprese pubbliche.

Le imprese pubbliche, infatti, anche dopo le liberalizzazioni avviate in Italia negli anni ’90 del secolo scorso, continuano a mantenere una posizione dominante, spesso in virtù dei diritti speciali ed esclusivi che sono loro conferiti. Si è assistito, infatti, al determinarsi nel nostro Paese di un fenomeno noto come «capitalismo municipale»²⁶, che si è affermato in controtendenza rispetto alle politiche di

Trattato. È un’espressione più ampia di “servizi di interesse economico generale” e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico [...].

²⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021, con cui l’Autorità, in adempimento a quanto prescritto dall’articolo 47, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, ha inviato la propria segnalazione al Governo, al fine della predisposizione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza.

²⁶ Si veda sul punto S. Del Gatto, S. Screpanti, D. Agus, *Il capitalismo municipale*, Roma, 2012, ma anche l’interessante ricerca condotta dagli stessi autori su G. Napolitano (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Rapporti IRPA, 1/2012. Nella ricerca IRPA si tratteggiava, già nel 2012, un fenomeno di vaste dimensioni, che, seppure con l’estrema difficoltà della stima a causa delle numerose variabili e della incompletezza dei dati disponibili, indicava un numero di società partecipate che poteva andare in Italia da 3.000 a 6.000. Dal Rapporto ISTAT, *Le partecipate pubbliche in Italia*, del 30 dicembre 2020, emerge che in Italia, nel 2018, le società pubbliche locali, partecipate direttamente da almeno un’amministrazione pubblica regionale o locale o, altrimenti, appartenenti a gruppi con al vertice un ente territoriale, erano 4.240 e impiegavano 415.243 addetti. Anche se in calo dell’1%, il settore Attività professionali, scientifiche e tecniche si riconfermava nel 2018 quello con il maggior numero di partecipate locali (645 con 12.890 addetti). Seguono la fornitura di acqua; rete fognarie, attività di trattamento dei rifiuti e risanamento con 619 imprese partecipate e 80.079 addetti e il trasporto e

privatizzazione e alle spinte comunitarie per l'apertura dei mercati secondo il principio di concorrenza. Un fenomeno che, almeno in parte, può essere interpretato come una conseguenza dei poteri attribuiti, insieme all'elezione diretta, ai sindaci e presidenti di Provincia dalla riforma del 1993 e, successivamente, ai presidenti di Regione.

magazzinaggio, con 443 imprese partecipate e 88.445 addetti. Il settore con una forte crescita di imprese partecipate locali, rispetto al 2017, risultava quello delle attività manifatturiere (47,9% partecipate, 61,9% di addetti). Rispetto al totale delle imprese partecipate, i settori in cui gli enti locali partecipano in misura più rilevante sono l'istruzione (84,8% delle partecipate, 82,2% di addetti) e le altre attività di servizi (83,3% delle imprese partecipate, 92% di addetti).

3. La nozione di impresa pubblica

L'analisi condotta seppure in modo sommario sul ruolo dello Stato e degli enti locali rispetto al mercato e gli accenni al tema dei servizi pubblici, possono essere di aiuto per introdurre la nozione di impresa pubblica.

L'impresa pubblica rientra, infatti, nel più ampio panorama delle esperienze e dei modelli organizzativi che hanno caratterizzato in modo tutto particolare, nel nostro Paese, l'intervento nell'economia da parte dello Stato e delle amministrazioni pubbliche. Un intervento che si è qualificato anche in ragione degli scopi che lo hanno contraddistinto, dalla necessità di mantenere nell'orbita pubblica la gestione di alcuni servizi, alla volontà di direzione pubblica di un settore economico, alla necessità di rimediare ai fallimenti del mercato o a congiunture economico-finanziarie particolarmente negative. Non sono poi mancate finalità particolari, alcune forse non più attuali, come l'acquisizione di "conoscenza" da parte dell'ente pubblico dei costi di produzione, della determinazione dei prezzi e dei cicli economici; il "paragone", che vede la costituzione o la partecipazione ad un'impresa pubblica perché serva da modello di organizzazione aziendale; la "sperimentazione", per lo sviluppo di determinati processi ad elevato contenuto tecnologico²⁷.

In dottrina si sono affermate diverse classificazioni e ricostruzioni storico-giuridiche del fenomeno delle imprese pubbliche in Italia, che ci consentono di individuare quattro tipologie di soggetti riconducibili a questa esperienza: l'impresa-

²⁷ Cfr. sul punto M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1988, p. 227. Sul tema generale delle imprese pubbliche la produzione in dottrina è estremamente vasta. Si ricordano, tra gli altri, M.A. Sandulli, *L'impresa pubblica*, in *Trattato dei Contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, 2019, pp. 459 ss.; A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, Torino, 2018; D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit.; A. Caprara, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli, 2017; A. Massera (2014), *Impresa pubblica*, in *Enc. Giur. Treccani*, www.treccani.it; S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012; M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, in *federalismi.it*, 3, www.federalismi.it; F. Goisis, *Imprese pubbliche*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006; M.A. Sandulli, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, *Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, Milano, 2004; E. Ferrari, *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, *Organismi e imprese pubbliche*, *Servizi pubblici e appalti*, in *Quaderni*, Milano, 2004; C. Lacava, *L'impresa pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2003; P. Bianchi, *Denazionalizzazioni e privatizzazione dell'impresa pubblica in Italia*, in G. Bognetti et al. (a cura di), *Scritti in onore di A. Mortara*, Milano, 1990; S. Valentini, *L'impresa pubblica: lineamenti giuridici*, Milano, 1980; E. Borroni, *L'impresa pubblica*, Milano, 1979; S. Cassese [et al.], *L'impresa pubblica*, Milano, 1977; F. Bortolotti, *L'impresa pubblica nell'economia di mercato: problemi giuridici relativi ai rapporti tra imprese pubbliche e private nel diritto italiano e comunitario*, Rimini, 1971; M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958.

organo, dello Stato o di un ente pubblico; l'impresa-ente pubblico, sia nazionale che locale; l'impresa-società con partecipazione pubblica, presente nel contesto nazionale, ma anche regionale e locale; il gruppo pubblico²⁸.

La prima tipologia di impresa pubblica, «l'impresa pubblico-organo», si presenta come organo, come articolazione con la quale lo Stato o un ente pubblico esercita un'impresa. Già nel XIX° secolo vi erano, infatti, organi e uffici dello Stato o di enti locali che, svolgendo attività di produzione di beni e servizi – come, ad esempio, servizi delle poste, delle ferrovie, fornitura di acqua –, venivano qualificati come «organi amministrativi e tecnici». Si riteneva, riguardo ai servizi prestati da tali organi, che gli atti attraverso i quali gli “utenti” venivano ammessi a usufruirne avessero natura amministrativa e i corrispettivi per essi pagati fossero dei tributi, seppure, già all'epoca, la giurisprudenza iniziasse a considerare tali rapporti come aventi natura commerciale.

Un esempio di tale figura di impresa è stata per lungo tempo la Cassa Depositi e Prestiti, intesa come organo dello Stato, in quanto Direzione generale del Ministero del Tesoro²⁹.

²⁸ Per questa classificazione e la relativa trattazione, si è preso a riferimento quanto ricostruito in E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012, pp. 241 e ss.; ma anche in A. Massera, *Impresa pubblica*, cit., che colloca le diverse tipologie di impresa pubblica in una scansione temporale articolata su diversi periodi. Per un'analisi degli strumenti organizzativi attraverso i quali in Italia lo Stato e gli enti pubblici si sono fatti essi stessi imprenditori, si veda M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., pp. 227 ss.. Per una trattazione dei principi e dei regimi giuridici con i quali si sono organizzate le imprese pubbliche, in un contesto di forte integrazione dell'ordinamento giuridico nazionale con l'ordinamento europeo, si può consultare C. Lacava, *L'impresa pubblica*, cit., pp. 3901 ss..

²⁹ Istituita dal Parlamento del Regno di Sardegna il 18 novembre 1850, dopo il 1861 la Cassa Depositi e Prestiti porta un contributo sostanziale all'unificazione economica. Nel 1875, nascono i Libretti Postali e alla Cassa viene affidato il compito di raccogliere il risparmio postale per destinarlo alla modernizzazione dell'economia. La Cassa Depositi e Prestiti è stata trasformata in ente pubblico economico con la legge 13 maggio 1983, n. 197, prevedendo che ad essa si applicasse la legge sulla contabilità dello Stato. Dopo il riordino compiuto a seguito del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284, si assiste - per effetto del decreto-legge 30 settembre, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 29 novembre 2003, n. 326, e del decreto ministeriale 5 dicembre 2003 - alla trasformazione in società per azioni a totale partecipazione dello Stato, nella quale il servizio di finanziamento degli enti pubblici viene organizzato come gestione separata. Attraverso il decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 26 maggio 2011, n. 75, alla Cassa Depositi e Prestiti sono stati attribuiti compiti di sostegno al sistema economico-finanziario e di salvataggio delle imprese di rilevante interesse nazionale da situazioni di crisi, come anche dall'acquisizione da parte di operatori stranieri. Per quanto concerne la struttura azionaria, attualmente il Ministero dell'Economia e delle Finanze possiede il 70% delle azioni, mentre il restante 30% è in mano ad oltre 60 Fondazioni di origine bancaria, sotto forma di azioni privilegiate. Le due principali attività della Cassa Depositi e Prestiti sono: la gestione separata, che si occupa del finanziamento degli investimenti statali (Stato, Regioni, Province, Comuni e altri Enti pubblici); la gestione ordinaria, che riguarda la distribuzione di fondi per progetti che non rientrano nei requisiti della gestione separata. Per la ricostruzione della storia della Cassa, si vedano: www.cdp.it e www.borsaitaliana.it. Per la trasformazione in ente pubblico economico, è possibile approfondire tramite A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori*

In altri casi, l'impresa-organo non si è configurata come emanazione diretta dell'ente pubblico, ma piuttosto come un organo dotato di autonomia, come un'azienda, un'amministrazione autonoma. L'esempio di impresa-organo autonomo è stato l'azienda delle Ferrovie dello Stato, fino alla sua trasformazione in ente pubblico economico, avvenuta nel 1985³⁰.

Ciò che rileva particolarmente, per quanto qui interessa, è che una delle problematiche che questi organi gestori dovettero affrontare, fino a divenirne uno dei motivi di crisi, fu la condizione di svantaggio in cui venivano a trovarsi nel confronto con le imprese private, in quanto il proprio agire era caratterizzato sul modello del procedimento amministrativo, molto più complesso e articolato del negozio giuridico utilizzato dai soggetti privati³¹.

Una seconda tipologia di impresa pubblica è «l'impresa-ente pubblico», che si differenzia dall'impresa-organo in quanto le finalità tipiche dell'impresa assumono carattere prevalente, se non esclusivo, e la sua attività viene assoggettata al diritto privato, come, ad esempio, il rapporto di lavoro, la stipulazione dei contratti, il

speciali, cit., pp. 6 ss. e, più ampiamente, con V. Baranto, *La ristrutturazione della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, pp. 1084-1105. Per un approfondimento sulle vicende della privatizzazione, si rinvia a E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., p. 271.

³⁰ Nata il 1° luglio 1905, come «Azienda unitaria delle Ferrovie dello Stato», è un esempio di impresa-organo dotata di autonomia. Con la legge 17 maggio 1985, n. 210, viene trasformata in ente pubblico economico, assumendo il nome di «Ferrovie dello Stato», con personalità giuridica e autonomia patrimoniale, contabile e finanziaria. Come ricostruito in A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit., pp. 63 ss, «La natura giuridica del nuovo Ente [come definita dalla legge 17 maggio 1985, n. 210] è stata lungamente discussa: sono infatti sorte divergenze interpretative fra Corte dei Conti e Consiglio di Stato, da una parte, e giudice ordinario, dall'altra (non senza oscillazioni anche fra i diversi giudici di merito). La questione è stata in un primo momento definita dalle Sezioni Unite civili della Cassazione [cfr. Cass. civ., sez. un., 14 dicembre 1989 e 22 maggio 1999] che hanno ritenuto prevalenti i profili normativi di qualificazione dell'Ente Ferrovie dello Stato come ente pubblico economico, muovendo dal regime dei rapporti di lavoro (sottoposti alla giurisdizione ordinaria e regolati dai contratti collettivi), del patrimonio (attribuito all'Ente e retto dal regime civilistico), del bilancio, formulato secondo le prescrizioni del Codice civile (art. 2423)». In esecuzione della delibera CIPE del 12 agosto 1992, l'ente Ferrovie dello Stato è stato trasformato in società per azioni, con la denominazione di Ferrovie dello Stato – Società di Trasporti e Servizi per azioni, interamente controllata dall'allora Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Il 7 giugno 2000 nasce come società operativa Trenitalia e, un anno dopo, Rete Ferroviaria Italiana, al fine di separare la gestione della rete dalla produzione dei servizi di trasporto. Attualmente, il Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane è una delle più grandi realtà industriali del Paese, partecipata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. La Capogruppo, Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., controlla le società operative nei quattro settori della filiera: trasporto, infrastruttura, servizi immobiliari e altri servizi. Si veda, per la ricostruzione storica, www.fsitaliane.it. Per la riflessione sviluppatasi sul tema della natura giuridica delle Ferrovie dello Stato, si vedano: V. Cerulli Irelli, *Dubbi e incertezze sulla trasformazione dell'ente Ferrovie dello Stato in s.p.a.*, in *Giornale dir. Amm.*, 1996, pp. 784 ss.; V. Spagnuolo Vigorita, *L'Ente Ferrovie dello Stato: natura e disciplina*, in *Rass. giur. ENEL*, 1986, pp. 29 ss. Per l'approfondimento dell'operazione di privatizzazione, si rinvia a E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., p. 263.

³¹ Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 245.

regime dei beni. È stato osservato, infatti, che «il soggetto è pubblico, ma l'attività è privata. Solo alcuni atti – secondo la giurisprudenza – sono giuridicamente pubblici: ad esempio, il bilancio dell'ente, che attiene al suo indirizzo ed è sottoposto ad approvazione ministeriale»³².

Anche in questo caso, possiamo dire che si sono affermate, in realtà, due distinte tipologie di impresa-ente pubblico: da un lato, «l'impresa-ente pubblico operativa», che produce beni e servizi direttamente per il mercato, come l'ENEL³³, per fare un esempio; dall'altro lato, invece, abbiamo «l'impresa-ente pubblico holding», che possiede partecipazioni o quote di altre società controllate, come l'ENI³⁴.

³² E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., p. 243.

³³ L'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL), istituito nel 1962, per effetto delle politiche di nazionalizzazione portate avanti dal governo Fanfani. Con la legge 6 dicembre 1962, n. 1643, infatti, in attuazione dell'art. 43 Cost., fu disposta la riserva originaria della produzione, del trasporto e della distribuzione dell'energia elettrica in favore di ENEL. Nell'ambito dei processi di privatizzazione dei primi anni '90 del secolo scorso, l'ente venne dapprima trasformato nel 1992 in società per azioni, il cui azionista unico era il Ministero del Tesoro, e poi, successivamente, nel 1999, quotato nel mercato azionario di Milano. Successivamente, si assiste all'avvio e al successivo sviluppo del processo di liberalizzazione del settore dell'energia elettrica, in diverse tappe. La prima, con l'emanazione del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, per il recepimento della direttiva comunitaria 96/92/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo del 19 dicembre 1996, successivamente integrato dal d.lgs. 23 agosto 2004, n. 239. La seconda e la terza tappa videro la luce con le direttive europee 2003/54/CE del 26 giugno 2003 e 2009/72/CE del 13 luglio 2009, recepite con la legge 3 agosto 2007, n. 125 e con il d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93. Nel mercato si è quindi progressivamente attuata la separazione tra le diverse parti della filiera del servizio, che precedentemente erano integrate nel regime di monopolio pubblico. Sul piano degli assetti patrimoniali, nel 1999 venne predisposto un piano di dismissione degli impianti di generazione di proprietà di Enel S.p.A., sulla base di linee guida ministeriali. Il piano fu approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 4 agosto 1999. Nei mesi successivi, Enel S.p.A. ha costituito tre società - denominandole Eurogen S.p.A., Elettrogen S.p.A. e Interpower S.p.A. - a cui ha conferito gli impianti di cui all'art. 1 del d.P.C.m 4 agosto 1999. Nel 2004, si assiste alla riunificazione della proprietà e della gestione della rete, poste in capo a Terna, la cui amministrazione deve essere esercitata in modo da assicurare indipendenza dai soggetti che operano sul mercato, i quali devono poter chiedere ed ottenere di connettersi alla rete secondo le condizioni poste dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas. Si vedano, al riguardo: G. Napolitano, *I servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., pp. 142 ss.; la voce *ENEL (Ente Nazionale per l'Energia Elettrica)*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, www.treccani.it; *La liberalizzazione del mercato*, su www.arera.it.

³⁴ L'Ente Nazionale Idrocarburi (ENI) è una società che trae origine dall'ente economico di diritto pubblico istituito, con la medesima denominazione, attraverso la legge 10 febbraio 1953, n. 136. Con il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, l'ENI fu trasformato in una società per azioni controllata dal Ministero del Tesoro, trasformazione che costituì il primo passo del processo di privatizzazione, concepito e portato avanti per ridurre la presenza dello Stato nell'economia. Successivamente, lo Stato ha progressivamente ceduto una parte rilevante della propria partecipazione azionaria, conservandone una quota complessivamente superiore al 30%, considerando anche la quota appartenente alla Cassa depositi e prestiti, e detenendo comunque il controllo effettivo della società, anche grazie ai poteri speciali detenuti dal Ministro dell'economia, d'intesa con il Ministro dello sviluppo economico, in ragione del ruolo strategico svolto da ENI rispetto alla politica industriale. Con il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, in attuazione della direttiva n. 98/30/CE, il mercato del gas è stato oggetto di misure per l'avvio della liberalizzazione di varie attività della filiera. Nel mercato del gas naturale si è così realizzata l'apertura alla concorrenza, attraverso la liberalizzazione delle attività di importazione, esportazione e vendita la definizione di precise garanzie connesse alle attività di trasporto, distribuzione e stoccaggio esercitate in regime di monopolio naturale e il superamento dell'integrazione verticale delle attività svolte da SNAM, controllata da ENI (parere AGCM n. AS183

Tale modello, diffuso a partire dagli anni '30 del secolo scorso, è anch'esso entrato in crisi, con la frequente trasformazione in società per azioni.

Il terzo tipo di impresa pubblica è «l'impresa-società con partecipazione pubblica», un soggetto costituito in forma privata, la cui pubblicità sarebbe data dalla natura del soggetto che la controlla mediante la partecipazione azionaria. Si tratta di un tipo di impresa che si è sviluppato negli anni '30 del secolo scorso e che ha ricevuto un impulso importante negli anni '50, nel contesto del cosiddetto «Piano Vanoni», come strumento di impegno statale per lo sviluppo economico in determinati settori, come, ad esempio, le fonti di energia³⁵.

Questo tipo di impresa pubblica, in realtà, è presente nel panorama economico in diverse specie. Vi sono, ad esempio, le banche di interesse nazionale, appartenenti al tipo di società di interesse nazionale disciplinate dal Codice civile, come le società con partecipazione pubblica caratterizzate da un profilo in certi tratti derogatorio rispetto al diritto comune, in quanto previste da specifiche leggi, che ne definiscono, ad esempio, l'oggetto sociale o ne indicano gli amministratori, in deroga appunto al Codice civile, per il quale la determinazione dell'oggetto rientra nella volontà dei soci, così come la scelta degli amministratori spetta all'assemblea dei soci.

Si possono anche menzionare, nelle specie assunte dall'impresa-società con partecipazione statale, il tipo rappresentato dalle società con partecipazione statale necessaria, nelle quali l'azionista è obbligato a detenere la propria partecipazione. È il caso delle società attive nei settori del servizio pubblico, per le quali specifiche norme prescrivono che il soggetto pubblico detenga la totalità o la maggioranza delle azioni, oppure una partecipazione cosiddetta di controllo.

del 4 novembre 1999). Si vedano la voce *ENI (Ente Nazionale Idrocarburi)*, in *www.treccani.it, Dizionario di Economia e Finanza*, 2012; D. Ielo, A. Battaglia, M. Colonna, *I settori energetici*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 76 ss..

³⁵ Può essere utile ricordare le parole di Luigi Einaudi, quando afferma che «Nelle elaborazioni successive dello schema, i collaboratori, vecchi e nuovi, del Vanoni, dovranno chiarire, come fanno gli ingegneri nei progetti esecutivi i quali seguono sempre i progetti di massima in qualunque impresa pubblica e privata, quali siano i compiti rispettivi dello stato e dei privati nell'attuazione dei programmi di investimento regolatori, propulsivi e produttivi. [...] Eppure, di chiarimenti discretamente precisi vi è urgenza, se si vuole che l'iniziativa privata conosca il campo in cui può muoversi senza correre il rischio, se il successo arrida in qualche caso, di vedere distrutta l'opera sua da una concorrenza, la quale sarebbe sleale, se lo stato, condiscondendo al clamore pubblico, intervenisse, visti i buoni risultati di talune imprese private, a nazionalizzarle, tratto dall'ingordigia di far suoi i profitti ottenuti dai primi imprenditori; profitti, i quali, nell'impresa divenuta statale, forse si manterrebbero soltanto grazie ad espedienti di imposte non pagate, di clientele forzose, di costi accollati ai contribuenti». Così in L. Einaudi, *Prediche inutili*, Torino, edizione del 1974, pp. 121-122.

In ultimo, vengono fatte rientrare tra le imprese-società a partecipazione pubblica, anche le società che esercitano funzioni appartenenti agli organi dello Stato, nonostante in realtà si tratti di articolazioni dei ministeri o di altre amministrazioni statali (si vedano, ad esempio, la Arcus - Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo S.p.A., controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze; Buonitalia, strumentale al Ministero delle politiche agricole ed Invitalia, Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A., anch'essa controllata interamente dal Ministero dell'economia e delle finanze).

Per completare la descrizione delle diverse tipologie di impresa pubblica, rimane da menzionare il «gruppo industriale pubblico», che non si presenta tanto come un tipo a sé, quanto piuttosto come una combinazione di tipi diversi di impresa pubblica. Si tratta di una conformazione organizzativa che tende ad assumere sia i tratti dell'impresa-ente pubblico, sia quelli della società a partecipazione pubblica. Infatti, al vertice del gruppo industriale pubblico possiamo spesso trovare un ente pubblico di gestione, mentre la struttura di base è costituita da società a partecipazione pubblica. L'organizzazione non differisce essenzialmente da quella tipica di un gruppo industriale privato, generalmente secondo un modello a stella, che privilegia processi inerenti alla strategia e alla gestione delle informazioni. Nella stagione delle partecipazioni statali, i gruppi industriali pubblici hanno assunto una complessità progressivamente crescente, in accordo con la stessa organizzazione delle partecipazioni pubbliche, a partire dal Ministero delle partecipazioni statali e dai Comitati interministeriali per la programmazione economica (CIPE) e, successivamente, per il coordinamento della produzione industriale (CIPI).

Passando ora ad esaminare il fenomeno delle imprese pubbliche dal punto di vista del diritto positivo, dobbiamo in primo luogo soffermarci sulla nozione di impresa proposta dal Codice civile, che, all'art. 2082, senza distinguere tra natura privata e natura pubblica dell'organizzazione, qualifica l'imprenditore come «chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». L'art. 2093 del Codice civile, dedicato alle imprese esercitate da enti pubblici, si occupa essenzialmente di richiamare le norme applicabili, incluso l'art. 2082 Cod. civ., secondo la distinzione degli enti pubblici tra inquadrati e non inquadrati nelle categorie professionali appartenenti all'abrogato ordinamento corporativo.

Ma se intendiamo ricercare la fonte da cui trarre una definizione di impresa pubblica, dobbiamo attingere al diritto europeo.

L'articolo 106 (ex art. 86 del TCE), paragrafi 1 e 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), si occupa delle imprese pubbliche e di quelle titolari di diritti speciali ed esclusivi, per sottoporle alle regole generali sulla concorrenza stabilite dai trattati, pur prevedendo delle eccezioni giustificate dalla realizzazione della loro specifica missione di gestione del servizio pubblico di interesse economico.

Indirettamente, anche l'art. 107 (ex art. 87 del TCE), paragrafo 1 del TFUE, va potenzialmente ad incidere sulle imprese pubbliche e sul loro rapporto con le autorità pubbliche, nel punto in cui prevede, salvo deroghe contemplate dagli stessi trattati, l'incompatibilità degli aiuti di Stato con i principi che regolano il mercato interno, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o produzioni, finisca per falsare o minacciare la concorrenza.

Come è facile osservare, in nessuna di queste disposizioni possiamo trovare una definizione esplicita e diretta dell'impresa pubblica. Occorre, per questo, riferirci alla direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980³⁶, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche, il cui art. 2 definisce l'impresa pubblica come «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina». Una formulazione confermata nella normazione europea successiva e rimasta inalterata, anche nella materia degli appalti pubblici, sin dalla direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, e fino alla direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE³⁷.

³⁶ La direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980 è stata poi modificata dalle direttive 2000/52/CE della Commissione, del 26 luglio 2000, e 2005/81/CE della Commissione del 28 novembre 2005, per poi essere abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006.

³⁷ Per tale ricostruzione, si rinvia a M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit., pp. 5 ss.

Nell'art. 3, lett. t), del d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50 «Codice dei contratti pubblici» - che recepisce le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE -, le imprese pubbliche sono proprio descritte come le «imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese».

Emerge subito evidente come il tratto caratteristico dell'impresa pubblica sia proprio «l'influenza dominante» che su di essa possono esercitare le amministrazioni aggiudicatrici, ossia le amministrazioni statali, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, ma anche le associazioni, le unioni e consorzi da essi costituiti.

Un'influenza che si può presumere, secondo lo stesso art. 3, lett. t), del d.lgs. n. 50 del 2016, allorquando «le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

Si comprende ancora meglio, alla luce di questi criteri di presunzione di influenza dominante, come la nozione di impresa pubblica sia legata non tanto al regime delle attività da essa svolte, quanto piuttosto al carattere soggettivo della relazione che la lega all'ente pubblico, che deve esercitare su di essa un controllo effettivo³⁸.

La relazione dell'impresa pubblica con l'ente pubblico di riferimento rileva anche sotto un altro profilo, derivante dalla recente evoluzione normativa che ha interessato le società a partecipazione pubblica. Stiamo facendo riferimento alla circostanza per la quale l'impresa pubblica sia tale da poter essere qualificata anche come «società a controllo pubblico», ai sensi del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 recante il «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica», adottato in attuazione dell'art. 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche». Una riforma che ha avuto tra le proprie finalità, come indicato dall'art. 18 della legge delega, quella di distinguere tra le diverse tipologie di società a partecipazione pubblica, sulla base

³⁸ Cfr. C. Lacava, *L'impresa pubblica*, cit., p. 2993; M. Baruffi, *Articolo 86*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 449.

delle attività svolte, degli interessi pubblici da soddisfare, della misura e della qualità della partecipazione, della modalità diretta o con evidenza pubblica dell'affidamento, nonché della eventuale quotazione in borsa o emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati.

Nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, l'art. 2 del d.lgs. n. 175 del 2016 definisce le cosiddette «società a controllo pubblico» come le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo, che a loro volta possono sussistere: a) nelle situazioni di cui all'art. 2359 del Codice civile, ossia: detenzione, da parte di una società, della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (cd. controllo di diritto); disponibilità di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (cd. controllo di fatto); influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali (cd. controllo esterno); b) nei casi in cui, in applicazione della legge, dello statuto o di patti parasociali, sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che esercitano il controllo per l'assunzione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale.

Se per l'influenza dominante che qualifica le imprese pubbliche è possibile fare riferimento a quanto disposto dall'art. 2359 Cod. civ.³⁹, occorre porre l'attenzione sulla possibile sovrapposizione tra le imprese pubbliche e le società a controllo pubblico. Una sovrapposizione dalla quale possono derivare conseguenze rilevanti sul piano della disciplina applicabile, in quanto alle imprese pubbliche che siano anche società a controllo pubblico troveranno applicazione le norme dedicate a questo tipo di società dal d.lgs. n. 175 del 2016, riguardanti, ad esempio: i vincoli in materia di organi amministrativi e di controllo (art. 11); il potere del socio pubblico di denuncia al Tribunale delle gravi irregolarità degli amministratori di cui all'art. 2409 del Codice civile, ma a prescindere dall'entità della partecipazione posseduta (art. 13); nel caso di crisi aziendale, l'obbligo di adozione di un piano di risanamento, pena la configurabilità di gravi irregolarità denunciabili ai sensi dell'art. 2409 del Codice civile (art. 14, commi 2 e 3); vincoli nel reclutamento del personale (art. 19); vincolo derivante dalla necessità di assicurare il massimo livello di trasparenza

³⁹ Cfr. Parere ANAC AG 3/13 del 20 febbraio 2013, in merito alla qualificazione giuridica dell'Aeroporto Valerio Catullo Verona Villafranca S.p.A., nel quale è possibile leggere che «l'elemento dell'influenza dominante si atteggia diversamente nell'uno e nell'altro caso: nell'organismo di diritto pubblico è un elemento cardine di identificazione del soggetto, nell'impresa pubblica l'influenza dominante dipende dalla composizione maggioritaria o minoritaria della compagine societaria, secondo quanto disposto dall'art. 2359 c.c.».

sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti, secondo le previsioni del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (art. 22). Alle società a controllo pubblico, infine, trova applicazione, in quanto compatibile, anche la disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, dettata dal citato d.lgs. n. 33 del 2013 (cfr. art. 2-bis, comma 2, lett. b) dello stesso decreto).

A questo punto della riflessione, cercando di giungere ad alcune considerazioni di ordine generale, seppure parziali, si può quindi affermare che con la nozione di «impresa» si intende riferirsi ad un qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dalla sua natura giuridica e dalle fonti di finanziamento⁴⁰. La natura pubblica dell'impresa, invece, deriva dal potere di controllo effettivo esercitato su di essa dal potere pubblico⁴¹.

L'analisi della nozione di impresa pubblica, secondo la sua evoluzione giuridico-economica e sulla base del diritto positivo, fa anche emergere in modo chiaro la forte connessione con l'affermarsi nell'ordinamento del principio di concorrenza e con le politiche di liberalizzazione attuate nel nostro Paese a partire dagli anni '90 del secolo scorso. Appare, infatti, difficile comprendere l'evoluzione dell'impresa pubblica nel nostro Paese senza porla in stretta connessione con il progressivo superamento dei monopoli legali e con le esigenze di regolazione dei monopoli naturali, prestando particolare attenzione al mercato dei servizi pubblici caratterizzati dalla gestione delle reti o dallo sfruttamento di specifiche aree geografiche.

Come del resto è stato autorevolmente sostenuto, le imprese pubbliche si sono affermate proprio come «il modello organizzativo classico per la gestione dei servizi a rete: esse costituivano infatti l'espressione della nuova configurazione dei servizi pubblici come prestazioni rese ai cittadini anche in forma economica, attraverso operatori esterni alla P.A., sottoposti ad obblighi di servizio imposti e regolati dai

⁴⁰ Cfr. Corte giust. CE, 21 settembre 1999, Causa C-219/97 *Maatschappij Drijvende Bokken BV* contro *Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer en Havenbedrijven*, che afferma il principio di diritto secondo cui «la nozione d'impresa ai sensi degli artt. 85 e seguenti del Trattato (divenuti artt. 81 CE e seguenti) abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento». Così D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 25.

⁴¹ Sul punto, si veda M. Baruffi, *Articolo 86, "Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea"*, cit., p. 449.

pubblici poteri, che tornavano quindi al loro ruolo originario di esercenti funzioni pubbliche piuttosto che gestori diretti di servizi»⁴².

In conclusione, come meglio emergerà nella prosecuzione di questo lavoro, si può forse sostenere con qualche ragione che l'impresa pubblica appare oggi sempre più un soggetto «multiforme», al quale si applicano normative che si stratificano sia in relazione alla caratterizzazione giuridica soggettiva - come, ad esempio, quella di società a partecipazione pubblica o, in certi casi, di società a controllo pubblico - sia per la veste che essa assume nel suo concreto operare - si pensi, in aggiunta alla sua qualificazione come ente aggiudicatore di appalti pubblici, al caso frequente in cui l'impresa pubblica operi per la gestione di un servizio pubblico.

L'impresa pubblica, infatti, limitatamente all'ambito dei servizi di pubblico interesse che può essere chiamata ad erogare, è tenuta ad applicare, ad esempio, le disposizioni in materia di documentazione amministrativa (cfr. art. 2 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445) e di amministrazione digitale (cfr. art. 2, comma 2, lett. b), del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), ma anche, in quanto società con totale o prevalente capitale pubblico, la normativa sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, seppure limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative (cfr. art. 29 della legge 7 agosto 1990, n. 241).

⁴² Si rinvia a M.A. Sandulli, *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit., p. 2.

4. Le differenze tra l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico

La nozione di impresa pubblica, per potersi meglio comprendere, deve essere analizzata anche andando a tratteggiare le analogie e le differenze rispetto ad un'altra figura organizzativa, che ha avuto e continua ad avere molta importanza nel panorama delle società pubbliche: l'organismo di diritto pubblico⁴³.

