

Modulo 1 – Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione

Presidente Rosanna DE NICTOLIS

- 1) Il Codice dei contratti pubblici e delle concessioni
- 2) La normativa secondaria e l'ultrattività del D.P.R. 207/2010
- 3) Principi e Definizioni del Codice
- 4) Ambito oggettivo: le soglie
- 5) Ambito oggettivo: tipi contrattuali, prestazioni, CPV
- 6) Ambito soggettivo: stazioni appaltanti, amministrazioni aggiudicatrici, enti aggiudicatori, organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, soggetti privati tenuti all'applicazione del codice
- 7) Affidamenti in house
- 8) Contratti misti
- 9) Tutela giurisdizionale

1) Il Codice dei contratti pubblici e delle concessioni

Do per scontato l'antefatto, il codice del 2006 e relativo regolamento, le tre nuove direttive, la legge delega, il nuovo codice n. 50/2016 in vigore dal 19.4.2016.

Ora si parla di decreto correttivo, circa 80 articoli, oltre 200 correzioni.

Alcune inversioni di rotta, su affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, OEPV, subappalto, obblighi di esternalizzazione dei concessionari, qualificazione delle stazioni appaltanti, commissari di gara esterni.

Necessità di attuazione del codice, censiti 53 atti attuativi.

Nelle more, abrogazione parziale immediata del dpr 207/2010, e sua ultrattività fino a nuove linee guida e d.m.

Stato dell'arte:

Pubblicati sinora dodici atti attuativi, e ne sono in dirittura d'arrivo altri; su molti il Consiglio di Stato ha già reso il suo parere.

Si tratta dei seguenti atti elencati in ordine cronologico:

d.m. 24.5.2016 sui CAM (criteri ambientali minimi) per alcuni servizi e forniture, nonché d.m.

11.1.2017 CAM per gli arredi per interni, per l'edilizia e per i prodotti tessili;

d.m. 17.6.2016 sugli onorari professionali;

d.P.C.M. 10.8.2016 sulla cabina di regia; non sono stati sottoposti al parere del Consiglio di Stato; LG ANAC n. 1/2016 sui SIA;

LG ANAC n. 2/2016 sull'OEPV;

provv. ANAC 5.10.2016 regolamento sul precontenzioso;

LG ANAC n. 3/2016 sul RUP;

LG ANAC n. 4/2016 sui contratti sotto soglia;

LG ANAC n. 5/2016 sui commissari di gara;

LG ANAC n. 6/2016 sul grave illecito professionale di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), codice;

d.m. MIT 10.11.2016 n. 248 sulle opere superspecialistiche ex art. 89, c. 11;

d.m. MIT 2.12.2016 (in GURI 25.1.2017), Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli artt. 70, 71 e 98 codice;

d.m. MIT 2.12.2016 n. 263 (in GURI 13.2.2017), <<Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee>>, ex art. 24, c. 2 e 5, codice.

Si tratta di: 3 linee guida dell'ANAC, (su forniture infungibili ex art. 63; elenco ex art. 192 codice; monitoraggio su PPC), 1 regolamento ANAC (sulla vigilanza), 2 LG MIT (sul direttore dei lavori e sul direttore dell'esecuzione del contratto); il d.m. MIT sui livelli della progettazione ex art. 23; il d.m. MIT sui contenuti degli atti di programmazione di lavori, servizi

e forniture ex art. 21; il d.m. del Ministro dei beni culturali e ambientali per i lavori relativi a beni culturali ex artt. 146 e 147; il d.m. MISE sul servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto. Di tali atti attuativi non sono specificamente previsti dal codice e dunque non si computano nei “53 atti attuativi” le LG su SIA, OEPV, art. 63, nonché il regolamento sul precontenzioso e quello sulla vigilanza.

I pareri del Consiglio di Stato sono:

- 1) Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 2.8.2016 n. 1767 reso su tre LG ANAC: RUP, OEPV, SIA;
- 2) Id., 13.9.2016 n. 1903 reso sulle LG ANAC sui contratti sotto soglia;
- 3) Id., 14.9.2016 n. 1919, reso sulle LG ANAC sui commissari di gara;
- 4) Id., 14.9.2016 n. 1920, reso sul regolamento ANAC relativo al precontenzioso;
- 5) Cons. St., sez. affari normativi, 20.10.2016 n. 1677 sul d.m. per le opere superspecialistiche ex art. 89, c. 11, codice;
- 6) Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 3.11.2016 n. 2282, sul d.m. recante linee guida per il direttore dei lavori e il direttore dell’esecuzione del contratto;
- 7) Id., 3.11.2016 n. 2284, sulle linee guida ANAC relative agli affidamenti a fornitore/prestatore infungibile ai sensi dell’art. 63 codice;
- 8) Id., 3.11.2016 n. 2285, sul d.m. relativo ai requisiti degli operatori partecipanti alle gare per l’affidamento dei SIA;
- 9) Id., 3.11.2016 n. 2286 sulle LG ANAC relative al grave illecito professionale ex art. 80, c. 5, lett. c), codice;
- 10) Id., 28.12.2016 n. 2777 sul regolamento ANAC relativo alla vigilanza e alle raccomandazioni vincolanti;
- 11) Id., 10.1.2017 n. 22 sul d.m. relativo ai livelli della progettazione.
- 12) Id., 30.1.2017 n. 263 sul d.m. relativo agli appalti per i beni culturali ex artt. 146 codice;
- 13) Id., 1.2.2017 n. 282, sulle linee guida dell’ANAC sull’albo delle società *in house* ex art. 192 codice;
- 14) Id., 3.2.2017 n. 287 sul d.m. relativo ai c.d. buoni pasto.
- 15) Id., 13.2.2017 n. 351 sul d.m. relativo alla programmazione.

2) La normativa secondaria e l’ultrattività del D.P.R. 207/2010

2.1) Profili generali

La legge delega ha ritenuto di superare lo strumento del regolamento generale di esecuzione e attuazione del codice.

Ha invece previsto le “linee guida” ministeriali e dell’ANAC¹, oltre a una variegata *congerie* di altri atti attuativi (per un totale di 50).

¹ Il tema della natura giuridica delle linee guida è stato affrontato dal Consiglio di Stato nei pareri resi sullo schema di codice e sulle successive linee guida: v. Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec. 1.4.2016 n. 855; Id., 2.8.2016 n. 1767; Id., 13.9.2016 n. 1903; Id., 14.9.2016 n. 1919; Id., 14.9.2016 n. 1920; Id., 3.11.2016 nn. 2282, 2284, 2285, 2286. V. anche V. ITALIA, *Le “linee guida” e le leggi*, Giuffrè, 2016; V. ITALIA, *Le linee guida del codice degli appalti pubblici*, relazione tenuta presso l’IGI il 9.2.2016; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, *ivi*, 18.4.2016; R. DE NICTOLIS, *Il*

In particolare, quanto alle linee guida ministeriali, la legge delega ha stabilito che “*sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere*” (art. 1, c. 5, legge delega).

E per l'ipotesi di adozione di un unico decreto, di recepimento e riordino, la legge delega ha previsto che tali linee guida ministeriali fossero “*adottate sulla base dell'unico decreto legislativo*” (art. 1, c. 12, lett. d), legge delega).

Quanto alle linee guida dell'ANAC, la legge delega ha previsto l'attribuzione all'ANAC del potere di adozione di “*atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*” (art. 1, lett. t), legge delega), nonché “*l'individuazione dei casi in cui, con riferimento agli atti di indirizzo (...), l'ANAC, immediatamente dopo la loro adozione, trasmette alle Camere apposite relazioni*” (art. 1, lett. u), legge delega).

A sua volta il codice, quanto alle linee guida ministeriali, non le ha previste in un'unica disposizione, ma le ha menzionate in singoli articoli, per singoli ambiti, richiamando, talora, il procedimento di cui all'art. 1, c. 5, legge delega).

Non sono dunque previste linee guida ministeriali “uniche”, ma singole linee guida per singoli ambiti (ad es. direttore dei lavori e direttore dell'esecuzione del contratto, ex art. 111).

In altri casi si prevede il decreto ministeriale, non già su proposta dell'ANAC, come prevede l'art. 1, c. 5, legge delega, ma “sentita l'ANAC (così l'art. 102 quanto al collaudo).

Quanto, invece, alle linee guida dell'ANAC, il codice ne detta una disciplina generale (art. 213), oltre a prevederle per singoli ambiti.

Ancora una volta, non si tratta di linee guida uniche, ma di singole linee guida per singoli ambiti. Oltre alle linee guida ministeriali e dell'ANAC, il codice contempla molte altre tipologie di atti attuativi, decreti ministeriali, interministeriali, d.P.R.

Alla stregua di tali – non contestuali – indicazioni della legge delega e del codice si identificano, nel disegno della legge delega, tre diverse tipologie di atti attuativi principali:

a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;

b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida;

c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

d) e) A tali tipologie se ne aggiungono una quarta, una quinta e una sesta autonomamente elaborate dal codice nella stesura finale:

(i) le linee guida facoltative del MIT in funzione interpretativa (art. 214, comma 12);

(ii) le linee guida dell'ANAC, in materia di qualificazione, adottate previo parere delle competenti commissioni parlamentari (art. 83, c. 2);

(iii) le linee guida dell'ANAC in tema di monitoraggio in fase esecutiva dei contratti di partenariato pubblico privato, adottate previo parere del Ministro dell'economia e delle finanze (art. 181, c. 4),

Si noti poi, che alla distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti non è del tutto speculare quella tra linee guida soggette e non soggette a comunicazione alle Camere.

L'art. 213, c. 2, stabilisce infatti che l'ANAC trasmette alle Camere, immediatamente dopo la

nuovo codice dei contratti pubblici, ivi, 28.4.2016; C. DEODATO, Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016; G. MORBIDELLI, Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli', Relazione tenuta a Varenna il 22.9.2016; F. CINTIOLI, Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC, Relazione tenuta al convegno “L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma “Madia”, Lecce, 28-29.10.2016.

loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti.

Si pone perciò la questione della natura giuridica di tali provvedimenti (ministeriali e dell'ANAC), e della loro collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto.

2.2. Ricognizione degli atti attuativi

Tra linee guida e altri atti si possono individuare 53 attuativi, a cui vanno aggiunti i regolamenti di organizzazione con cui l'ANAC disciplina l'esercizio di propri compiti specifici:

- 15 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti;
- 16 atti dell'ANAC;
- 6 d.P.C.M.;
- 16 decreti di altri Ministri.

Si riportano in sintesi gli atti attuativi, il loro contenuto, l'articolo del codice che li prevede:

DECRETI DEL MINISTRO INFRASTRUTTURE E TRASPORTI

- 1) art. 21, c. 8 (programmazione dei contratti pubblici)
- 2) art. 23, c. 3 (contenuto dei livelli della progettazione)
- 3) art. 23, c. 13, modalità e tempi della progressiva introduzione di modelli di progettazione elettronica
- 4) art. 24, c. 2 (requisiti delle forme organizzative dei progettisti)
- 5) art. 73, c. 4 (indirizzi per la pubblicazione telematica di bandi e avvisi)
- 6) art. 77, c. 10 (tariffa per albo e compensi dei commissari di gara)
- 7) art. 81, c. 2 (documentazione da inserire nella banca dati nazionale degli appalti pubblici)
- 8) art. 84, c. 12 (modalità di qualificazione alternative per i lavori pubblici)
- 9) art. 89, c. 11 (individuazione delle opere superspecialistiche)
- 10) art. 102, c. 8 (modalità tecniche del collaudo)
- 11) art. 111, c. 1 (attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture)
- 12) art. 196, c. 4 (albo nazionale dei responsabili lavori e collaudatori nel caso di affidamento a contraente generale)
- 13) art. 209, c. 16 (compensi degli arbitri)
- 14) art. 214, c. 3 (struttura tecnica di missione)
- 15) art. 214, c. 12 (linee guida di indirizzo sull'applicazione del codice).

LINEE GUIDA E ALTRI ATTI DELL'ANAC

- 1) art. 31 (compiti del RUP)
- 2) art. 36 (procedure dei contratti sotto soglia)
- 3) art. 38 (modalità attuative della qualificazione delle stazioni appaltanti)
- 4) art. 71 (bandi tipo)
- 5) art. 78 (requisiti per l'iscrizione nell'albo dei commissari di gara)
- 6) art. 80, c. 13 (mezzi di prova del grave illecito professionale)
- 7) art. 83 (qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori nei settori ordinari)
- 8) art. 83 (sistema di penalità e premialità e relative sanzioni)
- 9) art. 84 (rating di impresa)
- 10) art. 84 (sistema SOA, vigilanza sulle SOA, vigilanza sul sistema di qualificazione e controlli a campione)

- 11) art. 84 (revisione straordinaria delle SOA e proposte revisione sistema attuale di qualificazione)
- 12) art. 110 (requisiti per la partecipazione a gare e esecuzione appalti per operatori economici sottoposti a fallimento o altre procedure di soluzione crisi di impresa)
- 13) art. 177, c. 3 (verifica rispetto percentuale di esternalizzazione affidamenti da parte dei concessionari)
- 14) monitoraggio sulla fase di esecuzione dei PPPC (art. 181, c. 4)
- 15) art. 194 (criteri dell'albo stazioni appaltanti che fanno affidamenti *in house*)
- 16) art. 197 (requisiti di qualificazione del contraente generale)

DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

- 1) art. 22, c. 2 (opere soggette a dibattito pubblico)
- 2) art. 25, c. 13 (procedimenti semplificati di verifica preventiva dell'interesse archeologico)
- 3) art. 37, c. 5 (centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia)
- 4) art. 38, c. 2 (elenco stazioni appaltanti qualificate)
- 5) art. 41, c. 1 (revisione accordi e convenzioni quadro)
- 6) art. 212, c. 5 (organizzazione della cabina di regia)

DECRETI DI ALTRI MINISTRI

- 1) art. 1, c. 7 MINESTERI (appalti all'estero)
- 2) art. 24, c. 2 MINGIUSTIZIA (corrispettivi per i progettisti)
- 3) art. 25, c. 2 MIBAC (elenco soggetti qualificati)
- 4) art. 34, c. 1 MINAMBIENTE (criteri di sostenibilità ambientale)
- 5) art. 34, c. 3 MINAMBIENTE (percentuale CAM negli appalti)
- 6) art. 44, c. 1 MINSemplificazionePA (digitalizzazione procedure contrattuali pubbliche)
- 7) art. 103, c. 9 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione)
- 8) art. 104, c. 9 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione per lavori di particolare valore)
- 9) art. 144, c. 2 MINSALUTE (servizio di ristorazione ospedaliera)
- 10) art. 144, c. 5 MISE (buoni pasto servizio sostitutivo mensa)
- 11) art. 146, c. 4 MIBAC (qualificazione per appalti relativi a beni culturali)
- 12) art. 159, c. 4 MINDIFESA (appalti nel settore della difesa)
- 13) art. 185, c. 3 MEF (definizione delle garanzie per obbligazioni delle società di progetto)
- 14) art. 201, c. 2 DPR (approvazione PGTL)
- 15) art. 203, c. 1 MININTERNO (monitoraggio infrastrutture e insediamenti prioritari)
- 16) art. 215, c. 2 DPR (attribuzione ulteriori compiti al Consiglio superiore lavori pubblici)

Regolamenti di organizzazione dell'ANAC:

- 1) regolamento sull'attività relativa al precontenzioso;
- 2) regolamento sul potere di raccomandazione vincolante;
- 3) regolamento sulla vigilanza;

- 4) regolamento su forme e metodi di consultazione e analisi e verifica di impatto (art. 213, c. 2);
- 5) regolamento sui procedimenti sanzionatori (art. 213, c. 13);
- 6) regolamento sui compiti dell'Osservatorio e modalità di trasmissione ad esso di dati e informazioni (art. 213, c. 9);
- 7) regolamento del personale;
- 8) regolamento sull'accesso agli atti;
- 9) il regolamento sulla gestione finanziaria (art. 1, c. 67, l. n. 266/2005).