L'organismo di diritto pubblico è una figura elaborata nel diritto comunitario allo scopo di definire i confini delle cosiddette «amministrazioni aggiudicatrici», ossia dei soggetti tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte dalle norme dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici⁴⁴. Come affermato dalla

⁴³ L'organismo di diritto pubblico è stato oggetto di una vasta trattazione, di cui si può riferire solo in termini sintetici. Si vedano, ad esempio, D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit.; A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Torino, 2018; S. Vinti, *Note critiche in merito all'elevazione dell'organismo di diritto pubblico ad archetipo della personalità giuridica "a regime amministrativo"*, in *Raccolta di Studi in onore di Franco Bassi*, 2013; A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico: analogie e differenze*, in *www.giustamm.it*, 2012; A. Musenga, *Brevi cenni sulla questione dell'organismo di diritto pubblico titolare di diritti speciali ed esclusivi nei settori speciali*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, pp. 41 ss.; F. Aperio Bella, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato dei Contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, 2019, pp. 417 ss.; M. Libertini, *Organismo di Diritto pubblico, rischio di impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 1202 ss.; R. De Nictolis, *L'organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 4, 2004, pp. 97 ss.; G. Corso, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4, 2004, pp. 91 ss.; L. Perfetti, A. De Chiara, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 135 ss.; B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico, Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; S. Cassese, *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 549 ss.; M. P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; E. Scotti, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro It.*, IV, 1999, p. 140.

⁴⁴ La direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, limitava il suo ambito soggettivo di applicazione alle sole amministrazioni aggiudicatrici, comprendenti esclusivamente lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche enumerate in un elenco tassativo. Tale criterio si rivelò ben presto inadeguato, a fronte dell'elevato numero di soggetti privati che, pur mostrando alcuni profili pubblicistici, non rientravano in una qualificazione pubblica formale. La Corte di giustizia si pronunciò con una prima importante sentenza nella causa C-249/71 (Buy Irish) e, successivamente, con la sentenza Beentjes del 20 settembre 1988, causa 31/87, evidenziò che «si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti ed il finanziamento degli appalti che esso ha il compito di aggiudicare, rientri nella nozione di Stato, anche se formalmente non fa parte dello Stato». In coerenza con tale orientamento giurisprudenziale, e allo scopo di superare le lacune della precedente direttiva, la direttiva 89/440/CEE del Consiglio del 18 luglio 1989, che modifica la direttiva 71/305/CEE e coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, definisce l'organismo di diritto pubblico come quel soggetto che sia, contestualmente: a) istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure, ancora, il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli

giurisprudenza, «Tale categoria, applicabile solo nell'ambito dei contratti pubblici, costituisce il precipitato della c.d. nozione sostanzialistica di Pubblica Amministrazione, avallata dalla legislazione Europea, ribadita dalla giurisprudenza Eurounitaria e interna (Cons. di Stato Ad. Plenaria 13/2016) e preordinata – per il mezzo della valorizzazione del “fine” perseguito da un determinato soggetto rispetto alla sua qualificazione giuridica – ad evitare che la privatizzazione puramente formale di enti pubblici possa determinare una sostanziale elusione delle normative Europee»⁴⁵.

La figura dell'organismo di diritto pubblico deriva quindi dalla disciplina comunitaria degli appalti pubblici e comprende quegli organismi costituiti, anche in forma societaria, per soddisfare esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico o funzionale), dotati di personalità giuridica (c.d. requisito personalistico) e che siano in un rapporto di stretta dipendenza dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (c.d. requisito dell'influenza pubblica dominante)⁴⁶. Una dipendenza che il legislatore, comunitario prima e nazionale poi, ha definito tale quando l'attività svolta dall'organismo sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti

enti locali o da altri organismi di diritto pubblico. Cfr., sul punto, S. Faraci (2020), *L'organismo di diritto pubblico e la sua operatività nei settori speciali*, in *diritto.it*, www.diritto.it.

Tale definizione verrà poi confermata nelle direttive 92/50/CEE (appalti pubblici di servizi), 93/36/CEE (appalti pubblici di forniture) e 93/37/CEE (appalti pubblici di lavori), mentre la direttiva 93/38/CEE (enti erogatori di acqua ed energia, trasporto, telecomunicazioni) offre una definizione analoga, ma riferita all'«ente di diritto pubblico» e con l'utilizzo dell'espressione «esigenze di pubblico interesse» al posto di «esigenze di interesse generale» e senza menzione espressa dell'«organismo di diritto pubblico». La stessa definizione di organismo di diritto pubblico si ritrova nelle direttive 2004/17/CE (enti erogatori di acqua ed energia, trasporto, servizi postali) e 2004/18/CE (settori ordinari). Nelle direttive vigenti, 2014/24/UE (appalti nei settori ordinari), 2014/25/UE (appalti nei settori speciali) e 2014/26/UE (concessioni), ritroviamo conferma della stessa definizione di organismo di diritto pubblico.

⁴⁵ Cass. civ., sez. un., 28 giugno 2019, n. 17567.

⁴⁶ L'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 («Codice dei contratti pubblici») – in conformità alle direttive vigenti, 2014/23/UE (art. 6, par. 4), 2014/24/UE (art. 2, par. 1, n. 4) e 2014/25/UE (art. 3, par. 4) – definisce gli «organismi di diritto pubblico» come «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». Cfr, Con. St., V, 15 luglio 2021, n. 5348, in cui si trova ribadito che «Si tratta, in specie, di una tipologia di amministrazione fondata su parametri oggettivi, ossia sulla tipologia delle attività esercitate e sulla natura delle stesse; i requisiti in questione non sono inoltre tra loro alternativi, ma devono essere posseduti cumulativamente (*ex multis*, Cons. St., V, 12 dicembre 2018, n. 7031) e sono valutati dal giudice caso per caso, in quanto l'elenco degli organismi di diritto pubblico – di cui all'allegato IV del Codice dei contratti pubblici – non ha carattere tassativo ma solo esemplificativo».

pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al loro controllo oppure, ancora, il cui organo d'amministrazione, direzione o vigilanza sia costituito da membri designati per più della metà dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Questi tre requisiti – il fine di soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale, la personalità giuridica e il rapporto di stretta dipendenza pubblica – devono sussistere congiuntamente, perché si possa parlare di organismo di diritto pubblico e non di impresa pubblica.

Ma perché è così importante definire l'impresa pubblica anche in rapporto all'organismo di diritto pubblico?

Essenzialmente, perché classificare una società come impresa pubblica o come organismo di diritto pubblico determina notevoli conseguenze sul regime giuridico e sulle regole che tale organizzazione deve seguire quando provvede a reperire sul mercato le forniture, i servizi e i lavori necessari al suo funzionamento e allo svolgimento delle proprie attività.

Le imprese pubbliche, infatti, sono obbligate ad approvvigionarsi mediante procedura ad evidenza pubblica soltanto quando operano negli ambiti che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 («Codice dei contratti pubblici»), agli artt. da 115 a 121, definisce come «settori speciali», ossia quelle attività di messa a disposizione, gestione o alimentazione di reti oppure di sfruttamento di un'area geografica, che sono necessarie alla erogazione di servizi pubblici connessi a gas ed energia termica, elettricità, acqua, trasporti, porti e aeroporti, poste, estrazione di gas, prospezione o estrazione di carbone o altri combustibili solidi.

Negli altri casi, invece, quando cioè affidano appalti aventi ad oggetto beni, servizi o lavori estranei ai settori speciali nei quali operano, le imprese pubbliche si atteggianno come una normale impresa privata, che si approvvigiona applicando le regole tipiche del Codice civile, senza obbligo di evidenza pubblica.

Gli organismi di diritto pubblico, viceversa, sono soggetti all'obbligo di gara per tutti gli appalti necessari allo svolgimento della loro missione statutaria, anche nei casi in cui tali forniture non abbiano alcun nesso di strumentalità con il servizio pubblico da essi svolto negli ambiti definiti dal legislatore come «settori speciali». Questo orientamento si è affermato grazie alla giurisprudenza comunitaria, che ha elaborato la cd. «teoria del contagio», per la quale gli appalti aggiudicati da tale ente,

indipendentemente dalla loro natura, vanno considerati appalti pubblici e come tali assoggettati alla direttiva europea sugli appalti⁴⁷.

Un orientamento motivato dal fatto che l'organismo di diritto pubblico, in quanto amministrazione aggiudicatrice, oltre ai compiti volti al soddisfacimento specifico di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, è legittimato a svolgere anche altre attività, e che le direttive europee sugli appalti pubblici non distinguono gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale da quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito.

Rispetto alla rigidità di applicazione della cd. «teoria del contagio», giustificata da esigenze di certezza del diritto, trasparenza e prevedibilità tipiche delle procedure ad evidenza pubblica, si è giunti ad ipotizzare anche una qualificazione ibrida, nota come organismo di diritto pubblico «*in parte qua*»⁴⁸. Si tratterebbe, in sintesi, di una figura capace di riunire in sé tanto i caratteri dell'organismo di diritto pubblico, rivolto al perseguimento di finalità pubbliche connesse all'interesse generale, quanto quelli propri dell'impresa pubblica, più orientata verso finalità di lucro. La conseguenza che ne deriva sarebbe di non assoggettare alle regole dell'evidenza pubblica gli affidamenti dell'organismo di diritto pubblico riguardanti contratti connessi ad attività che svolge con finalità di lucro. Occorre tuttavia dare conto del fatto che gli orientamenti giurisprudenziali comunitari⁴⁹ sembrano non assecondare questa suggestiva ipotesi di qualificazione.

⁴⁷ In primo luogo, Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, n. 44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GesmbH. Per approfondire sul punto, si vedano F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?*, in *Giustizia amministrativa*, 2004, pp. 1149 ss.; D. Ielo, *La chiave di lettura*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. XI.

⁴⁸ Per approfondire sul tema dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, si vedano A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, cit., pp. 168 ss.; M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit., pp. 17 ss., M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., pp. 66 ss.. Per la giurisprudenza, si segnalano Tar Lazio-Roma, III-ter, 26 febbraio 2003, n. 1559 e Tar Liguria, II, 9 aprile 2021, n. 307.

⁴⁹ Cfr. *ex multis* Corte giust. UE, IV, 10 aprile 2008, causa C-393/06, in cui si afferma che «è consentito dubitare seriamente che sia realmente possibile porre in essere una siffatta separazione tra le differenti attività di un ente che costituisce un'unica persona giuridica, che ha un regime patrimoniale e di proprietà unico e le cui decisioni in materia di direzione e di gestione sono adottate unitariamente, e questo anche prescindendo dai numerosi altri ostacoli di ordine pratico circa il controllo, ex ante e ex post, della assoluta separazione tra i differenti settori di attività dell'ente di cui trattasi e dell'appartenenza dell'attività di cui trattasi a questo o a quel settore».

Una conseguenza ulteriore della distinzione tra la figura dell'organismo di diritto pubblico e quella dell'impresa pubblica, che discende da quanto appena rappresentato riguardo al regime applicabile agli appalti, incide sulla giurisdizione. Nel caso dell'organismo di diritto pubblico, infatti, le controversie in merito agli affidamenti dei contratti rientrano sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo, mentre, viceversa, nel caso dell'impresa pubblica, tale giurisdizione è propria del giudice ordinario, a meno che il contratto da affidare non sia strumentale al settore speciale in cui l'impresa eventualmente opera, nel quale caso l'eventuale controversia deve infatti essere devoluta al giudice amministrativo.

La distinzione tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico ha assunto nel tempo connotati sempre più complessi da definire, anche grazie ad una notevole produzione giurisprudenziale⁵⁰, rischiando di determinare la crisi della stessa nozione di impresa pubblica.

⁵⁰ La giurisprudenza in merito alla distinzione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica è molto ampia. Tra le società pubbliche qualificate organismi di diritto pubblico possiamo ricordare: Società Autovie Venete S.p.A. (Cons. St., VI, 7 giugno 2001, n. 3090); Enel S.p.A. (Cons. St., VI, 17 settembre 2002, n. 4711, ma anche, successivamente, Tar Lazio, Roma, III ter, 8 agosto 2006, n. 7110 e C. Conti, sez. giur. Lombardia, 9 febbraio 2005, n. 32); Ferrovie dello Stato S.p.A. (Cons. St., ad. plen., 23 luglio 2004, n. 9); Consorzio per le Autostrade Siciliane (Cons. Giust. Amm. Sic., 19 ottobre 2005, n. 685); Cassa depositi e prestiti S.p.A. (Cons. St., VI, 12 febbraio 2007, n. 550; Corte dei conti, sez. Lombardia, 11 ottobre 2021, n. 283); Acquedotto Pugliese S.p.A. (Cons. St., IV, 1 ottobre 2007, n. 5031); RAI S.p.A. (Cass., sez. un., 23 aprile 2008, n. 10443; Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092; Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28330; Tar Lazio, Roma, III ter, 9 giugno 2004, n. 5460; Tar Lazio, Roma, III, 4 gennaio 2020, n. 54; Tar Liguria, 9 aprile 2021, n. 307); Viareggio Porto S.p.a. (Cass. civile, sez. un., 7 ottobre 2008, n. 24722); Società Autostrade (Tar Lazio, Roma, III, 9 marzo 2009, n. 2369; Cons. St., IV, 13 marzo 2008, n. 1094); Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (Cons. St., IV, 12 marzo 2015, n. 1299; Delibera ANAC n. 784 del 24 novembre 2021); Opera di Santa Croce (Tar Lazio, Roma, I, 24 settembre 2020, n. 9759); Istituto per il Credito Sportivo (Cons. St., V, 13 settembre 2021, n. 6272). Caso particolare quello di Poste Italiane S.p.A., che la Corte di giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 28 ottobre 2020, ha stabilito che riveste la qualità di impresa pubblica e non di organismo di diritto pubblico. In precedenza, il Consiglio di Stato (Cons. St., ad. plen., 28 giugno 2016, n. 16; Cons. St., III, 27 maggio 2014, n. 2720; Cons. St., VI, 14 marzo 2002, n. 2855; Cons. St., VI, 2 marzo 2001, n. 1206) aveva qualificato Poste Italiane S.p.A. come organismo di diritto pubblico, mentre la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. un., ord. 29 maggio 2012, n. 8511) l'aveva riconosciuta come impresa pubblica. Viceversa, non è stata riconosciuta la natura di organismo di diritto pubblico, ad esempio, ai seguenti soggetti: Comitato organizzatore dei giochi olimpici invernali di Torino (Tar Piemonte, II, 3 marzo 2004, n. 362); Grandi Stazioni S.p.A. (Cons. St., ad. plen., 24 maggio 2004, n. 4; Cass., sez. un., 4 maggio 2006, n. 10218); Aeroporto di Verona Valerio Catullo S.p.A. (Tar Veneto, I, 28 marzo 2007 n. 1029; Parere ANAC AG 3/13 del 20 febbraio 2013); Casinò di Saint Vincent (Tar Valle d'Aosta, 15 novembre 2007, n. 140); Ente Autonomo Fiera del Levante (Cons. St., VI, 29 aprile 2008, n. 1913); Centro Agroalimentare di Napoli (Cass. Civ., sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225); ENI S.p.A. (Cons. St., ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16); Porto Antico di Genova S.p.A. (Cons. St., VI, 31 gennaio 2012, n. 1574); Aeroporti di Roma S.p.A. (Cons. St., V, 12 dicembre 2018, n. 7031); Federazione Italiana Giuoco Calcio – FIGC (Cons. St., V, 15 luglio 2021, n. 5348); CDP Immobiliare SGR S.p.A. (Cass., sez. un., sen. n. 1482 e n. 1494 del 18 gennaio 2022). Caso particolare quello di Esercizi Aeroportuali S.E.A. S.p.A., dapprima non qualificata come organismo di diritto pubblico (Tar Lombardia, III, 15 febbraio 2007, n. 266), salvo poi ricevere qualificazione contraria (Cons. St., VI, 8 ottobre 2013, n. 4934).

Come è stato sostenuto, infatti, «parte della giurisprudenza tende ad applicare una formula concettuale che, per chiarezza espositiva, può essere così riassunta: società pubblica + servizio pubblico = organismo di diritto pubblico. Tale formula concettuale – soprattutto se applicata in modo generalizzato – è tanto sbagliata quanto pericolosa. Poiché nei settori speciali vi sono quasi sempre servizi pubblici, tutte le società a controllo pubblico si trasformerebbero in organismi di diritto pubblico. In questo modo verrebbe praticamente a essere annullata la figura dell’impresa pubblica operante nei settori speciali»⁵¹.

Le ragioni che hanno portato il legislatore comunitario e una parte della giurisprudenza ad ampliare le fattispecie riconducibili alla figura dell’organismo di diritto pubblico risiedono essenzialmente nella volontà di «evitare che l’ente pubblico, tramite società o enti privati strumentali, possa portare fuori dall’evidenza pubblica attività afferenti ai ‘mercati delle amministrazioni’, vanificando l’effettività della normativa comunitaria sull’evidenza pubblica»⁵².

Per orientarsi in un processo interpretativo così complesso, può quindi essere utile, in premessa, richiamare alcuni criteri connessi alla derivazione comunitaria della nozione di organismo di diritto pubblico o comunque frutto di elaborazione giurisprudenziale: in primo luogo, il c.d. “principio di omogeneità”, per il quale,

⁵¹ D. Ielo, *Le regole dei settori “speciali”: cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori “speciali” – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 19 ss., per il quale «È evidente, insomma, la sussistenza di una sorta di contiguità logico-giuridica tra bisogno di interesse generale a carattere non industriale o commerciale e servizio pubblico (o servizio di interesse economico generale), considerato che, in via di principio, il servizio pubblico soddisfa bisogni di interesse generale. Tuttavia, pur prendendo atto di tale orientamento, si ritiene che sia errata una totale e automatica sovrapposizione tra impresa assoggettata a obbligo di servizio pubblico e organismo di diritto pubblico. Tale erroneità è dimostrata dal seguente passaggio argomentativo: i settori speciali (trasporti, porti, aeroporti ecc.) sono settori per definizione assoggettati a obblighi di servizio pubblico, con la conseguenza che tutti i soggetti che svolgono tali attività sono gravati di tali obblighi; il legislatore ha imposto obblighi di gara nei confronti di una triplice categoria di soggetti che possono operare in tali settori, vale a dire imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico e privati (operanti nei settori speciali in virtù di un diritto speciale o esclusivo). [...] Certamente, le società pubbliche che erogano servizi pubblici possono essere organismi di diritto pubblico. Anzi, probabilmente la stragrande maggioranza di tali soggetti assume tale veste; ma la possibilità non si traduce in necessità. È compito dell’interprete verificare se, in concreto, le modalità di organizzazione e di azione della società pubblica siano quelle proprie dell’organismo di diritto pubblico o (semplicemente) dell’impresa pubblica».

⁵² Parole tolte da D. Ielo, *Le regole dei settori “speciali”: cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori “speciali” – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 13. Cfr. Cass. civile, sez. un., 28 giugno 2019, n. 17567, secondo cui «La nozione di organismo di diritto pubblico [...], in quanto funzionale alla liberalizzazione dei mercati e alla trasparenza, deve essere estensivamente intesa». Si vedano, anche, Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8673; Corte giust. UE, V, 5 ottobre 2017, causa C-567/15, LitSpecMet UAB contro Vilniaus lokomotyvu remonto depas UAB; Corte giust. UE, IV, 13 dicembre 2007, causa C-337/06, Bayerischer Rundfunk e altri contro GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH; Corte giust. CE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00.

proprio in ragione dell'influenza comunitaria, occorre tenere in considerazione l'esigenza di una applicazione omogenea nei diversi Stati membri; in secondo luogo, il c.d. "principio di indifferenza", da cui deriva il corollario della prevalenza della sostanza e della irrilevanza della forma giuridica che assume l'ente⁵³.

Entrando quindi nel merito della distinzione «impresa pubblica – organismo di diritto pubblico» e degli indici identificativi elaborati dalla giurisprudenza, occorre subito precisare che l'elemento definitorio più critico dal punto di vista interpretativo è la preordinazione dell'organismo di diritto pubblico al «soddisfacimento di interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale»⁵⁴.

Tale difficoltà deriva tanto dalla definizione in sé di tale preordinazione, quanto dal fatto che l'istituzione dell'organismo per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, come rilevato dalla giurisprudenza sin dalla sentenza Mannesmann (Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, n. 44). Inoltre, come rilevato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, ciò che assume importanza non è tanto il carattere, industriale o commerciale, dell'attività svolta dal soggetto, quanto piuttosto l'interesse, le esigenze il cui perseguimento costituisce il fine primario ed istituzionale che il soggetto è chiamato a perseguire con la propria attività⁵⁵. Ne deriva quindi che «un'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente da un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale»⁵⁶.

⁵³ Così, D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 14 ss..

⁵⁴ Cfr. Cons. St., V, 7 febbraio 2020, n. 964, che ha definito il requisito teleologico del soddisfacimento di interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale «di non facile identificazione».

⁵⁵ In questo senso, Cons. St., VI, 19 maggio 2008, n. 2279, secondo cui «il quesito [va] risolto conferendo rilievo preminente non già al carattere (industriale o commerciale) dell'attività gestionale posta in essere dall'organismo di cui si discute, bensì avendo riguardo al carattere dell'interesse (*rectius*: delle esigenze) al cui perseguimento detta attività è teleologicamente ed istituzionalmente rivolta». Nello stesso senso, Corte giust. CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96 Gemeente Arnhem e a. vs. B.F.I. Holding B.V..

⁵⁶ Così, Cons. St., IV, 13 marzo 2008, n. 1094. Si veda anche F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di*

La stessa giurisprudenza si è orientata nel senso di cercare di precisare al meglio quale sia la natura dei bisogni che il soggetto è chiamato a soddisfare attraverso le proprie attività. È stato così affermato che, affinché si possa intendere come volta a soddisfare un bisogno avente carattere «non industriale o commerciale», l'attività del soggetto deve rispondere a un interesse primario della collettività, come, ad esempio, la salute, l'ambiente, la sicurezza⁵⁷. In particolare, al riguardo, è stato chiarito da una costante giurisprudenza che i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, «da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, d'altro lato, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante»⁵⁸.

Elemento che ha generato diversità di interpretazioni è anche il «fine di lucro». Secondo una certa teoria interpretativa dell'interesse generale, un soggetto non può essere qualificato come organismo di diritto pubblico quando la sua attività si svolge perseguendo direttamente fini di lucro. All'opposto - secondo un orientamento che sembra prevalere -, si è argomentato nel senso di riconoscere la finalità del soddisfacimento dell'interesse generale della collettività, a prescindere dalla forma giuridica, pubblica o privata, assunta dal soggetto o dalle stesse modalità economiche e commerciali che può assumere la gestione.

Si vuole dire con ciò che la nozione di «organismo di diritto pubblico» deve essere interpretata in chiave funzionale, piuttosto che meramente organizzativa, anche considerando il fine, ossia «eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro, allorquando intendano offrire beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di un altro Stato membro»⁵⁹.

diritto pubblico), cit., pp. 82 ss., per il quale «è errato trarne una sorta di equiparazione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica. È errato puntare solo sui bisogni per scovare la qualità industriale o commerciale del soggetto»; lo stesso Autore, tuttavia, non ritiene di condividere neanche la tesi opposta, per la quale, in presenza dell'assunzione del rischio, non possa esservi organismo di diritto pubblico, in quanto a suo parere ciò che rileva è il rischio di impresa dal punto di vista delle conseguenze che si possono produrre all'interno della società, ossia che la logica del profitto possa incidere sulle scelte gestionali compiute dell'organo amministrativo.

⁵⁷ Cfr. Corte giust. CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96 BFI Holding.

⁵⁸ Così, Corte giust. CE, 16 ottobre 2003, causa C-283/00, Commissione contro Regno di Spagna, ma anche Corte giust. CE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley GmbH contro Bestattung Wien GmbH.

⁵⁹ Parole tolte da D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 14 ss.. Si veda, sul punto, Cons. St., V, 7 febbraio 2020, n.

Si aggiunga anche che non è necessario che il perseguimento dell'interesse generale assorba in modo esclusivo e totalizzante l'azione del soggetto, potendo esso svolgere altre attività, magari anche in misura molto rilevante⁶⁰.

Ciò che invece caratterizza la preposizione o meno al soddisfacimento del bisogno a carattere non industriale o commerciale è l'assunzione del rischio imprenditoriale. Se infatti un soggetto opera in normali condizioni di mercato, persegue uno 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 commerciale⁶¹.

Viene invece a mancare l'assunzione del rischio imprenditoriale nei casi in cui il soggetto sia remunerato a tariffa fissa, indipendentemente dall'effettiva erogazione del servizio, o comunque nei casi in cui sia assicurata una remunerazione certa per l'attività da svolgere. Allo stesso modo, verrebbe a mancare l'assunzione del rischio laddove operi un meccanismo di ripiano delle perdite da parte del concedente

964, secondo cui «In sostanza, la giurisprudenza, anche nazionale, ha dato rilievo a un approccio funzionale: dalle concrete modalità con cui si esplica l'attività dell'ente, come emergono da una serie di elementi significativi, trae convincimento della rispondenza dell'azione a un interesse della collettività non industriale o commerciale». Cfr. anche Cass., sez. un., 28 giugno 2019, n. 17567; Cons. St., V, 10 giugno 2019, n. 3884; Corte giust. UE, IV, 13 dicembre 2007, n. 337, causa Bayerischer Rundfunk c. Gesellschaft Gebäudereinigung Wartung mbH; Corte giust. CE, 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia.

⁶⁰ Si veda, sul punto, il Considerando n. 12 alla direttiva 2014/25/UE – di contenuto analogo a quello delle altre direttive su appalti e concessioni - «è opportuno precisare che 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 allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale. Analogamente, la giurisprudenza ha anche esaminato la condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, precisando, tra l'altro, che per «finanziati in modo maggioritario» si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico». Cfr. anche Cons. St., VI, 19 maggio 2008, n. 2280, che richiama, a sua volta, Corte giust. CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden vs. BFI Holding BV e Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann.

⁶¹ Cons. St., VI, 20 marzo 2012, n. 1574, secondo cui «Le società per azioni svolgono una attività che – secondo la definizione generale posta dal riportato art. 2082 c.c., valida anche in presenza di una partecipazione pubblica al capitale sociale – ha necessariamente natura economica. L'esercizio di una attività con metodo economico implica che la stessa debba almeno garantire la copertura dei costi con i ricavi e che l'imprenditore assuma il rischio conseguente all'iniziativa intrapresa». Quanto poi alla circostanza che il soggetto persegua un interesse pubblico, possiamo leggere nella stessa sentenza che «non può ritenersi che il rispetto dell'interesse pubblico sia idoneo ad alterare il tipo societario conducendo alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile».

pubblico nei confronti del gestore. In questi ultimi due casi saremmo certamente in presenza di un organismo di diritto pubblico⁶².

Si deve però avvertire che il solo fatto che il soggetto operi in un mercato in cui esiste concorrenza⁶³, seppure possa costituire indizio a suo modo significativo del fatto che il soggetto non operi per soddisfare bisogni di interesse generale a carattere non industriale o commerciale, non esclude affatto che lo stesso soggetto possa sfuggire ugualmente alla logica del mercato in virtù dei suoi rapporti “privilegiati” con un ente pubblico⁶⁴.

Altro aspetto da valutare con attenzione è la circostanza che il soggetto sia stato «istituito» per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Ad alcune pronunce della giurisprudenza per le quali non sarebbe necessario, perché si possa parlare di organismo di diritto pubblico, che il soggetto sia stato «istituito» per soddisfare in modo specifico bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ove risulti in modo oggettivo che successivamente abbia preso in carica il soddisfacimento di tali bisogni e vi abbia effettivamente provveduto⁶⁵, hanno fatto seguito posizioni più sfumate e problematiche. In particolare, per una parte della giurisprudenza, i compiti assegnati al soggetto all’atto della sua istituzione, risulterebbero preminenti dal punto di vista normativo sulle modalità con cui l’attività viene effettivamente svolta, con la conseguenza che le modalità di svolgimento dell’attività possono cedere rispetto ai compiti assegnati con l’istituzione del soggetto, in quanto tali modalità: (i) non sono

⁶² Così, D. Ielo, *Le regole dei settori “speciali”: cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori “speciali” – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 24.

⁶³ Cfr. Cons. St., sent. n. 1574 del 2012, secondo cui «la mancanza di un mercato non può ovviamente derivare dal fatto che in esso operi la sola società pubblica ma occorre stabilire se un mercato abbia la possibilità di esistere valutando le caratteristiche dei beni e servizi offerti, i loro prezzi, nonché la presenza anche solo potenziale di più fornitori. Quando si accerta che manchi effettivamente un mercato concorrenziale idoneo, per le sue oggettive condizioni, ad indurre gli operatori economici a svolgere in quel settore la propria attività ciò rappresenta certamente un rilevante elemento probatorio circa l’assenza del metodo economico e dunque dell’attività di impresa».

⁶⁴ Cfr. D. Ielo, *Le regole dei settori “speciali”: cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori “speciali” – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 16-17.

⁶⁵ Si veda Corte giust. CE, 12 dicembre 2002, n. 470, causa C-470/99, *Universale-Bau AG c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, secondo cui «un ente il quale non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha in seguito preso a suo carico tali bisogni la cui soddisfazione è da allora effettivamente assicurata dal medesimo, adempie la suddetta condizione, posto che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata». A conferma, anche Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, per la quale «l’esistenza (o la mancanza) di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale deve essere valutata oggettivamente, essendo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali essi sono soddisfatti».

espressamente citate dalle disposizioni normative; (ii) non sono idonee a differenziare con sufficiente evidenza l'azione pubblica da quella di un soggetto privato; (iii) sono potenzialmente mutevoli nel tempo e perciò instabili e inidonee a costituire parametro certo⁶⁶.

Altro carattere distintivo dell'organismo di diritto pubblico è il rapporto di stretta dipendenza dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Il legislatore presume l'esistenza di questa stretta dipendenza quando l'attività svolta dall'organismo sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure quando la sua gestione sia soggetta al controllo pubblico o, ancora, l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza del soggetto sia costituito da membri designati in misura maggioritaria dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Ciò che rileva, in definitiva, quando si discute di questo rapporto di stretta dipendenza pubblica, è il potere di influenzare le decisioni che il soggetto assume, in particolare in materia di appalti pubblici. Per questa ragione, affinché questa dipendenza sia sufficiente, in presenza degli altri requisiti sopra descritti, per poter parlare di organismo di diritto pubblico, non basta un controllo successivo sui risultati della gestione. Viceversa, possono intendersi come indici presuntivi della sussistenza del requisito della dipendenza, il potere di nomina degli amministratori e degli organi di direzione, vigilanza e controllo, il potere di impartire direttive o di verificare la gestione, anche se non necessariamente quotidiana, in termini di regolarità, redditività ed economicità, ma anche il potere di visita delle sedi e degli impianti presso i quali il soggetto svolge la sua attività⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., V, 13 settembre 2021, n. 6272 e, nello stesso senso, Cons. St., V, 10 maggio 2021, n. 3621 e Cons. St., V, 7 febbraio 2020, n. 964.

⁶⁷ Così, D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 17 ss.. Si veda, in proposito, Corte giust. CE, 17 dicembre 1998, n. 306, Connemara Machine Turf Co. Ltd c. Coillte Teoranta, che afferma la qualificazione di Coillte Teoranta (l'«Ufficio delle foreste» irlandese) quale organismo di diritto pubblico in quanto «se è vero che nessuna disposizione prevede esplicitamente che il controllo statale si estende specificamente all'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture da parte dell'Ufficio delle foreste, lo Stato può esercitare un tale controllo quantomeno indirettamente. [...] È anche il potere di nomina dei principali dirigenti dell'Ufficio delle foreste, [...] la facoltà del ministro di impartire all'Ufficio delle foreste istruzioni, in particolare al fine di obbligarlo a rispettare le grandi linee della politica dello Stato sulle attività forestali o a predisporre servizi o impianti determinati, nonché i poteri conferiti a questo ministro e al ministro delle Finanze in materia finanziaria, [che] conferiscono allo Stato la possibilità di controllare l'attività economica dell'Ufficio delle foreste».

In conclusione, la qualificazione di un organismo di diritto pubblico deve fondarsi, per un verso, su un'interpretazione "funzionale" che presti attenzione alle concrete modalità con cui si esplica l'attività del soggetto e, per altro verso, sulla sua "strumentalità" al soddisfacimento delle esigenze di interesse generale, necessarie affinché l'amministrazione partecipante possa esercitare la sua attività, a partire quindi dalla verifica dall'istituzione dell'ente per il soddisfacimento di siffatti bisogni⁶⁸.

Ad ogni modo, anche a prescindere dagli indici presuntivi sopra enunciati, la differenza sostanziale tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico non riposa tanto nel modello organizzativo adottato, ma nella circostanza che l'impresa pubblica sia esposta alla concorrenza, gestisca servizi rinunciabili da parte dell'ente di riferimento, subisca o possa subire perdite commerciali, mentre l'organismo di diritto pubblico svolge attività che sono necessarie all'amministrazione pubblica di riferimento, è caratterizzato dalla mancata esposizione alla concorrenza, dalla irrinunciabilità del servizio e dal conseguente obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell'ente di riferimento, in quanto l'organismo tende ad essere guidato da logiche diverse da quelle strettamente economiche⁶⁹.