2.3. Le linee guida ministeriali

2.3.a) Natura giuridica

Sulla base delle indicazioni esegetiche di cui all'art. 1, c. 5 e 12, legge delega, il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice ha ritenuto che le linee guida e gli altri decreti 'ministeriali' (ad esempio, in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici: art. 24, c. 2; e direzione dei lavori: art. 111, c. 2 e 3) o 'interministeriali' (art. 144, c. 5, relativo ai servizi di ristorazione) abbiano una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, invero, la differenza tra regolamento e atto amministrativo generale riposa nella circostanza che il regolamento per la sua natura normativa ha i caratteri della generalità e dell'astrattezza, con destinatari indeterminabili anche a posteriori, mentre il secondo ha destinatari indeterminabili a priori, ma determinabili a posteriori, perché si applica in vicende determinate, esaurite le quali vengono meno anche i suoi effetti².

La tesi della natura regolamentare delle LG ministeriali e degli altri decreti ministeriali è stata condivisa dalla dottrina³.

2.3.b) Il sindacato giurisdizionale sulle LG ministeriali

A differenza che per le LG dell'ANAC, per le quali sia la legge delega che il codice prevedono espressamente il sindacato del giudice amministrativo, nulla si dice quanto alle LG ministeriali. La loro natura regolamentare ne comporta comunque la sindacabilità da parte del g.a. secondo i consueti canoni in tema di sindacato sugli atti regolamentari:

- 1) essi non sono di regola immediatamente lesivi, e vanno perciò impugnati insieme all'atto applicativo lesivo; ove siano immediatamente precettivi e lesivi, vanno autonomamente e immediatamente impugnati;
- 2) il sindacato del g.a. verifica, nei limiti dei motivi di ricorso, la esistenza del potere regolamentare e i suoi limiti in base alla fonte primaria attributiva del potere, la coerenza con le fonti primarie e, in caso di norme tecniche, la proporzionalità e ragionevolezza;
- 3) il sindacato del g.a. verifica inoltre, nei limiti dei motivi di ricorso, il rispetto dell'iter procedimentale prescritto per la formazione del regolamento;
- 4) il regolamento è disapplicabile, se contra legem, nei limiti consentiti dall'ordinamento;

² Cons. St., ad. plen., 4.5.2012 n. 9.

³ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli*, Relazione tenuta a Varenna il 22.9.2016.

5) l'annullamento giurisdizionale di una norma regolamentare ha effetti *erga omnes* e della decisione che lo dispone va disposta la pubblicazione in G.U.R.I.

2.3.c) *Il quartum genus*: le linee guida ministeriali facoltative con portata interpretativa

Con previsione non contenuta nella bozza originaria di codice trasmessa ai pareri, e inserita solo nella stesura finale, nell'art. 214, c. 12, è stato previsto che ai sensi dell'art. 1, c. 5, legge delega, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti può adottare linee guida interpretative e di indirizzo, su proposta dell'ANAC, sentite le Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al presente codice.

La disposizione non sembra conforme all'art. 1, c. 5, legge delega, che prevede linee guida "obbligatorie" e non "facoltative", e non con funzione di indirizzo e interpretazione⁴.

Non è chiara la portata di tali linee guida per i destinatari:

- se sono linee guida che vogliono vincolare i destinatari, sarebbero illegittime, perché l'interpretazione vincolante della legge può darla solo la legge stessa (di c.d. interpretazione autentica);
- se sono linee guida di mero indirizzo, si sovrappongono ai compiti dell'ANAC, con una duplicazione di competenze.

2.4. Le linee guida dell'ANAC a carattere vincolante

2.4.a) Natura giuridica

In numerosi casi il codice contempla linee guida dell'ANAC il cui carattere "*vincolante*" emerge in modo univoco: ad esempio: art. 83, c. 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; art. 84, c. 2, recante la disciplina degli organismi di attestazione SOA; art. 110, c. 5, lett. b), concernente i requisiti partecipativi in caso di fallimento; art. 197, c. 4, relativo ai requisiti di qualificazione del contraente generale).

In altri casi, il carattere vincolante delle LG ANAC si desume dal contesto esegetico: così per l'art. 31, c. 5, relativo ai requisiti e ai compiti del RUP per i lavori; art. 197, c. 3, di definizione delle classifiche di qualificazione del contraente generale).

Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice ha seguito l'opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, 'di regolazione'.

La tesi prospettata dal parere del Consiglio di Stato non ha mancato di sollevare dubbi negli interpreti.

Si è da taluno sostenuto che si esula dall'ambito tipico della *soft law* e degli atti di regolazione, e che le LG dell'ANAC hanno una natura regolamentare vera e propria⁵.

Va rilevato che tale tipologia di LG non sono una mera "*spiegazione*" della portata delle norme primarie e non si limitano a indicare buone prassi comportamentali (secondo quello che

⁴ Su tale tipologia di LG, e sulla loro non conformità all'art. 1, c. 5, legge delega, v. anche N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, relazione al convegno "Codice 50: atto secondo", IGI – Roma, 14.6.2016.

⁵ V. ITALIA, *Le linee guida del codice degli appalti pubblici*, relazione tenuta presso l'IGI il 9.2.2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli*, Relazione tenuta a Varenna il 22.9.2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Relazione tenuta al convegno "L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia", Lecce, 28-29.10.2016.

dovrebbe essere, in astratto, il *proprium* delle linee guida, intese come una sorta di “istruzioni per l’uso”), ma costituiscono una vera e propria “*integrazione*” di norme primarie incomplete, e questo sembrerebbe far propendere per una natura regolamentare vera e propria.

Ciò posto, la dottrina è divisa tra chi ritiene che il sistema consenta l’attribuzione della potestà regolamentare alle Autorità indipendenti, e chi ritiene che si può dubitare, sotto molteplici profili, della legittimità costituzionale di tale potestà regolamentare attribuita all’ANAC, in relazione agli artt. 117, c. 6, 76 e 100 Cost., anche avuto riguardo alla competenza regolamentare delle Regioni e al passaggio da un modello democratico a un modello tecnocratico.

2.4.b) Forma

L’ANAC, sul piano delle modalità di adozione, ha optato per una “esposizione discorsiva” del contenuto delle linee guida.

Il Consiglio di Stato, pur condividendo tale impostazione, che risulta coerente con la natura non normativa degli atti in esame, ha segnalato la necessità che:

- laddove si tratti di linee guida vincolanti, l’Autorità delinea in modo chiaro e preciso il “precetto” vincolante che i destinatari, pubblici e privati, dello stesso, sono tenuti a osservare;
- l’indicazione “discorsiva” sia in ogni caso chiara e univoca.

Peraltro non può tacersi che lo stile narrativo-discorsivo delle LG (una sorta di *story telling* giuridico), non giova a rendere chiara e immediatamente individuabile la portata dei precetti vincolanti.

2.4.c) Pubblicità e *vacatio legis*, effetto abrogativo

La questione della natura giuridica delle LG vincolanti ha una immediata implicazione sul regime pubblicitario e sulla *vacatio legis*.

Se si ritiene che si tratta di un vero e proprio regolamento se ne dovrebbe coerentemente trarre la conclusione che acquistano efficacia giuridica vincolante solo dal momento della loro pubblicità in GURI e che di regola si applica la *vacatio legis* di 15 giorni per la loro entrata in vigore.

Diversamente, se non hanno natura regolamentare, è sufficiente la pubblicità sul sito ANAC.

Nella prassi, le LG ANAC sono pubblicate prima sul sito dell’Autorità e poi in GURI. Se si accede alla tesi della natura regolamentare, esse acquistano efficacia vincolante e conoscibilità giuridica solo dalla data di pubblicazione in GURI.

Altra questione è da quando si produce l’effetto abrogativo delle norme regolamentari del d.P.R. n. 207/2010 sostituite dalle LG ANAC (art. 207 codice), se dalla data di pubblicazione delle LG sul sito ANAC o in GURI.

Si pensi alle LG vincolanti sul RUP, che, contrariamente a quanto prescritto dall’art. 207, non operano la ricognizione delle disposizioni da esse sostituite. Sicché non è chiaro se si possono ritenere abrogati gli artt. 9 e 10, d.P.R. n. 207/2010, e da che data, se quella di pubblicazione delle LG ANAC sul RUP sul sito ANAC, ovvero da quella successiva di pubblicazione delle medesime in GURI.

2.4.d) Effetti

La natura vincolante delle linee guida non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione.

La “vincolatività” delle LG, tuttavia, non esaurisce sempre la “discrezionalità” esecutiva delle amministrazioni. Occorre, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali.

La particolare natura delle linee guida comporta poi che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali.

2.4.e) Il sindacato giurisdizionale sulle LG ANAC vincolanti

La legge delega e il codice affermano la sindacabilità delle LG ANAC da parte del giudice amministrativo, a prescindere dalla loro natura vincolante o meno.

La natura del sindacato presenta alcune differenze a seconda che si riconosca o meno natura regolamentare alla LG vincolanti⁶.

Ove le LG ANAC vengano ritenute regolamenti, si perviene alla conclusione che vanno di regola impugnate con l'atto applicativo, salvo che siano direttamente lesive, che il loro annullamento opera *erga omnes* e va pubblicato in GU, che il sindacato del giudice amministrativo verifica il rispetto della fonte primaria e l'iter procedimentale seguito, che ne è consentita la disapplicazione⁷.

Aderendo alla tesi della natura non regolamentare ma di atti di "regolazione", peraltro, non si addivene a conclusioni sostanzialmente difformi, in quanto anche in tal caso la impugnazione immediata o differita deriva dal loro carattere immediatamente lesivo o meno, secondo il principio dell'interesse ad agire in giudizio; così come possono estendersi i principi elaborati per l'impugnazione dei regolamenti.

2.5. Le linee guida dell'ANAC a carattere non vincolante

2.5.a) Natura ed effetti

Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice ha affermato che le LG dell'ANAC a carattere "*non vincolante*" sono inquadrabili come ordinari atti amministrativi generali, con consequenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo.

Il successivo e già citato parere del Consiglio di Stato sulle LG relative a RUP, OEPV e SIA, ha ulteriormente precisato scopo, effetti, contenuto, procedimento delle LG non vincolanti.

Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti.

Il principio di legalità si atteggia, in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il codice si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire «la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche» (art. 213).

La diversità ontologica rispetto alle linee guida vincolanti segna anche la diversità di disciplina. Le implicazioni di natura costituzionale, in ragione della natura non normativa degli atti in questione, non cambia quanto già esposto in relazione al rispetto dell'art. 117, c. 6, Cost.

In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti destinatarie delle LG non vincolanti, le LG sortiscono un effetto analogo a quello delle circolari.

Se le stazioni appaltanti intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa. Ferma la imprescindibile valutazione del caso concreto, l'amministrazione potrà non osservare le linee guida – anche se esse dovessero apparire "prescrittive", magari perché riproducono una disposizione del precedente regolamento attuativo – se, come in molti casi previsto da queste ultime, la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa.

⁶ Specificamente sulla natura del sindacato del g.a. e sull'applicazione delle categorie "sindacato forte e debole, estrinseco e intrinseco" ai provvedimenti dell'ANAC v. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo - Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 27.1.2017.

⁷ Così F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Relazione tenuta al convegno "L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia", Lecce, 28-29.10.2016.

Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari.

La diversa natura delle linee guida non vincolanti comporta anche una parziale diversità dei rilievi che il Consiglio di Stato è chiamato ad esprimere sugli schemi di atti, quando ne viene chiesto il parere (facoltativo).

Il controllo di legalità verrà svolto, mancando un puntale parametro legislativo di riferimento, alla luce delle norme generali di disciplina dell'attività amministrativa. Maggiore spazio avrà il controllo di ragionevolezza e anche la valutazione in ordine all'opportunità di talune scelte di regolazione, ovvero di estendere l'ambito delle direttive per offrire agli operatori del settore un quadro completo di indirizzi in grado di evitare distorsioni della concorrenza.

2.5.b) Forma

Le LG non vincolanti hanno una forma espositiva/discorsiva. La natura non vincolante delle linee guida giustifica, in questo caso, un minore rigore nell'enucleazione dell'indirizzo impartito all'amministrazione.

2.6. Il *quintum genus*: le LG ANAC sulla qualificazione, previo parere delle commissioni parlamentari

Il parere del Consiglio di Stato aveva osservato in relazione alle linee guida sulla qualificazione degli operatori economici (artt. 83 e 84) che si tratta di materia intrinsecamente normativa, da affidare alle linee guida ministeriali⁸.

Il testo finale lascia tali linee guida all'ANAC, ma le rafforza con la previsione del parere preventivo delle Camere.

Si crea così un quarto genere di linee guida, non previsto dalla delega, di dubbia costituzionalità per eccesso di delega e perché si crea un atto anomalo in cui un organo costituzionale quale il Parlamento rende parere ad un organo tecnico che, per quanto indipendente, non ha rango costituzionale. Questo, con le ulteriori implicazioni nel caso in cui l'ANAC si scosti dal parere (obbligatorio ma mai vincolante) delle Commissioni parlamentari, senza alcuna responsabilità politica per mancata osservanza del parere del Parlamento, come accade invece quando vi è il parere del Parlamento nei confronti del Governo⁹.

⁸ Si legge nel parere sub art. 83: *“Il comma 2 affida all'ANAC la disciplina (caratterizzata da generalità e astrattezza) di rilevanti aspetti sostanziali in tema di selezione dei candidati, caratteri del sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento e requisiti e capacità che devono essere posseduti dal concorrente, integrando una parte rilevante della materia disciplinata e incidendo altresì su specifici status soggettivi. Si tratta di materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali.*

Alla luce di quanto osservato nella parte generale (sub II.g), si demanda al Governo di valutare se riconfermare il riparto di attribuzioni del presente articolo, ovvero modificarlo affidando una parte di tale materia ai decreti ministeriali adottati su proposta dell'ANAC, lasciando comunque all'ANAC il sistema di premialità e penalità del comma 10, nonché la disciplina delle SOA di cui al successivo art. 84, secondo quanto già previsto dall'abrogando d.lgs. n. 163/2006.

In tale seconda ipotesi, le competenze attribuite all'ANAC in tema di qualificazione avrebbero comunque piena esplicazione attraverso il potere di proposta, che costituisce tipico atto che predetermina il contenuto del provvedimento finale.”

⁹ Per tale riflessione v. anche C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016

Di regola è l'organo tecnico che dà parere all'organo politico dovendo illuminare con il sapere scientifico la scelta del decisore politico; non può viceversa prevedersi che l'organo politico dia parere all'organo tecnico, sia perché l'organo tecnico deve restare indipendente dalle posizioni politiche sia perché l'organo tecnico, ove si scosti dal parere "politico", non incorre in responsabilità politica.

L'aver previsto il parere delle Camere nel procedimento di formazione delle LG ANAC sulla qualificazione degli operatori economici mette una seria ipoteca di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, su un pezzo importante della riforma, con il rischio che le LG non avranno vita lunga, ma saranno un "gigante dai piedi d'argilla".