Detto altrimenti, quando un'impresa svolge la propria attività in normali condizioni di mercato, perseguendo uno scopo di lucro e sostenendo direttamente le perdite eventualmente derivanti dalla propria attività, senza gravare sugli enti pubblici e quindi sulla collettività, difficilmente potrà essere qualificata come un organismo di diritto pubblico. Lo stesso assetto è viceversa compatibile con l'impresa pubblica, la quale, proprio perché opera in mercati concorrenziali, non potrebbe tollerare di dover sottostare in tutte le sue attività di approvvigionamento a regole più severe e gravose dei competitori privati. Infatti, come è stato autorevolmente sostenuto, «l'impresa, pubblica o privata che sia, può essere soggetta ad obblighi e doveri soltanto se gli stessi trovino un precipuo fondamento nella legge (art. 41, comma 2 e art. 23, Cost.), con conseguente inammissibilità di una lettura analogicamente estensiva delle disposizioni idonee a comprimerne la libertà di iniziativa economica»⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. Corte giust. UE, IV, 5 ottobre 2017, causa C.-567/155.

⁶⁹ Vi vedano, tra le altre, Cass. civ., sez. un., 28 giugno 2019, n. 17567; Cons. St., V, 10 giugno 2019, n. 3884; Cass., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8673; Cons. St., V, 12 dicembre 2018, n. 7031; Cons. St., V, 19 novembre 2018, n. 6534; Cons. St., V, 18 dicembre 2017, n. 5930.

⁷⁰ M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit., p. 10.

Ciò che invece accomuna, tra l'altro, l'organismo di diritto pubblico all'impresa pubblica è il carattere «multiforme», seppure in modi non sempre coincidenti, in quanto anche l'organismo di diritto pubblico può possedere i caratteri della società a controllo pubblico e assumere, nel suo concreto operare, diverse qualificazioni, da quella di amministrazione aggiudicatrice di appalti pubblici, a quella di gestore di servizi pubblici e di concessionario.

Di contro, la circostanza che un soggetto sia qualificato come organismo di diritto pubblico non comporta una estensione degli effetti che ne derivano ad ambiti diversi dagli appalti pubblici, fino all'eventuale sua assimilazione ad un ente pubblico, in quanto, come rilevato dalla giurisprudenza contabile, la qualità di organismo di diritto pubblico «non riguarda l'intera vita dell'ente, ma solo alcuni segmenti della sua attività, ossia quelli strettamente legati all'affidamento dei contratti»⁷¹. Questo è vero a condizione però che l'organismo di diritto pubblico non assuma anche la veste di società *in house* di una pubblica amministrazione⁷², nel qual caso sarà, ad esempio, «qualificabile come pubblica amministrazione ai fini del riparto di giurisdizione in tema di assunzione del personale dipendente»⁷³.

⁷¹ Cfr. Corte dei conti, sez. Lombardia, 11 ottobre 2021, n. 283, secondo cui «il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblica a certi fini non ne comporta l'automatica e integrale sottoposizione alla disciplina prevista in generale per la pubblica amministrazione: «al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione "funzionale" e "cangiante" di ente pubblico. Si ammette senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica» (Cons. Stato, n. 3043/2016, cit.)».

⁷² La cd. «società in house» si caratterizza come forma di autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, nel caso in cui si approvvigiona senza ricorrere al mercato tramite gara, ma attingendo in un certo senso al proprio interno, ossia ad una società ad essa strettamente legata dal punto di vista organizzativo, tanto da poter essere equiparata ad un ufficio interno alla P.A.. Questa figura è stata delineata per la prima volta dalla Corte di giustizia europea, nella nota sentenza sul caso Teckal S.r.l. per un affidamento diretto da parte del Comune di Viano, ritenuto ammissibile come eccezione all'applicazione delle procedure di evidenza pubblica, in ragione del fatto che il Comune esercitava nei confronti del soggetto affidante, anche se formalmente distinto ed autonomo, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, insieme alla circostanza che tale società realizzava con il Comune la parte più rilevante della propria attività (Corte giust. CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98). Tacendo per ragioni di spazio della successiva cospicua giurisprudenza in merito, basti ricordare che tale figura è definita e disciplinata dalla legislazione vigente sia europea (si veda, in particolare, l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, come anche, il corrispondente art. 17 della direttiva 2014/23/UE), che italiana, attraverso il d.lgs. n. 50 del 2016 (in particolare, l'art. 5) e nell'ambito del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (in particolare, gli artt. 11 e 16).

⁷³ Cfr. Cons. St., VI, 11 dicembre 2015, n. 5643. In questa sentenza, il Supremo organo della giustizia amministrativa afferma in modo chiaro che «tutti gli organismi *in house* di pubbliche amministrazioni sono anche necessariamente organismi di diritto pubblico, mentre non è vero il contrario (cioè non è vero che per il solo fatto che un organismo sia qualificabile come organismo di diritto pubblico ai fini della contrattualistica pubblica, per ciò stesso sarà anche qualificabile come pubblica amministrazione ai fini del riparto di giurisdizione in tema di assunzione del personale dipendente)».

II. La disciplina degli appalti: i settori speciali

1. Genesi ed evoluzione dei settori speciali

Il principio di concorrenza, che all'inizio di questo lavoro abbiamo assunto a principale chiave interpretativa del fenomeno delle imprese pubbliche che operano nel campo degli appalti pubblici, ci viene in aiuto anche nella comprensione dei cosiddetti «settori speciali».

I settori speciali sono attualmente definiti, dall'art. 3, comma 1, lett. *hh*), del d.lgs. n. 50 del 2016, come «i settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica», che ricevono dal Codice dei contratti pubblici una disciplina, per l'appunto, «speciale»⁷⁴.

È proprio dalle ragioni di questa «specialità» che occorre partire, per comprendere adeguatamente questi settori, in cui operano in modo del tutto particolare le imprese pubbliche, ma non prima di aver compiuto un passo indietro.

In origine, infatti, vi erano alcuni settori economici e produttivi che si caratterizzavano per alcuni tratti peculiari, che possiamo così riassumere: in primo luogo, la presenza di monopoli, naturali e legali, o anche solo di fatto per il riconoscimento agli operatori di diritti speciali o esclusivi ad operare in tali settori; in secondo luogo, la consistente presenza dello Stato e degli enti pubblici, come mano fin troppo visibile in tali mercati, anche attraverso le imprese pubbliche, che costituivano una delle forme tipiche di influenza pubblica sull'economia; in terzo luogo, la circostanza che questi settori sono stati da sempre il contesto in cui hanno trovato spazio i servizi pubblici, in modo particolare quelli che necessitano dell'utilizzo delle reti o dello sfruttamento di aree geografiche con determinate caratteristiche; in ultimo, l'elevata caratterizzazione tecnologica di questi settori, che ha reso da sempre difficile l'equiparazione con i settori tradizionali⁷⁵.

⁷⁴ In dottrina, a proposito dei settori speciali (prima cd. esclusi), si ricordano, tra gli altri: L. Mendola, *La direttiva Cee 90/931 sulla disciplina degli appalti nei "settori esclusi"*, in *Riv. amm.*, pp. 1483 ss.; A. Carullo, *Appalti pubblici nei settori esclusi*, in *Enc. Dir.*, 2001; I. Potrone, *Gli appalti nelle società a partecipazione pubblica nei settori speciali e la disciplina del "codice dei contratti pubblici"*, in *GiustAmm.it*, Roma, 2007; M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit.; L. D'Ottavi, *I riflessi della concorrenza negli appalti nei settori speciali*, in *GiustAmm.it*, Roma, 2011; M.C. Cabiddu, M.C. Colombo (a cura di), *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, cit.. A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit..

⁷⁵ Cfr., con alcune sfumature, M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit., p. 3, che si sofferma su due cause principali della "specialità" di tali settori: la chiusura dei mercati in cui operano determinati soggetti e i diversi modi in cui le autorità pubbliche cercano di

L'esigenza avvertita dal legislatore comunitario di tutelare la concorrenza e di garantire le libertà fondamentali connesse all'integrazione europea, anche attraverso il coordinamento e l'armonizzazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ha portato inizialmente a considerare i settori economici di cui stiamo parlando come settori che andavano «esclusi» dalla disciplina comunitaria degli appalti pubblici. Si ebbe quindi un regime derogatorio, che trovava le proprie motivazioni, sia nella necessità di evitare che la disciplina da applicare agli appalti indetti dai soggetti operanti in tali settori fosse determinata dalla loro natura pubblica o privata⁷⁶, e sia anche dalla necessità di consentire ai soggetti chiamati ad erogare servizi pubblici essenziali di operare con un adeguato livello di efficacia ed efficienza⁷⁷.

Nel 6° Considerando della direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971, che aveva lo scopo di coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, si può infatti leggere che «in materia di appalti di lavori pubblici è necessario evitare che i servizi di produzione, di erogazione e di trasporto d'acqua e di energia siano sottoposti a regimi differenti a seconda che essi dipendano dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o dalle altre persone giuridiche di diritto pubblico o che abbiano una distinta personalità giuridica; che è quindi necessario escludere dal campo di applicazione della direttiva quelli dei servizi di cui sopra che in base al loro stato giuridico vi rientrerebbero, in attesa che l'esperienza acquisita permetta di adottare una soluzione definitiva al riguardo»⁷⁸.

La citata direttiva 71/305/CEE, in materia di appalti pubblici di lavori, recepita nel nostro ordinamento con la legge 8 agosto 1977, n. 584 («Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della

influenzarne il comportamento, tramite la partecipazione al capitale sociale e il potere di nomina dei propri rappresentanti negli organi di amministrazione e controllo; D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 2 ss., per il quale queste stesse caratteristiche facevano di tali settori «un humus confortevole per il fenomeno che gli economisti definiscono fallimento del mercato»; A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit., pp. 242 ss., in particolare sull'elevata connotazione tecnologica dei settori esclusi e poi speciali, con rinvio sul punto a M. Sanino, *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2006, p. 613.

⁷⁶ Così, M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit., p. 2.

⁷⁷ Si veda, su tale motivazione derogatoria, D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 3.

⁷⁸ Nello stesso senso anche la direttiva 77/62/CEE di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (7° «Considerando») e la direttiva 93/38/CEE di coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e che operano nel settore delle telecomunicazioni (8° «Considerando»).

Comunità economica europea»), e la direttiva 77/62/CEE, in materia di appalti pubblici di forniture, recepita in Italia attraverso la legge 30 marzo 1981, n. 113 («Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione delle pubbliche forniture alla direttiva della Comunità economica europea n. 77/62 del 21 dicembre 1976»), non disciplinavano, infatti, i settori speciali.

Con il Libro Bianco della Commissione sul completamento del mercato interno del 1985, si assiste ad una svolta dal punto di vista della strategia europea. Possiamo infatti leggere, al punto 86 di tale documento - riguardo ai settori dell'energia, dei trasporti, dell'acqua e, nel caso dei contratti di fornitura, delle telecomunicazioni, non rientranti all'epoca nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici -, che «Se è chiaro che occorrerà realizzare entro il 1992 l'allargamento di tale campo d'applicazione, occorre agire d'altra parte per tenere conto del fatto che alcuni degli enti appaltanti nei settori in questione sono enti di diritto pubblico, mentre altri sono organismi di diritto privato. Appare possibile procedere per varie vie: seguendo il metodo dell'armonizzazione delle legislazioni tramite direttive, e/o richiamandosi ai principi della concorrenza, a norma degli articoli 85, 86 e 90 del Trattato CEE⁷⁹, e combinando talvolta queste procedure con un approccio inizialmente più pragmatico, così come si è cercato di fare nel settore delle telecomunicazioni».

Il legislatore comunitario, proprio sulla scia del programma d'azione e del calendario per la liberalizzazione degli appalti pubblici nei settori esclusi, previsti dal Libro bianco sul completamento del mercato interno, aveva finito per disciplinare in termini unitari i settori speciali con la direttiva 90/531/CEE del Consiglio del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, energia, servizi di trasporto, nonché degli enti operanti nel settore delle telecomunicazioni⁸⁰.

⁷⁹ Come, infatti, osservato da D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 2 ss., «Base giuridica, e soprattutto logico-concettuale, del regime di esclusione era l'art. 86, paragrafo 2 del Trattato CE (oggi articolo 106 del Tfu). Secondo questa norma le imprese (pubbliche o private) che gestiscono servizi di interesse economico generale possono fruire di un regime diversificato solo nei casi in cui l'applicazione di tale regime sia strettamente necessario e proporzionale al perseguimento della missione di interesse pubblico di cui tali soggetti sono investiti. Fondamento sostanziale di tale regime derogatorio era la necessità di consentire a soggetti investiti (immediatamente e istituzionalmente) del compito di fornire alla collettività utilità essenziali di potere efficacemente erogare tali servizi: anche – ma solo ove assolutamente necessario – in deroga alla disciplina sulla parità di trattamento e non discriminazione comunitaria».

⁸⁰ La direttiva verrà successivamente estesa e modificata dalla direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993 e dalla direttiva 98/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio

Le attività rientranti nel campo d'applicazione di questa direttiva, secondo quanto si ricava dal suo art. 2, paragrafo 2, comprendono: a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse per la fornitura del servizio pubblico di produzione, trasporto o distribuzione di acqua potabile, elettricità, gas o energia termica, oppure la fornitura di acqua potabile, elettricità, gas o energia termica a tali reti; b) lo sfruttamento di un'area geografica per la prospezione o estrazione di petrolio, gas naturale, carbone o altro combustibile solido oppure la messa a disposizione dei vettori aerei, marittimi e fluviali, di aeroporti, porti marittimi o interni, nonché altri impianti terminali di trasporto; c) la gestione di reti destinate a fornire un servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo; d) la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione di uno o più servizi pubblici di telecomunicazioni.

Dal punto di vista soggettivo, la direttiva 90/531/CEE, in base all'art. 2, paragrafo 1, trovava applicazione agli enti aggiudicatori che fossero tanto autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgevano una qualsiasi delle attività sopra citate, quanto soggetti che, pur non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche, operavano in una o più attività ricomprese nella direttiva, in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente del rispettivo Stato membro.

Con il Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea, adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996, le istituzioni comunitarie prendono atto dei mutamenti intervenuti nei settori cosiddetti «speciali», nei quali, come ad esempio nelle telecomunicazioni, si stavano sviluppando importanti processi di liberalizzazione. Quanto all'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici – si legge nel documento – «la Commissione verificherà se tale liberalizzazione conduce all'instaurazione di condizioni di effettiva concorrenza nel settore considerato. In tale ipotesi, essa valuterà i mezzi più appropriati per far fronte a tale situazione»⁸¹.

Ciò a cui si assiste con il passare del tempo e con l'evoluzione dei mercati e dei servizi pubblici è un fenomeno che nel nostro sistema economico vede la progressiva liberalizzazione di alcune delle attività che venivano fatte rientrare nei cd. «settori esclusi». Sempre sotto l'impulso del legislatore comunitario, i processi di liberalizzazione si sono sviluppati nel settore delle telecomunicazioni, nel settore

1998, riferite entrambe alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

⁸¹ Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea – Spunti di riflessione per il futuro, adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996, pp. 7 ss..

elettrico, nella filiera industriale del gas, in ambito ferroviario e nel servizio postale⁸².

In alcuni settori, come le telecomunicazioni, la liberalizzazione è stata totale, tanto che attualmente esse non sono più ricomprese nei settori speciali. In altri ambiti, invece, il legislatore ha operato in modo diverso a seconda dell'esistenza o meno di un monopolio naturale nel mercato di riferimento: in presenza di un monopolio naturale, definendo meccanismi che, sulla base dell'evoluzione tecnologica, consentissero sia l'aggiornamento che la ridefinizione del perimetro del monopolio, come, ad esempio, nella distribuzione elettrica, nella trasmissione elettrica e nella distribuzione del gas; in assenza di un monopolio naturale, viceversa, come nella vendita dell'energia elettrica e del gas, aprendo il mercato e, nella misura del possibile, assicurando l'esercizio della concorrenza, a monte e a valle del monopolio naturale; in ultimo, prevedendo, per i servizi rientranti nell'area del monopolio naturale, meccanismi capaci di incentivare e premiare l'iniziativa economica e l'innovazione⁸³.

I processi di liberalizzazione, accompagnati dall'esigenza delle istituzioni comunitarie di coordinare e armonizzare anche le procedure di appalto degli enti erogatori di servizi rientranti nei settori «esclusi», divenuti poi «speciali», hanno portato anche ad un mutamento di approccio, in quanto da una disciplina di tipo derogatorio (settori esclusi) si è giunti ad una disciplina per l'appunto "speciale" di questi settori.

⁸² I processi di liberalizzazione si sono sviluppati attraverso i seguenti provvedimenti legislativi: nel settore delle telecomunicazioni, attraverso la legge 31 luglio 1997, n. 249 («Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo») e il d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318 («Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni»); nel settore elettrico, con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 («Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica»); nella filiera industriale del gas, in esecuzione del d.lgs. 23 marzo 2000, n. 164 («Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144»); in ambito ferroviario, mediante il d.P.R. 16 marzo 1999, n. 146 («Regolamento recante norme di attuazione della direttiva 95/18/CE, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie, e della direttiva 95/19/CE, relativa alla ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e alla riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura») e il d.m. 21 marzo 2000 («Determinazione dei criteri di determinazione del canone di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria»); nel servizio postale, a seguito del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 («Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio»). Cfr. D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 3.

⁸³ Così, D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 5 ss..

Nel nostro ordinamento, vi è stata poi, in questo senso, una spinta ulteriore, in occasione del recepimento interno della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordinava le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. Il legislatore italiano, infatti, con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 («Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), ha disciplinato con un unico provvedimento sia gli appalti dei settori tradizionali, cosiddetti «ordinari», che quelli propri dei settori speciali, pur salvaguardando le peculiarità di questi ultimi.

Tale approccio, in realtà, è la logica conseguenza di quanto avvenuto a livello europeo, dove si è affermata la tendenza ad un progressivo «avvicinamento della normativa comunitaria dei settori speciali a quella dei settori ordinari, realizzando in tal modo una sostanziale semplificazione ed una contestuale uniformità della disciplina»⁸⁴.

Con la direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, abrogativa della direttiva 2004/17/CE, il legislatore comunitario ha confermato la necessità di mantenere una disciplina degli appalti indetti dagli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali. Come si può leggere, infatti, nel 1° Considerando della nuova direttiva, «Alla luce dei risultati del documento di lavoro della Commissione del 27 giugno 2011, intitolato «Relazione sulla valutazione dell'impatto e dell'efficacia della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici», risulta opportuno mantenere norme riguardanti gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in quanto le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza. Un ulteriore motivo che spinge a continuare a regolare normativamente gli appalti pubblici in questi settori è costituito dalla natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli enti in tali settori, data l'esistenza di diritti

⁸⁴ Parole tolte da A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit., p. 240, a giudizio del quale «Proprio per tale ragione, sostenuta da alcuni in dottrina, il Codice [del 2006] è stato inquadrato come una sorta di “super-direttiva unificata”, nell’ambito della quale la disciplina dei settori ordinari è assunta al ruolo di “parte generale”, applicabile anche ai settori speciali, salvo quanto previsto per alcuni specifici aspetti».

speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di alimentazione, fornitura o gestione delle reti per erogare il servizio pertinente»⁸⁵.

I processi di liberalizzazione, se sono stati in grado nel tempo di far mutare l'approccio della disciplina degli appalti in questi settori, da una di tipo derogatorio ad un'altra di tipo particolare, non hanno ancora determinato una apertura dei mercati dell'acqua, dell'energia, dei servizi di trasporto e dei servizi postali, tale da rendere non più necessaria tale disciplina.

Lo stesso Codice dei contratti pubblici vigente, agli artt. da 115 a 121, definisce le attività ricomprese nei singoli settori speciali, ossia quelle attività di messa a disposizione, gestione o alimentazione di reti oppure di sfruttamento di un'area geografica, che sono necessarie alla erogazione di servizi pubblici connessi a gas ed energia termica, elettricità, acqua, trasporti, porti e aeroporti, poste, estrazione di gas, prospezione o estrazione di carbone o altri combustibili solidi.

In particolare, analizzando, come esempio, i servizi connessi a gas, energia termica ed energia elettrica, non tutte le attività facenti parte delle relative filiere produttive sono classificate come settori speciali dagli artt. 115 e 116 del d.lgs. 50 del 2016, ma solo quelle la cui esposizione alla concorrenza non appare al legislatore ancora sufficientemente matura, ossia la messa a disposizione o la gestione delle reti fisse, destinate alla prestazione di un servizio pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione del gas o dell'energia, come anche l'alimentazione di tali reti con gas o energia.

Come emerge chiaramente dalla lettura delle norme, possiamo distinguere i settori speciali in almeno due categorie.

Vi sono, in primo luogo, i settori caratterizzati dall'erogazione di servizi pubblici a rete, che possono comprendere l'alimentazione, la gestione, la messa a disposizione e l'utilizzo dell'infrastruttura necessaria per la stessa erogazione dei servizi. Si tratta dei servizi connessi alla erogazione di gas ed energia elettrica, del servizio postale e dei servizi di trasporto, i cui mercati non hanno ancora maturato un particolare grado di apertura alla concorrenza.

Possiamo poi riferire di un'altra categoria di settori speciali, che sono tali in quanto la filiera produttiva necessita dello sfruttamento di aree geografiche ben determinate. Si pensi alla messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni

⁸⁵ Sul punto, si veda A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit., pp. 243 ss..

e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali, come anche alla estrazione di gas o di petrolio e alla prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi. Questi settori si collocano nell'ambito di mercati maggiormente contendibili, rispetto a quelli tipici dei servizi pubblici a rete, seppure non ancora pienamente concorrenziali⁸⁶. Rimangono invece escluse dai settori speciali e quindi dalla disciplina del d.lgs. n. 50 del 2016, le attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, per la prospezione di petrolio e gas naturale, nonché per la produzione di petrolio, in quanto a giudizio del legislatore sono «attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili»⁸⁷.

Allo stesso tempo, il legislatore contempla anche la possibilità che seppure si tratti di attività rientranti nei settori speciali, gli appalti necessari al loro svolgimento possano essere aggiudicati senza applicare la disciplina del Codice dei contratti pubblici, laddove tali attività siano direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. In tali casi, recita l'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, la valutazione dell'esposizione o meno alla concorrenza è effettuata dalla Commissione europea, tenendo conto «del mercato delle attività in questione e del mercato geografico di riferimento»⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. Art. 121, comma 2 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La decisione di esecuzione della Commissione del 24 giugno 2011, riguardante l'esonero della prospezione di giacimenti di petrolio e di gas e lo sfruttamento di giacimenti petroliferi in Italia dall'applicazione della direttiva, ricordava al 4° Considerando come l'art. 30 della direttiva 2004/17/CE, allora vigente, disponesse che «gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività rientrante nel campo di applicazione della direttiva stessa non siano soggetti alla direttiva se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, questa è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. L'esposizione diretta alla concorrenza viene valutata sulla base di criteri oggettivi che tengono conto delle caratteristiche specifiche del settore interessato. Un mercato è considerato liberamente accessibile se lo Stato membro ha attuato e applicato le disposizioni della normativa UE sulla liberalizzazione di un determinato settore o di parti di esso». La stessa decisione, al 6° Considerando, precisava che «Ai fini della valutazione dell'esposizione degli operatori rilevanti alla concorrenza diretta sui mercati oggetto della presente decisione, i criteri di cui tener conto sono la quota di mercato dei principali operatori e il grado di concentrazione sui predetti mercati. Dato che le condizioni variano per le diverse attività oggetto della presente decisione, si procede ad una valutazione distinta per ogni attività/mercato».

⁸⁸ Il procedimento di verifica della contendibilità del mercato di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, deriva dalla stessa direttiva 2014/25/UE, il cui art. 35 prescrive che l'iter sia avviato dallo Stato membro interessato - o, se la sua legislazione lo consente, anche direttamente da un ente aggiudicatore - quando, sulla base dei criteri di cui all'articolo 34, paragrafi 2 e 3 della direttiva stessa, ritiene che una determinata attività possa essere direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. Tale procedura prevede una richiesta alla Commissione europea per ottenere in tali casi che sia dichiarata la non applicazione della direttiva all'aggiudicazione di appalti per il perseguimento dell'attività in questione. Alla richiesta può essere allegata la posizione assunta nel merito da un'amministrazione nazionale indipendente, che abbia competenza per l'attività in questione. Cfr., altresì, Tar Sicilia, III, 8 marzo 2021, n. 791, in merito al giudizio intentato per l'annullamento di una nota emessa dalla Raffineria di Gela in materia di accertamento del diritto di accesso agli atti da parte di un subappaltatore, nell'ambito di un contratto di appalto. Il Collegio si è espresso affermando che, «nel caso in esame, per effetto di una decisione della Commissione europea, dal 2011, la produzione

Si comprende subito, allora, come per il legislatore le attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili siano da collocare al di fuori dei settori speciali con scelta normativa o comunque sottratte ai vincoli dell'evidenza pubblica posti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici mediante provvedimento della Commissione europea, in esito ad un vero e proprio procedimento di verifica della contendibilità.

Tale procedimento può essere attivabile con una notifica del Presidente del Consiglio, acquisito il concerto del Ministro competente per il settore interessato, o direttamente da parte degli enti aggiudicatori.

L'eventuale esclusione dalla assoggettabilità al Codice dei contratti pubblici deriva da un provvedimento espresso di accertamento della contendibilità del mercato adottato dalla Commissione europea, a seguito dello svolgimento di una adeguata istruttoria procedimentale, ovvero nei casi in cui la stessa Commissione non adotti alcun provvedimento entro il termine di tre mesi. La decisione della Commissione europea è assunta allo stato degli atti e sulla base della situazione di fatto esistente in un dato momento ed è quindi reversibile, in caso di successivo mutamento dei presupposti della decisione precedentemente adottata⁸⁹.

La valutazione necessaria per accertare se un determinato settore, in tutto o in parte, sia direttamente esposto alla concorrenza è molto complessa, in quanto se la liberalizzazione di un settore o di una sua parte può costituire un indice di contendibilità del mercato, occorre precisare che tale presunzione non è assoluta, ma relativa⁹⁰.

del petrolio non è più settore speciale. Conseguentemente, l'appalto sotteso alla istanza di accesso (id est: lavori di smontaggio e rottamazione di alcuni impianti di produzione della raffineria) non rientra più nel regime degli appalti pubblici».

⁸⁹ Si veda, sul punto, D. Ielo, *Gli appalti esentati e la liberalization clause*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 156, che richiama, a sostegno di questa interpretazione, la decisione 2008/383/CE della Commissione europea, del 30 aprile 2008, relativa all'esonero dei servizi di corriere espresso in Italia dall'applicazione della direttiva 2004/17/CE. La Commissione, al paragrafo 12 di tale decisione, precisa che tale esclusione è «basata sulla situazione giuridica e di fatto esistente tra il gennaio e il febbraio 2008, quale risultante dalle informazioni trasmesse dalla Repubblica italiana. Essa potrà essere rivista, qualora cambiamenti significativi della situazione giuridica e di fatto comportino il non rispetto delle condizioni di applicabilità [...]».

⁹⁰ Così, D. Ielo, *Gli appalti esentati e la liberalization clause*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 142. Sul punto, si veda anche A. Sinatra, Art. 8 *Esclusione di attività direttamente esposte alla concorrenza*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Tomo I, Molfetta, 2017, pp. 246 ss., che richiama, sul punto, G. Guidarelli, Artt. 215-219, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009; D. Ielo, M. Rotelli, Artt. 206-238, in G. Ruggeri [et al.], *Codice dei contratti pubblici: commento al D.lvo. 12*

L'art. 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, al comma 4, riconosce mercati liberamente accessibili quelli per i quali sono stati adottati dalla Commissione europea i provvedimenti attuativi indicati nell'Allegato VI del d.lgs. n. 50 del 2016 («Elenco degli atti giuridici dell'Unione», Allegato III alla direttiva 2014/25/UE), salvo poi precisare che ove non sia possibile «presumere il libero accesso a un mercato in base al precedente periodo, si deve dimostrare che l'accesso al mercato in questione è libero di fatto e di diritto».

La valutazione richiede che si tenga conto di molteplici fattori, conformi alle disposizioni del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea in materia di concorrenza, che comprendono: (i) il «mercato geografico di riferimento», ossia l'area specifica in cui l'attività, in tutto o in parte, viene svolta dagli operatori economici, che può anche non coincidere con l'intero territorio dello Stato membro interessato⁹¹; (ii) le caratteristiche dei prodotti o dei servizi, inclusa l'esistenza eventuale di prodotti o servizi alternativi, considerati sostituibili dal lato della domanda o dell'offerta; (iii) i prezzi; (iv) la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori per i prodotti o i servizi considerati⁹².

aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, Milano, 2007, pp. 1920 ss..

⁹¹ In base all'art. 34, par. 2, della direttiva 2014/25/UE, «Il mercato geografico di riferimento, sulla base del quale viene valutata l'esposizione alla concorrenza, è costituito dal territorio nel quale le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di prodotti e di servizi, nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinto dai territori vicini, in particolare a motivo di condizioni di concorrenza sensibilmente diverse da quelle che prevalgono in quei territori. Questa valutazione tiene conto segnatamente della natura e delle caratteristiche dei prodotti o servizi in questione, dell'esistenza di ostacoli all'entrata o di preferenze dei consumatori, nonché dell'esistenza, tra il territorio in oggetto e quelli vicini, di differenze notevoli sotto il profilo delle quote di mercato delle imprese o di differenze sostanziali a livello di prezzi».

⁹² Cfr., in particolare, i Considerando n. 44, 45, 47 e l'art. 34 della direttiva 2014/25/UE. I criteri applicabili nella valutazione di contendibilità dei mercati derivano dai principi del diritto della concorrenza. Nella decisione di esecuzione della Commissione 2005/15/CE del 7 gennaio 2005, relativa alle modalità d'applicazione della procedura di cui all'art. 30 della direttiva 2004/17/CE, troviamo una esposizione potremmo dire sistematica di tali criteri. L'allegato I della decisione citata prevede che «A norma dell'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/17/CE, per determinare se un'attività è direttamente esposta alla concorrenza, si ricorre a criteri conformi alle disposizioni del trattato in materia di concorrenza, come le caratteristiche dei beni o servizi interessati, l'esistenza di beni o servizi alternativi, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o servizi in questione». Si ricorda anche la decisione di esecuzione della Commissione 2011/372/UE del 24 giugno 2011, riguardante l'esonero della prospezione di giacimenti di petrolio e di gas e lo sfruttamento di giacimenti petroliferi in Italia dall'applicazione della direttiva 2004/17/CE, la quale precisava che «L'esposizione diretta alla concorrenza viene valutata sulla base di criteri oggettivi che tengono conto delle caratteristiche specifiche del settore interessato. Un mercato è considerato liberamente accessibile se lo Stato membro ha attuato e applicato le disposizioni della normativa UE sulla liberalizzazione di un determinato settore o di parti di esso». La stessa decisione, al 6° Considerando, sottolineava che «Ai fini della valutazione dell'esposizione degli operatori rilevanti alla concorrenza diretta sui mercati oggetto della presente decisione, i criteri di cui tener conto sono la quota di mercato dei principali operatori e il grado di concentrazione sui predetti mercati. Dato che le

Tutta l'esposizione che precede, oltre a tentare di ricostruire la complessa genesi ed evoluzione dei cosiddetti «settori speciali», ci consente di comprendere come questi settori non siano blocchi omogenei e monolitici di attività produttive.

Da un lato, infatti, la qualificazione di «specialità» si riferisce più che ad interi settori produttivi, ad alcune attività facenti parte della filiera, tanto che in dottrina per descrivere questa particolarità è stata evocata l'immagine della “gruviera”, pensando, come esempio, al settore del gas, che comprende il trasporto, ma non l'importazione o la vendita, o al settore portuale o aeroportuale, in cui rientra la sola fase della messa a disposizione dell'infrastruttura ai vettori⁹³.

Dall'altro lato, la stessa qualificazione di «specialità», sia da parte del legislatore, attraverso la delimitazione normativa dei settori, che della Commissione europea, con le decisioni in merito alla esposizione diretta alla concorrenza delle attività ricomprese nei settori speciali, non è immutabile, ma suscettibile di cambiamenti. Basti pensare ai settori interessati dai processi di liberalizzazione, come le telecomunicazioni, che non sono più ricompresi nell'ambito dei settori speciali.

In conclusione, i settori speciali rivestono ancora un'importanza strategica per i singoli Stati membri, testimoniata dall'influenza che le autorità nazionali continuano ad esercitare sugli enti aggiudicatori e dalla sottrazione di parti importanti delle filiere produttive ai processi di liberalizzazione, tanto che i relativi mercati rimangono ancora chiusi, anche per effetto dei diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri agli enti aggiudicatori rispetto all'alimentazione, alla fornitura o alla gestione delle reti necessarie per erogare i servizi.

Si possono invece considerare superate le ragioni che in passato avevano fatto dipendere la specialità di tali settori alla natura eterogenea degli enti aggiudicatori e, in particolare, delle imprese pubbliche, disciplinati a seconda dei casi dalle norme del diritto pubblico o del diritto privato, «sì da rendere ardua l'estensione *sic et simpliciter* della normativa generale in materia di appalti, se non a costo di gravi disparità di trattamento fra i diversi stati»⁹⁴.

condizioni variano per le diverse attività oggetto della presente decisione, si procede ad una valutazione distinta per ogni attività/mercato».