2.7. Il sesto tipo: le LG ANAC su parere del Ministro dell'economia

I dubbi di compatibilità con la legge delega riguardano anche un ulteriore tipo di LG dell'ANAC, non previsto nello schema di codice sottoposto ai pareri, previste dall'art. 181, c. 4, in tema di partenariato pubblico privato contrattuale. Si prevede infatti un monitoraggio in fase esecutiva, "secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del codice".

Ancora una volta, invertendo il procedimento logico-costituzionale, si stabilisce che sia un Ministro – organo politico- a dare parere all'ANAC – organo tecnico.

Si tratta di una tipologia non prevista dalla legge delega.

Valgono pertanto i dubbi di legittimità già esposti nel paragrafo che precede, **cui si rinvia**, per eccesso di delega, nonché per la inversione logica-costituzionale in cui è ordinariamente l'organo tecnico a dare parere all'organo politico e non viceversa.

2.8. La giustiziabilità: profili comuni alle LG vincolanti e non vincolanti

Come già osservato, legge delega e codice non distinguono, al fine della tutela giurisdizionale, tra le varie tipologie di linee guida. Tutte sono contestabili mediante ricorso al giudice amministrativo.

Le regole sull'impugnazione vanno individuate in funzione dell'interesse concreto e attuale a una contestazione immediata, ovvero differita all'adozione dell'atto applicativo.

Quanto alla giurisdizione, essa è espressamente riconosciuta dalla legge delega e dall'art. 213 codice.

Si tratta di una giurisdizione esclusiva, come si evince dall'art. 133, c. 1, lett. l), c.p.a., ancorché esso faccia ancora menzione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e non dell'ANAC. Quanto al rito, trattandosi di provvedimento di Autorità indipendente (così da ultimo qualificata dall'art. 22, d.l. n. 90/2014), trova applicazione, se le LG sono impuginate autonomamente, ovvero con atti attuativi che non siano "atti delle procedure di affidamento", il rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a.; se esse vengono impuginate con atti delle procedure di affidamento, trova applicazione il rito appalti di cui all'art. 120 c.p.a.

La natura del sindacato del giudice amministrativo su tutti i tipi di LG dell'ANAC non differisce da quello che viene espletato sugli atti di natura regolamentare e sugli atti amministrativi generali.

Si tratta anzitutto di un sindacato che riguarda tutti i vizi di legittimità afferenti sia al procedimento di formazione che al rispetto dei limiti sostanziali imposti dalle norme primarie. In secondo luogo, sebbene l'attività normativa sia, in astratto, "libera nei fini", per i regolamenti tale "libertà" incontra il doppio vincolo del rispetto della Costituzione, delle fonti sovranazionali, e della fonte primaria attributiva del potere.

Il margine di "scelta discrezionale" del regolamento, sebbene più ampio rispetto a quello di un provvedimento puntuale, non esime da un sindacato condotto attraverso lo strumentario proprio dell'eccesso di potere, che consente di verificare anche la congruità, logicità, proporzionalità, ragionevolezza delle scelte, con il solo limite della non sindacabilità di quelle che implicano margini di apprezzamento di merito e che non siano illegittime, o illogiche, irragionevoli,

diseconomiche¹⁰.

Gli atti generali e regolamentari che l'ANAC adotta quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici pongono, in prospettiva, una ulteriore questione, in ordine all'ampiezza di eventuali "poteri impliciti", non chiaramente desumibili dalla fonte primaria, specie laddove quest'ultima attribuisca genericamente la competenza ad adottare strumenti di regolazione flessibile.

Tale tema non è stato sinora affrontato dalla giurisprudenza con riferimento ai compiti di Autorità di vigilanza sui contratti pubblici mentre ci sono alcuni precedenti giurisprudenziali in ordine ai "poteri impliciti" esercitati dall'ANAC nei compiti di Autorità anticorruzione, la cui sussistenza è stata negata dal giudice amministrativo.

Invero, in relazione alle attribuzioni dell'ANAC quale Autorità anticorruzione il giudice amministrativo ha affermato la necessità di individuare i poteri dell'ANAC nel rispetto del principio di stretta legalità, negando la sussistenza di "poteri impliciti" non immediatamente derivanti dalla fonte primaria.

In particolare, in tema di inconfirabilità di incarichi, si è affermato che l'art. 16 d.lgs. n. 39/2013, che attribuisce all'ANAC un potere di vigilanza e cautelare, non le attribuisce anche un potere sostitutivo né un potere di ordinare alle pubbliche amministrazioni di adottare determinati provvedimenti (nella specie, l'ANAC aveva ordinato a una amministrazione di revocare un incarico).

E' stato inoltre stigmatizzato che l'insussistente potere di "ordine" sia stato in concreto esercitato senza motivazione, e si è osservato che l'insussistenza di un siffatto potere in capo all'ANAC non determina un vuoto di tutela nell'ordinamento, attesa la ordinaria impugnabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi¹¹.

¹⁰ Afferma C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato (...), op. cit.*, che nel sindacato del g.a. sui regolamenti "è necessario, tuttavia, che lo scrutinio giurisdizionale dei profili di ragionevolezza resti circoscritto alla verifica di manifeste deviazioni dai canoni di razionalità e proporzionalità ai quali rimane soggetta anche l'attività normativa secondaria, che altrimenti produrrebbe l'inaccettabile effetto di consentire al giudice di sostituirsi all'autorità titolare del potere regolativo nella scelta dell'opzione di intervento liberamente giudicata più opportuna.

Ma, con l'esclusione della patologica ipotesi da ultimo menzionata, l'analisi della ragionevolezza della scelta regolatoria, pur nel rispetto dei vincoli recati dalla disposizione legislativa di riferimento, non può intendersi preclusa al giudice amministrativo, dovendo, anzi, ritenersi naturalmente compresa nell'oggetto del giudizio, nella misura in cui attiene direttamente al controllo del corretto esercizio della funzione pubblica giudicata (ancorché avente carattere normativo)."

¹¹ Tar Lazio – Roma, I, 14.11.2016 n. 11270: "Come noto, il principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.), impone che sia la legge a individuare lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, di ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa. Ne discende che il contenuto dei poteri spettanti all'Autorità nell'ambito dei procedimenti per il conferimento di incarichi va ricercato, quanto meno per i suoi profili essenziali, nel dato normativo primario, non essendo consentito il ricorso ad atti regolatori diversi, quali le linee guida o altri strumenti di cd. soft law, per prevedere l'esercizio di poteri nuovi e ulteriori, non

3) Principi e Definizioni del Codice

3.1. Ricognizione delle fonti e confronto con la disciplina previgente

Nel previgente codice i principi erano enunciati nell'art. 2, che elencava sia principi di derivazione comunitaria, che principi nazionali.

Su tale falsariga, l'art. 30, c. 1, codice fa riferimento a principi statali e comunitari: la qualità delle prestazioni, i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

L'art. 30, c. 1, ricalca il previgente art. 2, c. 1 e 2, codice del 2006.

Il c. 2 dell'art. 30, sebbene nuovo rispetto alla disciplina previgente, è una declinazione dei principi di imparzialità e non discriminazione, limitandosi ad affermare che “*le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi*”.

Il c. 3 dell'art. 30 fissa il principio del rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale, e del lavoro in fase di esecuzione.

I c. da 4 a 6 attengono alla tutela dei dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore.

immediatamente percepibili dall'analisi della fonte legislativa”. L'art. 16, d.lgs. n. 39/2013 “(...) delinea chiaramente il ruolo e i compiti dell'ANAC in materia di inconferibilità di incarichi e li descrive nei termini dell'esercizio di un generale potere di vigilanza, rafforzato attraverso il riconoscimento di forme di dissuasione e di indirizzo dell'ente vigilato, che possono financo condurre alla sospensione di un procedimento di conferimento ancora in fieri ma che non possono comunque mai portare alla sostituzione delle proprie determinazioni a quelle che solo l'ente vigilato è competente ad assumere. (...)

Giova sottolineare, sul punto, che la circostanza che, nella presente controversia, il potere di generale vigilanza ed indirizzo dell'Autorità abbia sconfinato i suoi propri limiti di esercizio trova ulteriore conferma nella circostanza che l'ANAC, nell'esercizio del suo potere di “ordine”, non ha neppure provveduto ad esplicitare le ragioni per cui non riteneva corrette le valutazioni svolte dal RPC sulla conferibilità dell'incarico.

E' opportuno anche chiarire che l'assenza di un potere di ordine in capo all'Autorità e il riconoscimento al solo RPC del potere di decidere in ordine alla inconferibilità o meno di un incarico, non comportano comunque alcun vuoto di tutela né una potenziale sterilizzazione degli effetti perseguiti dalle norme in materia di anticorruzione, poiché l'atto adottato dal responsabile non si sottrae al possibile sindacato giurisdizionale di questo giudice e i suoi effetti potranno essere per questa via rimossi.”. V. anche Tar Lazio – Roma, III, 8.6.2016 n. 6593: l'ANAC esprime “il proprio qualificato orientamento al naturale destinatario, invitandolo ad adottare, nel rispetto della propria autonomia organizzativa, le determinazioni a cui era tenuto nel rispetto delle disposizioni di legge in tema di inconferibilità o incompatibilità”.

Il c. 7 pone tra i principi quello della tutela delle micro, piccole e medie imprese, stabilendo che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.

Infine il c. 8, sulla falsariga del previgente art. 2, c. 3, codice del 2006, indica la disciplina applicabile in via residuale per quanto non espressamente previsto nel codice e negli atti attuativi, distinguendo, come già faceva il codice previgente, tra fase di affidamento e fase di esecuzione:

a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990;

b), alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

3.2. Ambito di applicazione

Ponendo previsioni di principio, l'art. 30 si applica ai settori ordinari, sopra e sotto soglia, ai settori speciali (art. 114), alle concessioni (art. 164), ai soggetti privati di cui all'art. 1.

Non sembra applicabile ai contratti esclusi, per i quali i "principi applicabili" sono direttamente dettati dall'art. 4, e sono solo una parte dei principi contenuti nell'art. 30.

4) Ambito oggettivo: le soglie

4.1. Profili generali: le soglie come criterio di delimitazione oggettiva

Le tre direttive comunitarie delimitano il proprio ambito di applicazione anzitutto mediante un criterio quantitativo, che fa leva sulle soglie di importo economico dei contratti contemplati¹².

Al di sotto di tali soglie, gli Stati membri hanno spazio per una disciplina più flessibile, vincolata al solo rispetto dei principi del Trattato a tutela della concorrenza.

Le soglie vengono periodicamente aggiornate con regolamenti della Commissione europea, aventi un effetto direttamente modificativo delle soglie fissate nelle direttive, e effetto diretto anche nello Stato italiano, in virtù di disposizione espressa in tal senso già dettata dal codice del 2006 e ora dal codice del 2016.

Il legislatore italiano a sua volta ha dettato una disciplina speciale e più flessibile per gli appalti "sotto soglia".

Si tratta di una disciplina a carattere facoltativo, potendo le stazioni appaltanti anche applicare la disciplina ordinaria per gli appalti di rilevanza comunitaria.

Sotto tale profilo, si ha una dequotazione della rilevanza del tema delle "soglie comunitarie" nell'ambito del diritto interno, mentre ai fini comunitari è rilevante che il legislatore nazionale rispetti le direttive negli appalti "di rilevanza comunitaria" al fine di scongiurare procedure di infrazione.

La previgente disciplina delle soglie era contenuta negli artt. 28, 196 c. 3, 215, codice del 2006, rispettivamente per gli appalti nei settori ordinari, della difesa, speciali, mentre il previgente art. 29 disciplinava i metodi di determinazione del valore dei contratti¹³.

Altre soglie erano indicate negli artt.: 32, c. 1, lett. e) (servizi affidati da soggetti privati con finanziamento pubblico superiore al 50%); 91 (incarichi di progettazione); 99 (concorsi di progettazione) 235 (concorsi di progettazione nei settori speciali).

La disciplina è ora dettata dall'art. 35 codice, sia per settori ordinari, che speciali, che per le concessioni, sia quanto a soglie che a metodo di determinazione del valore dei contratti. Una disciplina specifica per la determinazione del valore delle concessioni è dettata dall'art. 167, e

¹² In argomento v. F. MANGANARO, *Soglie di rilevanza comunitaria nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 948 ss.

¹³ D. BONACCORSI DI PATTI, *Importi delle soglie e metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici (artt. 28 – 29)*, in AA. VV., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di M. SANINO), Utet, Torino, 2006, 151 – 161.

per il valore dei concorsi di progettazione dall'art. 152. Ulteriore soglia è fissata nell'art. 1 per gli appalti di lavori di privati sovvenzionati da amministrazioni aggiudicatrici.

4.2. Ambito delle soglie

Le soglie sono dettate per i settori ordinari e i settori speciali, nonché per le concessioni. Esse riguardano i “contratti”, e non solo gli “appalti”, vale a dire tutti i contratti contemplati dalle direttive, che accolgono una nozione lata di “appalto” idonea a inserire molteplici tipi contrattuali.

4.3. Importi delle soglie

Le soglie sono espresse in termini di importo “pari o superiore a”.

Pertanto, rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie i contratti di importo “pari o superiore” alle soglie dell'art. 35.

I contratti di importo “inferiore” sono i contratti c.d. “sotto soglia”.

Per i settori ordinari le soglie di rilevanza comunitaria sono le seguenti:

- a) euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- b) euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;
- c) euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;
- d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX (art. 35, c. 1).

Per i settori speciali, la soglia dei lavori coincide con quella dei settori ordinari, mentre sono più elevate le soglie per servizi e forniture, nonché per i servizi sociali e gli altri servizi dell'allegato IX.

In particolare le soglie sono:

- a) euro 5.225.000 per gli appalti di lavori;
- b) euro 418.000 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 (art. 35, c. 2).

Si noti che per le concessioni vi è una soglia unica, a prescindere che si tratti di settori ordinari o speciali, di concessioni di lavori o servizi, ed è pari a euro 5.225.000.

4.4. Aggiornamento delle soglie

Le soglie di cui all'art. 35 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 (art. 35, c. 3, codice).

Si tratta di un meccanismo mutuato dall'art. 248, codice del 2006: è un meccanismo semplificato, senza lo strumento legislativo, e dunque con una sostanziale delegificazione delle soglie.

Il diritto comunitario demanda la revisione delle soglie ad un “atto delegato” della Commissione (art. 6, direttiva 2014/24; art. 17, direttiva 2014/25; art. 9, direttiva 2014/23).

Quanto al contenuto dell'attività di revisione delle soglie, essa è disciplinata in modo analogo per i settori ordinari, speciali e per le concessioni, fatte salve alcune specificità.

A decorrere dal 30 giugno 2013 la Commissione verifica ogni due anni che le soglie fissate dalla direttiva corrispondano alle soglie stabilite nell'accordo sugli appalti pubblici dell'Organizzazione mondiale del commercio (AAP) e procede, se necessario, alla loro

revisione (art. 6, par. 1, direttiva 2014/24; art. 17, par. 1, direttiva 2014/25; art. 9, par. 1, direttiva 2014/23).