⁹³ Si veda, sul punto, D. Ielo, *Le regole dei settori “speciali”: cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori “speciali” – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 3.

⁹⁴ Così, F. Delfino, *Art. 114 Norme applicabili e ambito soggettivo*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo II, Molfetta, 2017, p. 1981, che richiama sul punto anche R.

Rimane da chiedersi, a questo punto, quali potranno essere i “nuovi” settori speciali, nel momento in cui si affacciano sui mercati nuove reti ed infrastrutture digitali, in contesti nuovi come la cosiddetta *smart city*⁹⁵, in cui al «capitalismo municipale» di ormai vecchio conio potrebbe venire a sostituirsi o ad aggiungersi il nuovo «capitalismo digitale»⁹⁶. Un fenomeno quest’ultimo nel quale la merce più preziosa sono i dati degli utenti e dei cittadini e la competizione si basa sempre più sulla capacità di “catturare” le informazioni sui comportamenti umani.

Capitalismo digitale e appalti pubblici, nei settori di intervento del Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR)⁹⁷, potrebbero aprire una nuova stagione per i cosiddetti settori speciali, con complessità ed opportunità tutte ancora da esplorare.

Greco, *Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2008, p. 3132.

⁹⁵ Per giungere ad una definizione ampia e sufficientemente esaustiva di Smart City, si rinvia a Nam&Theresa A. Pardo, *Conceptualizing Smart City with Dimensions of Technology, People, and Institutions*, 2011, secondo cui «Tre sono i componenti concettuali chiave di una Smart City: la tecnologia (infrastrutture hardware e software), le persone (la creatività, la diversità e l’istruzione), le istituzioni (governo e politica). Data la connessione tra i tre fattori, una città è intelligente quando gli investimenti nel capitale umano e sociale e le infrastrutture dell’*information technology* crescono in maniera sostenibile e migliorano la qualità della vita attraverso un governo partecipativo». Per questa ed altre definizioni di Smart City, come anche per l’analisi delle forme negoziali più elastiche e più utili per il conseguimento degli scopi connessi allo sviluppo della Smart City, si veda S. Battiston, *Smart city public procurement. Percorso operativo attraverso il Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2021. Cfr., anche, D. Ielo, *Governo del territorio e smart cities*, in M.C. Colombo, R. Ragozzino, *Manuale di edilizia e urbanistica. Le nuove sfide e le opportunità del PNRR*, Milano, 2022, pp. 347 ss..

⁹⁶ Cfr. N. Srnicek, *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Roma, 2017, in cui, a proposito di scenari futuri, si afferma che per combattere le tendenze monopolistiche delle piattaforme digitali si potrebbe immaginare la costruzione di piattaforme cooperative, ma vengono anche invocati i poteri dello Stato, che potrebbe esercitare un controllo applicando le normative antitrust e in materia di privacy, oltre ad attuare azioni per combattere l’evasione fiscale. In ultimo, si prospetta anche la possibilità di piattaforme pubbliche, controllate dalla popolazione ed autonome dal sistema di sorveglianza dello Stato.

⁹⁷ Si tratta del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che ha istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza, prevedendo la possibilità per i singoli Stati membri di presentare alla Commissione europea un Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR), che definisca un programma di riforme e investimenti da attuare entro il 2026, ottenendo così le risorse assegnate sotto forma di prestiti e/o sovvenzioni.

2. L'ambito di applicazione della normativa per i settori speciali

Ricostruita la genesi e l'evoluzione dei settori speciali, di pari passo con il mutare dell'assetto dei mercati degli Stati membri e con i processi di liberalizzazione da essi sviluppati, occorre entrare nel merito dei caratteri e della specificità della disciplina in materia di appalti pubblici applicabile agli enti aggiudicatori e, in particolare, alle imprese pubbliche che operano nei settori speciali.

Il legislatore ha individuato i soggetti chiamati ad applicare la normativa contenuta nel vigente Codice dei contratti pubblici in modo assai articolato.

La definizione di «stazione appaltante», ricavabile dal d.lgs. n. 50 del 2016, comprende, infatti, le «amministrazioni aggiudicatrici», gli «enti aggiudicatori», i «soggetti aggiudicatori» e i «soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice»⁹⁸. Queste categorie di soggetti racchiudono le diverse forme e tipologie di stazioni appaltanti chiamate in vario modo ad applicare il Codice dei contratti pubblici, ma con alcuni rimandi e sovrapposizioni di non immediata comprensione.

In primo luogo, abbiamo le «amministrazioni aggiudicatrici», che comprendono le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico e le varie forme di associazioni, unioni e consorzi da essi costituiti⁹⁹.

Negli «enti aggiudicatori» ritroviamo le stesse amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche che svolgono una delle attività classificate come settori speciali dagli articoli da 115 a 121 del Codice dei contratti pubblici, insieme a quei soggetti che, pur non essendo né amministrazioni aggiudicatrici, né imprese pubbliche, operano negli stessi settori speciali, anche come soggetti privati, in base a diritti speciali o esclusivi concessi dall'autorità¹⁰⁰. Il legislatore si è anche preoccupato di dare una definizione specifica degli enti aggiudicatori delle concessioni, ai fini dello svolgimento delle attività di cui all'allegato II del d.lgs. n. 50 del 2016, inerenti alle reti di gas ed energia termica, elettricità, trasporti, messa a disposizione di aeroporti e porti, servizi postali, estrazione di petrolio o di gas, prospezione o estrazione di carbone o altri combustibili solidi. Tale definizione riproduce fedelmente la composizione già vista per gli enti aggiudicatori degli appalti, ma con la specifica esclusione degli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una

⁹⁸ Si tratta della definizione data dall'art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016.

⁹⁹ Cfr. Art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, con le specificazioni di cui alle lettere b), c) e d) dello stesso comma.

¹⁰⁰ Cfr. Art. 3, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 50 del 2016.

procedura svolta con adeguata pubblicità sulla base di criteri obiettivi, ossia, in particolare, gli enti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici e dalle imprese pubbliche che siano divenuti titolari di concessioni mediante procedure di gara ad evidenza pubblica¹⁰¹.

Vi sono poi i «soggetti aggiudicatori», che, ai soli fini dell'applicazione delle parti IV (partenariato pubblico privato e contraente generale e altre modalità di affidamento) e V (infrastrutture e insediamenti prioritari) del Codice dei contratti pubblici, comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori e i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi¹⁰².

Ad essi si aggiungono, infine, come «altri soggetti aggiudicatori», i soggetti privati, comunque tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice¹⁰³, tra i quali è possibile menzionare, a determinate condizioni, i concessionari di lavori pubblici, i

¹⁰¹ Cfr. D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 43. L'Autore precisa che «All'interno della categoria dei privati che svolgono attività nei settori speciali in virtù di un diritto speciale o esclusivo, si distinguono due soggetti: (i) coloro i quali svolgano tale attività in base a una gara pubblica (vale a dire che sono stati selezionati con gara); (ii) coloro i quali non sono stati scelti con gara. Rispetto ai secondi, continua a vigere l'obbligo di gara. I primi, invece, sono esentati dall'obbligo di gara a valle». A sostegno di questa lettura, si ricorda Cons. St., I, 28 aprile 2020, n. 823, in cui il Collegio, nel rendere il parere sullo schema di contratto standard in tema di partenariato pubblico-privato, ha affermato che «Con riferimento alle concessioni già in essere, ed aggiudicate in precedenza senza gara, occorre prevedere l'obbligo di indire regolare procedura di evidenza pubblica per la scelta degli appaltatori. Solo in questo modo, infatti, si garantirà la concorrenza. Tali regole, oltre ad essere coerenti con l'articolo 1, comma 2, lett. c), Codice, si spiegano alla luce del fatto che, ogni qual volta sia mancata la gara a monte per la scelta del concessionario, è necessario garantire la concorrenza a valle, prevedendo delle gare pubbliche, per la scelta degli appaltatori. Sulla base poi del chiaro disposto dell'articolo 164, comma 4, le procedure di evidenza pubblica dovranno necessariamente essere rispettate in relazione «agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici» [...]. Ciò rende coerenti, [...] l'articolo 1, comma 2, lett. c), l'art. 164, comma 4, e l'art. 177, Codice. Proprio tale ultima norma, infatti, con le sue disposizioni di dettaglio, è la conferma della necessità di imporre regole concorrenziali, seppure a valle, in una certa misura, quando sono mancate le gare a monte». Nello stesso senso, si veda la delibera ANAC n. 214 del 9 marzo 2021, secondo cui «Ai sensi dell'art. 177, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 il concessionario autostradale scelto con procedura di gara ad evidenza pubblica, con le modalità previste dalla normativa vigente al momento della sottoscrizione della convenzione, non deve svolgere procedure di gara ad evidenza pubblica e secondo le norme del Codice per l'affidamento di un contratto di fornitura a terzi». In base alla lettura testuale dell'art. 177, si poteva ritenere che i titolari di concessioni: (i) preesistenti all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016; e (ii) non affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica, secondo il diritto dell'Unione Europea, sarebbero risultati obbligati ad affidare l'80% dei contratti relativi alle concessioni stesse mediante procedure ad evidenza pubblica. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 218 del 23 novembre 2021, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'intero art. 177 del Codice, in quanto l'obbligo di esternalizzazione gravante sui titolari di concessioni già in essere, non affidate con procedura ad evidenza pubblica o con la formula della finanza di progetto, costituisce una misura irragionevole e sproporzionata rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza. Cfr., A. Botto, S. Castrovinci Zenna (2022), *Il regime giuridico degli affidamenti dei concessionari: una prospettiva de iure condendo*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it.

¹⁰² Cfr. Art. 3, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 50 del 2016.

¹⁰³ Cfr. Art. 3, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 50 del 2016.

concessionari di pubblici servizi, le società a capitale pubblico anche non maggioritario, i soggetti che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo e i soggetti che beneficiano di finanziamenti pubblici¹⁰⁴.

Compiuta questa premessa in ordine ai soggetti tenuti, in termini generali, all'applicazione del vigente Codice dei contratti pubblici, possiamo procedere a delimitare l'ambito di applicazione con riferimento ai settori speciali, utilizzando criteri sia di tipo soggettivo che oggettivo.

Dal punto di vista soggettivo, come disposto dall'art. 114, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, la disciplina prevista per gli appalti nei settori speciali si applica agli enti aggiudicatori che sono: (i) amministrazioni aggiudicatrici che svolgono una delle attività rientranti nei settori speciali, come previste dagli articoli da 115 a 121 del Codice; (ii) imprese pubbliche che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 del Codice; (iii) soggetti che, pur non essendo amministrazioni

¹⁰⁴ Si veda, sul punto, C. Marzetta, *Il perimetro della nozione di Pubblica Amministrazione nel settore appalti*, in *Appalti Pubblici. Attori del processo – Stazioni appaltanti, operatori, organi di controllo*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, 3, Milano, 2018, pp. 21 ss.. L'Autore si sofferma in modo particolare sui soggetti realizzatori di opere di urbanizzazione e sui soggetti che ricevono finanziamenti pubblici. La prima categoria comprende i soggetti che, in quanto titolari di permessi a costruire o di altri titoli abilitativi variamente denominati, assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria o secondaria, a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione e sono quindi tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici, in base a quanto disposto dall'art. 1, comma 2, lett. e) del d.lgs. n. 50 del 2016. Gli oneri di urbanizzazione primaria sono descritti come quelli relativi, ad esempio, a strade residenziali, spazi di sosta, parcheggi, fognature, rete idrica, reti di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, verde attrezzato, cui si aggiungono i cavedi multiservizi e i cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, secondo quanto previsto dall'art. 16, commi 7 e 7-bis del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 («Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia»). Gli oneri di urbanizzazione secondaria comprendono asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo, strutture e complessi per l'istruzione superiore, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie, come da art. 16, comma 8 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. La seconda categoria riguarda, invece, i soggetti privati che beneficiano di finanziamenti pubblici che sono tenuti all'applicazione della normativa sugli appalti per tutti i contratti che vengono finanziati con risorse pubbliche, a prescindere della loro qualificazione giuridica soggettiva, in base all'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016. Il Codice dei contratti pubblici considera: (i) gli appalti di lavori pubblici di importo superiore ad un milione di euro e sovvenzionati direttamente da amministrazioni aggiudicatrici in misura superiore al 50%, siano essi lavori di genio civile di cui all'allegato I del Codice, che lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche (art. 1, comma 2, lett. a) del Codice); (ii) appalti di servizi di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da amministrazioni aggiudicatrici, allorché tali appalti siano connessi a un appalto di lavori di cui al precedente punto (i) (art. 1, comma 2, lett. b) del Codice). I beneficiari dei contributi pubblici, al ricorrere di tali condizioni, applicano la normativa sugli appalti pubblici, fatte salve alcune deroghe puntualmente individuate all'art. 1, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016 (riguardanti, ad esempio, la programmazione dei lavori pubblici di cui all'art. 21, gli avvisi di preinformazione di cui all'art. 70, gli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'art. 113, mentre nella fase esecutiva del contratto l'applicazione è limitata alle norme che disciplinano il collaudo). Cfr. anche Cons. St., V, 7 giugno 1999, n. 295.

aggiudicatrici o imprese pubbliche, svolgono una o più attività tra quelle previste dagli articoli da 115 a 121 del Codice ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.

Dal punto di vista oggettivo, invece, l'ambito di applicazione della normativa riservato agli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali trova importanti differenziazioni.

In termini generali, come recita l'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, il Codice dei contratti pubblici si applica ai contratti di appalto e di concessione degli enti aggiudicatori, incluse le amministrazioni aggiudicatrici, aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione. Lo stesso art. 1, al comma 2, elenca poi una serie di fattispecie particolari in cui trova applicazione il Codice, che possono essere così rappresentate: (i) appalti di lavori di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente, in misura superiore al 50%, da amministrazioni aggiudicatrici, riguardanti lavori di genio civile specificamente individuati, lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche; (ii) appalti di servizi di importo superiore alle soglie comunitarie che siano sovvenzionati direttamente, in misura superiore al 50%, da amministrazioni aggiudicatrici, e siano connessi a un appalto di lavori elencati al punto precedente; (iii) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non siano amministrazioni aggiudicatrici; (iv) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, che siano strettamente strumentali alla gestione del servizio, ove le opere pubbliche diventino di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice; (v) lavori pubblici realizzati da soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di altro titolo abilitativo, che eseguono direttamente le opere di urbanizzazione, a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso.

Alla definizione dell'ambito di applicazione oggettivo del Codice dei contratti pubblici, il legislatore ha fatto seguire l'individuazione dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del d.lgs. n. 50 del 2016, collocati nel Titolo II, Parte I, dello stesso Codice, agli artt. 4-20, riferibili tanto ai settori ordinari, che ai settori speciali.

Come affermato anche dalla giurisprudenza, non si tratta tanto di un «terzo settore» dei contratti pubblici, quelli «esclusi in tutto o in parte» dall'applicazione del

Codice, che si vada ad aggiungere ai settori ordinari e ai settori speciali. I «contratti esclusi in tutto o in parte» sono pur sempre contratti astrattamente riconducibili ai settori ordinari o speciali di attività contemplati dal Codice, che però vengono sottratti alla sua disciplina per le ragioni più varie¹⁰⁵.

Chiarito questo aspetto importante, possiamo riferire che nell'ambito dei cosiddetti contratti «esclusi», per i quali le norme del Codice non trovano, in tutto o in parte applicazione, rientrano, ad esempio, gli appalti segretati, i servizi di arbitrato e conciliazione, alcuni servizi legali, alcuni servizi finanziari, l'acquisto o la locazione di terreni, alcune concessioni di servizi, tutte attività proprie dei settori di intervento delle direttive comunitarie, ma che vengono escluse per ragioni di politica comunitaria¹⁰⁶. Come suggerito dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016 sullo Schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, il legislatore ha successivamente aggiunto nell'ambito dei contratti esclusi anche i contratti attivi¹⁰⁷.

Agli appalti nei settori esclusi non si applicano direttamente le norme del Codice dei contratti pubblici, ma il loro affidamento deve avvenire mediante procedure che rispettino alcuni principi derivanti dai Trattati UE a tutela della concorrenza, posti a fondamento della stessa disciplina degli appalti pubblici: i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica. Deve quindi trattarsi di una procedura di valutazione comparativa concorrenziale, con la particolarità di consentire al soggetto appaltante di definire autonomamente - autovincolandosi, ad esempio, nell'avviso pubblico - le disposizioni più adeguate allo svolgimento della procedura, purché siano conformi ai principi riportati nell'art. 4 del d.lgs. 50 del 2016¹⁰⁸.

Si è ritenuto, ad esempio, che l'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte e la documentazione amministrativa rispondesse, anche negli appalti esclusi, alla necessaria tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, che

¹⁰⁵ Cfr. Cons. St., ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16.

¹⁰⁶ Cfr. V. Tonnich, *L'impresa pubblica e gli appalti estranei*, in *Appalti Pubblici. Appalti "estranei" Finanziamenti, servizi legali, Terzo settore*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, 6, Milano, 2018, p. 73.

¹⁰⁷ Modifica introdotta dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

¹⁰⁸ Cfr. Tar Toscana, I, 5 marzo 2019, n. 332, secondo cui la legittimità dell'operato dell'amministrazione deve essere valutata «esclusivamente sotto il profilo dell'osservanza, o meno, dei criteri stabiliti nell'avviso pubblico, che vengono in rilievo sub specie nel senso di autovincolare l'amministrazione medesima ad osservare unicamente i principi generali di imparzialità, trasparenza e ragionevolezza nell'espletamento della procedura».

devono poter effettuare le opportune verifiche sulla regolarità formale della procedura, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione della stazione appaltante¹⁰⁹.

Come osservato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere n. 1241 del 10 maggio 2018, riguardante il tema della disciplina dei contratti di acquisto e locazione di immobili, il testo dell'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 è parzialmente diverso dal previgente art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006, perché non richiede la necessaria consultazione di un numero minimo di operatori economici e non prescrive norme specifiche per il subappalto, ed, inoltre, ha ampliato l'elenco dei principi applicabili a questi appalti, aggiungendo la pubblicità, la tutela dell'ambiente e l'efficienza energetica. Tale diversità di formulazione non appare comunque tale da mutare il quadro interpretativo che ne deriva, in quanto, anche la mancata previsione della pubblicità tra i principi elencati dall'art. 27 del precedente Codice non ne aveva impedito l'applicazione. Allo stesso modo, la mancata previsione nell'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 dell'obbligo di consultazione di più operatori non è stata e non è tale da esentare dallo svolgimento di una procedura comparativa¹¹⁰.

Nel Titolo II, Parte I, del d.lgs. n. 50 del 2016, dedicato ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione delle disposizioni codicistiche, trovano spazio anche particolari fattispecie che non sono completamente assimilabili alla categoria degli appalti esclusi a cui abbiamo appena fatto cenno. L'esempio più rilevante, ai fini del

¹⁰⁹ Così, Tar Calabria, I, 1 agosto 2019, n. 1511, per il quale, riguardo ad una pubblica selezione indetta per l'individuazione di immobili da acquisire in locazione, da adibire a sede di uffici e servizi aziendali, «l'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche e la documentazione amministrativa risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione della p.a. (Consiglio di Stato, III, 24 settembre 2018, n. 5495)».

¹¹⁰ Cons. St., parere della Commissione speciale, 10 maggio 2018, n. 1241 che sottolinea come «Questa conclusione è imposta dalla richiamata regola di diritto giurisprudenziale espressa dalla Corte di Giustizia in più occasioni, secondo cui ai contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici si applicano comunque i principi posti dai Trattati dell'Unione a tutela della concorrenza». Si ricorda, altresì, quanto precedentemente affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la nota sentenza n. 16 del 2011, in cui, con riferimento all'art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006, si afferma che «la norma intende porre un principio di rispetto di regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, ma tali regole minimali vengono imposte: a) da un lato solo ai soggetti che ricadono nell'ambito di applicazione del codice appalti e delle direttive comunitarie di cui costituisce recepimento, e per i contratti "esclusi" comunque menzionati nel codice; b) dall'altro lato ai contratti "nominati ma esenti", e non anche ai contratti "estranei". Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione è intervenuta, al riguardo, con il parere sulla normativa AG 12/2009, in cui, sia pure in riferimento alla lettera b) dell'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, ha interpretato l'art. 27 come «norma di chiusura della disciplina sui contratti esclusi, prevedendo comunque l'osservanza dei principi ivi indicati e l'espletamento di una procedura di valutazione comparativa concorrenziale, quale principio immanente nell'ordinamento».

presente lavoro, è dato sicuramente dall'art. 14 del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale prevede che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici non trovino comunque applicazione, indipendentemente dal valore, agli appalti e alle concessioni aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività rientranti nei settori speciali, come definiti dagli articoli da 115 a 121, o per lo svolgimento 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 dell'Unione europea. La normativa sugli appalti pubblici non trova quindi applicazione ai cosiddetti «appalti estranei» al Codice dei contratti pubblici, in quanto «non strumentali» alle attività dei settori speciali che il soggetto appaltante è chiamato a svolgere, come affermato dalla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 1° agosto 2011, n. 16. Agli «appalti estranei», inoltre, non trovano applicazione neanche i principi dettati dall'art. 4 del d.lgs. 50 del 2016 per gli «appalti esclusi», nonostante il dubbio che potrebbe sorgere pensando alla collocazione dell'art. 14 all'interno del Titolo II, Parte I, del d.lgs. n. 50 del 2016, dedicato ai contratti esclusi in tutto o in parte dalla disciplina codicistica.

Da tale assunto discendono, però, conseguenze in parte diverse, a seconda che si tratti di appalti indetti da enti aggiudicatori che siano o meno anche amministrazioni aggiudicatrici. Più precisamente, mentre negli «appalti estranei» indetti da amministrazioni aggiudicatrici si «riespande» l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari; viceversa, nel caso dell'impresa pubblica operante nei settori speciali - che è un ente aggiudicatore ma non anche un'amministrazione aggiudicatrice, ma altrettanto vale per i soggetti titolari di diritti speciali od esclusivi -, per gli appalti aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali, la sottrazione alla disciplina dei settori speciali non comporta l'attrazione alla disciplina dettata per i settori ordinari, ma piuttosto la completa sottrazione alle direttive comunitarie in materia di appalti e, in termini generali, alla disciplina pubblicistica applicabile alle procedure di affidamento. Questo perché, come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2011, «al di fuori di questi settori speciali, cioè fuori dell'ambito degli oggettivi servizi pubblici nominati, non vi è sostituzione all'attività amministrativa e pertanto non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali contraenti, mediante l'imposizione di scansioni particolari del processo di formazione contrattuale; vengono infatti meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che

giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi; l'impresa pubblica è comunque un'impresa e come tale agisce anch'essa con rischio, fine di lucro (art. 2082 cod. civ.) e moduli privatistici: e questi debbono essere integri ad evitare claudicazioni rispetto alla concorrenza (cioè restrizioni nell'ordinaria capacità di attività e di competizione). [...] Sarebbe sproporzionato imporre l'applicazione di principi di evidenza pubblica a soggetti del tutto estranei all'ambito del codice, e dunque ad appalti retti dal diritto privato».

Pertanto, mentre le amministrazioni aggiudicatrici - come, ad esempio, gli organismi di diritto pubblico - applicano la disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici per tutti gli appalti da esse indetti, le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi applicano tale normativa solo per gli appalti sopra la cosiddetta soglia comunitaria¹¹¹ e, in ogni caso, solo per gli appalti strumentali agli scopi inerenti alle attività di cui agli articoli da 115 a 121 del Codice, i cosiddetti appalti strumentali ai settori speciali.

A norma dell'art. 28 del d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso di contratti aventi ad oggetto appalti disciplinati dal Codice e appalti che non rientrano nel suo ambito di applicazione, le imprese pubbliche, al pari degli altri enti aggiudicatori, possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte o di aggiudicare un appalto unico. Se la scelta è di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali appalti distinti è operata in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi. Se, invece, la scelta è di aggiudicare un appalto unico, all'appalto misto che ne deriva si applica il Codice, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette, fatta eccezione per i contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza, di cui all'art. 160 del Codice.

¹¹¹ Nei settori speciali, le soglie di rilevanza comunitaria, a decorrere dalla data del 1° gennaio 2022, sono: a) euro 5.382.000 per gli appalti di lavori; b) euro 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX. Tali soglie sono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea, che trova diretta applicazione alla data di entrata in vigore a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Le soglie in vigore per i settori speciali sono state rideterminate attraverso il Regolamento UE, 10 novembre 2021, n. 1953, che modifica la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L 398, dell'11 novembre 2021.

3. La disciplina degli appalti nei settori speciali

La direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori di acqua ed energia, dei servizi di trasporto e dei servizi postali, e il d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50, che, dettando il Codice dei contratti pubblici, ne recepisce i contenuti nel nostro ordinamento, definiscono una disciplina speciale, distinta ma non completamente “altra” da quella applicabile ai cosiddetti «settori ordinari» in base alla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

Si tratta di una disciplina che risente del percorso in atto di avvicinamento della normativa comunitaria dei settori speciali a quella dei settori ordinari, con l'adozione dei medesimi istituti e procedimenti, allo scopo di renderne più agevole l'interpretazione e l'applicazione.

Per i settori speciali, infatti, il legislatore comunitario ha perseguito obiettivi per certi versi analoghi a quelli che hanno guidato la definizione della direttiva per i settori ordinari, in linea con la strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». Una strategia che vede gli appalti pubblici come «uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente dei finanziamenti pubblici»¹¹².

Quali sono questi obiettivi “condivisi” dalle due direttive?

In primo luogo, la semplificazione, anche attraverso l'unificazione delle discipline, il miglioramento delle disposizioni e la riduzione degli oneri amministrativi a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori economici¹¹³; in

¹¹² Si veda, al riguardo, il 4° Considerando della direttiva 2014/25/UE, per il quale «la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare una migliore certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia».

¹¹³ In termini sostanzialmente problematici sul tema della semplificazione della disciplina degli appalti pubblici apportata attraverso il Codice adottato con il d.lgs. n. 50 del 2016, R. De Nictolis (2016), *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, in cui l'Autrice sottolinea come «Per gli appalti, si tratta di un magma di interessi di 27 Stati membri e degli operatori economici di quegli Stati. Già le direttive delineano non meno di sei regimi di appalto: settori ordinari, speciali, concessioni, difesa e sicurezza, contratti esclusi, servizi in regime “alleggerito”. La semplificazione, perciò, non dovrebbe essere solo un “affare domestico”, ma iniziare dal diritto europeo, dalle sei direttive, quattro sostanziali e due processuali. Esse hanno gli stessi

secondo luogo, la digitalizzazione, mediante l'utilizzo sistematico di mezzi di comunicazione elettronici e dei prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione per lo svolgimento delle procedure, aventi carattere non discriminatorio rispetto agli operatori economici e capaci di assicurare l'accessibilità per le persone con disabilità; in terzo luogo, la flessibilità, attraverso il possibile ricorso a procedure innovative o riconoscendo maggiori spazi alla scelta di procedure che prevedano la negoziazione o, ancora, consentendo di adattare il contratto a circostanze nuove, senza necessariamente ricorrere a una nuova procedura di appalto; in ultimo, una maggiore attenzione allo sviluppo della ricerca e dell'innovazione e alle esigenze ambientali e sociali¹¹⁴.

Occorre subito precisare che la disciplina dettata per i settori speciali presenta elementi di minor rigidità e maggiori spazi di flessibilità rispetto alle norme proprie dei settori ordinari, in coerenza con la natura stessa dei settori speciali e con le esigenze di maggiore efficienza tipiche di enti aggiudicatori che spesso, come nel caso delle imprese pubbliche e dei privati titolari di diritti speciali ed esclusivi, operano in normali condizioni di mercato, perseguendo uno scopo di lucro e sostenendo direttamente le perdite eventualmente derivanti dalla propria attività, senza gravare sugli enti pubblici.

Dal punto di vista della tecnica di normazione utilizzata per definire la disciplina dei settori speciali, possiamo prima di tutto sottolineare che il legislatore italiano ha elaborato il vigente Codice dei contratti pubblici come un unico complesso normativo, nel quale trovano spazio sia le disposizioni applicabili ai settori ordinari che quelle proprie dei settori speciali.

Il Codice dei contratti pubblici vigente è stato anche definito come una sorta di «super direttiva unificata», nell'ambito della quale la disciplina dei settori ordinari si colloca come una «parte generale», applicabile anche ai settori speciali, seppure con il limite della compatibilità¹¹⁵.

In linea con quanto rilevato dal Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016, sullo schema di decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», possiamo dire che il legislatore ha identificato la disciplina

difetti che usualmente si imputano ai legislatori nazionali: ripetizioni, sovrapposizioni, rinvii reciproci, norme “rompicapo”, di cui sono un caso emblematico quelle sui contratti misti».

¹¹⁴ Cfr. A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit., p. 242.

¹¹⁵ Si veda, per questo aspetto, F. Delfino, *Art. 114 Norme applicabili e ambito soggettivo*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo II, Molfetta, 2017, pp. 1982 ss..

applicabile ai settori speciali con una triplice tecnica: (i) la previsione nella parte generale di disposizioni specifiche per i settori speciali, attraverso formulazioni che ne definiscono l'applicabilità direttamente ai settori speciali o indirettamente con il richiamo agli enti aggiudicatori, prevedendo anche delle deroghe ed elementi di maggiore flessibilità, salvo in alcuni casi escludere l'applicabilità della norma agli enti aggiudicatori che non siano anche amministrazioni aggiudicatrici, come le imprese pubbliche ¹¹⁶; (ii) la ricognizione delle disposizioni dettate per i settori ordinari, ma applicabili anche ai settori speciali, con un approccio che almeno in parte, per gli articoli da 1 a 58, ne condiziona l'applicabilità nei limiti della

¹¹⁶ Senza pretesa di assoluta completezza, si riportano gli articoli collocati nella parte generale del d.lgs. n. 50 del 2016 contenenti disposizioni applicabili o riferibili ai settori speciali: art. 22 (Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico), applicabile alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori; art. 27 (Procedure di approvazione dei progetti relativi ai lavori), con disposizioni previste sia per i settori ordinari che per i settori speciali; art. 28 (Contratti misti di appalto), applicabile nei settori ordinari e, con deroghe, anche nei settori speciali; art. 29 (Principi in materia di trasparenza), per le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori; art. 35 (Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti), con la previsione di soglie di importo per l'applicazione del Codice differenziate per i settori ordinari e i settori speciali; art. 36 (Contratti sotto soglia), il cui comma 8 prevede che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applichino la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti in conformità ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza; art. 37 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze), applicabile alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori, ma con l'esclusione degli enti aggiudicatori che non siano anche amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli artt. da 115 a 121 e gli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lett. g) del Codice; art. 38 (Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza), il cui comma 10 esclude dall'applicazione gli enti aggiudicatori che non siano anche amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti aggiudicatori di cui all'articolo 3, comma 1, lett. g) del Codice; art. 43 (Appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori di Stati membri diversi), applicabile alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori; art. 51 (Suddivisione in lotti), che si riferisce tanto ai settori ordinari che ai settori speciali; art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni), applicabile sia nei settori ordinari che nei settori speciali; art. 54 (Accordi quadro), applicabile sia nei settori ordinari che nei settori speciali, ma con disposizioni specifiche per i settori speciali; art. 56 (Aste elettroniche), che cita sia i settori ordinari che i settori speciali, ma con disposizioni di rinvio specifiche per i settori speciali; art. 57 (Cataloghi elettronici), rivolto sia ai settori ordinari che ai settori speciali, ma con disposizioni specifiche per i settori speciali; art. 65 (Partenariato per l'innovazione), applicabile alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori; art. 77 (Commissione giudicatrice), il cui comma 13 ne esclude l'applicazione alle procedure di aggiudicazione di appalti o concessioni effettuate dagli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici, quando svolgono una delle attività previste dagli artt. da 115 a 121 del Codice; art. 89 (Avvalimento), applicabile anche ai settori speciali, con l'aggiunta di riferimenti particolari al sistema di qualificazione; art. 104 (Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore), applicabile anche ai soggetti aggiudicatori; art. 106 (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia), applicabile sia nei settori ordinari che nei settori speciali, ma con disposizioni specifiche per i settori speciali; art. 108 (Risoluzione), con alcuni riferimenti particolari agli enti aggiudicatori e ai settori speciali; art. 113 (Incentivi per funzioni tecniche), con un riferimento apparentemente isolato agli enti aggiudicatori, ma di dubbia applicabilità alle società a capitale pubblico che non siano anche organismi di diritto pubblico e, in termini generali, ai settori speciali, stante anche il mancato richiamo da parte dell'art. 114, comma 8, del Codice (cfr. Cons. Giust. Amm., 13 marzo 2018, n. 34).

compatibilità con le peculiarità dei settori speciali¹¹⁷; (iii) le disposizioni applicabili in modo specifico ai settori speciali, collocate nel Capo I – Appalti nei Settori speciali, facente parte del Titolo VI – Regimi particolari di appalto, nell’ambito della Parte II – Contratti di appalto per lavori servizi e forniture.

Il risultato che deriva dall’applicazione di questa tecnica normativa rimane dubbio, se non altro perché, in alcuni casi, si rendono cogenti per i settori speciali le più severe disposizioni previste dal diritto comunitario o dal diritto interno per i settori ordinari, come, ad esempio, i presupposti e le condizioni per il ricorso alla procedura del dialogo competitivo e per il partenariato per l’innovazione.