In conformità con il metodo di calcolo di cui all'AAP, la Commissione calcola il valore di tali soglie sulla base del valore giornaliero medio dell'euro rispetto ai diritti speciali di prelievo durante i ventiquattro mesi che terminano il 31 agosto precedente la revisione che entra in vigore il 1° gennaio. Il valore delle soglie in tal modo rivedute è arrotondato, se necessario, al migliaio di euro inferiore al dato risultante da tale calcolo, per assicurare il rispetto delle soglie in vigore previste dall'AAP che sono espresse in diritti speciali di prelievo (art. 6, par. 1, direttiva 2014/24; art. 17, par. 2, direttiva 2014/25; art. 9, par. 1, direttiva 2014/23).

Nei settori ordinari, al momento di effettuare la revisione, la Commissione inoltre rivede anche le soglie per gli appalti pubblici di lavori e servizi sovvenzionati da amministrazioni aggiudicatrici, allineandole alle soglie rivedute relativa agli appalti di lavori, e a quella dei servizi aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali (art. 6, par. 2, direttiva 2014/24).

Dal 1°1.2014, ogni due anni la Commissione determina, nelle valute nazionali degli Stati membri la cui moneta non è l'euro, i valori delle soglie. In conformità con il metodo di calcolo di cui all'AAP sugli appalti pubblici, la determinazione di tali valori è basata sulla media del valore giornaliero di tali valute corrispondente alla soglia applicabile espressa in euro durante i ventiquattro mesi che terminano il 31 agosto precedente la revisione che entra in vigore il 1°1.(art. 6, par. 3, direttiva 2014/24; art. 17, par. 2, direttiva 2014/25; art. 9, par. 2, direttiva 2014/23).

La Commissione pubblica le soglie rivedute, il loro controvalore nelle valute nazionali per i Paesi che non hanno adottato l'euro, nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea all'inizio del mese di novembre successivo alla loro revisione (art. 6, par. 4, direttiva 2014/24; art. 17, par. 3, direttiva 2014/25; art. 9, par. 3, direttiva 2014/23).

Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati per adattare la metodologia di calcolo delle soglie alle modifiche della metodologia di cui all'AAP per la revisione delle soglie fissate dalla direttiva, e per la determinazione dei valori corrispondenti nelle valute nazionali degli Stati membri la cui moneta non è l'euro (art. 6, par. 5, direttiva 2014/24; art. 17, par. 4, direttiva 2014/25; art. 9, par. 4, direttiva 2014/23).

Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati per la revisione delle soglie fissate dalla direttiva (art. 6, par. 5, direttiva 2014/24; art. 17, par. 4, direttiva 2014/25; art. 9, par. 4, direttiva 2014/23).

Qualora si renda necessaria la revisione delle soglie e i limiti di tempo non consentano l'uso della procedura ordinaria di adozione di atti delegati, e quindi motivi imperativi d'urgenza lo richiedano, si applica la procedura d'urgenza di adozione di atti delegati (artt. 6, par. 6, 87 e 88 direttiva 2014/24; artt. 17, par. 5, 103 e 104, direttiva 2014/25; art. 9, par. 5, direttiva 2014/23). Inoltre, per i settori ordinari, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati per modificare, a fini di aggiornamento, l'allegato recante l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici, in funzione delle comunicazioni degli Stati membri, quando dette modifiche siano necessarie per identificare correttamente le amministrazioni aggiudicatrici (art. 6, par. 7, direttiva 2014/24).

4.5. Calcolo dell'anticipazione del prezzo

Nell'art. 35 trova disciplina anche l'anticipazione del prezzo da calcolarsi sul valore stimato del contratto (art. 35, c. 18).

Trattasi di disciplina afferente l'esecuzione del contratto.

5. Ambito oggettivo: tipi contrattuali, prestazioni, CPV

5.1. Profili generali

Come già nelle previgenti direttive 2004/18 e 2004/17 e nel previgente codice del 2006, anche le nuove direttive e il nuovo codice individuano il proprio ambito di applicazione con un criterio soggettivo e con un criterio oggettivo.

Sul piano oggettivo, l'ambito di applicazione oltre a essere delimitato dalle soglie, è individuato anzitutto in positivo, mediante il duplice riferimento alle tipologie contrattuali (appalti, concessioni, concorsi di progettazione) e alle prestazioni oggetto di tali contratti (lavori, servizi, forniture).

In secondo luogo, l'ambito di applicazione oggettivo è individuato in negativo, mediante i "contratti esclusi".

Dispone infatti l'art. 1, rubricato oggetto e ambito di applicazione, che il codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione (art. 1, c. 2).

Vengono dunque enunciati "tipi contrattuali", gli appalti, le concessioni, i concorsi di progettazione, e "prestazioni" oggetto di tali tipi contrattuali, vale a dire lavori, servizi (tra cui rientra pure la progettazione), forniture, anche eventualmente "misti", tipi e prestazioni che trovano definizione nell'art. 3 (come già nel previgente art. 3 del codice del 2006).

Inoltre, mediante il riferimento a amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori, l'art. 1, c. 1, indica indirettamente e implicitamente un altro criterio oggettivo, ossia la distinzione tra settori ordinari e speciali.

Per individuare le singole specifiche prestazioni, non di rado il codice utilizza il c.d. CPV, ossia il vocabolario comune per gli appalti.

A tal fine, l'art. 1 chiarisce che i riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono effettuati utilizzando il «Vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV) adottato dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, assicurando nel contempo la corrispondenza con le altre nomenclature esistenti (art. 1, c. 8 e art. 3, lett. ttt).

In sintesi, per individuare l'ambito oggettivo del codice e delle direttive occorre definire:

- soglie;
- tipi contrattuali;
- prestazioni;
- prestazioni miste (o contratti misti);
- settori ordinari e speciali;
- contratti esclusi.

Come principio generale, l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, a pena di nullità. La giurisprudenza ha ritenuto nullo per indeterminatezza dell'oggetto un appalto di lavori di manutenzione ad oggetto indeterminato¹⁴.

Bisogna poi considerare che la nozione di "appalto" comunitario è molto ampia come del resto lo è quella italiana di derivazione civilistica. Essa è idonea ad abbracciare molteplici tipi contrattuali, che si descriveranno in dettaglio, quali, esemplificando, la locazione di cosa futura, il leasing, i contratti di sponsorizzazione, i partenariati, il *project financing*.

5.2. Le definizioni dei tipi contrattuali, delle prestazioni, dei settori

L'art. 3 dà le definizioni generali dei tipi contrattuali e delle prestazioni rientranti in tutto o in parte nel codice, con espressioni sostanzialmente invariate rispetto al previgente art. 3, d.lgs. n. 163/2006.

I <<contratti>> o i <<contratti pubblici>> sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti (art. 3, lett. dd).

¹⁴ Cass., I, 10.3.2007 n. 6519, in *Urb. e app.*, 2007, 584.

I «contratti di rilevanza europea», i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 e che non rientrano tra i contratti esclusi (art. 3, lett. ee).

I «contratti sotto soglia», sono i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è inferiore alle soglie di cui all'art. 35 (art. 3, lett. ff).

I «settori ordinari», sono i settori dei contratti pubblici, diversi da quelli relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del codice, in cui operano le amministrazioni aggiudicatrici (art. 3, lett. gg).

I «settori speciali» sono i settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del codice (art. 3, lett. hh).

Si tratta dei settori un tempo definiti esclusi, mentre ora i “contratti esclusi” sono specifiche ipotesi comuni sia ai settori ordinari che speciali.

Gli «appalti pubblici» sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi (art. 3, lett. ii).

L'onerosità è considerata elemento essenziale dell'appalto e per l'effetto è stato dichiarato illegittimo un bando di gara che prevedeva l'affidamento di servizi di natura intellettuale a titolo gratuito¹⁵.

Per «scritto o per iscritto», un insieme di parole o cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato, comprese le informazioni trasmesse e archiviate con mezzi elettronici (art. 3, lett. mm).

Il codice, nella definizione dell'appalto pubblico, tiene conto della definizione comunitaria, recepita dal diritto italiano già prima del codice del 2006 (v. art. 19, l. n. 109/1994; art. 2, d.lgs. n. 358/1992; art. 3, d.lgs. n. 157/1995; art. 7, d.lgs. n. 158/1995).

Gli «appalti pubblici di servizi» sono i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lett. ll) (art. 3, lett. ss).

Tra i servizi rientrano i «servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici», che sono i servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE (art. 3, lett. vvvv).

Gli «appalti pubblici di forniture» sono i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione (art. 3, lett. tt).

Gli «appalti pubblici di lavori», i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto:

- 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I;
- 2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera;

¹⁵ Tar Calabria – Catanzaro, 13.12.2016 n. 2435.

3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera (art. 3, lett. II).

Tale definizione mutua quella comunitaria di appalto di lavori, ma ancora nulla dice sui limiti che nell'ordinamento nazionale incontra l'affidamento congiunto di esecuzione e progettazione di un'opera, sui cui il nuovo codice ha inteso porre confini puntuali.

La C. giust. CE ha ritenuto che costituisce appalto di lavori anche una convenzione a titolo oneroso con cui un'amministrazione aggiudicatrice affida ad un'altra amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera pubblica, indipendentemente dal fatto che sia o meno previsto che la prima amministrazione divenga proprietaria, in tutto o in parte, dell'opera¹⁶.

Essenziale, nella definizione comunitaria di appalto, è la scelta di uno o più operatori. Sotto tale profilo, secondo la C. giust. UE, non costituisce un appalto pubblico, ai sensi del diritto europeo, un sistema di convenzioni attraverso cui un ente pubblico intende acquistare beni sul mercato contrattando, per tutto il periodo di validità di tale sistema, con qualsiasi operatore economico che si impegni a fornire i beni in questione a condizioni predefinite, senza operare alcuna scelta tra gli operatori interessati e permettendo a questi di aderire a detto sistema per tutto il periodo di validità dello stesso. Tuttavia, e in funzione antielusiva, nei limiti in cui l'oggetto di una procedura di ammissione a un sistema di convenzioni suddetto, presenti un interesse transfrontaliero certo, essa deve essere concepita e organizzata conformemente alle norme fondamentali del Trattato FUE, e in particolare ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva¹⁷.

Per quanto riguarda le nozioni di lavori e opere:

- i «lavori» di cui all'allegato I, sono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere (art. 3, lett. nn);

- i «lavori complessi» sono i lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali (art. 3, lett. oo);

- «opera» è il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di difesa e di presidio ambientale, di presidio agronomico e forestale, paesaggistica e di ingegneria naturalistica (art. 3, lett. pp);

- «lotto funzionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti (art. 3, lett. qq);

- «categorie di opere generali» sono le opere e i lavori caratterizzati da una pluralità di lavorazioni indispensabili per consegnare l'opera o il lavoro finito in ogni sua parte (art. 3, lett. zzzz);

¹⁶ C. giust. CE, I, 18.1.2007, C-220/05, in *Urb. e app.*, 2007, 552, con nota di G. RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*.

¹⁷ C. giust. UE, V, 2.6.2016 C-410/14, *Falk Pharma*.

- «categorie di opere specializzate» sono le lavorazioni che, nell'ambito del processo realizzativo dell'opera o lavoro necessitano di una particolare specializzazione e professionalità (art. 3, lett. aaaaa);
- «opere e lavori puntuali» sono quelli che interessano una limitata area di territorio (art. 3, lett. bbbbb);
- «opere e lavori a rete» sono quelli che, destinati al movimento di persone e beni materiali e immateriali, presentano prevalente sviluppo unidimensionale e interessano vaste estensioni di territorio (art. 3, lett. ccccc).

La «concessione di lavori» è un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere (art. 3, lett. uu).

Anche tale definizione non chiarisce l'ambito entro cui la concessione può avere ad oggetto la progettazione oltre che l'esecuzione dei lavori.

La «concessione di servizi» è un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi (art. 3, lett. vv).

Le concessioni di servizi si differenziano dagli appalti di servizi, non solo quanto a modalità di remunerazione (non un prezzo, ma essenzialmente il diritto di gestire il servizio), ma anche per il destinatario dei servizi, che nell'appalto è l'amministrazione aggiudicatrice, nella concessione la collettività.

I «concorsi di progettazione» sono le procedure intese a fornire alle stazioni appaltanti, nel settore dell'architettura, dell'ingegneria, del restauro e della tutela dei beni culturali e archeologici, della pianificazione urbanistica e territoriale, paesaggistica, naturalistica, geologica, del verde urbano e del paesaggio forestale agronomico, nonché nel settore della messa in sicurezza e della mitigazione degli impatti idrogeologici ed idraulici e dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base a una gara, con o senza assegnazione di premi (art. 3, lett. ddd).

Il «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, c. 1-bis, d.l. n. 248/2007, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat (art. 3, lett. eee).

La «locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità» è il contratto (riconducibile al tipo dell'appalto) avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori (art. 3, lett. ggg).

Il «contratto di disponibilità» è il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio

dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti (art. 3, lett. hhh). L'«accordo quadro» è l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste (art. 3, lett. iii).

5.3. Il principio di tassatività dei tipi contrattuali

Per l'acquisizione di opere e lavori pubblici, la p.a. non può utilizzare tipi contrattuali diversi da quelli ammessi dall'ordinamento.

La l. Merloni aveva imposto come tipi esclusivi l'appalto e la concessione, e, in aggiunta, i lavori in economia (art. 19, l. n. 109/1994).

Il principio era stato ribadito dal codice del 2006, secondo cui i lavori pubblici potevano essere realizzati "esclusivamente" mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti dall'art. 3 (art. 53, c. 1, codice del 2006), fatti salvi i lavori in economia e la sponsorizzazione. Il principio di tassatività dei tipi contrattuali non è stato espressamente riprodotto nel codice del 2016. E tuttavia, facendo esso riferimento alle definizioni di appalti e concessioni, deve ritenersi tale principio implicitamente operante anche nel vigore del nuovo codice.

Giova ricordare che per i lavori tale principio è stato costantemente affermato, essenzialmente in funzione antielusiva della normativa interna e comunitaria in tema di opere pubbliche, dalla giurisprudenza e dall'Autorità di vigilanza.

Quest'ultima ha ritenuto non ammissibile, per violazione del principio di tassatività dei tipi contrattuali per acquisire opere pubbliche:

- la realizzazione di un'opera pubblica (nella fattispecie un caserma dei Carabinieri), mediante la concessione, per un tempo determinato, del diritto di superficie di un'area di proprietà comunale, con spese totalmente a carico di un privato, che provvede anche alla manutenzione ordinaria e straordinaria dell'immobile, e che percepisce un canone di affitto da parte dell'amministrazione usuaria. Trattasi, com'è evidente, di un modello giuridico non riconducibile né allo schema della concessione di costruzione e gestione né a quello del *project financing*, attesa la mancanza di requisiti fondamentali caratterizzanti tali istituti¹⁸;
- la realizzazione di un impianto di teleriscaldamento e cogenerazione mediante costituzione di un diritto di superficie a favore di un ente strumentale del Comune, che a sua volta ne affida in via diretta la costruzione ad una propria società partecipata, dovendo necessariamente trovare applicazione la disciplina sui lavori pubblici¹⁹;
- la costituzione a favore di una società privata del diritto di superficie su un'area di proprietà comunale per la realizzazione, con finanziamento a carico del Comune, di un manufatto edilizio che, alla scadenza di un periodo di appena dieci anni dalla sottoscrizione dell'atto costitutivo del diritto stesso, entrerà nella piena proprietà dell'amministrazione comunale ai sensi e per gli effetti di quanto stabilito dall'art. 953 c.c., che costituisce una procedura atipica di affidamento/realizzazione di opere pubbliche, elusiva dei modelli giuridici tipizzati della concessione di costruzione e gestione ovvero del *project financing*, ed in particolare delle procedure selettive di evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario delle opere pubbliche²⁰.

Dunque i tipi contrattuali ammessi sono:

- l'appalto;

¹⁸ Autorità di vigilanza, deliberazione 5.5.2004 n. 80, in www.autoritàlavoripubblici.it.

¹⁹ Autorità di vigilanza, deliberazione 17.1.2007 n. 10, in www.autoritàlavoripubblici.it.

²⁰ Autorità di vigilanza, deliberazione 25.5.2005 n. 58, in www.autoritàlavoripubblici.it.

- la concessione;
- entro i limiti previsti dal codice, la sponsorizzazione;
- entro i limiti previsti dal codice, per i soli contratti sotto soglia, gli affidamenti in economia (art. 36 e art. 163).

Peraltro, e come già osservato, <<l'appalto>> di lavori pubblici ha una definizione, nell'art. 3, codice, molto ampia, e ancora più ampia, del resto, è la definizione dell'appalto nel c.c.

Infatti, l'appalto civilistico <<è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro>> (art. 1655 c.c.). Tale definizione civilistica è idonea ad abbracciare:

- un appalto di sola esecuzione;
- un appalto di esecuzione e progettazione;
- un appalto in cui l'appaltatore fornisce un risultato finale <<chiavi in mano>>.

La definizione comunitaria dell'appalto di lavori non differisce, nella sostanza, da quella civilistica, al di là del difforme linguaggio giuridico utilizzato dal normatore comunitario rispetto al c.c. italiano.

Rispetto alle late definizioni di appalto contenuta nel c.c. e di appalto pubblico di lavori, contenuta nelle direttive, il codice dei contratti pubblici accoglie invece una nozione più restrittiva di appalto di lavori pubblici anche se apparentemente la definizione data all'art. 3 coincide con quella comunitaria.

La più restrittiva definizione codicistica mira, da un lato, a delimitare l'ambito della progettazione affidabile all'appaltatore e, dall'altro lato, a delimitare l'ambito dell'esecuzione con qualsiasi mezzo.

Rispetto al c.c. e al diritto comunitario, nell'appalto di lavori pubblici italiano:

- gli appalti di lavori sono di regola affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, nel nuovo codice vengono meno gli istituti dell'appalto integrato e dell'appalto-concorso;
- è vietato l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, e dei settori speciali (art. 59, c. 1).

Il principio di tassatività induce a interrogarsi sull'ammissibilità che l'amministrazione acquisisca opere, lavori, servizi di progettazione e connessi mediante donazione.

Nella disciplina dettata dal codice del 2006, il principio di tipicità impediva, secondo l'interpretazione della giurisprudenza²¹ che l'amministrazione potesse conseguire un progetto di opera pubblica mediante donazione da parte di un soggetto privato (fondazione) che a sua volta scelga il progettista mediante contratto d'opera privatistico.

La tesi era da censurare, perché le donazioni invece non dovrebbero incontrare ostacoli di sorta, atteso che le direttive comunitarie, di cui il codice costituisce recepimento, riguardano i contratti <<onerosi>> (appalti o concessioni) con cui l'amministrazione acquisisce beni, opere, servizi. Se c'è dispendio di denaro pubblico va salvaguardato il principio dell'evidenza pubblica e della tutela della concorrenza. Ma tale esigenza non sorge se l'amministrazione consegue progetti, opere, servizi, in virtù di donazioni, dove non c'è esborso alcuno di denaro pubblico.

La questione trova una indiretta soluzione in senso affermativo nel nuovo codice, che annovera tra i "contratti esclusi" anche le "opere pubbliche a spese del privato" che può fornire sia le opere che la progettazione a titolo gratuito.

5. 4. L'oggetto dei contratti di lavori o opere pubbliche: la sola esecuzione e i casi di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione

²¹ Cons. St., VI, 7.3.2008 n. 1008.

L'oggetto va poi esaminato alla luce della definizione comunitaria dell'appalto di lavori, che può avere ad oggetto la sola esecuzione, ovvero la progettazione e l'esecuzione, ovvero l'esecuzione con qualsiasi mezzo²².

Il diritto comunitario è “neutrale” e non pone limiti all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione; si legge a tal proposito nel considerando 8 della direttiva 2014/24: “è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici possano prevedere sia l'aggiudicazione separata che l'aggiudicazione congiunta di appalti per la progettazione e l'esecuzione di lavori. La presente direttiva non è intesa a prescrivere un'aggiudicazione separata o congiunta degli appalti”.

Il codice, invece, in ossequio a un criterio di delega (art. 1, lett. oo), legge delega) prescrive che la regola è l'affidamento separato di progettazione ed esecuzione e individua casi tassativi in deroga.

Nell'ordinamento italiano essa si snoda su tre livelli: progetto di fattibilità, definitivo ed esecutivo.

Rispetto alla previgente disciplina, in cui vi erano alcune ipotesi di appalto misto di progettazione ed esecuzione (appalto integrato, appalto concorso), il codice persegue l'obiettivo di affidare separatamente progettazione ed esecuzione, e impone come regola generale quella secondo cui l'appalto di lavori va affidato sulla base del progetto esecutivo ed è vietato l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, e dei settori speciali (art. 59, c. 1).

In questi cinque tipi contrattuali menzionati espressamente, nonché nei settori speciali, invece, la nozione di “appalto” che li ricomprende, coincide con quella comunitaria di “esecuzione con qualsiasi mezzo”.

In essi, con varie graduazioni, si consente un affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione; in particolare:

a) affidamento a contraente generale: viene chiarito che al contraente generale può affidarsi, oltre che l'esecuzione, solo il progetto esecutivo; la gara per la scelta del contraente generale avviene infatti ponendo a base di gara il progetto definitivo della stazione appaltante (art. 194, c. 1; art. 194, c. 2, lett. a), art. 195, c. 2);

b) finanza di progetto: nella figura del “promotore” in senso stretto, a base di gara si pone un progetto di fattibilità, e gli aspiranti promotori presentano un'offerta contenente il progetto definitivo (art. 183, c. 1, 2, 9), mentre nella previgente disciplina recata dall'art. 153, codice del 2006, a base di gara vi era solo uno “studio di fattibilità” e il progetto preliminare (ossia il primo livello della progettazione, che ora prende il nome di progetto di fattibilità) era presentato dal promotore; nella figura del “proponente” invece, il proponente presenta un progetto di fattibilità (art. 183, c. 15);

c) affidamento in concessione: non è chiaro cosa intenda l'art. 59, c. 1 con la disposizione sopra riportata (inserita dopo i pareri e non contenuta nella bozza originaria), laddove afferma che per le concessioni non è vietato l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione; apparendo in insanabile contrasto con l'art. 3, lett. uu), in cui invece si definisce la concessione avendo riguardo alla sola “esecuzione” dei lavori senza fare menzione della possibilità di affidamento congiunto di esecuzione e progettazione, e di che livello di progettazione può essere affidato al concessionario; né lumi si traggono dagli art. 164 ss. In via esegetica si può ritenere che al concessionario di lavori può essere affidata la progettazione esecutiva, o quella definitiva ed esecutiva, mentre dovrebbe escludersi la possibilità di affidamento della progettazione di fattibilità; del resto nella finanza di progetto che è un modello alternativo di concessione, la

²² M. SANINO e L. AURELI, *Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente* (artt. 53 – 62), in AA. VV., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di M. SANINO), Utet, Torino, 2006, 219 – 249.

redazione del progetto di fattibilità non è affidata al promotore finanziario (argomenta da art. 165, c. 5, terzo periodo e da art. 183, c. 1); anche nella previgente disciplina le concessioni potevano ad avere ad oggetto l'esecuzione, l'esecuzione e il progetto esecutivo, l'esecuzione e i progetti esecutivo e definitivo, e non anche il primo livello della progettazione;

d) partenariato pubblico-privato: è chiarito espressamente che ogni livello di progettazione può formare oggetto del contratto insieme all'esecuzione; l'art. 180, c. 1, dispone infatti che il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi;

e) contratto di disponibilità: la disciplina è oscura, in quanto nella bozza originaria si stabiliva che le offerte potessero avere ad oggetto anche il progetto di fattibilità, redatto sulla base del capitolato prestazionale fornito dalla stazione appaltante; ora si stabilisce che a base di gara si pone un progetto di fattibilità predisposto dalla stazione appaltante, ma si continua ad affermare che le offerte contengono anche il progetto di fattibilità (art. 188, c. 3); non è dunque chiaro che livelli di progettazione possono essere affidati ai concorrenti; da un lato, essendo il contratto di disponibilità una forma di partenariato, dovrebbe soccorrere la regola generale dell'art. 180, c. 1, secondo cui il contratto può demandare all'aggiudicatario pure il progetto di fattibilità; dall'altro lato, la modifica intercorsa nel testo dell'art. 188, c. 3, tra prima bozza e testo definitivo, sembra far pensare a un ripensamento del legislatore che ha voluto riservare il progetto di fattibilità alla stazione appaltante.

L'art. 59 c. 1 non è tuttavia esaustivo di tutte le ipotesi in cui il codice consente l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione.

Anzitutto, la regola riguarda i settori ordinari e non è richiamata per i settori speciali: perciò il divieto non opera nei settori speciali (in tal senso anche le linee guida ANAC n. 1/2016 sui SIA, par. 5.2.).

Vanno poi menzionate altre due ipotesi, già previste dal codice del 2006.

Viene anzitutto in rilievo il caso delle c.d. opere a scomputo, ossia i lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'art. 16, c. 2, d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 28, c. 5, l. n. 1150/1942 (art. 1, c. 3, lett. e), codice).

L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'art. 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. Vi è dunque un affidamento congiunto all'aggiudicatario del progetto definitivo ed esecutivo.

Viene poi in considerazione il leasing finanziario, che è una ipotesi nominata di partenariato pubblico-privato, ma non del tutto coincidente, quanto a regime giuridico dei livelli di progettazione affidabili all'aggiudicatario. Infatti mentre nel modello generale, secondo il già visto art. 180, c. 1, può affidarsi all'aggiudicatario anche il primo livello di progettazione, nella locazione finanziaria il primo livello di progettazione resta riservato alla stazione appaltante: si stabilisce infatti che la stazione appaltante pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità e che l'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali e all'esecuzione dell'opera (art. 187, c. 6).

6. Ambito soggettivo: stazioni appaltanti, amministrazioni aggiudicatrici, enti aggiudicatori, organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, soggetti privati tenuti all'applicazione del codice

6.1. Profili generali e piano dell'esposizione

Il novero dei soggetti che sono tenuti al rispetto di procedure di evidenza pubblica per affidare contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture è contenuto in svariate disposizioni del codice.

Anzitutto l'art. 1, nel c. 1, delimita l'ambito facendo riferimento ai contratti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori.

Nei commi successivi l'art. 1 del nuovo codice, sulla falsariga del previgente art. 32 codice del 2006, elenca una serie di soggetti "privati" e che dunque non sono né amministrazioni aggiudicatrici né enti aggiudicatori, soggetti a vario titolo a un limitato ambito di disposizioni del codice.

L'art. 3, poi, nelle lett. da a) ad o) e nella lett. t) reca le definizioni.

Gli artt. da 37 a 39 disciplinano le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti.

L'impostazione seguita dal nuovo codice è parzialmente diversa da quella previgente, a partire dall'ambito definitorio.

Infatti, entrambi i codici utilizzano, accanto alle nozioni di amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori, che sono di derivazione comunitaria, altre nozioni, che sono quelle di soggetti aggiudicatori e altri soggetti aggiudicatori, nozioni che, come si vedrà, nei due codici coincidono.

Non coincide, invece, l'ambito della nozione di "stazione appaltante".

Si tratta di una formula che il codice del 2006 adottava per includervi tutti i soggetti operanti nei settori ordinari, dunque le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti dell'art. 32. Nella nozione rientravano perciò gli enti aggiudicatori solo quando operavano con le disposizioni dei settori ordinari.

Nel nuovo codice, invece, stazione appaltante è formula onnicomprensiva che abbraccia pure gli enti aggiudicatori dei settori speciali, i soggetti aggiudicatori, gli altri soggetti aggiudicatori, oltre che, e in primis, le amministrazioni aggiudicatrici.

Va segnalata una imprecisione dell'art. 1, nuovo codice, che sul piano soggettivo afferma di applicarsi ad: amministrazioni aggiudicatrici; enti aggiudicatori; altri soggetti privati menzionati nei commi successivi del medesimo art. 1, riconducibili alla nozione di "altri soggetti aggiudicatori".

Sono così omessi "i soggetti aggiudicatori", che però sono soggetti al codice, come si desume dall'art. 3 e da altre disposizioni del codice.

In definitiva i "soggetti aggiudicatori" sono pur sempre riconducibili ad amministrazioni aggiudicatrici, o enti aggiudicatori, o altri soggetti aggiudicatori.

Il previgente art. 1, invece, faceva riferimento, in modo onnicomprensivo a:

- stazioni appaltanti (che comprendevano amministrazioni aggiudicatrici e tutti i soggetti operanti nei settori ordinari ex art. 32 codice del 2006);
- enti aggiudicatori;
- soggetti aggiudicatori.

Rispetto al codice del 2006, quello del 2016 ha dato le definizioni anche dei soggetti tenuti ad applicare la nuova disciplina in materia di concessioni di lavori e di servizi.

Le disposizioni del codice in tema di ambito soggettivo costituiscono recepimento degli artt. 1 e 2 direttiva 2014/24; 1 e 2 direttiva 2014/25; 1, 6 e 7 direttiva 2014/23.

Per individuare l'ambito di applicazione soggettivo del codice occorre conoscere le definizioni, ma anche le puntuali disposizioni che indicano i soggetti sottoposti all'osservanza delle procedure, e che vi possono essere sottoposti in tutto in parte.

L'ambito delle categorie soggettive varia a seconda del tipo di appalto e, in particolare, a seconda che si tratti di settori ordinari o speciali, o infrastrutture strategiche.

Inoltre, in funzione del diverso grado di «pubblicità» del soggetto, varia l'ambito degli obblighi imposti.

Infatti, accanto alla categoria soggettiva «amministrazioni aggiudicatrici» che esprime il massimo della pubblicità e che implica l'osservanza di tutte le norme pubblicistiche in materia di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto, vi sono categorie soggettive private, soggette all'osservanza di un numero più ridotto di obblighi.

I singoli articoli del codice specificano sempre a quale categoria soggettiva si riferiscono, utilizzando anche espressioni di genere volte a comprendere una pluralità di categorie soggettive.

Quando, nel nuovo codice, nelle singole disposizioni viene usata l'espressione «stazione appaltante» si deve ora intendere che le disposizioni sono di generale applicazione, anche agli enti aggiudicatori quando operano nei settori speciali.

Nel presente capitolo si indicheranno le categorie soggettive, seguendo le definizioni del codice, e si commenterà la disciplina dettata per i soggetti privati nell'art. 1 (in precedenza art. 32 codice del 2006), mentre, saranno oggetto di altre lezioni i temi delle centrali di committenza e della qualificazione delle stazioni appaltanti.

Va infine ricordato che l'art. 1, c. 7, legge delega contiene una previsione di sottrazione al codice di alcuni soggetti pubblici. Vi si stabilisce che «*gli organi costituzionali stabiliscono nei propri ordinamenti modalità attuative dei principi e criteri direttivi previsti dalla presente legge nell'ambito delle prerogative costituzionalmente riconosciute*».

La previsione non è stata recepita nel codice, essendo una disposizione immediatamente precettiva.