Allo stesso tempo si può ritenere che gli stessi principi di trasparenza e l’esigenza di maggiore apertura e contendibilità dei mercati, previsti dalla legge delega per l’adozione del Codice dei contratti pubblici del 2016¹¹⁸, abbiano legittimamente ispirato la scelta del legislatore di estendere ai settori speciali alcune disposizioni di maggior rigore previste dal d.lgs. n. 50 del 2016 per i settori ordinari¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. Art. 114, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016. In termini generali, il legislatore del vigente Codice dei contratti pubblici non ha individuato tali disposizioni in un unico articolo con portata ricognitiva, come era stato con l’art. 206 del Codice previgente (d.lgs. n. 163 del 2006), ma con una serie di rinvii plurimi, non sempre coordinati, alle norme dettate per i settori ordinari. Le norme di rinvio alla disciplina dei settori ordinari sono contenute nei seguenti articoli del Codice dei contratti pubblici, collocati nel Capo I – Appalti nei Settori speciali, facente parte del Titolo VI – Regimi particolari di appalto, nell’ambito della Parte II – Contratti di appalto per lavori servizi e forniture: art. 114 (con una prima elencazione di carattere generale), art. 122 (che individua le norme applicabili alle procedure di scelta del contraente), art. 129 (per i bandi di gara e gli avvisi sugli appalti aggiudicati), art. 133 (per le norme applicabili alla selezione dei partecipanti e delle offerte). Vi sono poi ulteriori rinvii puntuali alla disciplina dei settori ordinari contenuti in altri articoli collocati nello stesso capo del Codice: art. 123 (per la scelta della procedura), art. 124 (sulla procedura negoziata con previa indicazione di gara), art. 125 (sulla procedura negoziata senza previa indicazione di gara), art. 126 (comunicazione delle specifiche tecniche), art. 127 (norme relative alla pubblicità degli atti), art. 130 (redazione e pubblicazione dei bandi di gara e degli avvisi), art. 132 (informazioni a coloro che hanno chiesto una qualificazione, ai candidati e agli offerenti). Infine, sono previsti rinvii che si ripetono, ad integrazione di disposizioni dettate specificamente per i settori speciali, come, ad esempio, quelli contenuti nell’art. 134 (sistemi di qualificazione, per criteri e specifiche tecniche), nell’art. 135 (per l’avvalimento) e nell’art. 136 (per i motivi di esclusione e la selezione degli operatori).

¹¹⁸ Legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante «Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». In particolare, l’art. 1, comma 1, lett. h), nel definire i principi e criteri direttivi specifici per l’esercizio della delega richiama la «puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati».

¹¹⁹ Cfr. Cons. St., parere del 1° aprile 2016, n. 855, da cui emerge, ad esempio, come in tema di trasparenza e pubblicità (artt. 29 e 79) e in materia di dibattito pubblico (art. 22), non si tratterebbe «di oneri amministrativi non necessari, ma di regole proconcorrenziali, nel primo caso, ovvero, nel secondo caso, di strumenti di partecipazione democratica delle collettività locali alle scelte di

Come già accennato, la disciplina approntata per i settori speciali si caratterizza tuttavia per una maggiore flessibilità rispetto a quanto disposto per gli affidamenti nei settori ordinari. Questa scelta è del resto coerente con la circostanza che tra gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali è possibile trovare anche l'impresa pubblica, che opera in mercati concorrenziali, e pertanto non potrebbe tollerare di dover sottostare in tutte le sue attività di approvvigionamento a regole più severe e gravose dei competitori privati. I settori speciali, inoltre, sono spesso caratterizzati da un elevato contenuto tecnologico e con forti esigenze di innovazione, aspetti che esigono per loro stessa natura la possibilità di utilizzare procedimenti flessibili e adatti ad un contesto competitivo.

La parte della normativa applicabile ai settori speciali che risponde più adeguatamente a queste esigenze è senza dubbio quella dedicata all'istituto del «sistema di qualificazione», disciplinato in particolare dall'art. 134 del Codice vigente. Gli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali possono infatti istituire e gestire un sistema che consente di qualificare preventivamente gli operatori economici in possesso di determinati requisiti, potendo quindi invitare tali operatori a partecipare ad una procedura ristretta o ad una procedura negoziata, senza necessità di pubblicare un bando o un avviso pubblico¹²⁰.

Il sistema di qualificazione deve ovviamente rispondere a determinati requisiti di apertura, pubblicità e trasparenza, ottenibili anche attraverso la pubblicazione di un avviso, secondo le specifiche di cui all'allegato XIV, parte II, lettera H del Codice dei contratti pubblici. Un avviso pubblico che informi dell'esistenza del sistema di qualificazione e che ne indichi finalità, modalità di funzionamento e periodo di validità. In tal modo, sono invitati alla successiva gara solo i candidati qualificati nell'ambito di tale sistema.

Si tratta di un sistema di qualificazione alternativo al bando di gara, che soddisfa le esigenze di apertura al mercato, nel rispetto dei principi di pubblicità, imparzialità,

localizzazione delle opere pubbliche, ivi comprese quelle dei settori speciali quali reti ferroviarie, porti, aeroporti».

¹²⁰ Per un approfondimento sull'istituto del sistema di qualificazione, si rinvia a V. Di Corcia, *Art. 134 Sistemi di qualificazione*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo II, Molfetta, 2017, pp. 2162 ss.

non discriminazione e trasparenza, con una possibile specializzazione per categorie merceologiche¹²¹.

Altro importante esempio di flessibilità è previsto dall'art. 36, comma 8 del Codice vigente, non per la generalità degli operatori dei settori speciali, ma solo per le imprese pubbliche e per i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, i quali, quando indicano e svolgono appalti di lavori, forniture e servizi rientranti nell'ambito dei settori speciali di importo inferiore alla soglia comunitaria, non applicano direttamente il d.lgs. n. 50 del 2016, ma la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, tuttavia, deve essere conforme ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza.

Si tratta per le imprese pubbliche di una notevole opportunità di semplificazione e adattamento, che consente loro di elaborare una disciplina degli appalti al di sotto della soglia comunitaria che tenga conto delle specificità del settore, del modo di operare di tali soggetti e delle loro esigenze di efficienza, con il solo vincolo di dover assicurare la conformità di tale regolamento ai principi comunitari posti a tutela della concorrenza.

Vi sono, infine, altre parti della normativa che contengono elementi di flessibilità per i settori speciali e, in particolare, per le imprese pubbliche.

Rispetto alla disciplina del ruolo e delle funzioni del Responsabile unico del procedimento (RUP) dettata dall'art. 31 del Codice, è prevista, ad esempio, per le stazioni appaltanti che non siano pubbliche amministrazioni o enti pubblici, quindi anche per le imprese pubbliche, la possibilità di individuare, secondo i propri ordinamenti, anche più soggetti a cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento¹²². Questa possibile deroga riveste una sua importanza nei settori speciali, nei quali la fase di esecuzione del contratto è spesso caratterizzata da elevata complessità tecnica. Nella prassi, infatti, accade spesso che le imprese pubbliche

¹²¹ Si veda sul punto, D. Ielo, A. Battaglia e M. Colonna, *Gli appalti infragruppo, extra Ue, integrati e i sistemi di qualificazione*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, 4, Milano, 2018, pp. 174 ss..

¹²² Art. 31, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016. Cfr. R. De Nictolis, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, 2012, p. 1433, da cui emerge come, già nel periodo di vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 (art. 10, reso applicabile ai settori speciali dall'art. 206), per le stazioni appaltanti che non sono amministrazioni pubbliche ed enti pubblici «da un lato il responsabile del procedimento non deve necessariamente essere unico, dall'altro assolve i soli compiti previsti dalle norme alla cui osservanza sono tenuti i soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni ed enti pubblici. Sicché, gli enti aggiudicatori ed imprese pubbliche, che non rientrano nel novero delle pubbliche amministrazioni in senso stretto, hanno responsabili del procedimento con compiti più ridotti».

distinguano, nella responsabilità del procedimento, tra la fase di affidamento, fino alla stipula del contratto, e la fase di esecuzione del contratto, fino al collaudo¹²³.

Sempre all'insegna della flessibilità si può comprendere l'esclusione degli enti aggiudicatori che non siano anche amministrazioni aggiudicatrici, quindi anche le imprese pubbliche, dagli obblighi di rientrare nella disciplina prevista sia per il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti da parte di ANAC¹²⁴, sia per la nomina delle commissioni giudicatrici nelle procedure di gara attingendo agli esperti iscritti all'Albo istituito presso ANAC¹²⁵.

Quanto alla disciplina delle procedure di affidamento, l'art. 123 del Codice prevede che gli enti aggiudicatori, nell'aggiudicazione degli appalti di forniture, lavori e servizi, utilizzino «procedure di affidamento aperte, ristrette o negoziate precedute da indizione di gara in conformità alle disposizioni di cui alla presente sezione». È anche prevista la possibilità di ricorrere a dialoghi competitivi e partenariati per l'innovazione, sempre in conformità con le norme specifiche previste dal Codice per i settori speciali.

Per la disciplina delle singole procedure, l'art. 122 del d.lgs. n. 50 del 2016 richiama le stesse disposizioni dettate per i settori ordinari, da applicare ai settori speciali nei limiti in cui esse sono compatibili: art. 60, per le procedure aperte; art. 61, commi 1, 2, 3 e 5, per le procedure ristrette, con la possibile riduzione del termine di 30 giorni per la presentazione delle domande di partecipazione, fino a 15

¹²³ Linee guida ANAC n. 3, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», adottate con deliberazione del Consiglio n. 1096 del 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornate con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017, che vanno oltre quanto previsto dall'art. 31, comma 10 del Codice, sulla possibilità di individuare più soggetti a cui affidare la responsabilità del procedimento. Le Linee guida, al punto 1.1., prevedono, infatti, che «la norma in esame non si applica alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni ed enti pubblici», facendo riferimento, si presume, all'intero articolo del Codice dedicato al Responsabile unico del procedimento.

¹²⁴ Art. 38, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016. Si tratta di un sistema di qualificazione innovativo, non previsto dalle direttive europee, mai divenuto operativo, se non nella forma della mera iscrizione all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA). Con la delibera n. 141 del 30 marzo 2022, ANAC ha definito le Linee Guida per la riqualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, sulle quali è stata avviata la consultazione. Si tratta di uno dei punti qualificanti del PNRR, premessa fondamentale per poi varare la riforma del nuovo Codice dei contratti pubblici.

¹²⁵ Art. 77, comma 13 del d.lgs. n. 50 del 2016. Il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, come modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, con l'art. 1, comma 1, lettera c), ha disposto che «Al fine di rilanciare gli investimenti pubblici e di facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche [...] nelle more della riforma complessiva del settore e comunque nel rispetto dei principi e delle norme sancite dall'Unione europea, [...] non trovano applicazione, a titolo sperimentale», tra le altre norme, anche «l'articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante».

giorni; art. 64, per il dialogo competitivo, con la precisazione che il termine di 30 giorni per la presentazione delle domande di partecipazione può essere ridotto fino a 15 giorni, qualora sia stato pubblicato un avviso periodico indicativo e sia stato trasmesso un invito a confermare interesse; art. 65, per il partenariato per l'innovazione.

Una disciplina particolare è invece dettata per la procedura negoziata con e senza previa indizione di gara (artt. 124-125), oltre che dagli artt. da 127 a 130 che stabiliscono gli oneri di pubblicità, nonché il contenuto dei bandi e degli avvisi di gara che gli enti aggiudicatori devono osservare.

I settori speciali sono stati anch'essi interessati dalla cosiddetta disciplina di emergenza, con la quale, anche utilizzando lo strumento della deroga, il legislatore ha inteso semplificare la normativa degli appalti pubblici per fronteggiare l'emergenza sanitaria ed economica provocata dal COVID-19¹²⁶.

Si tratta – soprattutto, ma non solo - di due interventi legislativi.

In primo luogo, il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, che ha dettato una disciplina temporanea riguardante l'aggiudicazione dei contratti pubblici sia entro i limiti delle soglie europee, che al di sopra di esse.

In particolare, allo scopo di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, oltre che per fronteggiare le ricadute economiche negative dell'emergenza sanitaria, l'art. 1 del d.l. n. 76 del 2020 ha previsto affidamenti diretti o procedure negoziate con modalità semplificate, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La lettera della disposizione appena citata delimita la deroga al solo comma 2 dell'art. 36 del Codice, che regola l'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, senza interessare il comma 8 dello stesso articolo, il quale, come già riferito, prevede che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, quando indicano procedure di affidamento nell'ambito dei settori speciali di importo inferiore alla soglia comunitaria, applichino

¹²⁶ Per una ricostruzione sistematica della legislazione di emergenza negli appalti pubblici, connessa alla pandemia da COVID-19, si rinvia a R. De Nictolis, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021, ma anche a G. Macrina, *Nuova guida al Codice degli appalti pubblici*, Pisa, 2020.

la disciplina dettata con proprio regolamento, in conformità ai principi del trattato UE in materia di concorrenza.

Ne deriverebbe che tanto le imprese pubbliche, quanto i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, nelle procedure da essi svolte nei settori speciali con importi al di sotto della soglia comunitaria, non rientrando nell'ambito di applicazione dell'art. 36, comma 2, non si debbano considerare soggette alla disciplina dettata dall'art. 1 del d.l. n. 76 del 2020. Questa considerazione sarebbe di sicura incidenza per quanto concerne i profili di responsabilità per danno erariale posti dalla norma in capo al responsabile del procedimento, per i casi di mancato rispetto dei termini previsti dallo stesso art. 1 per l'aggiudicazione o l'individuazione dell'affidatario e per la stipula del contratto e il tardivo avvio della sua esecuzione.

Di sicura applicabilità ai settori speciali, incluse le imprese pubbliche, appare invece la disciplina derogatoria e di semplificazione di cui all'art. 2 del d.l. n. 76 del 2020, per le procedure di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, con la previsione del possibile ricorso, in alternativa alle procedure aperte, ristrette o negoziate previste dalla legge, alle procedure negoziate previste per i settori speciali dall'art. 125 (art. 63 per i settori ordinari), nel rispetto del criterio di rotazione e nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dal COVID-19, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possano essere rispettati.

Particolare interesse, anche per i settori speciali, suscita la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 2, del decreto citato, che prevede la facoltà per le stazioni appaltanti di operare in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, inclusi quelli derivanti alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle disposizioni in materia di subappalto. Tale facoltà di operare in deroga può essere esercitata solo nella misura strettamente necessaria derivante dall'urgenza connessa agli effetti della pandemia, per le procedure di affidamento di cui all'art. 125 del Codice, di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, indette entro il 30 giugno 2023 (originariamente, entro il 31 dicembre 2021), nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, e nelle infrastrutture per la sicurezza pubblica, i trasporti, le infrastrutture

stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali ed idriche, nonché per i contratti relativi alla transizione energetica o ad essi collegati.

Come è stato osservato, con questa disposizione si «consente di disapplicare le norme del codice dei contratti pubblici che costituiscono *gold plating* rispetto alle direttive europee, e di applicare direttamente le direttive europee e i principi del codice dei contratti pubblici», salvo quanto previsto per il subappalto¹²⁷.

Rimane da dire dell'ulteriore, fondamentale provvedimento emergenziale, adottato con il decreto-legge 1° maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, mediante il quale il Governo ha definito la *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e le prime misure per il rafforzamento delle strutture amministrative e per l'accelerazione e lo snellimento delle procedure necessarie per raggiungere gli obiettivi.

Con il nuovo provvedimento, applicabile in termini generali anche ai settori speciali, il legislatore ha inteso rafforzare gli strumenti di semplificazione e snellimento delle procedure, nel quadro del PNRR, a sua volta inserito nella cornice più ampia del programma comunitario denominato «*Next generation EU*», di complessivi 750 miliardi di euro, che prevede per il nostro Paese la quota più significativa, pari a 191,5 miliardi di euro (c.d. *Recovery Fund*), a cui occorre aggiungere i 30,6 miliardi di euro del Fondo complementare.

Tale articolato e complesso processo di riforma per la semplificazione della materia degli appalti pubblici si completerà con l'approvazione da parte del Parlamento del disegno di legge contenente la delega al Governo per l'adozione, nel termine di sei mesi dalla sua entrata in vigore, di uno o più decreti legislativi recanti la disciplina degli appalti pubblici, con l'obiettivo di riordinare e semplificare le previsioni del vigente Codice dei contratti pubblici, adottato con il d.lgs. n. 50 del 2016¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. R. De Nictolis, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 248.. Per *gold plating* si intende il divieto di introduzione o di mantenimento nella legislazione nazionale di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie. Si veda, anche, G. Macrina, *Nuova guida al Codice degli appalti pubblici*, cit., p. 162.

¹²⁸ Si tratta della delega al Governo in materia di contratti pubblici. Dopo la sua approvazione in Senato (S.2330), avvenuta il 9 marzo 2022, il disegno di legge, il 14 marzo 2022, è stato assegnato alla VIII Commissione Ambiente della Camera dei Deputati, in sede Referente (C.3514). La VIII Commissione Ambiente della Camera ha concluso l'esame in sede referente, con modifiche, nella seduta del 19 maggio 2022. In data 24 maggio 2022, la V Commissione Bilancio ha espresso parere favorevole all'Assemblea, anche sugli emendamenti. Dopo il via libera della Camera dei Deputati, il testo passerà al Senato per l'approvazione definitiva a cui seguirà la pubblicazione in Gazzetta

4. La natura del regolamento interno per gli appalti sotto soglia

L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, dedicato alla disciplina delle procedure di affidamento e dell'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, prevede, al comma 8, che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria rientranti nei settori speciali di cui agli artt. da 115 a 121, «applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza». Una formulazione questa appena enunciata che non si discosta da quella utilizzata dall'art. 238, comma 7 del d.lgs. n. 163 del 2006, non più vigente.

Si tratta, come è evidente, di un elemento di notevole flessibilità per le imprese pubbliche e per i titolari di diritti speciali ed esclusivi operanti nei settori speciali, che viceversa non si applica agli organismi di diritto pubblico e, in termini generali, alle amministrazioni aggiudicatrici, le quali, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, devono applicare la disciplina dettata dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici.

Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, quindi, per le procedure rientranti nei settori speciali di importo inferiore alla soglia comunitaria, si dotano di un proprio regolamento, che, però, come recita l'art. 36, comma 8 del Codice, «deve essere conforme ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza».

Ma quali sono questi principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza?

La disciplina comunitaria degli appalti pubblici ha trovato il proprio fondamento nei principi affermati nei Trattati, a partire dal divieto di discriminazione in base alla nazionalità, il quale, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, «implica, in particolare, un obbligo di trasparenza» nell'affidamento degli appalti pubblici¹²⁹.

In termini più generali, possiamo osservare che gli appalti pubblici costituiscono un ambito che potremmo dire molto sensibile al tema delle libertà economiche

Ufficiale. Il tutto, secondo i piani del Governo, che prevedono l'approvazione della delega entro giugno 2022.

¹²⁹ Corte giust. CE, 7 dicembre 2000, Causa C-324/98, Teleaustria. Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è stato sancito dall'art. 6 del Trattato CEE, recepito successivamente nell'art. 12 del Trattato CE e, attualmente, collocato nell'art. 18 del TFUE. Secondo questo principio, «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni».

fondamentali, sancite oggi nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare: libertà di circolazione delle merci (artt. 34 ss.), libertà di prestazione dei servizi (artt. 56 ss.), diritto di stabilimento (artt. 49 ss.) e libera circolazione dei capitali (artt. 63 ss.)¹³⁰.

Dalla tutela delle libertà economiche fondamentali derivano poi i principi particolari applicabili agli appalti, che vincolano il regolamento sotto soglia nei settori speciali, come i principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza.

Le stesse Linee Guida ANAC n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, aggiornate con delibera del Consiglio ANAC n. 636 del 10 luglio 2019, recanti «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici», al punto 1.2, prevedono che «le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121 del Codice dei contratti pubblici, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE, in particolare quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, di trasparenza a tutela della concorrenza».

Si tratta di principi derivanti dai trattati comunitari che orientano e limitano l'autonomia regolatoria, ma al tempo stesso lasciano agli enti aggiudicatori che adottano il regolamento un certo grado di discrezionalità¹³¹.

Come rilevato dalla giurisprudenza, le procedure disciplinate dai regolamenti non hanno infatti la rigidità prevista dalla normativa generale sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tanto che, ad esempio, non si può ritenere che assurga «al rango di principio la disciplina della scansione temporale delle operazioni di verifica dei requisiti dei partecipanti alla gara» (Cons. St., V, 23 dicembre 2015, n. 5824).

¹³⁰ Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), da ultimo modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13/12/2007, è stato sviluppato a partire dal trattato che ha istituito la Comunità europea. Sul punto, si veda R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pp. 47 ss.. L'Autore sottolinea, tra l'altro, come «Sancendo le libertà economiche fondamentali, i Trattati che si sono succeduti nel tempo hanno mirato alla creazione di un mercato nel quale i fattori della produzione fluiscono senza intralci».

¹³¹ Cfr. L. Cimellaro, *I settori speciali*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Tomo secondo, Padova, 2014, p. 1917.

Le imprese pubbliche possono quindi definire il proprio regolamento senza dover recepire obbligatoriamente le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, modellando le proprie procedure di affidamento in modo anche originale, tenendo conto delle esigenze di flessibilità, efficienza e rapidità proprie di società che operano su mercati competitivi.

Il tutto ovviamente in conformità ai principi comunitari posti a tutela della libertà economica e della concorrenza, in quanto, come abbiamo già avuto modo di illustrare, l'impresa pubblica è assoggettata al principio di evidenza pubblica sia in ragione degli interessi pubblici collegati ai settori speciali in cui operano, sia perché in questi settori l'impresa pubblica è in grado di esercitare un forte potere di condizionamento del mercato¹³².

Riguardo al regolamento previsto dall'art. 36, comma 8, si pone tuttavia una questione interpretativa di non facile definizione, quella della sua natura giuridica.

Da un certo punto di vista, si potrebbe ritenere che il comma 8 dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici non utilizzi il termine «regolamento» secondo una nozione tecnico-giuridica, in quanto «i privati o le imprese pubbliche non dispongono – salvo eccezioni – del potere di emanare regolamenti, e cioè atti formalmente amministrativi e sostanzialmente normativi, ma deve essere inteso come regolamento aziendale. Si tratta, in sostanza della cd. procedura di approvvigionamento di beni e servizi che in genere adottano le imprese di dimensioni significative»¹³³. Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi, tra l'altro, sulla richiesta di annullamento del regolamento di A2A Reti Gas S.p.A., ha confermato nel caso specifico che le procedure sono disciplinate dai regolamenti dell'ente aggiudicatore, per poi precisare che essi «non hanno la rigidità prevista dalla normativa generale sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici»,

¹³² Cfr. R. Palligiano (2021), *Il principio di evidenza pubblica a tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica: i casi più recenti*, in Cammino Diritto, www.rivista.camminodiritto.it.

¹³³ Cfr. D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 10. Cfr., in questo senso, Cons. St., V, 18 novembre 2004, n. 7554, secondo il cui giudizio «per radicare la giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una Stazione appaltante sia tenuta, anche per gli appalti sotto soglia, ad osservare i principi fondamentali del Trattato CE [...], occorrendo invece l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria. D'altra parte, a fronte dei [...] principi fondamentali del Trattato CE la posizione della Stazione appaltante è di soggezione, mentre la correlativa posizione del soggetto privato che ne lamenta la violazione è di diritto soggettivo, non avendo la stazione appaltante alcun potere autoritativo di disciplina di dette situazioni soggettive». Per una trattazione dei cosiddetti «regolamenti di impresa», che possono essere adottati dal titolare dell'azienda per disciplinare le attività lavorative dei dipendenti, ma, in certa misura, anche dei clienti e dei fornitori, si veda A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, p. 786.

con ciò forse avvalorando la lettura che vede tali regolamenti caratterizzati da elevata flessibilità, come quella tipica delle procedure aziendali¹³⁴.

È stato anche sostenuto che le imprese pubbliche, pur operando *iure privatorum*, negli appalti pubblici rientranti nei settori speciali e quindi anche nell'adozione del regolamento per il sotto soglia, svolgerebbero un'attività «privata funzionalizzata» o, più precisamente, potremmo dire, un «esercizio privato di attività amministrativa», che troverebbe il proprio modello nella legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo e il diritto di accesso e il proprio fondamento, per quanto qui in discussione, nel Codice dei contratti pubblici¹³⁵. L'art. 1-ter della legge n. 241 del 1990 prevede, infatti, che i soggetti privati possano essere «preposti all'esercizio di attività amministrative», nel qual caso sono tenuti ad assicurare l'applicazione dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, con le modalità previste dalla stessa legge, dalle norme che disciplinano i singoli procedimenti, oltre che dei principi dell'ordinamento comunitario.

Come è stato acutamente osservato, con il modello di esercizio di attività amministrative da parte di privati definito dalla legge sul procedimento amministrativo, saremmo in presenza del tentativo di «conciliare valori apparentemente opposti: l'autonomia dei privati e la salvaguardia delle garanzie sostanziali connesse allo svolgimento dei compiti pubblici o di interesse generale», con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni¹³⁶.

La stessa Corte Costituzionale, con l'ordinanza 10 maggio 2001, n. 157, ha confermato questo modello affermando che «rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto».

Il discorso sull'esercizio di funzioni amministrative da parte di privati può essere ulteriormente approfondito considerando l'ambito delle concessioni, che rappresenta

¹³⁴ Cfr. Cons. St., V, 23 dicembre 2015, n. 5824.

¹³⁵ Si veda, S. Martino, *Art. 36 Contratti sotto soglia*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo I, Molfetta, 2017, p. 758.

¹³⁶ Così, G. Napolitano, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 89. Si vedano, sul tema, anche A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche*, in F. G. Scoca, F. A. Roversi Monaco, G. Morbidelli (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2005; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in Dir. amm.*, 2003, pp. 801 ss.; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000.

uno dei modelli di riferimento per la gestione dei servizi pubblici, in cui le imprese pubbliche svolgono la loro caratteristica missione istituzionale.

Le imprese pubbliche, del resto, quando diventano concessionari di servizi pubblici, si atteggiavano in modo del tutto particolare, assumendo i connotati di «organo indiretto dell'amministrazione». La stessa giurisprudenza ha messo in evidenza come «atti sostanzialmente ed obiettivamente amministrativi sono quelli posti in essere nell'esercizio delle pubbliche funzioni trasferite dal concedente al concessionario: tra cui appunto quelli che riguardano le procedure per l'assegnazione degli appalti, tipica funzione dell'ente competente per la realizzazione della singola opera pubblica. [...] Gli atti posti in essere dal concessionario in funzione della concessione e che non avrebbe potuto compiere senza la concessione, non sono attività di diritto privato. Tali attività non sono privatizzate per il fatto che sono poste in essere da soggetti privati; conservano la natura di attività amministrativa in senso obiettivo. [...] Si è qui in un caso tipico di esercizio privato di pubbliche funzioni. Le funzioni non cessano di essere pubbliche per il fatto solo che sono esercitate dal privato. E l'esercizio di pubbliche funzioni, quando queste riguardano attività amministrativa in senso stretto, non può compiersi che tramite atti sostanzialmente amministrativi»¹³⁷.

Successivamente, gli atti adottati da soggetti privati nell'esercizio di funzioni pubbliche sono stati riconosciuti come aventi natura amministrativa, anche in mancanza di una concessione «traslativa», sulla base della «natura funzionale e oggettivamente pubblica dell'attività»¹³⁸.

Non è mancato in dottrina chi ha ritenuto che l'adozione del regolamento da parte delle imprese pubbliche e dei soggetti privati titolari di diritti speciali ed esclusivi

¹³⁷ Così, Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, secondo cui, appunto, «Pare opportuno e corretto, per identificare la posizione dei concessionari, l'uso della espressione "organi indiretti della pubblica amministrazione" ben nota in dottrina a proposito più in generale della posizione del privato che esercita pubbliche funzioni. L'aggettivo "indiretti" mette in evidenza il fatto che questi soggetti non sono organi nel senso di titolari di uffici pubblici e per quanto non agiscono in nome della pubblica amministrazione dalla quale sono state loro trasferite le funzioni pubbliche, né si servono di mezzi forniti dalla P.A.. Il sostantivo "organi" mette invece in evidenza che anch'essi, come gli organi diretti, svolgono attività di natura amministrativa, in quanto esercitano pubbliche funzioni. Queste funzioni non potrebbero svolgere senza la avvenuta concessione a natura traslativa; ma in presenza di questo possono e debbono svolgerle sì che la concessione opera come investitura del concessionario ad operare nell'ambito delle funzioni trasferite, con gli stessi poteri e con gli stessi obblighi che avrebbe un organo diretto della P.A.». Cfr., anche, Cons. St., V, 21 ottobre 1991, n. 1250.

¹³⁸ G. Napolitano, *L'esercizio privato di attività amministrative*, cit., pp. 94 ss., che richiama, in questo senso, Cons. St., VI, 20 maggio 1995, n. 498, e, in seguito, *ex multis*, Cons. St., VI, 21 aprile 1995, n. 353; Cons. St., V, 18 dicembre 1997, n. 1577; Cons. St., V, 28 ottobre 1998, n. 1478; Cons. St., V, 31 ottobre 2000, n. 5894; nonché, Cass., sez. un., 2 dicembre 1998, n. 12200; Cass., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 24.

operanti nei settori speciali, sia in realtà espressione di un'autonomia normativa attribuita dalla legge, vincolata nell'*an* e nel *quomodo*, in quanto si tratterebbe di un atto dovuto e non derivante da una libera scelta¹³⁹.

Tale tesi avrebbe il pregio di fornire un quadro di riferimento più solido ad un regolamento che, per volere del legislatore, si sostituisce al Codice dei contratti pubblici nel dettare la disciplina di procedure ad evidenza pubblica che le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di poteri speciali o esclusivi devono svolgere, in applicazione dell'art. 36, comma 8 del Codice.

Del resto, «i regolamenti [intesi come atti normativi di diritto pubblico] sono atti normativi secondo diritto, e cioè atti unilaterali di diritto pubblico che impongono ai destinatari regole di comportamento generali e astratte e tutte quelle altre regole strumentali necessarie per la attuazione, interpretazione, applicazione delle regole di comportamento generali e astratte. [Mentre] tutti gli atti che contengono regole generali e astratte ma si basano su accordi tra privati (ad es. un regolamento condominiale) non sono atti normativi nel senso qui seguito (senso peraltro che corrisponde ad una precisa scelta dell'ordinamento)»¹⁴⁰.

¹³⁹ Cfr. A. Bartolini, *Commento all'art. 238*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli Appalti pubblici*, Roma, 2013, pp. 2726 ss.. L'Autore muove da quanto affermato dalla giurisprudenza, per la quale «le procedure di evidenza pubblica seguono le regole di diritto privato, laddove tali procedimenti siano il frutto di una libera scelta; altrimenti, quando la procedura sia posta in essere in adempimento di un obbligo normativo derivante dalle direttive o dalla normativa nazionale o regionale si tratterebbe di attività pubblicistica (Cass. civ., s.u., 20 novembre 2003, n. 17653; Cons. St., sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554)», per giungere alla conclusione che, per «la proprietà transitiva, si potrebbe, pertanto, sostenere che detti regolamenti, essendo atti dovuti (in virtù dell'obbligo normativo contenuto nell'art. 238, comma 7) e non il frutto di una libera scelta, siano il precipitato di un'autonomia normativa (pubblicistica e non privata) attribuita *ex lege*. Lo stesso Autore osserva, altresì, che «Laddove fosse seguita la tesi pubblicistica, si porrebbe il problema dell'ambito della giurisdizione amministrativa. Difatti, dal tenore letterale dell'art. 244, in materia di giurisdizione del g.a., emerge che il giudice esclusivo ha competenza solo sulle procedure disciplinate direttamente dalla normativa comunitaria o dal legislatore statale o da quello regionale. Sarebbero, pertanto, sottratte a detta giurisdizione esclusiva le procedure disciplinate da regolamenti, come nel caso di specie: ne conseguirebbe, pertanto, la sottoposizione di dette procedure alla giurisdizione di legittimità. Una simile differenziazione appare, tuttavia, irragionevole e lesiva degli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione». Secondo S. Martino, *Art. 36 Contratti sotto soglia*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo I, cit., p. 758, la possibile problematica della giurisdizione, si potrebbe considerare superata dal chiaro tenore dell'art. 133, comma 1, lett. e) del Codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per il quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

¹⁴⁰ Così, G. U. Rescigno (2014), *Regolamento [dir. cost.]*, in *Enciclopedia Treccani*, www.treccani.it. Per una disamina approfondita della nozione di regolamento nel diritto pubblico, si vedano A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., pp. 564 ss.; F. Modugno, *Fonti del diritto*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 2010; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019, pp. 198 ss.; G. Tarli Barbieri, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano,

Perché sia possa parlare di un regolamento nel senso appena indicato, occorre pertanto poter riscontrare la presenza congiunta di alcune caratteristiche, quali, in particolare: (i) un contenuto dato da regole di condotta generali e astratte, oltre ad eventuali altre regole non di comportamento ma strumentali alle prime, con un valore diverso da quello tipico della legge o dell'atto avente forza di legge; (ii) l'adozione dell'atto da parte di soggetti pubblici, nell'esercizio unilaterale del loro potere pubblico; (iii) una pubblicazione dell'atto avente valore legale; (iv) il riconoscimento da parte dell'ordinamento quale atto normativo¹⁴¹.