Tuttavia, la previsione non può essere intesa come sottrazione degli organi costituzionali alle direttive europee, esclusione che non è espressamente prevista, ma semmai come assoggettamento degli organi costituzionali alle sole regole di diretto recepimento delle direttive e non anche alle regole autonomamente dettate dal legislatore nazionale.

6.2. La stazione appaltante

«Stazione appaltante», è una formula onnicomprensiva che include le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori, i soggetti aggiudicatori e gli altri soggetti aggiudicatori (art. 3, lett. o), codice).

6.3. Le amministrazioni aggiudicatrici

L'art. 1, c. 1, codice menziona, anzitutto le amministrazioni aggiudicatrici, come definite dal successivo art. 3²³.

Sono amministrazioni aggiudicatrici le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti (art. 3, lett. a), codice).

Si tratta di definizione coincidente con la previgente.

Nel novero di tale *genus*, ai fini delle soglie di rilevanza comunitaria e di alcuni profili della disciplina, rileva la distinzione tra autorità governative centrali e amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali.

Sono definite «autorità governative centrali», le amministrazioni aggiudicatrici che figurano nell'allegato III e i soggetti giuridici loro succeduti (art. 3, lett. b), codice).

Sono definite «amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali», tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali (art. 3, lett. c), codice).

²³ M. DI LULLO, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori (art. 32)*, in *AA. VV., Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di M. SANINO), Utet, Torino, 2006, 170 – 178.

6.4. Gli organismi di diritto pubblico

Come nella previgente disciplina, gli organismi di diritto pubblico rientrano nel *genus* delle amministrazioni aggiudicatrici²⁴.

La nuova definizione e descrizione ricalca la previgente, che è frutto degli approdi della giurisprudenza nazionale e soprattutto comunitaria (art. 3, lett. d), codice).

Per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo, anche in forma societaria, che:

- sia istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- sia dotato di personalità giuridica;
- 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 di 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 altro organismo di diritto pubblico.

L'elenco non tassativo degli organismi di diritto pubblico è contenuto nell'allegato IV del codice.

La previsione che l'organismo di diritto pubblico può anche avere veste societaria risponde ad un orientamento giurisprudenziale consolidato.

La nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico viene già dal codice del 2006, e ora da quello del 2016, estesa anche agli appalti sotto soglia. Siffatta estensione, prima del codice del 2006, operava solo per i lavori (l'art. 2 legge Merloni dava la nozione senza distinguere tra appalti sopra e sotto soglia), e non anche per servizi e forniture (quelli sotto soglia non erano compresi nei d.lgs. n. 398/1992 e n. 157/1995, che definivano l'organismo solo per forniture e servizi sopra soglia).

6.5. Gli enti aggiudicatori

Gli «enti aggiudicatori», ai fini della disciplina di cui alla parte II del codice, relativa ai settori speciali, gli enti che:

- sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 115 a 121;
- pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente (art. 3, lett. e), codice).

Ai fini della parte III del codice relativa alle concessioni, sono enti aggiudicatori gli enti che svolgono una delle attività di cui all'allegato II ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, quali:

- le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti;
- le imprese pubbliche;
- gli enti diversi da quelli suindicati nei punti 2.1 e 2.2, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'allegato II. Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono «enti aggiudicatori».

²⁴ Per maggiori approfondimenti sull'organismo di diritto pubblico v. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, 85 ss.; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1144-1152, nota a C. giust. CE, V, 22.5.2003 C-18/01; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 2003, 695-731; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene ed., Napoli, 2003.

Tali definizioni si completano con quelle di imprese pubbliche e di diritti speciali o esclusivi. L'impresa pubblica è quella su cui un'amministrazione aggiudicatrice può esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, o per la proprietà, o per la partecipazione finanziaria, o per le norme di disciplina dell'impresa (art. 3, lett. t), codice).

Sono poi codificate alcune ipotesi in cui l'influenza dominante è presunta.

L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
- 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa (art. 3, lett. t).

Emerge dalla definizione la differenza con l'organismo di diritto pubblico: nell'impresa pubblica si prescinde dalla personalità giuridica e dal perseguimento del fine di soddisfare un bisogno di interesse generale privo di rilevanza commerciale o industriale. Anzi, le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale²⁵.

La definizione dei diritti speciali o esclusivi non è contenuta nell'art. 3, ma nell'art. 114, c. 3 e 4, con formulazione che ricalca la previgente (v. art. 207 codice del 2006).

Per diritti speciali o esclusivi si intendono i diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali mediante disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività previste dagli artt. da 115 a 121 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività (art. 114, c. 3).

Invece, non costituiscono diritti speciali o esclusivi, ai sensi del comma 3, i diritti concessi in virtù di una procedura ad evidenza pubblica basata su criteri oggettivi. A tali fini, oltre alle procedure di cui al codice, costituiscono procedure idonee ad escludere la sussistenza di diritti speciali o esclusivi tutte le procedure di cui all'allegato II della direttiva 2014/25/UE del Parlamento e del Consiglio in grado di garantire un'adeguata trasparenza (art. 114, c. 4).

Esulano dunque dal novero dei diritti speciali o esclusivi quelli concessi da uno Stato membro in qualsiasi forma, anche mediante atti di concessione, ad un numero limitato di imprese in base a criteri obiettivi, proporzionali e non discriminatori, che offrano agli interessati che soddisfino tali criteri la possibilità di beneficiarne.

Non è, infatti, la costituzione di diritti speciali o esclusivi in sé ad essere contraria alle norme del Trattato, ma la fattispecie in cui gli Stati membri, ricorrendovi, pregiudichino l'effetto utile delle norme in materia di libera concorrenza e impediscano quindi lo svolgimento di una concorrenza effettiva.

6.6. Le imprese pubbliche

La nozione di impresa pubblica è contenuta nell'art. 3, lett. t), codice.

Per le imprese pubbliche operanti nei settori speciali si è posta la questione se siano o meno soggette all'osservanza del codice appalti, e conseguentemente alla giurisdizione del giudice amministrativo, in caso di affidamento di appalti estranei ai settori speciali.

La questione ha avuto risposta negativa, da parte della plenaria²⁶, sulla scorta dei seguenti argomenti:

- a) le imprese pubbliche sono "soggetti" dei settori speciali, ma non anche dei settori ordinari (artt. 207 e 32, d.lgs. n. 163/2006);
- b) il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l'ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207, d.lgs. n. 163/2006; artt. 2 e 8, direttiva 2004/17/CE), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l'ambito di ciascun settore speciale;

²⁵ C. giust. CE, 15.5.2003, C-214/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, punto 44, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 897, con nota di CHITI.

²⁶ Cons. St., ad. plen., 1.8.2011 n. 16; Tar Lombardia – Milano, IV, 12.5.2015 n. 1150.

c) la stessa giurisprudenza comunitaria afferma che le previsioni della direttiva 2004/17/CE devono essere applicate restrittivamente, con conseguente inapplicabilità della c.d. teoria del contagio di cui alla giurisprudenza *Mannesman*²⁷, che estende il regime applicabile all'organismo di diritto pubblico a tutti i suoi appalti²⁸;

d) ai sensi dell'art. 217, d.lgs. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l'art. 20, direttiva 2004/17/CE), la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità; se ne desume che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale²⁹;

e) acclarato che un dato appalto è processo è "escluso" dall'ambito di applicazione dei settori speciali, per la individuazione della disciplina ad esso applicabile, sono in astratto possibili quattro soluzioni: (i) applicazione della disciplina dei settori ordinari; (ii) applicazione dell'art. 27, d.lgs. n. 163/2006; (iii) applicazione dei principi a tutela della concorrenza contenuti nei Trattati dell'Unione europea; (iv) applicazione del diritto privato;

f) per le imprese pubbliche, un appalto, escluso dai settori speciali, non ricade nella disciplina dei settori ordinari, dovendosi differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche; nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non vi sono ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari, come si argomenta dalla C. giust. CE 10.4.2008 C-393/06, *Aigner*, che, esclusa in un caso l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico; diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, direttiva 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, direttiva 2004/18/CE), per gli appalti "estranei", aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE), la sottrazione alla direttiva 2004/17/CE non comporta l'espansione della direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie;

g) nemmeno è applicabile l'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, che enuncia i principi applicabili ai contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice appalti, per due ordini di considerazioni:

g.1) una di ordine soggettivo, ed è che l'art. 27 citato estende i principi ai "contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione *oggettiva* del presente codice"; l'applicazione dei principi ai contratti esclusi dal codice, postula dunque che si tratti di contratti posti in essere dai soggetti contemplati dal codice, e dunque rientranti nell'ambito di applicazione soggettiva del codice e del diritto comunitario; sarebbe infatti 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;

g.2) una di ordine oggettivo, ed è che nel novero dei contratti esclusi occorre distinguere tra contratti "esenti" e contratti affatto "estranei"; i principi si applicano ai contratti esenti, non anche a quelli estranei;

h) in definitiva, il citato art. 27 non contempla un "terzo settore" dei pubblici appalti, quelli "esclusi in tutto o in parte", che si aggiunge ai settori ordinari e ai settori speciali, ma si riconnette pur sempre agli appalti dei settori ordinari o speciali, e ai soggetti appaltanti di tali settori.

²⁷ C. giust. CE 15.1.1998 C-44/96.

²⁸ c. giust. CE 10.4.2008 C-393/06, *Aigner*, parr. 26, 27, 30.

²⁹ In termini anche Cons. St., VI, 13.5.2011 n. 2919.

In termini analoghi si sono pronunciate le sez. un. con riferimento a Poste Italiane s.p.a., avuto riguardo ad appalti estranei alla sua specifica missione nei settori speciali. Si è osservato che in relazione alla gara di appalto per la fornitura di distributori automatici di banconote afferente all'acquisizione di mezzi per lo svolgimento dell'attività di pagamento e trasferimento di denaro, Poste Italiane opera in regime di libera impresa, trattandosi di un servizio liberalizzato; ne consegue che, in quest'ambito, la società Poste Italiane non può essere qualificata come ente aggiudicatore o come organismo di diritto pubblico soggetto alla disciplina del codice dei contratti pubblici, l'obbligo di seguire l'evidenza pubblica sussistendo solo per gli appalti aggiudicati per lo svolgimento dei servizi postali in senso stretto, cioè non (del tutto) liberalizzati (e ciò fino a quando non sarà completato il processo di liberalizzazione dei servizi postali *tout court*, cui è indirizzata la direttiva 2008/6/CE, recepita con il d.lgs. 31.3.2011 n. 58). Ed invero, in presenza di un soggetto di diritto privato che per alcune attività da esso svolte usufruisce di una posizione che potrebbe influire sulle regole della concorrenza, perché opera in uno dei settori speciali in virtù di diritti speciali o esclusi concessi dall'autorità competente, le regole dell'evidenza pubblica non possono che essere rigorosamente limitate a quelle attività direttamente interessate dalla esistenza di diritti speciali o esclusivi, dovendosi invece presumere che le residue attività del detto soggetto di diritto privato vengano svolte nelle forme ad esso proprie del diritto comune. Né può costituire ostacolo alla giurisdizione del giudice ordinario la circostanza che Poste Italiane abbia volontariamente fatto ricorso ad alcune delle regole previste dal codice degli appalti, perché la sottoposizione al regime pubblicistico deriva dall'esistenza di un vincolo eteronomo, non dalla dichiarazione della stazione appaltante³⁰.

6.7. Gli altri soggetti aggiudicatori: i soggetti privati a vario titolo tenuti all'applicazione del codice

Come già il codice del 2006 (art. 3, c. 31, codice del 2006) anche quello del 2016 reca la nozione di «altri soggetti aggiudicatori», che sono i soggetti privati a vario titolo tenuti all'osservanza delle disposizioni del codice.

Peraltro, nel codice previgente la definizione veniva data solo ai fini dei settori ordinari, ora viene data ai fini dell'intero codice.

Nel codice del 2006 tali soggetti privati venivano elencati e disciplinati nell'art. 32.

Ora sono elencati e disciplinati nell'art. 1.

Si tratta infatti non solo di individuare le varie categorie soggettive ma anche, per ciascuna di esse, di individuare in che misura sono soggetti all'applicazione del codice.

Si tratta di categorie eterogenee che vengono illustrate nei paragrafi che seguono.

6.8. Lavori e servizi connessi affidati da privati che beneficiano di finanziamento pubblico superiore al 50%

Il codice considera applicabili le sue disposizioni anzitutto all'aggiudicazione, da parte di soggetti privati, dei seguenti contratti:

a) appalti di lavori, di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui tali appalti comportino una delle seguenti attività:

1) lavori di genio civile di cui all'allegato I;

2) lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche;

b) appalti di servizi di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35 sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, allorché tali appalti siano connessi a un appalto di lavori di cui alla lett. a) (art. 1, c. 2, lett. a) e b), codice).

La previsione recepisce, con alcune significative modifiche, l'art. 13, direttiva 2014/24.

La previsione della direttiva riguarda solo i lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, ma il codice ne estende la portata ai lavori di importo superiore a 1 milione di

³⁰ Cass., sez. un., 29.5.2012 n. 8511.

euro.

Inoltre la previsione nell'impianto comunitario riguarda solo i settori ordinari. Nel codice questo è meno chiaro, perché la previsione sembrerebbe di portata generale, tuttavia essa continua a riferirsi solo ai settori ordinari, come si evince dalla circostanza che si fa riferimento sempre al finanziamento da parte di "amministrazioni aggiudicatrici" e non anche di "enti aggiudicatori".

L'art. 13, direttiva 2014/24 richiede agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché le amministrazioni aggiudicatrici che concedono le sovvenzioni facciano rispettare la direttiva da parte dei soggetti sovvenzionati, ovvero rispettino la direttiva quando aggiudichino esse stesse gli appalti in nome e per conto dei soggetti sovvenzionati.

In attuazione di tale prescrizione, il codice indica alcune condizioni per la fruizione del finanziamento pubblico e individua le disposizioni del codice alla cui osservanza sono tenuti i soggetti privati beneficiari del finanziamento pubblico.

Viene anzitutto stabilito che le amministrazioni aggiudicatrici che concedono le sovvenzioni assicurano il rispetto delle disposizioni del codice qualora non aggiudichino esse stesse gli appalti sovvenzionati o quando esse aggiudichino tali appalti in nome e per conto di altri enti (art. 1, c. 4).

Il provvedimento che concede il finanziamento deve porre come condizione il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle disposizioni del codice. Fatto salvo quanto previsto dalle eventuali leggi che prevedono le sovvenzioni, il 50 per cento delle stesse può essere erogato solo dopo l'avvenuto affidamento dell'appalto, previa verifica, da parte del sovvenzionatore, che la procedura di affidamento si è svolta nel rispetto del codice. Il mancato rispetto del codice costituisce causa di decadenza dal contributo (art. 1, c. 5).

Viene sostanzialmente riprodotta la previgente disciplina.

Quanto alle norme del codice alla cui osservanza i privati sovvenzionati sono tenuti, vi è un regime "alleggerito" in quanto sono esonerati dall'osservanza di alcune disposizioni che non sono di derivazione comunitaria (non possono invece essere esonerati dall'osservanza della disciplina di derivazione comunitaria, ai sensi dell'art. 13 direttiva 2014/24).

In particolare, si stabilisce che ai soggetti di cui al c. 2, lett. a) e b), non si applicano l'art. 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 (in tema di avviso di preinformazione) e 113 (in tema di incentivi per funzioni tecniche). In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo (art. 1, c. 3).

Viene sostanzialmente riprodotta la previgente disciplina. Tuttavia sembra profilarsi una illegittimità comunitaria nuova. Invero la nuova direttiva per i settori ordinari, rispetto alla previgente, detta anche alcune disposizioni che incidono sulla fase di esecuzione del contratto (artt. da 70 a 73 direttiva 2014/24 relativi a condizioni di esecuzione, subappalto, modifiche in corso di esecuzione, risoluzione).

Pertanto, per rispettare l'art. 13, direttiva 2014/24, occorre che anche in tale fattispecie si applichino le disposizioni inerenti la fase di esecuzione, che sono di derivazione comunitaria. Mentre, dunque, nel vigore del codice del 2006, non essendovi norme di derivazione comunitaria sulla fase di esecuzione, era stato possibile esonerare i soggetti privati sovvenzionati dall'osservanza di tutte le disposizioni sulla fase di esecuzione (eccetto il collaudo), questo non sembra più possibile nel vigore della nuova direttiva. Quanto meno le disposizioni contenute negli artt. 100, 105, 106, 108 del codice, nella parte e nella misura in cui sono di diretta derivazione comunitaria, devono essere rispettate pure dai soggetti privati sovvenzionati.

Per stabilire se una disposizione riguarda la fase di esecuzione e come tale è inapplicabile ai soggetti privati, occorre avere riguardo, più che alla *sedes materiae*, al contenuto della disciplina: pertanto sembra inapplicabile ai soggetti privati la disposizione sull'anticipazione del prezzo contenuta nell'art. 35.

L'applicazione del codice appalti ai soggetti privati sussiste alla condizione che aggiudichino lavori o servizi di cui al codice; si è esclusa l'applicazione del codice nel caso di affidamento

da parte di privati di lavori di edilizia abitativa civile, ancorché con finanziamento pubblico e onere di seguire procedure di evidenza pubblica (nella specie, contributi per ricostruzione postsismica)³¹.

6.9. Le società miste

6.9.a) Quadro di insieme della disciplina

L'art. 32 codice del 2006 dettava una analitica disciplina delle società miste che non fossero organismi di diritto pubblico, indicando a quali condizioni fossero soggette al codice, e a quali condizioni gli affidamenti "a valle" della scelta del socio privato con procedura di evidenza pubblica fossero sottratti al codice.

Il codice del 2016, nella versione in bozza, elencava tra i soggetti privati a cui si applica il codice, nell'art. 1, c. 2, anche tali società, mutuando la formulazione del previgente art. 32, lett. c).

Nella versione finale del codice, invece, tali società non compaiono più nell'elencazione recata dall'art. 1, c. 2.

E tuttavia di esse si fa menzione nel c. 3 del medesimo art. 1, per individuare le disposizioni del codice ad esse non applicabili.

Si fa riferimento, come nel codice previgente, alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza.

Per esse si fa rinvio alla disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica.

Tale rinvio deve intendersi fatto per quel che riguarda le condizioni in presenza delle quali un ente pubblico può dare vita ad una società con capitale misto pubblico privato.

Inoltre l'art. 5, c. 9 del codice dispone che nei casi in cui le norme vigenti (da intendersi i t.u. sulle società pubbliche e sui servizi pubblici locali) consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica tanto, a prescindere dalla entità, maggioritaria, paritaria o minoritaria della partecipazione privata³².

A tali società non si applicano l'art. 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, l'art. 70 in tema di avviso di preinformazione e l'art. 113 in tema di incentivi per funzioni tecniche; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

Resta inaffrontato dal nuovo codice il tema se sia sufficiente una unica gara per la scelta del socio e l'affidamento della missione, o se ne occorrono due e se, una volta che la società mista esista, in presenza di quali presupposti debba applicare le regole di evidenza pubblica.

Tali temi sono affrontati dal t.u. sulle società a partecipazione pubblica, d.lgs. n. 175/2016, che mutua le soluzioni cui era giunta la giurisprudenza, riproducendo altresì, nell'art. 17, le previsioni già dettate dall'art. 32, c. 3, codice del 2006.

Si stabilisce che vi è una gara unica per la scelta del socio privato e per l'affidamento della specifica missione per la quale la società è costituita.

Si stabilisce inoltre che a tali società, con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza non sono tenute ad applicare le disposizioni del codice, limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono

³¹ Cass., sez. un., 25.7.2016 n. 15285; Cons. St., IV, 7.7.2014 n. 3419.

³² Cons. St., V, 4.3.2008 n. 889, in *Urb. e app.*, 2008, 1132, con nota di M. BALDI, *Principio generale della gara e scelta del socio privato* (1135-1146).

state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni:

- 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal codice n. 50/2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Due sono dunque i profili fondamentali rilevanti per le società miste: il momento in cui esse vengono costituite, con la necessità di una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato e con l'ulteriore tema della necessità di una sola gara o due gare per la scelta del socio e l'affidamento della missione alla società; l'attività della società mista, con la verifica dei limiti in cui i suoi appalti soggiacciono al codice dei contratti pubblici.

Fuori di tali condizioni, la gara per la scelta del socio non esonera dalla seconda gara per l'affidamento di lavori servizi e forniture.

Così, per:

- lavori, servizi, forniture, diversi e successivi rispetto a quelli per i quali la società è stata costituita;

- lavori, servizi, e forniture se in relazione ad essi i soci privati non sono qualificati (es. banche che costituiscono una società con un ente territoriale per costruire e gestire un'opera pubblica);

- lavori, servizi, forniture, anche se coincidenti con quelli per cui la società è stata costituita, se la società non li esegue in via diretta in misura superiore al 70%.

Se, p. es. un ente locale costituisce una società con una banca, per realizzare una scuola pubblica, la società non ha la qualificazione e i mezzi tecnici per realizzare l'opera pubblica in via diretta; deve seguire procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori a terzi, anche se c'è già stata una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato.

6.9.b) In particolare, la gara unica o plurima

L'art. 17 t.u. sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016), accoglie la tesi della gara unica per la scelta del socio privato e l'affidamento dell'appalto o concessione oggetto della specifica missione alla società.

Accoglie però la soluzione della società "di scopo", ossia costituita per la specifica missione, venuta meno la quale la società si scioglie, una volta eseguito l'appalto o la concessione.

Se ne desume anche che ove, in ipotesi, si intendano affidare altre missioni alla società, oltre quella iniziale, e ciò sia consentito, per le missioni successive a quella iniziale occorre senz'altro il rispetto di procedure di evidenza pubblica.

Resta così superata la tesi secondo cui anche per l'originaria missione occorrerebbe una doppia gara, per la scelta del socio e per l'affidamento del contratto – missione³³; ed è confermata la tesi secondo cui è sufficiente un'unica gara, avente ad oggetto la scelta del socio privato e l'affidamento a questo del contratto; il socio privato verrà in tale unica gara scelto sia in base a requisiti finanziari, sia in base ai requisiti di qualificazione per lo specifico contratto³⁴.

La Commissione europea, con la comunicazione 5.2.2008, ha fatto importanti affermazioni su come vada applicato il diritto comunitario dei pubblici appalti e concessioni in caso di partenariato pubblico – privato istituzionale (IPPP), che in Italia assume la forma tipica della società mista.

Anche tale comunicazione accoglieva la tesi, ora codificata espressamente dal t.u. società partecipate, della sufficienza di una gara unica.

La Commissione premette di intendere l'IPPP come una cooperazione tra parte pubblica e soggetto privato che implica la costituzione di un soggetto a capitale misto, che esegue appalti o concessioni pubblici. L'apporto privato all'IPPP consiste, oltre che nell'apporto di capitale o altre risorse, nella partecipazione attiva ai contratti affidati al soggetto a capitale misto e/o

³³ Cons. giust. sic., 27.10.2006 n. 589; Tar Piemonte, II, 4.6.2007 n. 2539.

³⁴ Cons. St., II, 18.4.2007 n. 456, in *Urb. e app.*, 2007, 984, con nota di M. GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, (984 – 993).

all'amministrazione di tale soggetto. Invece, semplici iniezioni di capitale fatte da investitori privati in società a capitale pubblico, non costituiscono IPPP e sono perciò fuori dall'ambito della comunicazione della Commissione.

La Commissione europea ammette che la percepita mancanza di certezze legali circa il coinvolgimento di *partners* privati può minare il successo dell'operazione, e che esigere una doppia gara è soluzione non pratica, e tale da scoraggiare i privati dall'apportare il proprio capitale nell'ambito di un partenariato istituzionale.

La Commissione ritiene pertanto sufficiente una sola procedura di gara, che abbia un duplice oggetto, vale a dire la scelta del partner privato, di cui verranno fissati requisiti e prestazioni, e l'affidamento a tale partner privato della missione al cui perseguimento è finalizzato l'IPPP.

Sicché, la selezione del partner privato è accompagnata sia dalla costituzione dell'IPPP, sia dall'affidamento della missione (appalto o concessione), al partner privato.

La plenaria si era a sua volta pronunciata, nella disciplina previgente, sulla sufficienza o meno di una gara unica³⁵, e, nel ricordare il già citato precedente della II sezione del Consiglio di Stato del 2007, ha rilevato che il modello ivi previsto è una delle possibili soluzioni, ma non l'unica³⁶.

Il modello della gara unica, secondo la plenaria, presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società, con una sorta di società di <<missione>> e con la previsione di un socio <<d'opera>>. La plenaria ritiene che non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo, diversamente si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni *praeter legem*, che potrebbero non trovare l'avallo della C. giust. CE.

Nel caso specifico, poi, la plenaria rileva che la fattispecie al suo esame differisce da quella esaminata dal citato parere della II sez.: manca, infatti, un socio d'opera, e l'affidamento del servizio contestualmente alla costituzione della società. Vi è invece una società da tempo costituita, e *multiutilities*, a cui è stato affidato senza gara un ulteriore servizio socio-sanitario. La plenaria ha ritenuto illegittimo tale affidamento senza gara, atteso che per lo stesso andavano rispettati i principi del Trattato e che non vi erano i presupposti, indicati dalla II sez., per l'affidamento diretto alla società mista.

Va considerato che la pronuncia della plenaria, sebbene pubblicata il 3.3.2008, è stata deliberata il 10.12.2007, e non ha dunque potuto tener conto della comunicazione della Commissione europea 5.2.2008, che, come visto, ha aggiunto ulteriori tasselli alle tematiche della società mista.

6.9.c) In particolare, il tipo di procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio e per l'affidamento alla società dell'appalto o concessione

L'art. 5, c. 9, del codice si limita a stabilire che la scelta del socio privato avvenga con procedura di evidenza pubblica non specificando il tipo di procedura: sembra sottinteso che si deve trattare di una delle procedure previste dal codice.

Analogamente, l'art. 17, t.u. partecipate, d.lgs. n. 175/2009, si limita a rinviare al citato art. 5, c. 9, codice.

Considerato che ordinariamente vi sarà una gara unica per la scelta del socio e l'affidamento dell'appalto o della concessione alla società mista, le procedure di evidenza pubblica sono quelle del codice, e non si applicano solo "i principi" di evidenza pubblica.

³⁵ Su ordinanza di rimessione di Cons. St., V, 23.10.2007 n. 5587, ord.

³⁶ Cons. St., ad. plen., 3.3.2008 n. 1, in *DPA*, 2008, fasc. 4, 10, con nota di F.G. SCOCA, *Gli affidamenti diretti sotto la scure del giudice amministrativo* (10-14); *Urb. e app.*, 2008, 1008, con nota di R. ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la plenaria e la Corte europea* (1017-1024).

La citata Comunicazione della Commissione europea del 2008 osserva che se l'appalto o concessione ricade nell'ambito di applicazione delle direttive appalti, anche la scelta del partner privato dovrà seguire le relative procedure di evidenza pubblica.

La Commissione riconosce che le direttive appalti presentano una certa rigidità di procedure, che potrebbero mal attagliarsi ad una gara finalizzata alla scelta di un socio finanziario.

Ma ritiene che si possa ovviare a tale rigidità utilizzando il dialogo competitivo, procedura adeguatamente flessibile, mentre meno utile è la procedura negoziata.

Nella procedura di evidenza pubblica avente il duplice oggetto di scelta del partner privato e affidamento ad esso della missione, occorre rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Secondo la Commissione, per soddisfare parità di trattamento e non discriminazione, occorre che il bando di gara contenga informazioni sufficientemente dettagliate: 1) sugli appalti e concessioni che saranno affidati alla società mista; 2) in ordine allo statuto e all'atto costitutivo della società mista; 3) in ordine agli accordi tra azionisti; 4) in ordine al rapporto tra stazione appaltante pubblica e partner privato; 5) in ordine al rapporto tra soggetto pubblico e futura società mista.

Per soddisfare il principio di trasparenza, occorre sin dal bando iniziale indicare gli eventuali opzionali rinnovi o modifiche dell'originario appalto o concessione, sia l'eventuale opzionale affidamento alla società mista di ulteriori missioni.

E, invero, l'IPPP è ordinariamente impiegato per missioni a lunga scadenza, nelle quali può sorgere la necessità di modifiche o rinnovi in corso di esecuzione.

Ma modifiche e rinnovi in corso di esecuzione sono consentiti entro limiti molto stretti dalle direttive appalti, perché possono minare la trasparenza e *par condicio*.

Pertanto, in caso di IPPP il bando iniziale deve già prevedere tali eventualità, che altrimenti non saranno consentite in corso di esecuzione, senza ricorrere a nuova gara.

La Commissione consiglia inoltre di indicare nel bando o nel contratto cosa accade alla società mista se ad essa non vengono affidate ulteriori missioni rispetto a quella iniziale.

Resta chiaro che la società mista non può in nessun caso rientrare nell'ambito del c.d. *in house providing*.

Perciò la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario.

6.9.d) L'attività della società mista

Secondo la citata Comunicazione della Commissione europea la società mista, comunque, rientra nella nozione di operatore economico che può partecipare, come offerente, a procedure pubbliche per l'affidamento di appalti o concessioni.

Può, pertanto, partecipare anche a procedure volte ad affidare appalti o concessioni che costituiscono modifica o ampliamento dell'originario appalto o concessione affidato alla società mista, modifica o ampliamento che, per non essere previsto nel bando originario, non può essere affidato in via diretta, senza gara, alla società mista.

Se, peraltro, indetta una gara di tale genere, ad essa vi partecipa la società mista, occorrerà adottare particolari cautele per assicurare la trasparenza e la *par condicio* con gli altri concorrenti, e per garantire che nessuna informazione confidenziale passi dalla stazione appaltante alla società mista.

6.10. Le centrali di committenza. Nozione

Alle centrali di committenza sia le direttive comunitarie del 2014 che il nuovo codice dedicano una attenzione ben maggiore rispetto alla previgente disciplina.

Il codice del 2006 dedicava alle centrali di committenza una stringata definizione (art. 3, c. 34) e una stringata disciplina (art. 33) facendo salva la disciplina della centrale di committenza all'epoca più importante, la CONSIP (art. 252, c. 1, codice del 2006)³⁷.

Nelle more, però, dell'emanazione del nuovo codice, il sistema normativo si è evoluto con l'imposizione sempre più stringente di obblighi, per le pubbliche amministrazioni, di rivolgersi a centrali di committenza, e con la previsione di un elenco di soggetti aggregatori.

Per altro verso le direttive comunitarie hanno portato a ulteriore sviluppo l'istituto, prevedendo, accanto al modello classico, quello della committenza ausiliaria, e delle centrali di committenza cui partecipano amministrazioni di Paesi diversi.