Occorre quindi procedere ad analizzare l'eventuale presenza congiunta di queste caratteristiche nel regolamento adottato dalle imprese pubbliche in base al comma 8 dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, per poter concludere sulla sua natura giuridica¹⁴².

Senza alcun dubbio, il regolamento adottato dalle imprese pubbliche contiene regole di condotta generali e astratte, in quanto definisce la disciplina per l'indizione e lo svolgimento degli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria rientranti nei settori speciali, in alternativa al Codice. Altrettanto pacifico è che il regolamento e le sue disposizioni non abbiano il valore della legge o dell'atto avente forza di legge, nonostante sia il Codice dei contratti pubblici a prevedere la facoltà di adottare questo atto e a porre il vincolo della conformità ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza.

Quanto al profilo soggettivo, l'impresa pubblica, pur nella sua peculiare conformazione, non è classificabile secondo le diverse definizioni di amministrazione pubblica¹⁴³, né è possibile farla rientrare nella nozione di ente

13, 2007, pp. 206 ss.; G. Di Cosimo, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, 2005; L. Carlassare, P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamenti, V, Milano, 2001; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998; A. Lucarelli, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicista*, Padova, 1995.

¹⁴¹ G. U. Rescigno (2014), *Regolamento [dir. cost.]*, cit..

¹⁴² Per semplificare la trattazione, in relazione all'oggetto del presente lavoro, l'analisi della natura del regolamento di cui all'art. 36, comma 8 del Codice dei contratti pubblici, si mette in disparte il caso dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi ai quali pure la norma fa riferimento.

¹⁴³ Come è noto, nel nostro ordinamento non è dato rinvenire una definizione legislativa univoca e di portata generale di «amministrazione pubblica». Definizione applicabile alla disciplina specifica dettata dallo stesso provvedimento è contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 («Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»), il cui art. 1, comma 2, recita: «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici

pubblico¹⁴⁴. Tanto meno è possibile considerare un soggetto pubblico il privato titolare di poteri speciali o esclusivi, che pure è legittimato ad adottare il regolamento di cui si discute. Si deve tuttavia considerare, in merito, che «il diritto amministrativo va caratterizzandosi sempre più non già sotto il profilo soggettivo, per essere il diritto della pubblica amministrazione, ma sotto il profilo oggettivo, per essere il diritto delle «attività amministrative» [...]. E ciò indipendentemente dal soggetto pubblico o privato, chiamato ad esercitarle»¹⁴⁵.

Per poter risolvere il dubbio sulla circostanza che l'impresa pubblica con l'adozione del proprio regolamento per le procedure sotto soglia eserciti unilateralmente un potere pubblico, oltre alle considerazioni già svolte sul trasferimento di funzioni amministrative a soggetti privati, è possibile chiedersi se il regolamento assuma i caratteri di un «atto autoritativo» adottato nell'esercizio di un «potere pubblico», sapendo che le stesse definizioni di atto autoritativo e di potere regolamentare sono tutt'altro che univoche.

Secondo un'accezione ampia, la categoria degli atti autoritativi si caratterizzerebbe per essere espressione del potere amministrativo, non tanto in base

nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI». Nella legge 31 dicembre 2009, n. 19 («Legge di contabilità e finanza pubblica»), all'art. 1, comma 2, per definire il perimetro della pubblica amministrazione si rinvia all'elenco ISTAT. Cfr. A. Cariola, *Pubblica amministrazione (principi costituzionali sulla)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 12, 2007, 514 ss.; C. Marzetta, *Il perimetro della nozione di Pubblica Amministrazione nel settore appalti*, cit., pp. 2 ss..

¹⁴⁴ Per quanto qui interessa, cfr. M. S. Giannini, *Il Potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 119, in merito agli enti pubblici economici, quale esperienza nata con l'avvento dello Stato pluriclasse, quando vengono «istituite amministrazioni pubbliche le quali agiscono completamente nell'ambito del diritto privato, ossia o non adottano provvedimenti amministrativi, o li adottano al massimo in rapporti speciali, soprattutto interni». Per la ricostruzione delle teorie sugli enti pubblici affermatesi nella nostra esperienza giuridica, si vedano, nell'ambito della sterminata pubblicistica, G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit.; M. S. Giannini, *Il Potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, cit.; G. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977. Si rammenta, in particolare, l'approccio classificatorio e le definizioni proposte da G. Rossi, che, nel descrivere le diverse tipologie di enti pubblici, adotta diversi criteri, e individua, tra gli altri, per quanto interessa il presente lavoro: gli «enti non territoriali o funzionali», come enti distinti dagli enti territoriali in quanto «titolari di funzioni pubbliche non afferenti a interessi di gruppi territoriali» (Benvenuti); gli «enti non economici», come enti che svolgono attività di amministrazione e di servizi, rispondenti «ad esigenze di più efficiente operatività dell'amministrazione pubblica o di più netta separazione tra il potere politico e quello amministrativo [che possono] costituire quindi una specie di disarticolazione operativa dell'amministrazione statale», come ad esempio, Banca d'Italia, CONSOB, ecc.; gli «enti a struttura istituzionale», i cui «amministratori sono nominati da soggetti esterni agli enti» e che possono costituire una «emanazione dello Stato, specialmente quando l'ente non abbia una collettività determinata e stabile di destinatari».

¹⁴⁵ G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 86.

alla tipologia di atto, ma soprattutto per la sua intima essenza, per il suo carattere sostanziale, come espressione di un potere amministrativo rivolto alla cura di un interesse pubblico, che trascende il soggetto che agisce, andandone piuttosto a definire la missione¹⁴⁶.

L'art. 36, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che le imprese pubbliche applichino i rispettivi regolamenti non per organizzare i rapporti interni tra gli organi e gli uffici della società, ma per disciplinare le procedure ad evidenza pubblica di importo inferiore alla soglia comunitaria, in sostituzione del Codice dei contratti pubblici.

Con il regolamento, infatti, l'impresa pubblica disciplina in modo unilaterale aspetti fondamentali delle procedure di gara, come, solo per fare degli esempi, le tipologie di procedura, la pubblicità dei bandi, i requisiti di partecipazione, le modalità di presentazione delle offerte, le garanzie, le sedute di gara, le esclusioni e le ammissioni, la valutazione delle offerte, l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

Gli operatori economici che intendessero partecipare ad una procedura indetta da un'impresa pubblica, di importo inferiore alla soglia comunitaria, dovrebbero sottostare alla disciplina stabilita dall'impresa pubblica con il proprio regolamento, potendo in ipotesi impugnare i documenti di gara, nel caso in cui le disposizioni del regolamento applicate nella procedura non fossero conformi ai principi dei trattati UE a tutela della concorrenza, e quindi per violazione dell'art. 36, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016.

¹⁴⁶ Cfr. G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., pp. 71 ss.. L'Autore descrive possibili accezioni del termine «atti autoritativi»: (i) l'accezione ampia richiamata nel testo, per la quale la categoria degli atti autoritativi si caratterizzerebbe per essere espressione del potere amministrativo, non tanto in base alla tipologia di atto, ma per la loro intima essenza, che viene giudicata coerente con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204 della Corte Costituzionale e con l'art. 357, comma 2 del Codice penale, per il quale «è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi»; (ii) un'accezione meno ampia, che abbraccerebbe tutti i provvedimenti capaci di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui; (iii) un'accezione, che sembra si stia sempre più accreditando, vede gli atti autoritativi circoscritti ai soli provvedimenti restrittivi. Quanto agli atti inerenti le procedure ad evidenza pubblica, particolare è la posizione assunta dall'Autore, che li considera estranei alla nozione di «atto autoritativo», anche nell'accezione più ampia tra quelle illustrate. Essi, infatti, in «quanto sono preordinati a (e sfociano in) un contratto di diritto privato (cui è insopprimibile la valenza di essere espressione di autonomia privata) non possono per converso essere espressione di potere amministrativo in senso tecnico (diversa, come noto, la costruzione proposta dalla giurisprudenza: cfr. es. Cons. St., VI, 27.9.1998, n. 1478 [*rectius*, Cons. St., VI, 28 ottobre 1998, n. 1478]). Si condivide o meno quest'ultima qualificazione, va peraltro subito precisato che il risultato non cambia. Infatti, se gli atti di evidenza pubblica non sono di natura autoritativa - e in quanto tali assoggettati alla disciplina e al regime pubblicistico -, tale assoggettamento si impone per altra via: e, cioè, per espressa disciplina di legge».

Del resto, laddove l'impresa pubblica non adotti un regolamento interno alle procedure di affidamento rientranti nei settori speciali di importo inferiore alla soglia comunitaria, troverebbe applicazione la disciplina prevista dall'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016¹⁴⁷.

E non a caso tale regolamento deve essere conforme ai principi del Trattato CE a tutela della concorrenza, quali, in particolare, i principi di parità di trattamento, non discriminazione in base alla nazionalità, proporzionalità, trasparenza, concorrenza, con la consapevolezza, per giunta, che «l'affidamento avviene comunque nell'ambito di schemi procedurali di tipo pubblicistico e alla luce [...] anche della nuova formulazione dell'art. 1 della legge n. 241/90», con la conseguenza che spetterà «al Giudice Amministrativo la cognizione delle controversie inerenti lo svolgimento delle gare volte all'affidamento degli appalti in questione a prescindere dalla differenza fra contratto sopra soglia e sotto soglia»¹⁴⁸.

Quanto appena rilevato chiama anche in causa lo stesso principio di legalità, almeno in una delle sue particolari accezioni, quella di «principio di previa determinazione, da parte della legge o di un regolamento, dei criteri di massima dell'azione amministrativa», perché, quando «non vi sia una disciplina legislativa, occorre garantire che la pubblica amministrazione non decida caso per caso, esponendosi così al rischio di una violazione del principio di imparzialità»¹⁴⁹.

In merito poi al requisito della pubblicazione avente valore legale, l'art. 36, comma 8 o altre disposizioni del Codice dei contratti pubblici non prevedono alcun obbligo di pubblicare il regolamento per le procedure sotto soglia, nella Gazzetta

¹⁴⁷ Cfr. Tar Campania, Salerno, I, 6 febbraio 2018, n. 179, riguardante un avviso per indagine di mercato ai sensi dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, pubblicato da Aeroporto di Salerno Costa d'Amalfi S.p.A. per l'individuazione degli operatori economici interessati a essere invitati ad una procedura negoziata nei settori speciali, secondo cui «in mancanza di un apposito regolamento [...] non può che farsi richiamo alla disciplina dei contratti sotto soglia contenuta nell'art. 36, co. 1 e 2». Cfr., altresì, per un orientamento diverso, A. Bartolini, *Commento all'art. 238*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli Appalti pubblici*, cit., pp. 2727-2728, per il quale, nel caso in cui l'ente aggiudicatore non adotti il regolamento, le soluzioni possibili sono due: in primo luogo, si potrebbe sostenere che le imprese siano comunque tenute ad osservare i principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità e gli altri a cui l'Autore fa implicito riferimento richiamando l'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 [non più vigente]; in secondo luogo, si potrebbe sostenere che in assenza del regolamento l'impresa non possa indire procedure di affidamento di forniture, servizi e lavori. A giudizio dell'Autore, questa seconda interpretazione, anche se astrattamente possibile, «non sembra in linea con il principio di proporzionalità, che impone di seguire l'interpretazione meno dannosa per il destinatario della norma».

¹⁴⁸ Così, Tar Basilicata, sez. I, 6 ottobre 2011, n. 495.

¹⁴⁹ Le parole sono tolte da S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo generale. Tomo primo*, Milano, 2000, pp. 200-204, citato in N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 9.

Ufficiale dell'Unione europea, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o anche solo nel profilo del committente. Questa assenza di riferimenti all'obbligo di pubblicazione inserisce senza dubbio un elemento di contraddizione nella tesi che vede questo regolamento come un atto normativo di diritto pubblico. La prassi invalsa tra le imprese pubbliche, tuttavia, è di pubblicare il regolamento sul proprio profilo del committente.

Allo stesso modo, seppure sia la legge a prevedere che le imprese pubbliche adottino il regolamento, non pare vi sia un esplicito riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico di tale atto quale atto normativo, quale fonte secondaria di diritto.

Tutto ciò considerato, appare quanto mai difficile trarre delle conclusioni che tengano nella dovuta considerazione tutti gli aspetti problematici, tuttora irrisolti, che accompagnano la previsione legislativa dell'art. 36, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Se da un lato, infatti, al regolamento in parola si dovrebbe riconoscere natura di atto organizzativo interno all'impresa pubblica, che non sarebbe espressione di autonomia organizzatoria di tipo pubblicistico, dall'altro lato, tuttavia, si potrebbe anche convenire sulla realtà effettuale di un atto legittimato dalla legge a disciplinare procedure di affidamento di forniture, servizi e lavori, che sembrerebbe far «emergere una, sia pur tenue, rilevanza pubblicistica [...] limitatamente alla parte in cui questi disciplinano l'attività finalizzata all'aggiudicazione degli appalti sotto soglia [tanto che] in tali atti si potrebbe individuare un'attività qualificata di diritto pubblico posta in essere in forma normativa»¹⁵⁰.

Una conclusione che sarebbe in linea, tra l'altro, con quanto auspicato dalla stessa direttiva 2004/17/CE, il cui Considerando n. 9 affermava, per gli appalti pubblici degli enti operanti nei settori speciali con valore inferiore alla soglia comunitaria, l'opportunità di fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea,

¹⁵⁰ Così, A. Police, G. Vercillo, *Le soglie nei settori speciali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), in *Trattato sui Contratti pubblici, I settori speciali. L'esecuzione*, V, Milano, 2008, pp. 3266 ss. Gli Autori sottolineano anche che «Sviluppando tali osservazioni, dal momento che attività ed organizzazione non sono elementi discordanti e contrapposti, riconoscendo invece nella prima il prodotto effettuale dell'organizzazione, intesa come causa produttiva efficiente, si potrebbe concludere affermando che dietro al testo del settimo co. dell'art. 238 [del precedente Codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006] sembra celarsi l'intenzione del legislatore delegato di connotare in senso pubblicistico anche l'attività posta in essere da tali specifici enti aggiudicatori nell'affidamento dei contratti c.d. sotto soglia nei settori esclusi». Sul rapporto tra attività e organizzazione, nel senso rappresentato, gli Autori richiamano B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 379.

per la quale si applicano le norme e i principi dei trattati sulla concorrenza, allo scopo dichiarato di poter garantire anche a tale ambito una disciplina omogenea e non discriminatoria¹⁵¹.

L'auspicio è che il legislatore chiarisca la natura propria del regolamento con cui gli enti aggiudicatori legittimati disciplinano le procedure di affidamento di importo inferiore alla soglia comunitaria, prevedendo, nel caso in cui riconoscesse valore normativo a tali disposizioni, l'obbligo di una doverosa pubblicazione legale.

¹⁵¹ Cfr. M. Mammuccari, *Art. 238*, in M. Baldi, R. Tomei, *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2009, p. 1581.

III. Le imprese pubbliche e gli appalti estranei

1. Gli appalti estranei ai settori speciali

Il principio di concorrenza, che abbiamo assunto a principale chiave interpretativa del fenomeno delle imprese pubbliche dal punto di vista particolare della normativa degli appalti pubblici, è stato di notevole aiuto per la comprensione dei cosiddetti «settori speciali».

In modo analogo, il principio di concorrenza può svolgere la stessa funzione guida nello sforzo interpretativo necessario per inquadrare il regime in cui l'impresa pubblica si viene a trovare quando affida contratti che non sono «strumentali» agli scopi istituzionali, al suo *core business* nell'ambito dei settori speciali in cui opera.

Al di fuori dei settori speciali, come già accennato, si ritiene infatti che l'impresa pubblica sia sottoposta alle regole della concorrenza e pertanto, assumendo in proprio i rischi dell'attività svolta, essa operi secondo criteri economici imposti dalle normali regole del mercato, la cui inosservanza è già «sanzionata» dal mercato, senza necessità che sia la norma ad imporre «scansioni particolari del processo di formazione contrattuale; vengono infatti meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi»¹⁵².

Del resto, in questi casi, l'impresa pubblica non è nella condizione di poter esercitare una sua forza peculiare e dominante sul mercato presso il quale deve approvvigionarsi, in quanto l'appalto non presenta caratteri specialistici e non vi è pertanto il rischio che una particolare concentrazione di commesse possa irrimediabilmente danneggiare gli operatori economici¹⁵³.

¹⁵² Cfr. Cons. St., ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16. Come osservato in M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit., p. 11, riportando le conclusioni dell'Avvocato Generale F.G. Jacobs (in causa C-174/03, Impresa Portuale di Cagliari S.r.l./Tirrenia di Navigazione S.p.A.), «una diversa interpretazione potrebbe produrre peraltro un effetto distorsivo della concorrenza in due modi. Da un lato, infatti, essa porrebbe le imprese pubbliche che operano in mercati in cui effettivamente vi è concorrenza in situazione di svantaggio rispetto alle società private concorrenti. Mentre queste ultime sarebbero in grado di concludere liberamente appalti, le prime dovrebbero infatti essere soggette a procedure più gravose, indipendentemente dal fatto che la loro politica nel campo degli appalti sia basata o meno su criteri strettamente commerciali. Dall'altro, detta interpretazione distorcerebbe la concorrenza tra sottosettori che si trovano in un rapporto di concorrenza-intercambiabilità, come il trasporto con autobus e su rotaia, o le varie forme di energia. Tali distorsioni della concorrenza non sono considerate di secondaria importanza dagli operatori economici coinvolti. Peraltro, una delle critiche più frequenti rivolte alla disciplina comunitaria degli appalti pubblici riguarda la sua complessità, la sua rigidità e i costi per conformarsi ad essa che gli enti interessati devono affrontare».

¹⁵³ Si veda, sul punto, D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 27-28. L'Autore chiarisce anche con un esempio: «un

Da queste considerazioni discende il principio di diritto comunitario per il quale l'impresa pubblica deve essere assoggettata a regole di diritto pubblico solo quando aggiudica appalti che siano strumentali all'attività da essa svolta nell'ambito dei settori speciali.

Che si tratti di un vero e proprio principio emerge in modo evidente, anche se indiretto, nella stessa definizione di «appalto» ricavabile dalla direttiva 2014/25/EU, la quale, all'art. 1, paragrafo 2, per definire il proprio ambito di applicazione, afferma: «Ai sensi della presente direttiva si parla di appalto quando uno o più enti aggiudicatori acquisiscono, mediante un appalto di lavori, forniture e servizi, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dagli enti aggiudicatori stessi, a condizione che i lavori, le forniture o i servizi siano destinati all'esercizio di una delle attività di cui agli articoli da 8 a 14», ossia delle attività rientranti nei settori speciali.

Quindi, il discrimine è netto: la stessa definizione di appalto, ai sensi della direttiva citata, è «condizionata» dal carattere strumentale del contratto che l'ente aggiudicatore deve affidare, rispetto alle attività svolte nell'ambito dei settori speciali.

Un passo decisivo verso l'applicazione nel nostro ordinamento nazionale del principio comunitario per il quale l'impresa pubblica applica il diritto pubblico solo quando aggiudica appalti strumentali all'attività da essa svolta nei settori speciali, si deve in modo particolare alla nota sentenza pronunciata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 1° agosto 2011, n. 16¹⁵⁴.

appaltatore specializzato in un ambito quale la fornitura di impianti per il servizio idrico integrato ha un interesse particolare a poter ottenere in Italia commesse dalle imprese pubbliche che gestiscono tale servizio, detenendo una posizione di forza quale stazione appaltante. Le alternative per l'appaltatore sarebbero marginali. L'estromissione dagli appalti commessi da tale impresa pubblica potrebbe provocare una sorta di tendenziale estromissione dal mercato. All'opposto, mentre l'impresa pubblica che gestisce il ciclo idrico ha una particolare forza di mercato da far valere nei confronti dell'appaltatore che progetta e realizza infrastrutture di captazione o depurazione, tutto ciò non accade laddove la stessa impresa affidi servizi di ristorazione».

¹⁵⁴ Per una disamina articolata della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 1° agosto 2011, n. 16, si veda, in particolare, A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit., pp. 273 ss.; V. Tonnacchi, *L'impresa pubblica e gli appalti estranei*, in *Appalti Pubblici. Appalti "estranei". Finanziamenti, servizi legali, Terzo settore*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., pp. 69 ss.; D. Ielo, *La Plenaria chiarisce il perimetro dell'obbligo di gara a carico delle imprese pubbliche*, in *Giur. It.*, 2012, pp. 1175 ss.; A. Vetrano (2011), *L'Adunanza Plenaria riconosce la non applicabilità del Codice degli appalti affidati dalle imprese pubbliche per scopi diversi dalle attività dei settori speciali*, in *Contratti pubblici*, www.contrattipubblici.it; F. Trombetta (2011), *Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 1° agosto 2011, n. 16*, in *Il Diritto amministrativo*, www.ildirittoamministrativo.it.

L'Adunanza plenaria fu chiamata a pronunciarsi sui ricorsi presentati da Eni Servizi S.p.A. ed Eni S.p.A. per la riforma della sentenza del Tar Lombardia, Milano, I, 15 ottobre 2009, n. 4801, concernente l'affidamento di un contratto quadro avente ad oggetto i servizi di sicurezza e vigilanza privata a mezzo di guardie particolari giurate, presso il complesso di San Donato Milanese. Un affidamento che il giudice di primo grado aveva considerato strumentale al servizio svolto da Eni S.p.A. e come tale rientrante nei settori speciali, con assoggettamento alla disciplina dell'evidenza pubblica¹⁵⁵.

Il procedimento argomentativo seguito dal Supremo consesso della giustizia amministrativa ha posto in evidenza alcuni punti fondamentali - non tutti assolutamente nuovi, ma comunque destinati ad orientare la giurisprudenza e la dottrina sul tema particolare degli appalti estranei¹⁵⁶ - che possiamo così riassumere: (i) le previsioni della direttiva europea sugli appalti nei settori speciali, diversamente da quelle della direttiva propria dei settori ordinari, devono essere applicate restrittivamente, con conseguente inapplicabilità all'impresa pubblica della c.d. «teoria del contagio», che nel caso dell'organismo di diritto pubblico estende il regime ad esso applicabile a tutti i suoi appalti¹⁵⁷; (ii) l'assoggettabilità dell'affidamento alla disciplina prevista per i settori speciali non può derivare dall'applicazione di un criterio meramente soggettivo, consistente nel solo fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche per effetto di una valutazione di tipo oggettivo, che consideri la riferibilità del servizio all'attività speciale¹⁵⁸; (iii) mentre nel caso delle amministrazioni aggiudicatrici, agli appalti che non rientrano nei settori speciali si «riespande» l'applicazione della disciplina degli

¹⁵⁵ Il Tar Lombardia, Milano, I, 15 ottobre 2009, n. 4801, aveva infatti ritenuto che «i servizi in disamina, comportando prestazioni idonee ad incidere sulla efficienza e continuità del servizio di erogazione, [...] non possono che considerarsi strumentali all'attività svolta dal soggetto appaltante con conseguente attrazione della procedura di affidamento dei medesimi nella sfera di applicazione della disciplina normativa relativa ai settori speciali».

¹⁵⁶ Per una anticipazione della posizione assunta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 1° agosto 2011, n. 16, è possibile risalire a M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, cit., pp. 8 ss..

¹⁵⁷ Il riferimento è alla cd. «teoria del contagio» elaborata in Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, C-44/96 (cosiddetta sentenza Mannesmann). Con tale sentenza, la Corte di giustizia ha ritenuto che la Tipografia di Stato austriaca, *Österreichische Staatsdruckerei*, un ente economico autonomo, oltre a svolgere attività di impresa attraverso l'edizione e la distribuzione di libri, compie anche attività di rilevanza pubblica, attraverso la produzione di stampati in favore dell'amministrazione federale, e pertanto debba essere considerata un organismo di diritto pubblico. Da questo presupposto la Corte ha fatto discendere che gli appalti aggiudicati da un organismo di diritto pubblico, in quanto amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dalla loro natura, vanno considerati appalti pubblici.

¹⁵⁸ Cfr. Cons. St., VI, 13 maggio 2011, n. 2919.

appalti dei settori ordinari, per le imprese pubbliche, agli appalti aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali, la sottrazione alla direttiva per i settori speciali non determina l'espansione della direttiva dei settori ordinari, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie¹⁵⁹; (iv) accanto agli appalti che in astratto rientrano nei settori di intervento delle direttive sugli appalti pubblici, ma che ne vengono esclusi per ragioni di politica comunitaria, i cosiddetti «appalti esclusi», vi sono anche appalti esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive comunitarie, in quanto aggiudicati dagli enti aggiudicatori per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali o da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione, che possono essere anche qualificati come «appalti estranei»; (v) agli appalti estranei ai settori speciali, posti in essere da imprese pubbliche, non trovano applicazione i principi dei Trattati UE a tutela della concorrenza, ma si applica esclusivamente il diritto privato; (vi) rispetto agli appalti estranei, va esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo ed affermata la giurisdizione del giudice ordinario.

Si deve proprio a questa pronuncia dell'Adunanza plenaria il conio della categoria dei contratti cosiddetti «estranei», distinti non solo dagli appalti rientranti nei settori ordinari e speciali, ma anche dai cosiddetti contratti esclusi, affermando che la disciplina codicistica allora vigente intendeva «porre un principio di rispetto di regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, ma tali regole minimali vengono imposte: a) da un lato, solo ai soggetti che ricadono nell'ambito di applicazione del codice appalti e delle direttive comunitarie di cui

¹⁵⁹ L'Adunanza plenaria ha fatto esplicito riferimento alla cosiddetta sentenza Aigner, Corte giust. CE, 10 aprile 2008, C-393/06, per la quale: (i) la portata della direttiva 2004/17, relativa ai settori speciali, richiede che le sue disposizioni siano interpretate restrittivamente, ciò in quanto il suo ambito di applicazione non si estende a tutti i settori dell'attività economica svolta dall'ente aggiudicatore, ma riguarda settori definiti in modo specifico, diversamente dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, relativa ai settori ordinari, che comprende quasi tutti i settori della vita economica, tanto da essere comunemente denominata «direttiva generale»; (ii) il campo di applicazione della direttiva 2004/17 è strettamente circoscritto, tanto che essa non trova applicazione agli appalti che gli enti aggiudicatori indicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui alla direttiva stessa, con la conseguente non applicazione dell'approccio denominato «teoria del contagio», sviluppatosi a seguito della citata sentenza Mannesmann. Si veda, al riguardo, D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 5, per il quale questa sentenza ha affermato tre importanti principi interpretativi: (i) le disposizioni della direttiva comunitaria relativa agli appalti aggiudicati nell'ambito dei settori speciali devono essere interpretate in modo restrittivo; (ii) agli appalti aggiudicati nei settori speciali non possono essere applicate le disposizioni normative dettate per gli appalti rientranti nei settori ordinari; (iii) la non applicabilità della c.d. teoria del contagio, elaborata dalla sentenza Mannesmann, nei confronti dei soggetti e delle attività disciplinate dalla direttiva sui settori speciali.

costituisce recepimento; b) dall'altro lato, ai contratti "nominati ma esenti", e non anche ai contratti "estranei"¹⁶⁰.

Alle stesse conclusioni sono giunte anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l'ordinanza 29 maggio 2012, n. 8511, Soc. Wincor Nixdorf c. Soc. Ncr Italia, in merito ad una gara indetta da Poste Italiane S.p.A. per la fornitura di distributori automatici di banconote (postamat), consegna del software, installazione, avvio in esercizio e servizio di manutenzione in garanzia.

Spostando ora l'attenzione al vigente Codice dei contratti pubblici, occorre muovere dall'art. 14 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo il quale le disposizioni del Codice non trovano applicazione agli appalti e alle concessioni aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività rientranti nei settori speciali, come definiti dagli articoli da 115 a 121, o per lo svolgimento 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 dell'Unione europea.

Come già rappresentato in questo lavoro, il citato art. 14 è collocato nel Titolo II della Parte I del d.lgs. 50/2016, che disciplina i contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici, dettando anche, con l'art. 4, una norma che impone alle stazioni appaltanti che aggiudichino contratti esclusi di osservare alcuni principi in materia di contratti pubblici.

All'indomani dell'adozione del d.lgs. n. 50 del 2016, se non altro per tale comune collocazione delle norme in questione, è stato necessario chiarire se anche agli «appalti estranei» di cui all'art. 14 trovassero applicazione i principi di cui all'art. 4, con la conseguenza di dover affidare tali contratti con procedura assimilabile a quella tipica dell'evidenza pubblica.

Dobbiamo subito osservare che l'art. 14 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha sostanzialmente riprodotto la stessa formulazione dell'art. 217 del d.lgs. n. 163 del 2006, ma con alcune limitate differenze.

Una prima differenza consiste nella circostanza che l'art. 14, per delimitare l'ambito degli appalti estranei alla disciplina codicistica, usa l'espressione «scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121», mentre l'art. 217 del Codice previgente faceva riferimento a «scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213», ossia le attività rientranti nei settori speciali.

¹⁶⁰ Cfr. Cons. St., ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16.

Si tratta di un particolare di una qualche importanza, se non altro perché si pone in linea con la tendenza, affermata già durante il periodo di vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, che vuol far dipendere la definizione di strumentalità di un appalto non solo (e non tanto) dal profilo oggettivo dell'attività interessata dall'appalto rispetto al settore speciale in cui opera l'ente aggiudicatore, ma anche (e soprattutto) dal profilo funzionale e teleologico dell'attività oggetto della procedura di affidamento nei confronti degli scopi istituzionali dell'ente aggiudicatore stesso¹⁶¹.

La seconda differenza è data dal fatto che nella formulazione dell'art. 14 l'esenzione per gli appalti strumentali si riferisce a tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, mentre il previgente art. 217 limitava l'esenzione alla Parte III del Codice del 2006, questo perché, mentre nel Codice previgente la disciplina riservata ai settori speciali era contenuta in una parte specifica - la parte III, appunto - nel Codice del 2016 tale disciplina è distribuita, nei modi che abbiamo già esaminato, nelle diverse parti del Codice e non solo all'interno della Parte II, Titolo VI, Capo I, con rubrica «Appalti nei settori speciali».

Altre novità interessano l'oggetto della disposizione normativa. Nell'art. 217 del d.lgs. n. 163 del 2006, la non applicabilità della disciplina era definita con riferimento ai soli «appalti», mentre nell'art. 14 del d.lgs. n. 50 del 2016, già nella versione originaria, si contemplavano anche i «concorsi di progettazione», a cui sono state poi aggiunte le «concessioni»¹⁶².

Ciò che rimane ancora da esporre in merito all'art. 14 del d.lgs. n. 50 del 2016 riguarda il ruolo della Commissione europea, la quale: da un lato, può chiedere agli enti aggiudicatori di comunicare tutte le categorie di attività che considerano escluse in virtù del comma 1 dell'art. 14 del Codice, dando anche evidenza delle informazioni aventi carattere commerciale sensibile (comma 2); dall'altro lato, pubblica periodicamente nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea gli elenchi delle categorie di attività oggetto degli appalti considerati esclusi, ai quali

¹⁶¹ Si veda, sul punto, F. Russo, *Art. 14 Appalti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati per fini diversi dal perseguimento di un'attività interessata o per l'esercizio di un'attività di un Paese terzo*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo I, Molfetta, 2017, p. 208. In esso si trova anche il rinvio a Cons. St., VI, 9 ottobre 2009, n. n. 6201, nel punto in cui osserva che «l'esclusione dal campo di applicazione della normativa uniforme in tema di c.d. settori speciali debba avere riguardo al dato teleologico della finalizzazione dell'attività messa a gara agli scopi istituzionali demandati all'Ente aggiudicatore e non già al dato oggettuale della immediata e diretta omologia fra l'attività oggetto dell'appalto e la tipologia di attività che costituisce il core business dell'attività istituzionalmente demandata all'Ente aggiudicatore».

¹⁶² Integrazione introdotta con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il cui art. 7, comma 1, ha disposto la modifica dell'art. 14, comma 1, per aggiungere le concessioni.

evidentemente non trovano applicazione le disposizioni del Codice dei contratti pubblici (comma 3).

Al di là delle differenze appena descritte e della circostanza che il legislatore non utilizza mai l'espressione «appalti estranei», parlando sempre e comunque di esclusione, si può senza dubbio affermare l'esistenza di una continuità sostanziale degli approcci seguiti dal legislatore dei due Codici dei contratti pubblici, quello del 2006 e quello tuttora vigente del 2016, confermando l'impianto generale della valutazione compiuta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 2011.

Per i contratti estranei, pertanto, «non trova applicazione neanche l'art. 4, d.lgs. n. 50/2016, che estende all'affidamento dei contratti "esclusi" dall'ambito di applicazione del codice il rispetto, comunque, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica»¹⁶³.

Gli «appalti estranei» affidati da imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali, ma che al tempo stesso non rientrano nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, sono quindi regolati esclusivamente dalle norme di diritto privato e sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario¹⁶⁴.

La distinzione tra appalti nei settori speciali e appalti estranei ha infatti risvolti per l'impresa non solo sulla normativa di diritto pubblico o di diritto privato applicabile alle procedure di affidamento di forniture, servizi e lavori, ma anche sulla giurisdizione in merito alle controversie che dovessero insorgere. Negli appalti rientranti nei settori speciali, disciplinati dalla normativa di diritto pubblico, la giurisdizione è del giudice amministrativo, come affermato dall'art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 («Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo»), per il quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici

¹⁶³ Tar Campania, 1° dicembre 2017, n. 1689; in dottrina, si vedano, R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, p. 311; R. Garofoli, G. Ferrari, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Molfetta, 2016, p. 63.

¹⁶⁴ Si veda, inoltre, Tar Lazio, Roma, 18 maggio 2018, n. 5528, secondo cui, in linea con quanto già affermato da Cons. St., ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16, «La procedura di affidamento ha in sé natura neutra, e si connota solo in virtù della natura del soggetto che la pone in essere, essendo indispensabile, sia per la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sia per l'applicazione del diritto pubblico degli appalti, che il soggetto procedente sia obbligato al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in base al diritto comunitario o interno».

lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale».

Viceversa, negli appalti estranei indetti dall'impresa pubblica, quindi sottoposti alle regole del diritto privato, la giurisdizione è del giudice ordinario.

Tale orientamento, già emerso con la sentenza n. 16 del 2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha trovato poi conferma nella giurisprudenza successiva di cui diremo nel prosieguo del presente lavoro.

2. I criteri giurisprudenziali di qualificazione degli appalti estranei

Come affermato dal Consiglio di Stato, l'assoggettabilità di una procedura di affidamento di un appalto 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 applicando anche un parametro di tipo «oggettivo», attento alla riferibilità dell'appalto da affidare all'attività speciale svolta dall'ente aggiudicatore¹⁶⁵.

Tuttavia, la definizione di criteri applicativi da utilizzare, in concreto, per tracciare il confine tra appalti strumentali e appalti non strumentali alle attività svolte dall'ente aggiudicatore nell'ambito dei settori speciali, è tutt'altro che agevole. Uno dei limiti della sentenza n. 16 del 2011 pronunciata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, come anche dell'ordinanza 29 maggio 2012, n. 8511 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sta infatti nella mancata esplicitazione di tali criteri interpretativi.

In dottrina è stato comunque osservato che «l'interpretazione restrittiva avallata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato va nel senso di ritenere strumentale l'attività da affidare in appalto nel momento in cui tale attività risulti (in qualche misura) “propedeutica”, *rectius*, “finalizzata” all'attività che costituisce il *core business* dell'impresa. Ciò detto, occorre intendersi su cosa sia “propedeutico” o “finalizzato”, e cosa non lo sia, considerando che, in questi termini, il Giudice amministrativo non si è espresso in maniera chiara»¹⁶⁶.

Occorre quindi ricostruire l'elaborazione compiuta con un approccio «empirico» dalla giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, per definire il concetto di strumentalità, ma senza che ne derivasse, purtroppo, una enucleazione sufficientemente chiara dei confini degli appalti cosiddetti «estranei»¹⁶⁷.

In primo luogo, è opportuno precisare subito che una parte della giurisprudenza, già prima dell'intervento dell'Adunanza plenaria, aveva valorizzato il profilo finalistico dello scopo dell'appalto rispetto all'oggetto dell'attività rientrante nei settori speciali, riuscendo in tal modo ad attrarre l'appalto di servizi “comuni” alla sfera del servizio “speciale” o “esclusivo”, ogni volta che il servizio “comune”

¹⁶⁵ Cons. St., VI, 13 maggio 2011, n. 2919.

¹⁶⁶ Con queste parole, A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit., p. 280.

¹⁶⁷ Cfr. D. Ielo, *Le regole dei settori “speciali”: cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori “speciali” – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 39.

presentava un nesso di strumentalità diretta e immediata con lo svolgimento del servizio speciale¹⁶⁸. In particolare, vi erano state delle pronunce che avevano riconosciuto l'estraneità degli appalti indetti da enti aggiudicatori - imprese pubbliche, ma anche organismi di diritto pubblico - relativi all'affidamento dello sfruttamento di aree commerciali (Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26823 e CGA Sicilia, 10 settembre 2010, n. 1197); alla realizzazione degli edifici direzionali (Tar Lazio, Roma, III-ter, ord. 13 luglio 2010, n. 3155); alla vigilanza armata della sede della società (Tar, Puglia, Bari, I, 2 ottobre 2008 n. 2257); alla fornitura di gasolio per riscaldamento degli uffici della società (Tar Lazio, Roma, III-ter, 5 novembre 2007, n. 10893); al servizio mensa e ristorazione mediante somministrazione al pubblico all'interno della sede della società (Tar Lombardia, Milano, III, 15 febbraio 2007, n. 266); alla fornitura di personal computer e notebook, in quanto attività non collegata strettamente allo scopo istituzionale del soggetto operante nel settore speciale dell'energia (Cons. St., VI, 17 settembre 2002, n. 4711).

Altre sentenze avevano invece considerato rientrante nei settori speciali, ad esempio, l'appalto per la manutenzione edile ed impiantistica, la fornitura di combustibile, la pulizia ed igiene ambientale, la raccolta, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti nei palazzi sede dell'amministrazione centrale della società Poste Italiane, in quanto uffici dove si decide l'organizzazione del servizio postale (TAR Lazio, Roma, III-ter, 27 febbraio 2008, n. 1793); la realizzazione di un parcheggio multipiano a pagamento nell'aeroporto (Cons. St., VI, 4 gennaio 2005, n. 2); il servizio di pulizia destinato al pubblico nelle stazioni ferroviarie, inteso come elemento costitutivo dell'infrastruttura ferroviaria (Cons. St., ad. plen., 27 luglio 2004, n. 9).

Circa i criteri elaborati dalla giurisprudenza, nel decidere sui singoli casi in cui è stato necessario accertare l'eventuale nesso di strumentalità degli appalti alle attività svolte dall'ente aggiudicatore, possiamo riferire di due orientamenti interpretativi che si sono affermati nel tempo.

¹⁶⁸ Cfr. Tar Campania, Napoli, 30 gennaio 2004, n. 1140, in merito all'interpretazione dell'abrogato art. 8 del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 158, di contenuto analogo all'art. 217 d.lgs. 163 del 2006. Si legge inoltre nella sentenza che «Si tratta di una linea di confine la cui definizione dipende dalla interpretazione di un concetto indeterminato ed elastico, quale il nesso di diretta finalizzazione del servizio da appaltare rispetto agli scopi propri dell'attività speciale, costituente l'oggetto precipuo dell'attività del gestore del servizio pubblico».

Secondo una prima pista interpretativa, dovrebbe essere considerata «strumentale» qualunque attività che si caratterizzi come «funzionale», utile allo svolgimento delle attività dell'ente aggiudicatore nell'ambito dei settori speciali.

Tale approccio potrebbe condurre ad estremizzare l'interpretazione fino a considerare strumentali praticamente tutti o quasi gli appalti svolti dall'impresa pubblica, in quanto difficilmente una «impresa indice un appalto per conseguire un bene o un servizio che non le sia utile»¹⁶⁹. Aderendo a questa lettura della strumentalità, si avrebbe il duplice effetto di alterare la stessa natura della direttiva 2014/25/UE sui settori speciali, il cui ambito di applicazione deve essere inteso in senso restrittivo, e di annullare la differenza sostanziale tra l'impresa pubblica, che soggiace agli obblighi dell'evidenza pubblica solo in determinate circostanze, e l'organismo di diritto pubblico, che invece è sempre obbligato a svolgere procedure di gara in un regime pubblicistico.

Ne deriverebbe, quindi, una nozione del nesso di strumentalità piuttosto «estesa», che, soprattutto in una fase meno recente della elaborazione giurisprudenziale, aveva portato a comprendere nei settori speciali anche le attività amministrative, come, ad esempio, quelle correlate al servizio di stampa e imbustamento dei documenti da inviare ai clienti, definite strumentali in quanto considerate «componenti indefettibili» dell'attività rientrante, direttamente o indirettamente, nei settori speciali (Tar Veneto, I, 20 ottobre 2016, n. 1158) o la fornitura del sistema informativo integrato di tipo ERP, perché volto a «garantire» i principali processi contabili e gestionali dell'azienda, inclusa l'area commerciale (Tar Basilicata, I, 6 ottobre 2011, n. 495)¹⁷⁰. Con lo stesso approccio interpretativo è stato considerato rientrante nell'ambito dei settori speciali l'affidamento di una sub-concessione di locali, insistenti su un'area ferroviaria gestita dalla società Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici S.r.l., al fine di consentire a un privato l'apertura di un punto di ristoro e tabaccheria, sulla base di un contratto che esprimeva la volontà di garantire un'attività funzionale e integrativa del servizio pubblico di trasporto, per soddisfare le esigenze degli utenti del servizio ferroviario

¹⁶⁹ Cfr. D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 27.

¹⁷⁰ Si posso considerare anche Tar Lazio, II-ter, 18 febbraio 2013, n. 1778, in cui il Collegio, trattando di una procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di cui al d.lgs. n. 81 del 2008, ha ritenuto che l'aggiudicazione dell'appalto fosse strumentale, in quanto rientrante «sia pure indirettamente», nel *core business* dell'ente aggiudicatore. Allo stesso modo, Tar Calabria, Reggio Calabria, 30 novembre 2016, n. 1186.

e, in parte, del personale dipendente, attraverso il sistema degli sconti (Cons. St., VI, 4 ottobre 2013, n. 4902)¹⁷¹.

Il criterio funzionale è stato anche declinato, sempre con effetti estensivi dell'ambito degli appalti rientranti nei settori speciali, in termini di mera «coerenza» rispetto alle attività principali svolte dall'ente aggiudicatore, in una decisione resa dal Consiglio di Stato su una procedura indetta da Esercizi Aeroportuali S.E.A. S.p.A. di Milano, per l'affidamento del servizio di assicurazione cosiddetto “*all risks*”. In quella occasione, il Collegio, infatti, ha incluso nell'ambito delle attività strumentali quella di assicurazione, in quanto necessaria all'espletamento delle attività principali, «non essendo ordinariamente configurato un servizio aeroportuale di rilievo, privo di coperture assicurative»¹⁷². Altri esempi di pronunce che hanno riconosciuto la strumentalità ai settori speciali, per una sostanziale coerenza dell'oggetto dell'appalto con le attività principali dell'ente aggiudicatore, possono riguardare il servizio di telefonia mobile e la trasmissione dati su rete presso gli aeroporti di Milano Linate e Malpensa (Tar Lombardia, I, 23 gennaio 2012, n. 248) e la fornitura di dispositivi di protezione individuale necessari per tutelare i lavoratori operanti nelle zone classificate dei siti nucleari da bonificare (cfr. Tar Lazio, II, 5 marzo 2014, n. 2550)¹⁷³.

Non sono tuttavia mancati casi in cui, pur assumendo come criterio interpretativo il rapporto funzionale con l'attività istituzionale svolta dall'ente

¹⁷¹ Cfr. A. Casinelli, *Capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2014, pp. 186 ss.. L'Autrice rammenta come, nel caso deciso, il Consiglio di Stato abbia argomentato anche in merito alle possibili tipologie a cui ricondurre il contratto in esame, ossia: a) la locazione (da intendersi necessariamente a uso commerciale); b) l'appalto o la concessione di servizi. Diversa dalla locazione, infatti, appare «l'ipotesi in cui un soggetto pubblico eserciti la propria capacità negoziale per la cura concreta di interessi pubblici, come nel caso della concessione o dell'appalto di servizi. In queste ipotesi - assumendo che l'affidatario sia legittimato altresì ad utilizzare i locali di proprietà dell'ente affidante - la volontà di assicurare il corretto espletamento di un pubblico servizio avrà comunque carattere preminente rispetto alla concessione in godimento dei locali. L'ente affidante avrà infatti interesse a contribuire alla definizione delle concrete modalità di svolgimento mediante apposite previsioni contrattuali. Al tempo stesso, conserverà poteri di controllo e di ingerenza in relazione all'esercizio dell'attività commerciale da parte del conduttore. Tutto ciò premesso, sembra che non ci siano dubbi in ordine alla riconducibilità dell'affidamento operato da FSE all'interno della [ipotesi delineata]. Si è trattato, in altri termini, di un'attività amministrativa intesa in senso sostanziale e, come tale, finalizzata in via diretta al perseguimento di un pubblico interesse: FSE non ha fatto altro che esternalizzare un servizio che avrebbe potuto svolgere in via autonoma, nella sua qualità di organismo di diritto pubblico deputato a soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale».

¹⁷² Cons. St., VI, 8 ottobre 2013, n. 4934.

¹⁷³ Si vedano, anche, Tar Campania, I, 12 marzo 2013, n. 1419, rispetto al servizio di assistenza tecnica per la predisposizione di una banca dati e il servizio di assistenza tecnica nella progettazione preliminare di sistemi software per l'*Intelligent Transport System* della Regione Campania, considerata la finalizzazione dei due citati servizi agli scopi propri dell'attività speciale della gestione del trasporto pubblico.

aggiudicatore, il giudice amministrativo abbia assunto una posizione meno estensiva della strumentalità, più aderente all'oggetto proprio del settore speciale di riferimento, giungendo alla conclusione, ad esempio, che «la pulizia rientra nella normativa dei settori speciali quando è funzionale a detta attività, il che si verifica qualora si tratti di proprietà immobiliari ed edifici che costituiscano parte integrante delle reti di produzione, distribuzione e trasporto»¹⁷⁴. In coerenza con questo orientamento, sono stati considerati strumentali ai settori speciali, ad esempio, i servizi di vigilanza a garanzia della sicurezza delle reti di produzione e distribuzione per acqua ed energia, che per l'appunto risultano finalizzati agli scopi propri dell'attività speciale (Tar Lazio, II-bis, 28 gennaio 2015, n. 1513), come anche la vigilanza aerea con sorvolo di elicottero sulla rete dei metanodotti (Tar Lombardia, IV, 17 febbraio 2017, n. 403)¹⁷⁵. Allo stesso modo, è stata considerata strumentale la rimozione di materiale inquinante localizzato in uno scalo ferroviario e il ripristino di condizioni di piena agibilità e funzionalità di strutture e impianti, in quanto incidenti sull'efficienza dei mezzi e delle strutture costituenti parte integrante degli impianti e della rete di trasporto (Tar Piemonte, I, 9 dicembre 2016, n. 1505).

Una linea interpretativa diversa, che si è andata affermando in misura sostanzialmente prevalente, tende invece a vedere come strumentale l'appalto che oltre a porsi come «mezzo a fine»¹⁷⁶, si possa considerare come incluso nella gestione di un servizio facente parte dei settori speciali, presentando esso stesso le caratteristiche peculiari proprie delle attività speciali svolte dall'ente aggiudicatore.

In pratica, perché le imprese pubbliche che operano nei settori speciali debbano osservare le specifiche regole concorrenziali dell'evidenza pubblica, non è sufficiente che l'appalto riguardi forniture, servizi o lavori che siano solo «collegati» al settore speciale di riferimento, ma è necessario che in qualche misura «rientrino»

¹⁷⁴ Cons. St., VI, 13 maggio 2011, n. 2919, il quale, nel caso specifico, «Considerato che i servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari [erano] previsti negli allegati della direttiva n. 2004/17/CE [...] e della direttiva n. 2004/18/CE [...], la stazione appaltante avrebbe dovuto attenersi alla disciplina generale prevista per gli appalti di servizi, non già, come invece illegittimamente verificatosi, a quella dettata dal D.Lgs. n. 163/2006 per gli appalti dei settori speciali, posto che il servizio di pulizia oggetto delle contestate procedure di affidamento riguarda gli edifici ove ha sede la società ricorrente, non già certo le reti utilizzate per l'esercizio dell'attività dalla stessa società [...]». Si veda, anche, Tar Piemonte, I, 21 giugno 2018, n. 770, in cui vengono in considerazione, come «servizi speciali», i servizi di pulizia di automezzi destinati all'espletamento del servizio di trasporto pubblico, servizi di rifornimento carburante e di movimentazione dei medesimi automezzi, nonché servizi di pulizia di locali ed aree accessorie, utilizzati dalla società appaltante per gestire il servizio di trasporto pubblico.

¹⁷⁵ Cfr. anche Tar Lazio, II, 26 febbraio 2016, n. 2654, in merito al carattere strumentale ai settori speciali della vigilanza svolta, congiuntamente, sugli uffici amministrativi e sui siti produttivi.

¹⁷⁶ Cfr. Cons. St., ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16.

nei settori speciali, ne condividano appunto la specialità, e si possano qualificare come «strettamente strumentali» al *core business* dell'impresa pubblica¹⁷⁷.

In linea con questa diversa lettura interpretativa, si sono avute alcune sentenze che, con un approccio quindi più «restrittivo», hanno ritenuto non strumentali gli appalti riguardanti il servizio di pulizia da svolgersi presso gli edifici sede della società (Cons. St., VI, 13 maggio 2011, n. 2919); il servizio di stampa, imbustamento e recapito dei documenti aziendali (Tar Umbria, I, 2 maggio 2019, n. 230); l'individuazione di un'agenzia grafica/di comunicazione che presenti un progetto di creatività che racconti ed identifichi l'azienda (Tar Toscana, I, 10 aprile 2018, n. 508); il servizio sostitutivo di mensa a mezzo di buoni pasto cartacei (Cass., sez. un., 1 marzo 2018, n. 4899); il servizio di recupero e riscossione stragiudiziale di crediti (Tar Campania, Salerno, I, 1 dicembre 2017, n. 1689); il servizio di revisione legale dei conti e adempimenti previsti in tema di responsabilità fiscale (Tar Lazio, III-ter, 29 aprile 2016, n. 4908).

Il favore per questo secondo orientamento discende dalla constatazione che, al di fuori dei settori speciali, l'impresa pubblica è sottoposta alle regole della concorrenza e pertanto, assumendo in proprio i rischi dell'attività svolta, essa opera secondo criteri economici imposti dalle normali regole del mercato, la cui inosservanza è già «sanzionata» dal mercato. Come osservato dalla stessa Adunanza plenaria con la

¹⁷⁷ Cfr. D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 27. Cfr., inoltre, Tar Toscana, I, 10 aprile 2018, n. 508, per il quale «Un appalto o una concessione può considerarsi "strumentale" all'attività speciale dell'ente aggiudicatore quando si pone, rispetto a detta attività, in un rapporto funzionale di mezzo a fine (Cons. Stato, Ad. Plen., 1.8.2011, n. 16; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 24.3.2017, n. 3878; T.A.R., Campania, Salerno, Sez. I, 1.12.2017, n. 1690. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 30.11.2016, n. 2276; T.A.R. Campania Salerno Sez. I, Sent., del 01-12-2017, n. 1690). Al contrario non sussiste l'obbligo di applicare tali norme con riferimento ad affidamenti che sono solo collegati al settore speciale di riferimento e, quindi, tutte le volte che il servizio affidato non rientri nei settori speciali, né sia strettamente strumentale all'attività propria del concessionario di pubblico servizio». Nello stesso senso, Cons. St., V, 30 giugno 2017, n. 3182, per il quale i servizi oggetto di controversia erano da ricondurre all'attività speciale, in quanto ad essa strumentali, tanto da potersi considerare, rispetto all'attività, in un rapporto funzionale di mezzo a fine, infatti «appare del tutto palese che la gara per il servizio di portierato in controversia non era tanto finalizzata alla custodia di beni di proprietà di Atm in quanto tali, ma andava ad investire direttamente l'attività di trasporto pubblico svolta dall'Atm milanese, poiché era necessariamente correlata all'attività commessa all'impresa pubblica medesima, investendo il controllo, l'accesso, il ricevimento di plichi e comunque tutte le funzioni tipiche del portierato, svolgendosi il tutto sì all'interno delle proprietà dell'Atm, ma comunque riguardo agli edifici nei quali si svolgono funzioni rilevanti del trasporto pubblico, dal ricovero alla manutenzione dei mezzi sino alle stazioni di partenza, funzioni che sono parte integrante del servizio fondamentale reso al pubblico, senza le quali le reti di produzione o di fornitura o di trasporto [...] resterebbero [...] prive di ogni supporto»; allo stesso modo, Cons. St., V, 9 marzo 2015, n. 1192, secondo cui «Solo i servizi che siano oggettivamente diretti all'espletamento delle attività previste dagli artt. da 208 a 213 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 possono essere qualificati come contratti nei settori speciali ed essere assoggettati alla relativa disciplina».

sentenza 1° agosto 2011, n. 16, e come più volte ripetuto, non vi è in questi casi necessità che sia il legislatore ad imporre, a tutela della concorrenza, «scansioni particolari del processo di formazione contrattuale; [venendo] infatti meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi».

Un ulteriore criterio utilizzabile per distinguere tra «scopi istituzionali» e «scopi diversi» degli appalti è stato proposto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 18 aprile 2016, n. 7663, in merito ad una nota con cui una società aeroportuale aveva negato l'accesso agli atti relativi all'affidamento in subconcessione di spazi aeroportuali per lo svolgimento dell'attività di avvolgimento dei bagagli con pellicola protettiva, avvenuto senza lo svolgimento di alcuna procedura competitiva.

La Corte di Cassazione, nella sentenza in parola, ha affiancato al requisito della «strumentalità» quello della «necessarietà», ai fini della soggezione dell'appalto alla disciplina dei contratti pubblici. Nel caso in questione, un servizio, pur strumentale, ma «meramente eventuale» è stato considerato appalto estraneo, dunque mera negoziazione di diritto privato.

In particolare, la suprema Corte ha rilevato che il requisito oggettivo necessario per la soggezione dell'appalto alla disciplina dei contratti pubblici era carente «trattandosi della concessione di un'area demaniale nella quale trova svolgimento un servizio di avvolgimento di bagagli, che non ha natura necessaria, nel contesto di operazioni di assistenza a terra, propedeutiche al trasporto; bensì è meramente eventuale, su richiesta del cliente, e remunerata autonomamente (e non con una quota del prezzo del trasporto aereo). I servizi di natura commerciale - pur se svolti in un'area di pertinenza aeroportuale ad uso esclusivo di privati, sulla base di un rapporto tra concessionario e terzo cui l'Amministrazione concedente resti estranea - non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, risolvendosi in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile»¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Cass., sez. un., 18 aprile 2016, n. 7663. Tale orientamento contraddice quanto precedentemente affermato in Cons. St., VI, 22 aprile 2014, n. 2026, secondo cui «non può negarsi la strumentalità rispetto al servizio di *handling* (per la fase compresa fra la consegna dei bagagli da parte dei singoli passeggeri ed il carico dei medesimi sui diversi vettori aerei) del servizio di avvolgimento bagagli con pellicola: servizio finalizzato ad assicurare detti bagagli da qualsiasi manomissione e, quindi, sicuramente tale da costituire rafforzata garanzia di corretto espletamento delle operazioni, al riguardo offerte dal gestore aeroportuale». L'espressione *handling* si riferisce ai servizi di assistenza a terra alle

Invero, questo sviluppo interpretativo, per quanto suggestivo, non ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva e rimane in qualche modo sullo sfondo come criterio ulteriormente restrittivo dei confini propri degli appalti rientranti nei settori speciali.

L'evoluzione giurisprudenziale, che si riteneva ormai consolidata verso criteri sempre più restrittivi nel considerare appartenenti ai settori speciali gli appalti indetti dagli enti aggiudicatori, ha subito una battuta di arresto con la sentenza della Corte di giustizia europea, V, 28 ottobre 2020, n. C-521/18. Tale pronuncia ha riguardato la fornitura di servizi di portierato, reception e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane e di altre società del gruppo. La Corte, dopo aver confermato la qualificazione di «imprese pubblica» di tali società, ha ritenuto di affermare che rientrano tra le attività relative ai servizi postali, tutte le attività che servono effettivamente all'esercizio di tali attività, consentendone l'adeguata realizzazione, tenendo conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività. Inoltre, per i giudici comunitari ciò che maggiormente rileva è che «lo stesso vale per le attività che, avendo natura complementare e trasversale, potrebbero, in altre circostanze, servire all'esercizio di altre attività non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva vertente sui settori speciali». Tutto ciò considerando, la Corte di giustizia ha affermato, al paragrafo 45 della sentenza in parola, che «nel caso di specie, è difficilmente ipotizzabile che dei servizi postali possano essere forniti in maniera adeguata in assenza di servizi di portierato, reception e presidio varchi degli uffici

merci e ai passeggeri in arrivo e in partenza espletati sia dal gestore aeroportuale che dagli operatori terzi o dagli utenti in autoassistenza ritenuti idonei dall'ENAC. Queste argomentazioni sono state disattese da un successivo pronunciamento della sezione V del Consiglio di Stato, con la sentenza 9 marzo 2015, n. 11925, intervenuta sulla procedura indetta da Aeroporti di Roma in esecuzione della stessa sentenza n. 2026 del 2014. La V^a Sezione ha affermato, in primo luogo, che l'attività di avvolgimento bagagli non attiene ad alcuno dei servizi di «assistenza a terra» elencati nell'allegato A al d.lgs. n. 18 del 1999, sostanziosamente «in un servizio di natura squisitamente commerciale, che non necessariamente deve essere offerto negli aeroporti, e che si pone certamente in una fase precedente rispetto allo smistamento del bagaglio contemplato dalla norma in esame che fa seguito al check-in». In secondo luogo, il Collegio ha escluso la strumentalità dell'attività di avvolgimento bagagli all'*handling*, escludendo anche la riconducibilità dell'attività di avvolgimento bagagli agli «obblighi di servizio pubblico demandati al gestore ai sensi della normativa di settore», genericamente intesi, in base al carattere non necessario dell'avvolgimento rispetto al successivo stivaggio negli aeromobili ai sensi del punto 3 del citato allegato "A" al d.lgs. n. 18 del 1999. Il Collegio, infine, ha precisato che «solo i servizi che siano oggettivamente finalizzati a questa attività del gestore aeroportuale possono essere qualificati come contratti nei settori speciali di cui alla parte III del d.lgs. n. 163/2006». Per approfondire, si vedano, A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, cit., pp. 283 ss.; F. Aperio Bella (2015), *Osservazioni a prima lettura della sentenza Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2015, n. 1192. Sulla giurisdizione competente a conoscere dell'affidamento di spazi aeroportuali da destinare ad attività commerciali*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 7.

del prestatore interessato. Tale constatazione vale tanto per gli uffici aperti agli utenti dei servizi postali e che ricevono quindi il pubblico, quanto per gli uffici utilizzati per lo svolgimento di funzioni amministrative», che verrebbero visti come necessari alla pianificazione e gestione dei servizi.

Questa pronuncia della Corte di giustizia, evidentemente, determina un restringimento del concetto di «appalti estranei» ai settori speciali coniato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 16 del 2011, che aveva deciso per la non applicabilità della normativa sugli appalti pubblici agli appalti indetti dalle imprese pubbliche per l'affidamento di prestazioni destinate ad uffici in cui non vi fosse la presenza di utenti finali¹⁷⁹.

Si può quindi facilmente comprendere quanto per le imprese pubbliche il confine tra appalti rientranti nei settori speciali, e quindi soggetti alla disciplina di diritto pubblico, e appalti estranei, soggetti alla normativa del diritto privato, sia incerto e mutevole.

Come è stato osservato in dottrina, «alla luce della rilevata opinabilità del concetto di strumentalità (quantomeno in alcuni casi), si ritiene che - soprattutto in prospettiva futura - potrebbe essere utile il ricorso al sistema degli “elenchi”, previsto dal comma 3 dell’art. 14 [del d.lgs. n. 50 del 2016]. Tale norma prevede che le disposizioni del presente Codice non si applichino comunque alle categorie di attività oggetto degli appalti di cui al comma 1, considerati esclusi dalla Commissione europea in elenchi pubblicati periodicamente nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea»¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Per un commento sulla sentenza della Corte di giustizia europea, V, 28 ottobre 2020, n. C-521/18, si vedano G. Lezzi (2020), *La Corte di Giustizia restringe notevolmente il concetto di "contratti estranei" all'applicazione delle direttive comunitarie coniato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Diritto dei servizi pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it; U. Chiarappa, *Imprese pubbliche e appalti strumentali alla realizzazione dell'attività di settore speciale*, in *Appalti&Contratti*, 5, 2021, pp. 15 ss..

¹⁸⁰ Così, D. Ielo, *Le regole dei settori “speciali”: cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori “speciali” – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 42.

3. Le regole per gli affidamenti dei contratti estranei

In linea di principio, per le motivazioni che abbiamo provato ad illustrare, le imprese pubbliche, nel momento in cui decidono di affidare contratti per forniture, servizi e lavori cosiddetti «estranei» ai settori speciali, non applicano la normativa degli appalti pubblici, né, in termini generali, la normativa di diritto pubblico, ma rientrano piuttosto nell'alveo del diritto privato¹⁸¹.

Per verificare e motivare in modo più articolato questo assunto, dopo aver chiarito che, nell'affidamento dei contratti «estranei», le imprese pubbliche non applicano il Codice dei contratti pubblici, né si devono conformare ai principi di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, riferibili viceversa ai contratti cd. «esclusi», dobbiamo ora occuparci, seppure brevemente, dell'applicabilità o meno di altre norme di diritto pubblico, che potremmo definire contigue e connesse alla disciplina degli appalti pubblici.

In primo luogo, dobbiamo dire che l'impresa pubblica è non tenuta negli appalti estranei ad applicare la normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari contenuta nella legge 13 agosto 2010, n. 136, recante «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia»¹⁸².

Questa legge, tra l'altro, ha lo scopo di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici, cercando di rendere trasparenti e tracciabili le operazioni finanziarie relative all'utilizzo del denaro, quale corrispettivo dei contratti pubblici.

In particolare, l'art. 3 della legge citata dispone che i «flussi finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici, nonché alla gestione dei finanziamenti debbano essere tracciati», ponendo tale obbligo in capo tanto agli appaltatori, che ai subappaltatori, ai subcontraenti della filiera delle imprese e ai concessionari di finanziamenti pubblici.

La disciplina della tracciabilità dei flussi finanziari è quindi strettamente connessa alla normativa sugli appalti pubblici ed è per questa ragione che essa

¹⁸¹ Cfr. D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 42.

¹⁸² La normativa è contenuta nei seguenti articoli: nell'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificato dalla legge n. 217 del 2010 di conversione del decreto legge n. 187 del 2010; nell'art. 6 della stessa legge n. 136 del 2010 in tema di sanzioni; nell'art. 6 del suddetto decreto legge n. 187 del 2010, convertito con legge n. 217 del 2010, che contiene la disciplina transitoria e alcune norme interpretative e di attuazione del predetto art. 3. Cfr. Sito istituzionale di ANAC, www.anticorruzione.it.

rimane soggetta al potere di direttiva e regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). L'Autorità, già con la sua precedente denominazione di Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), ha esercitato il suo potere di indirizzo con alcune determinazioni di natura interpretativa¹⁸³.

Dal complesso delle determinazioni assunte dall'Autorità di vigilanza, emerge come, sotto il profilo soggettivo, siano senza dubbio soggetti agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari tutti i soggetti sottoposti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici, mentre, sotto il profilo oggettivo, tali norme si applichino in ogni caso in cui si tratti di affidare un contratto di appalto pubblico tra un operatore economico e un committente pubblico, indipendentemente dall'esperimento di una gara e a prescindere dal valore della stessa.

ANAC, con la propria determinazione n. 556 del 31 maggio 2017, ha ulteriormente precisato che la disciplina relativa alla tracciabilità dei flussi finanziari troverebbe applicazione anche ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, di cui alla Parte I, Titolo II, potendo in tal modo far ritenere che gli obblighi di tracciabilità siano imposti anche ai contratti estranei ai settori speciali, disciplinati all'art. 14 del Codice, collocato, appunto, nella Parte I, Titolo II del decreto¹⁸⁴.

Tuttavia, nel punto n. 2.7 della stessa determinazione, in modo analogo alle precedenti determinazioni AVCP, ANAC prevede esplicitamente che sono da ritenersi esclusi dagli obblighi di tracciabilità i contratti di diritto privato stipulati dalle imprese pubbliche, al di fuori delle attività svolte nell'ambito dei settori speciali, da intendersi evidentemente come contratti estranei.

La non applicabilità agli appalti estranei della tracciabilità dei flussi finanziari è molto importante perché elemento fondamentale di tale disciplina è il Codice

¹⁸³ Si vedano le determinazioni n. 8 del 18 novembre 2010 («Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificato dal d.l. 12 novembre 2010, n. 187») e n. 10 del 22 dicembre 2010 («Ulteriori indicazioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari (Art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificata dal decreto legge 12 novembre 2010, n. 187 convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2010, n. 217)»), sostituite dalla determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 («Linee Guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'art. 3, L.13 Agosto 2010»), la quale è stata a sua volta aggiornata al d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56, con la determinazione n. 556 del 31 maggio 2017.

¹⁸⁴ La determinazione n. 556 del 2017 riproduce quanto era già previsto nelle precedenti determinazioni AVCP, che avevano esteso l'ambito di applicazione della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari anche ai contratti esclusi in tutto o in parte dalla disciplina del Codice (e collocati nel Titolo II, Parte I, del d.lgs. n. 163 del 2006). Tuttavia, nelle determinazioni AVCP del 2010 e del 2011, tale estensione non riguardava anche i contratti estranei ai settori speciali, in quanto, nell'impianto del precedente Codice, la norma disciplinante gli appalti estranei, ovvero l'art. 217, era inserita all'interno della parte relativa ai settori speciali (Titolo I, Capo II, Parte III).

Identificativo Gare (CIG), che dovendo essere riportato sulle fatture elettroniche e sugli strumenti di pagamento - oltre che sulla determina a contrarre, sul bando di gara o sulla lettera di invito - consente di seguire il flusso di denaro dalla stazione appaltante all'appaltatore e poi lungo la filiera delle imprese coinvolte.

Il CIG, inoltre, è utilizzato per determinare, sulla base del valore dell'appalto, l'importo dell'eventuale contribuzione in favore di ANAC, sia da parte della stazione appaltante che degli operatori economici partecipanti alla gara.

Il CIG è richiesto dal responsabile del procedimento della stazione appaltante, attraverso il sistema SIMOG (o SmartCIG, per procedure di importo inferiore a 40.000 euro), e costituisce l'operazione con la quale l'impresa pubblica esplicita che l'appalto che sta per indire rientra nei settori speciali. Nei casi in cui, viceversa, si trattasse di appalto estraneo, l'impresa pubblica non dovrebbe richiedere il CIG, né, del resto, come vedremo nel prosieguo di questo paragrafo, nominare il Responsabile del procedimento.

Rimane da riferire, al riguardo, del Comunicato del Presidente ANAC del 16 ottobre 2019, avente ad oggetto «Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici», che, inopinatamente, sembra voler mutare indirizzo interpretativo circa gli appalti estranei e gli obblighi di richiesta del CIG. Con questo Comunicato, infatti, ANAC, nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza, ha inteso ridefinire gli obblighi di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per alcune tipologie di affidamento, mantenendo ferme espressamente le indicazioni fornite nella determinazione n. 556 del 31 maggio 2017 in materia di tracciabilità dei flussi finanziari.

Il Comunicato del Presidente ANAC del 16 ottobre 2019 contiene una tabella nella quale sono riportati gli obblighi aggiornati, con riferimento alle fattispecie escluse dall'applicazione del Codice, ad eccezione dell'*in-house*, a causa degli approfondimenti in corso a quella data. In particolare, sembra che, con riferimento all'art. 14 del d.lgs. n. 50 del 2016, per gli «Appalti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati per fini diversi dal perseguimento di un'attività in un Paese terzo», ANAC abbia previsto, in modo apodittico, l'obbligo di acquisizione dello SmartCIG «senza limiti di importo», escludendo però l'obbligo del pagamento del contributo. Inoltre, lo stesso comunicato ha previsto che gli obblighi di trasmissione dei dati all'Osservatorio dei contratti pubblici, già in essere per i settori ordinari, si

debbano intendere «estesi a tutte le altre fattispecie, ivi comprese quelle elencate in tabella».

Su questo particolare e non chiaro orientamento di ANAC, le società A2A S.p.A. e Unareti S.p.A. hanno presentato ricorso proprio impugnando il citato Comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 16 ottobre 2019, argomentando che «Per le fattispecie relative agli appalti c.d. estranei l'esclusione dall'ambito applicativo del Codice riguardava la natura dell'ente aggiudicatore (i.e. imprese pubbliche o titolari di un diritto esclusivo) che agisce sul libero mercato in regime di concorrenza e si assume il relativo rischio imprenditoriale; in questa prospettiva, l'assoggettamento di questi enti agli istituti di tracciabilità anche per i contratti che sono estranei alle finalità del Codice risultava inconferente rispetto alle finalità previste dalla l. n. 136/2010».

Sui ricorsi presentati dalle società A2A S.p.A. e Unareti S.p.A. si è pronunciata la Sezione I del TAR Lazio, con la sentenza 7 marzo 2022, n. 2606, annullando gli atti impugnati, per vizio d'incompetenza del Presidente ANAC nella parte in cui tali atti hanno modificato il contenuto delle Linee Guida n. 556 del 2017, per i contratti stipulati dalle imprese pubbliche per fini diversi dal perseguimento delle attività nei settori speciali. L'annullamento per vizio di incompetenza ha quindi esaurito l'oggetto stesso del giudizio, non senza che il Collegio affermasse però che gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari hanno come presupposto «l'impiego da parte della stazione appaltante di risorse pubbliche, o l'esercizio di funzioni pubbliche derivanti da diritti esclusivi. Conseguentemente, secondo quanto previsto dalle Linee Guida, per i contratti stipulati dalle imprese pubbliche per fini diversi dal perseguimento delle attività nei settori speciali non operano gli obblighi di tracciabilità (i.e. obbligo di acquisizione del Codice Identificativo Gara Semplificato) né di comunicazione».

Conclusa la riflessione sugli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari, occorre ora precisare ulteriormente quanto già anticipato, ossia che negli appalti estranei non sussiste per le imprese pubbliche l'obbligo di nominare il Responsabile del procedimento. La motivazione di tale esclusione risiede nel fatto che la procedura di affidamento degli appalti estranei non è classificabile come procedimento amministrativo, né per il Codice dei contratti pubblici, perché ad esso estranea, né per la legge n. 241 del 1990, in quanto, come recita l'art. 29, comma 1, tale legge si applica alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente

all'esercizio delle funzioni amministrative. L'affidamento di un contratto estraneo non costituisce, infatti, esercizio di funzione amministrativa.

Con le stesse motivazioni, si giunge anche alla valutazione di inapplicabilità del diritto di accesso da parte degli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti estranei, sia nella fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016 (artt. 53 e 76)¹⁸⁵, che nella forma più generale dell'accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge n. 241 del 1990 (art. 22 ss.)¹⁸⁶.

¹⁸⁵ L'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, rubricato «Accesso agli atti e riservatezza», al comma 1 prevede che, fatto salvo quanto espressamente previsto nello stesso Codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990. Il comma 2, facendo salve le disposizioni del Codice sugli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, prevede i documenti, gli atti e le informazioni per i quali il diritto di accesso è differito. Gli atti per i quali l'accesso è differito, dispone il comma 3, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti fino alla scadenza dei termini previsti. Le violazioni delle disposizioni di cui ai commi 2 e 3 sono sanzionate a carico dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio ai sensi dell'art. 326 del codice penale («Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio»). Il comma 5 prevede gli atti per i quali il diritto di accesso è escluso, con la precisazione delle fattispecie in cui è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento. Cfr. B. Nappi, *Art. 53 Accesso agli atti e riservatezza*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo II, Molfetta, 2017, pp. 928 ss..

L'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, rubricato «Informazione dei candidati e degli offerenti», al comma 2, prevede invece che, su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice e - in virtù del richiamo di cui all'art. 132, comma 1 del Codice – gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali, comunichino immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: ad ogni offerente escluso, i motivi del rigetto della sua offerta; ad ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua domanda di partecipazione; ad ogni offerente ammesso, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'aggiudicatario, ma, anche, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti. Cfr. F. Buscicchio, *Art. 76 Informazione dei candidati e degli offerenti*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo II, Molfetta, 2017, pp. 1181 ss..

¹⁸⁶ In base all'art. 23 della legge n. 241 del 1990, il diritto di accesso, inteso come diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi, si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti. Si veda B. Nappi, *Art. 53 Accesso agli atti e riservatezza*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 939-940. Cfr., altresì, Tar Umbria, I, 2 maggio 2019, n. 230, per il quale, escluso il carattere strumentale all'attività svolta dalla società resistente nell'espletamento del servizio idrico integrato del servizio di stampa, imbustamento e recapito di documenti aziendali, affidato in via privatistica, deve essere pronunciata la «inapplicabilità al caso di specie della normativa in tema di accesso ed in materia di appalti pubblici, trattandosi di servizio avente natura puramente privata e come tale disciplinato dalle norme del diritto civile». Cfr., infine, Tar Sicilia, III, 8 marzo 2021, n. 791, in merito al giudizio intentato per l'annullamento di una nota emessa dalla Raffineria di Gela in materia di accertamento del diritto di accesso agli atti da parte di un subappaltatore, nell'ambito di un contratto di appalto. Il Collegio si è espresso affermando che «la questione sottesa alla presente controversia si innesta nell'ambito di un rapporto contrattuale del tutto privatistico, regolato interamente dal diritto privato. Rispetto a un'attività interamente privatistica non sussiste quindi: i) alcun procedimento amministrativo (o, comunque attività pubblicistica); ii) alcun diritto di accesso agli atti; iii) alcuna giurisdizione amministrativa». Nella stessa sentenza si ricorda, altresì, che, «nel caso in esame, per effetto di una decisione della Commissione europea, dal 2011, la produzione del petrolio non è più settore speciale. Conseguentemente, l'appalto sotteso alla istanza di accesso (id est: lavori di smontaggio e rottamazione di alcuni impianti di produzione della raffineria) non rientra più nel regime degli appalti pubblici».

Quanto invece alla disciplina riguardante la prevenzione della corruzione e la trasparenza da parte delle pubbliche amministrazioni, di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, appare più controversa la sua eventuale non applicazione alle imprese pubbliche, in considerazione del fatto che l'ambito di applicazione di tale normativa, in alcuni casi, è definito facendo riferimento ai soggetti in quanto tali, più che alle attività da essi svolte.

L'art. 2-bis, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, nel definire l'ambito soggettivo di applicazione della normativa, prevede infatti che la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni, si applichi anche, in quanto compatibile: a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; b) alle società in controllo pubblico, di cui all'art. 2, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 175 del 2016, ad esclusione delle società quotate e delle società da esse partecipate, salvo che siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche; c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni; d) ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica, alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitino funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici.

Abbiamo già rappresentato nel presente lavoro che dal punto di vista soggettivo l'impresa pubblica, proprio in virtù del suo carattere multiforme, può assumere la veste di società a controllo pubblico, facendo sorgere il dubbio circa il fatto che tale veste possa reclamare l'applicazione della normativa riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni. Dubbi fondati sul tenore letterale del citato art. 2-bis, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, laddove, nel definire l'ambito soggettivo di applicazione della normativa, si riferisce alle società a controllo pubblico, senza alcuna limitazione all'esercizio della funzione amministrativa o allo svolgimento di un servizio pubblico.

Occorre tuttavia rilevare che l'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013 estende il regime di trasparenza e di prevenzione della corruzione ad altri soggetti, pubblici e privati, «in quanto compatibile». Ad avviso di ANAC, tale compatibilità non deve essere esaminata caso per caso, ma va valutata in via generale, anche in relazione al potere di precisazione degli obblighi di pubblicazione che il comma 1-ter dell'art. 3 del d.lgs. n. 33 del 2013 attribuisce all'Autorità. In particolare, con riferimento alle società e agli enti di diritto privato controllati o partecipati da pubbliche amministrazioni, ANAC ritiene che la compatibilità vada valutata in relazione alla tipologia delle attività svolte, distinguendo i casi di attività sicuramente di pubblico interesse dai casi in cui le attività dell'ente siano esercitate in concorrenza con altri operatori economici o, ancora, dai casi di attività svolte in regime di privata¹⁸⁷.

In questo senso si comprende il riferimento specifico compiuto dall'art. 37 del d.lgs. n. 33 del 2013 agli obblighi di pubblicazione nei siti web istituzionali concernenti i dati, le informazioni e i documenti sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, previsti dall'art. 1, comma 32 della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dal d.lgs. n. 50 del 2016, da cui non sembra poter derivare l'applicazione degli stessi obblighi anche per i contratti estranei affidati dalle imprese pubbliche, perché trattasi di contratti di diritto privato e non di contratti pubblici come quelli a cui fa espresso riferimento la norma.

Un dubbio tuttavia può essere nutrito con riguardo specifico all'applicazione alle società a controllo pubblico delle disposizioni sull'accesso civico generalizzato, quando si tratti di un appalto estraneo ai settori speciali¹⁸⁸. L'accesso civico

¹⁸⁷ Cfr. Determinazione ANAC 8 novembre 2017, n. 1134, recante «Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici», p. 21.

¹⁸⁸ Con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, gli obblighi di trasparenza posti a carico delle pubbliche amministrazioni sono stati generalizzati e rafforzati con l'affermazione del principio di trasparenza, intesa quale «accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni» (art. 1). In particolare, l'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013 definisce l'«Accesso civico» come il diritto di chiunque di richiedere documenti, dati o informazioni che le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare nella sezione "Amministrazione trasparente" dei propri siti istituzionali, nei casi in cui gli stessi non siano stati pubblicati (art. 5, comma 1). L'«Accesso civico generalizzato», invece, consente a chiunque di richiedere dati e documenti ulteriori rispetto a quelli che le amministrazioni sono obbligate a pubblicare (art. 5, comma 2). In merito al rapporto tra il diritto di accesso disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, il diritto di accesso previsto dalla normativa degli appalti pubblici (dal d.lgs. n. 163 del 2006 e poi, successivamente, dal d.lgs. n. 50 del 2016) e il diritto di accesso civico di cui al citato d.lgs. n. 33 del 2013, si era affermato un orientamento, comunque non univoco, per il quale andava esclusa la possibile applicazione dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti pubblici, ciò sulla base del dato letterale del comma 3 dell'art. 5-bis, del d.lgs. n. 33 del 2013. In particolare, si faceva riferimento alle disposizioni per la quale «Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso [...] negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione

generalizzato, infatti, consente a chiunque di richiedere dati e documenti ulteriori rispetto a quelli che le amministrazioni sono obbligate a pubblicare. Un accesso che risponde agli obblighi di trasparenza posti a carico delle pubbliche amministrazioni con portata generalizzata e rafforzata, una trasparenza intesa quale «accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni». Il dubbio è che nel caso dell'accesso civico generalizzato il profilo organizzativo della società a controllo pubblico prevalga sulla natura dell'attività da essa svolta.

Il fatto che negli appalti estranei ai settori speciali si tratti di contratti di diritto privato e non di contratti di diritto pubblico rileva anche per giudicare dell'applicabilità in questo ambito della normativa che, in presenza di determinate fattispecie di appalto, prescrive di richiedere, tramite la Banca Dati Nazionale Antimafia (BDNA), la documentazione antimafia a carico dei soggetti variamente rappresentativi dell'operatore economico con cui la stazione appaltante si appresta a stipulare un contratto. Il quadro normativo a cui si fa riferimento è quello definito dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, contenente «il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia», in vigore dal 13 febbraio 2013, che ha riproposto la dicotomia, già presente nella normativa precedente, tra comunicazione antimafia e informativa antimafia, che complessivamente compongono la documentazione antimafia (art. 84, comma 1)¹⁸⁹.

previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990» (Cfr. TAR Milano, IV, 30 ottobre 2014, n. 2587; Cons. St., V, 2 agosto 2019, n. 5503). Successivamente, si è giunti ad un orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 2 aprile 2020, n. 9. L'Adunanza plenaria, nella sentenza citata, ha affermato che «Se dunque i limiti previsti per l'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e quelli dettati dalle singole discipline settoriali non possono essere superati ricorrendo strumentalmente all'istituto dell'accesso civico generalizzato, deve ritenersi che, una volta venute meno le ragioni di questi limiti, tra cui quelli [...] dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, sul piano sia temporale sia contenutistico, l'accesso civico generalizzato opera di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei contratti pubblici».

¹⁸⁹ La «comunicazione antimafia» è un'attestazione sull'esistenza del divieto di concludere contratti pubblici, a motivo della applicazione di una misura di prevenzione nei confronti dei soggetti indicati dall'art. 85 del d.lgs. n. 159 del 2011. Con l'entrata in vigore del nuovo Codice antimafia (febbraio 2013) è venuta meno, infatti, la funzione certificativa della Camera di Commercio (il c.d. «nulla osta antimafia», di cui all'art. 9, del d.P.R. n. 1252 del 1998); pertanto l'unica modalità per acquisire la comunicazione antimafia è richiederla all'Autorità prefettizia (art. 87 del d.lgs. n. 159 del 2011), ora attraverso la Banca Dati Nazionale Antimafia. La «informativa antimafia» consiste, invece, nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011, che, tra l'altro, impediscono di concludere contratti

L'ambito di applicazione della documentazione antimafia può essere definito, sulla base dell'art. 83 del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo un duplice profilo: (i) un profilo soggettivo, per il quale risultano tenuti a richiedere la documentazione antimafia «le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico, nonché i concessionari di lavori o servizi pubblici» (comma 1); (ii) un profilo oggettivo, che rende necessario richiedere la documentazione antimafia «prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici», con esclusione dei contratti «il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro» (commi 1 e 3).

L'art. 91 del d.lgs. n. 159 del 2011, inoltre, dispone che i soggetti di cui all'articolo 83 devono acquisire l'informazione antimafia prima di stipulare contratti «il cui valore sia pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture».

Per l'applicazione dell'obbligo di richiedere la documentazione antimafia, le norme citate stabiliscono, quindi, un duplice presupposto: la qualificazione soggettiva, che può comprendere anche le imprese pubbliche, e la sottoscrizione di un contratto o subcontratto relativo a lavori, servizi e forniture «pubblici», che invece non ricorre quando l'impresa pubblica stipula contratti estranei ai settori speciali, in quanto contratti di diritto privato¹⁹⁰.

Chiariti i confini della normativa di diritto pubblico applicabile agli appalti delle imprese pubbliche che operano nei settori speciali e il regime applicabile nei casi in cui gli stessi soggetti operino per scopi estranei ai settori speciali, occorre avvertire che nella prassi accade sovente che le imprese pubbliche richi amino espressamente la

pubblici di lavori, servizi e forniture, ma anche dall'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate (art. 84, comma 3 del d.lgs. n. 159 del 2011). L'informativa si riferisce alle persone indicate dall'art. 85 del d.lgs. n. 159 del 2011 ed è rilasciata dall'Autorità prefettizia (art. 90 del d.lgs. n. 159 del 2011).

¹⁹⁰ Questo orientamento, fondato sulle norme citate, trova conferma esplicita anche nella prassi. Si possono rinvenire, infatti, «istruzioni» rese dalle Prefetture, da cui si può evincere che la comunicazione antimafia e l'informativa antimafia devono essere acquisite «per le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali [...] – limitatamente agli appalti che gli enti pubblici aggiudicano per scopi relativi all'esercizio delle loro attività»: cfr., ad esempio, il sito web istituzionale della Prefettura di Bologna: http://www.prefettura.it/bologna/contenuti/Certificazione_antimafia-48643.htm.

disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici nei documenti delle procedure da esse indette per appalti estranei ai settori speciali. Tale richiamo, in quanto disposto in fattispecie in cui il soggetto appaltante non è tenuto ad applicare la normativa che regola gli appalti pubblici, non è idoneo a determinare per ciò solo l'assoggettamento della procedura al regime pubblicistico e alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Più precisamente, come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 16 del 2011, la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, ossia dall'esistenza di un vincolo «eteronomo» e non dalla dichiarazione di «autovincolo» della stazione appaltante. In particolare, si può leggere nella stessa sentenza, «il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione»¹⁹¹. Questo perché la giurisdizione non può essere determinata dalla volontà unilaterale o anche comune delle parti, ma solo dal legislatore.

Del resto, come sottolineato anche dalla dottrina, «non sarebbe ragionevole ammettere che le parti, tramite un semplice richiamo a una normativa sostanziale, possano “spostare” il giudice e radicare una giurisdizione funzionale e inderogabile, quale è quella del giudice amministrativo. Ovviamente nulla vieta a un committente di scegliere il proprio appaltatore applicando, o vincolandosi a applicare, le stesse regole degli appalti pubblici. Tale obbligo sarà vincolante e pienamente efficace. Ma

¹⁹¹ Così si è pronunciata, al riguardo, Cons. St., ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16: «in termini generali, la sottoposizione o meno dell'appalto [...] al regime pubblicistico diviso dal d.lgs. n. 163/2006 discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo “eteronomo” e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo). Se è vero che l'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 133, co. 1, lett. e), n. 1), c.p.a.), fa riferimento, al fine di stabilire l'ambito della giurisdizione amministrativa, al soggetto <<comunque tenuto>> al rispetto di procedure di evidenza pubblica, tuttavia siffatta ampia espressione non può che riferirsi pur sempre ad un vincolo eteronomo, e non autonomo, di rispetto delle dette procedure [Cass., sez. un., 20 marzo 2009 n. 6771; Cass., sez. un., 15 aprile 2005 n. 7800; Cass., sez. un., 20 novembre 2003 n. 17635; Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2764; Cons. St., sez. IV, 16 luglio 2007 n. 4012; Cons. St., sez. V, 18 novembre 2004 n. 7554]. Il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione». Cfr., anche, Tar Lazio, Roma, 18 maggio 2018, n. 5528. Per il Collegio «in termini generali, la sottoposizione o meno dell'appalto per cui è processo al regime pubblicistico diviso dal d.lgs. n. 163/2006 discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo “eteronomo” e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo). Il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione».

gli atti posti in essere in esecuzione di tale autovincolo non saranno atti pubblici. Non costituiranno esercizio (o mancato esercizio) di un potere pubblico»¹⁹².

Quanto abbiamo riferito e cercato di motivare conferma che le imprese pubbliche, nell'affidamento di contratti per forniture, servizi e lavori cosiddetti «estranei» ai settori speciali, non applicano la normativa degli appalti pubblici, né, in termini generali, la normativa di diritto pubblico, ma devono considerarsi soggette alla disciplina di diritto privato e alla giurisdizione del giudice ordinario.

¹⁹² Così, D. Ielo, *Le regole dei settori "speciali": cosa, chi, come e perché*, in *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, cit., p. 7. Cfr., Cons. St., V, 18 novembre 2004, n. 7554; Cass., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17635. Si veda anche Delibera ANAC n. 214 del 9 marzo 2021, secondo cui «il concessionario autostradale scelto con procedura di gara ad evidenza pubblica, con le modalità previste dalla normativa vigente al momento della sottoscrizione della convenzione, non deve svolgere procedure di gara ad evidenza pubblica e secondo le norme del Codice per l'affidamento di un contratto di fornitura a terzi, ma ove si sia auto-vincolato su un piano pubblicistico attraverso l'avvio di una negoziazione con operatori economici invitati a presentare un'offerta e a competere ai fini dell'aggiudicazione del contratto, deve svolgere l'attività nel rispetto dei principi generali di correttezza, trasparenza e pubblicità della procedura».

Bibliografia

F. Aperio Bella (2015), *Osservazioni a prima lettura della sentenza Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2015, n. 1192. Sulla giurisdizione competente a conoscere dell'affidamento di spazi aeroportuali da destinare ad attività commerciali*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 7.

F. Aperio Bella, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato dei Contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, 2019, pp. 417 ss..

A. Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2009, pp. 194 ss..

Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione (AS 375) del 28 dicembre 2006, recante «Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità cd. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi».

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, Studi e ricerche, Roma, 2011.

V. Baranto, *La ristrutturazione della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, pp. 1084-1105.

A. Bartolini, *Commento all'art. 238*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli Appalti pubblici*, Roma, 2013, pp. 2726 ss..

M. Baruffi, *Articolo 86*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 449.

N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 9.

S. Battiston, *Smart city public procurement. Percorso operativo attraverso il Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2021.

P. Bianchi, *Denazionalizzazioni e privatizzazione dell'impresa pubblica in Italia*, in G. Bognetti et al. (a cura di), *Scritti in onore di A. Mortara*, Milano, 1990.

R. Bifulco, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte Costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, 4-5, pp. 793 ss..

E. Borgonovi, *L'impresa pubblica*, Milano, 1979.

F. Bortolotti, *L'impresa pubblica nell'economia di mercato: problemi giuridici relativi ai rapporti tra imprese pubbliche e private nel diritto italiano e comunitario*, Rimini, 1971.

A. Botto, S. Castrovinci Zenna (2022), *Il regime giuridico degli affidamenti dei concessionari: una prospettiva de iure condendo*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it.

M.A. Cabiddu, M.C. Colombo (a cura di), *Appalti Pubblici. Il codice dei contratti pubblici – Lo stato dell'arte a due anni dall'entrata in vigore delle nuove regole*, 1, Milano, 2018.

M.A. Cabiddu, M.C. Colombo (a cura di), *Appalti Pubblici. Attori del processo – Stazioni appaltanti, operatori, organi di controllo*, 3, Milano, 2018.

- M.A. Cabiddu, M.C. Colombo (a cura di), *Appalti Pubblici. Settori "speciali" – Gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali*, 4, Milano, 2018.
- M.A. Cabiddu, M.C. Colombo (a cura di), *Appalti Pubblici. Appalti "estranei" Finanziamenti, servizi legali, Terzo settore*, 6, Milano, 2018.
- R. A. Caprara, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli, 2017.
- R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione (nota a Corte Cost., n. 14/2004)*, in *Le Regioni*, 4, 2004.
- R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pp. 47 ss..
- A. Cariola, *Pubblica amministrazione (principi costituzionali sulla)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 12, 2007, pp. 514 ss..
- L. Carlassare, P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Aggiornamenti*, V, Milano, 2001.
- A. Carullo, *Appalti pubblici nei settori esclusi*, in *Enc. Dir.*, 2001.
- D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.
- A. Casinelli, *Capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2014, pp. 186 ss..
- S. Cassese [et al.], *L'impresa pubblica*, Milano, 1977.
- S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo generale*, Tomo primo, Milano, 2000, pp. 200-204.
- S. Cassese, *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 549 ss..
- S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012.
- L. Casseti (2004), *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, p. 5.
- B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 379.
- V. Cerulli Irelli, *Dubbi e incertezze sulla trasformazione dell'ente Ferrovie dello Stato in s.p.a.*, in *Giornale dir. Amm.*, 1996, pp. 784 ss..
- U. Chiarappa, *Imprese pubbliche e appalti strumentali alla realizzazione dell'attività di settore speciale*, in *Appalti&Contratti*, 5, 2021, pp. 15 ss..
- M. P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000.
- L. Cimellaro, *I settori speciali*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Tomo secondo, Padova, 2014, p. 1917.
- F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?*, in *Giustizia amministrativa*, 2004, p. 1149.

- G. Corso, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4, 2004, p. 91.
- M. Cozzio, *L'evoluzione del diritto dei contratti pubblici: le fonti europee ed il rapporto con le fonti nazionali. II - Il diritto europeo dei contratti pubblici*, Dispensa del Master Appalti e contratti pubblici presso il Dipartimento di Architettura e Studi urbani del Politecnico di Milano, XII edizione, 2020-2021.
- F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000.
- R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomi I-II, Molfetta, 2017.
- S. Del Gatto, S. Screpanti, D. Agus, *Il capitalismo municipale*, Roma, 2012.
- R. De Nictolis, *L'organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 4, 2004, p. 97.
- R. De Nictolis, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, 2012, p. 1433.
- R. De Nictolis (2016), *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it.
- R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, p. 311.
- R. De Nictolis, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021
- G. Di Cosimo, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, 2005.
- Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea – Spunti di riflessione per il futuro, adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996, pp. 7 ss..
- Libro verde sui servizi di interesse generale della Commissione delle Comunità europee del 21 maggio 2003, p. 16.
- L. D'Ottavi, *I riflessi della concorrenza negli appalti nei settori speciali*, in *GiustAmm.it*, Roma, 2011.
- L. Einaudi, *Prediche inutili*, Torino, edizione del 1974, pp. 121-122.
- ENEL (Ente Nazionale per l'Energia Elettrica), in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, www.treccani.it.
- ENI (Ente Nazionale Idrocarburi), in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, www.treccani.it.
- S. Faraci (2020), *L'organismo di diritto pubblico e la sua operatività nei settori speciali*, in *diritto.it*, www.diritto.it.
- M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, pp. 83-84.
- E. Ferrari, *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie, Organismi e imprese pubbliche, Servizi pubblici e appalti*, in *Quaderni*, Milano, 2004.
- R. Garofoli, G. Ferrari, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Molfetta, 2016, p. 63.
- M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958.

M. S. Giannini, *Il Potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 119.

M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1988.

P. Giarda, *Concorrenza, competenze regionali e politica economica nella sentenza n. 14/2004 della Corte Costituzionale*, Relazione presentata alla 45° Riunione Scientifica Annuale della Società Italiana degli Economisti Università di Bologna, 22 ottobre 2004.

F. Goisis, *Imprese pubbliche*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006.

G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 86.

R. Greco, *Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2008, p. 3132.

R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.

G. Guidarelli, Artt. 215-119, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009.

D. Ielo, M. Rotelli, Artt. 206-238, in G. Ruggeri [et al.], *Codice dei contratti pubblici: commento al D.lvo. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, Milano, 2007, pp. 1920 ss..

D. Ielo, *La Plenaria chiarisce il perimetro dell'obbligo di gara a carico delle imprese pubbliche*, in *Giur. It.*, 2012, pp. 1175 ss..

D. Ielo, *Governo del territorio e smart cities*, in M.C. Colombo, R. Ragozzino, *Manuale di edilizia e urbanistica. Le nuove sfide e le opportunità del PNRR*, Milano, 2022, pp. 347 ss..

N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009.

C. Lacava, *L'impresa pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2003.

G. Lezzi (2020), *La Corte di Giustizia restringe notevolmente il concetto di "contratti estranei" all'applicazione delle direttive comunitarie coniato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Diritto dei servizi pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it.

M. Libertini, *Organismo di Diritto pubblico, rischio di impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 1202 ss..

A. Lucarelli, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicista*, Padova, 1995.

G. Macrina, *Nuova guida al Codice degli appalti pubblici*, Pisa, 2020.

A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche*, in F. G. Scoca, F. A. Roversi Monaco, G. Morbidelli (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2005.

- B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico, Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.
- M. Mammuccari, Art. 238, in M. Baldi, R. Tomei, *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2009, p. 1581.
- A. Massera (2014), *Impresa pubblica*, in *Enc. Giur. Treccani*, www.treccani.it.
- L. Mendola, *La direttiva Cee 90/931 sulla disciplina degli appalti nei "settori esclusi"*, in *Riv. amm.*, pp. 1483 ss..
- F. Modugno, *Fonti del diritto*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 2010.
- A. Musenga, *Brevi cenni sulla questione dell'organismo di diritto pubblico titolare di diritti speciali ed esclusivi nei settori speciali*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, pp. 41 ss..
- G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?* , in *Dir. amm.*, 2003, pp. 801 ss..
- G. Napolitano, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 89.
- G. Napolitano (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Rapporti IRPA, 1/2012.
- A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico: analogie e differenze*, in www.giustamm.it, 2012.
- A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Torino, 2018.
- R. Palliggiano (2021), *Il principio di evidenza pubblica a tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica: i casi più recenti*, in *Cammino Diritto*, www.rivista.camminodiritto.it.
- Nam & Theresa A. Pardo, *Conceptualizing Smart City with Dimensions of Technology, People, and Institutions*, 2011.
- L. Perfetti, A. De Chiara, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 135 ss..
- F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, n. 4/2004.
- A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011.
- A. Police, G. Vercillo, *Le soglie nei settori speciali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), in *Trattato sui Contratti pubblici, I settori speciali. L'esecuzione*, V, Milano, 2008, pp. 3266 ss..
- I. Potrone, *Gli appalti nelle società a partecipazione pubblica nei settori speciali e la disciplina del "codice dei contratti pubblici"*, in *GiustAmm.it*, Roma, 2007.
- G. U. Rescigno (2014), *Regolamento [dir. cost.]*, in *Enciclopedia Treccani*, www.treccani.it.
- M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Serv. Pubbl. app.*, Suppl. al n. 4/2004, pp. 82 ss..

M.A. Sandulli, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione, Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, Milano, 2004.

M.A. Sandulli (2008), *Imprese pubbliche e regole di affidamento dei contratti*, in *federalismi.it*, 3, www.federalismi.it.

M.A. Sandulli, *L'impresa pubblica*, in *Trattato dei Contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, 2019, pp. 459 ss..

M. Sanino, *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2006, p. 613.

E. Scotti, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro It.*, IV, 1999, p. 140.

F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019, pp. 198 ss..

V. Spagnuolo Vigorita, *L'Ente Ferrovie dello Stato: natura e disciplina*, in *Rass. giur. ENEL*, 1986, pp. 29 ss..

N. Srnicek, *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Roma, 2017.

L. Tarantino (2016), *Promozione della concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, in *italiAppalti*, www.italiappalti.it.

G. Tarli Barbieri, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 13, 2007, pp. 206 ss..

F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, 1-2, 2013, pp. 15-52.

F. Trombetta (2011), *Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 1° agosto 2011, n. 16*, in *Il Diritto amministrativo*, www.ildirittoamministrativo.it.

G. Urbano (2012), *La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita*, in *ApertaContrada*, www.apertacontrada.it.

S. Valentini, *L'impresa pubblica: lineamenti giuridici*, Milano, 1980.

A. Vetrano (2011), *L'Adunanza Plenaria riconosce la non applicabilità del Codice degli appalti affidati dalle imprese pubbliche per scopi diversi dalle attività dei settori speciali*, in *Contratti pubblici*, www.contrattipubblici.it.

S. Vinti, *Note critiche in merito all'elevazione dell'organismo di diritto pubblico ad archetipo della personalità giuridica "a regime amministrativo"*, in *Raccolta di Studi in onore di Franco Bassi*, 2013.

Siti web:

www.anticorruzione.it

www.arera.it

www.borsaitaliana.it

www.contrattipubblici.it

www.cdp.it

www.diritto.it
www.europarl.europa.eu
www.eur-lex.europa.eu
www.fsitaliane.it
www.ildirittoamministrativo.it
www.italiappalti.it
www.prefettura.it
www.rivista.camminodiritto.it
www.treccani.it