Ne deriva una disciplina ben più articolata, in cui si intersecano:

- la disciplina del soggetto "centrale di committenza";
- la disciplina dell'attività di essa, e della sua soggezione al codice;
- la disciplina degli obblighi, per le amministrazioni, di rivolgersi a centrali di committenza per acquisire beni, servizi, lavori.

Il modello "classico" e preesistente al codice del 2016 di centrale di committenza è quello di un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze, a sua volte comprensiva delle attività svolte su base permanente riguardanti:

- 1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;
- 2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti (art. 3, lett. i) e l), codice).

Ma le centrali di committenza può svolgere anche «attività di committenza ausiliarie», vale a dire le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

- 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;
- 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;
- 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;
- 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata (art. 3, lett. m).

Si ricorderà che l'ordinamento italiano ha vietato in passato la concessione di sola committenza, avente ad oggetto le sole funzioni di stazione appaltante.

La committenza ausiliaria differisce da tale modello, perché il soggetto a cui sono affidate le funzioni di stazione appaltante è a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore.

Per la committenza ausiliaria rileva la definizione di cui all'art. 3, lett. s), di «prestatore di servizi in materia di appalti»: un organismo pubblico o privato che offre servizi di supporto sul mercato finalizzati a garantire lo svolgimento delle attività di committenza. Più chiara la definizione data dalle direttive secondo cui si tratta di un organismo pubblico o privato che offre attività di committenza ausiliarie sul mercato.

Un modello particolare di centrale di committenza sono i «soggetti aggregatori», iscritti nell'elenco istituito ai sensi dell'art. 9, c. 1, d.l. n. 66/2014.

7. Gli affidamenti *in house*

³⁷ M. DI LULLO, *Le centrali di committenza (art. 33)*, in AA. VV., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di M. SANINO), Utet, Torino, 2006, 179 – 182.

7.1. Excursus normativo

Il codice del 2006 non aveva dettato una disciplina dell'*in house* nei settori ordinari, che era presente in sede di lavori preparatori, ma era stata stralciata in sede di definitiva approvazione. Il codice del 2006 disciplinava però l'*in house* nei settori speciali, recependo la direttiva 2004/17 (art. 218).

In prosieguo, l'art. 13, d.l. n. 223/2006, conv. in l. n. 248/2006, intervenne a limitare fortemente l'ambito di operatività sul mercato non solo delle società *in house* (a totale partecipazione pubblica), ma anche delle società miste (che sono a partecipazione mista del capitale pubblico e privato)³⁸.

Il fenomeno dell'*in house*, prima del codice del 2016, è stato disciplinato da norme sporadiche e settoriali, oltre che dall'elaborazione della giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Il codice del 2016 indica a quali condizioni l'affidamento di lavori, servizi, forniture a una persona giuridica *in house* è sottratto all'applicazione delle direttive comunitarie e dunque del codice.

Rimane estranea alle previsioni del codice in materia di *in house* la disciplina "a monte", delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, e delle condizioni e limiti entro cui queste ultime possono costituire o partecipare a società, affidata all'attuazione della specifica delega di cui all'art. 18, l. 124/2015 mediante il d.lgs. n. 175/2016 recante il "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*".

A sua volta l'art. 4, del citato t.u., nell'elencare le finalità che giustificano la costituzione o partecipazione a società da parte di amministrazioni pubbliche, indica anche "*l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento*" (art. 4, c. 1, lett. d) d.lgs. n. 175/2016)³⁹.

Sicché per i presupposti dell'affidamento diretto a società partecipate (per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali), il decreto sulle società pubbliche rinvia al codice dei contratti pubblici in ossequio alle pertinenti direttive.

L'art. 5, codice costituisce recepimento degli artt. 12, direttiva 2014/24, 28, direttiva 2014/25, 17, direttiva 2014/23, che a loro volta codificano l'elaborazione della giurisprudenza comunitaria in materia di società *in house*.

Le disposizioni delle tre direttive in materia sono di eguale tenore e finalità, recando una disciplina di principio che tratteggia solo nelle sue linee essenziali le caratteristiche salienti e, per così dire, il minimo comun denominatore del vasto e complesso fenomeno dell'*in house*, ben noto, pur al di là della molteplicità ed eterogeneità dei singoli tipi, all'esperienza giuridica di numerosi ordinamenti nazionali in ambito europeo.

Si rientra nella tematica del sistema c.d. *in house*⁴⁰, quando l'ente pubblico dà vita ad una società da esso totalmente partecipata, che opera come *longa manus* dell'ente medesimo per la

³⁸ Sull'art. 13, d.l. Bersani v. Cons. St., IV, 5.3.2008 n. 946.

³⁹ Sul tema dell'autoproduzione ed esternalizzazione v. anche Tar Liguria, II, 8.2.2016 n. 120, in *UA*, 2016, 835, nt. di P. PATRITO, *Autoproduzione ed esternalizzazione: questioni vecchie e nuove*.

⁴⁰ Sugli affidamenti *in house*, v. G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara* (Nota a C. giust. CE, 9.9.1999 C-108/98, Soc. Risan c. Com. Ischia; C. giust. CE, 18.11.1999 C-107/98, Soc. Teckal c. Com. Viano; C. giust. CE, 2.12.1999 C-176/98, Soc. Holst Italia c. Com. Cagliari; C. giust. CE, 7.12.2000 C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH c. Telekom Austria A G e C. giust. CE, 7.12.2000 C-94/99, Arge Gewässerschutz c. Bundesministerium Land Forstwirtschaft), in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 1461; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 495; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Unione europea*, 2001, 537; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene ed., Napoli, 2003; C. DE ROSE, *Le società miste ed i lavori in house tra norme comunitarie e norme*

realizzazione di lavori e opere o per l'espletamento di servizi, sicché l'ipotesi equivale a quella di esercizio diretto dell'attività da parte dell'ente, la c.d. autoproduzione, o produzione <<fatta in casa>>.

La società a totale partecipazione pubblica presenta profili di interesse, sia in ordine al tema <<ordinamentale>>, della nascita della società, dei suoi organi e delle vicende societarie, sia in ordine al tema <<contrattuale>>, della sua attività negoziale e degli affidamenti ad essa di lavori e servizi senza gara.

Entrambi tali aspetti hanno poi implicazioni sul versante del contenzioso e del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario, amministrativo e contabile.

7.2. I presupposti per l'affidamento *in house*

7.2.a) Elementi differenziali con la società mista

L'art. 5, c. 1, codice indica i tre presupposti in presenza dei quali non ricade nell'ambito di applicazione del codice una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o privato. In presenza di tali tre presupposti è consentito l'affidamento "diretto", ossia senza gara⁴¹.

Nell'ambito delle società pubbliche si distingue tra quelle a totale partecipazione pubblica (le c.d. società *in house*) e le società a partecipazione mista pubblica - privata (c.d. società miste) che sono una forma di partenariato pubblico - privato, e dunque una forma del concorso del capitale privato per finanziare interessi pubblici.

Le due tipologie presentano problematiche in parte comuni in parte differenti, e le soluzioni sono in parte comuni, in parte differenziate in virtù della differente compagine societaria.

Per entrambi i tipi societari, si pongono le comuni tematiche dei limiti del ricorso a tale strumento, del limite alle loro attività sul mercato con soggetti diversi dai soci pubblici, del tetto massimo al numero di amministratori e relativi compensi.

Per entrambi i tipi di società, poi, si pone il problema:

- a) della rispettiva delimitazione;
- b) del limite entro cui possono essere affidatarie dirette (vale a dire senza gara) di contratti da parte dei soci pubblici;
- c) del loro oggetto sociale;

nazionali: spunti da un convegno dell'IGI, in Cons. Stato, 2003, II, 1611 – 1618; Cons. St., V, 18.2.2004 n. 679, in Urb. e app., 2004, 689, con nota di M. RICCIO, La dubbia sanabilità degli affidamenti <<in house providing>> (690 – 695); Cons. St., V, 22.4.2004 n. 2316, ord., in Urb. e app., 2004, 930, con nota di M. GALESI, In house providing: verso una concreta definizione del <<controllo analogo>>? (931 – 939); G. MONTEDORO, Controlli delle regioni e degli enti locali territoriali sulle aziende e le società a partecipazione pubblica maggioritaria e minoritaria tra diritto pubblico ed autonomia privata, in Cons. Stato, 2004, II, 2565 – 2591; R. URSI, Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento «in house» di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° c., lett. c), del testo unico sugli enti locali, in Foro it., 2004, III, 196; R. URSI, Gli affidamenti in house a società a capitale interamente pubblico: la parola un'altra volta alla corte di giustizia, in Foro it., 2004, III, 546; A. DI GIOVANNI, L'attuale regime delle società in house providing, Relazione tenuta al convegno tenutosi a Frascati l'11.12.2006 sul tema <<Profili e prospettive delle società miste>> a cura del C.I.S.A.; P. SALVATORE, Modelli di gestione dei servizi pubblici locali, in Giurisdiz. amm., 2006, IV, 231 – 241; G. STANCANELLI e I. MOSCARDI, Gli affidamenti in house, in AA. VV., Trattato sui contratti pubblici (a cura di M. A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI), vol. I, Giuffrè, Milano, 2008.

⁴¹ Sull'*in house* nel nuovo codice v. N. DURANTE, *L'affidamento in house*, in www.giustizia-amministrativa.it, 30.9.2016.

d) del limite in cui, a loro volta, possano essere qualificate come organismi di diritto pubblico, e dunque possano rientrare nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici a loro volta tenute al rispetto dell'evidenza pubblica per i contratti con i terzi.

7.2.b) I tre presupposti di derivazione comunitaria per l'affidamento diretto a società partecipate e gli ulteriori presupposti fissati dal codice

La giurisprudenza comunitaria e nazionale ha individuato da tempo i tre presupposti ora codificati dall'art. 5, c. 1, codice.

La società *in house* deve presentare tre requisiti: essere sottoposta ad un controllo, da parte del socio pubblico, analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi; realizzare la parte più importante della propria attività con il socio o i soci pubblici; essere a totale o pressoché totale partecipazione pubblica, anche di più enti pubblici⁴².

Ogni qualvolta non ricorrano uno o più di tali tre presupposti, la società o è mista, se c'è partecipazione di capitale privato, o è comunque una società non *in house* (se pur essendo a totale partecipazione pubblica, manchino uno o entrambi gli altri presupposti), ed è dunque un soggetto terzo a cui non è possibile effettuare un affidamento diretto.

Per converso, in presenza delle condizioni suddette, la società *in house* si atteggia a organo indiretto, *longa manus* dell'ente pubblico, diviene una mera formula organizzativa interna, ed è pertanto possibile affidare ad essa in via diretta contratti senza procedura di gara, fuori dal mercato.

Ciascuno di questi tre presupposti ha dato luogo a questioni interpretative delicate inerenti la entità della partecipazione, la nozione di controllo "analogo", la nozione e misura dell'attività prevalentemente dedicata.

Si vedrà di seguito come l'art. 5 codice risolve tali questioni, consolidando i risultati ermeneutici già da tempo raggiunti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

A tali tre presupposti vanno aggiunte le ulteriori condizioni autonomamente stabilite dal codice, nell'art. 192, finalizzate ad un contenimento degli affidamenti diretti, in una ottica di maggiore concorrenza.

7.2.c) In particolare, il controllo analogo

Quanto al controllo analogo, un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore (art. 5, c. 2, lett. a).

⁴² C. giust. CE, 18.11.1999, C-107/98, nota come caso *Teckal*, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 47, 107, con nota di SCIAUDONE; *Urb. e app.*, 2000, 227, che si occupa del controllo analogo e della parte più importante dell'attività; C. giust. CE 11.1.2005 C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro it.*, 2005, IV, 134, con nota di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*; *Urb. e app.*, 2005, 288, con nota di R. DE NICTOLIS, *La corte Ce si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*; C. giust. CE 21.7.2005 C-231/03, *Consorzio CONAME*, in *Foro it.*, 2006, IV, 76, con nota di R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società <<in house>>*; C. giust. CE, I, 18.1.2007 C-220/05, *Jean Auroux*, in *Urb. e app.*, 2007, 552, con nota di G. RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori che affermano la necessità che la partecipazione pubblica sia totalitaria.*

La giurisprudenza ha da tempo chiarito che il controllo analogo deve essere rigoroso ed effettivo, non sussiste se vi sono spazi di autonomia per il consiglio di amministrazione⁴³.

Il controllo analogo costituisce un «**potere assoluto**» di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo.

Un tema a lungo dibattuto è stato quello della configurabilità del controllo analogo in caso di capitale sociale frazionato tra un numero elevato di soci pubblici, ritenendosi in tal caso necessario un comune organo di controllo⁴⁴.

Il tema del controllo analogo “congiunto” è stato espressamente affrontato dalle nuove direttive e dal codice.

Si è stabilito che nella nozione di controllo analogo, al fine dell'affidamento diretto, rientra anche il “controllo congiunto” (art. 5, c. 4).

Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti (art. 5, c. 5).

Con riferimento al caso di frazionamento del capitale sociale tra una pluralità di soci pubblici la C. giust. UE ha ritenuto *che quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta*⁴⁵.

⁴³ Cons. St., VI, 25.1.2005 n. 168, in *Urb. e app.*, 2005, 329, con nota di R. CARANTA.

⁴⁴ Cons. giust. sic., 4.9.2007 n. 719, segnalata in *Urb. e app.*, 2007, 1443; Cons. St., V, 18.3.2011 n. 1447; Id., 24.9.2010 n. 7092; Id., 11.8.2010 n. 5620; C. giust. CE, 13.11.2008 C-324/07, *Coditel Brabant SA*

⁴⁵ C. giust. UE, III, 29.11.2012 C-182/11 e 183/11, *Econord s.p.a.*, in *Urb. e app.*, 2013, 307 con nota di F. LEGGIADRO, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci* (310-314); La decisione risolve una questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato italiano in tema di requisiti del c.d. controllo analogo in caso di società *in house* partecipata da una pluralità di enti pubblici locali. Il Comune di Varese, al fine di gestire servizi pubblici nel suo territorio, segnatamente quello di igiene urbana, ha costituito la ASPEM, quale prestatore di servizi «in house». All'epoca dei fatti, il Comune di Varese deteneva la quasi totalità del capitale di tale società, ciò che gli garantiva il controllo di quest'ultima. Mediante una serie di deliberazioni adottate nel corso dell'anno 2005, il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate hanno scelto quale forma preferenziale di gestione del servizio di igiene urbana, e più in particolare del servizio di eliminazione dei rifiuti solidi urbani, quella della gestione coordinata con altri comuni ai sensi degli articoli 30 e 113, quinto comma, lettera c), del decreto legislativo n. 267/2000 e, a questo scopo, hanno approvato la conclusione di una convenzione con il Comune di Varese per l'affidamento, a titolo oneroso, dei loro servizi di igiene urbana alla ASPEM, aderendo a tale società in qualità di azionisti pubblici, mediante la partecipazione al capitale sociale attuata attraverso

l'acquisizione, da parte dei suddetti comuni, di un'azione ciascuno. Risulta dal fascicolo presentato alla Corte che il capitale sociale della ASPEM ammonta ad EUR 173 785, rappresentato da altrettante azioni del valore nominale di EUR 1 ciascuna. Il Comune di Varese detiene la maggioranza del capitale in virtù del possesso di 173 467 azioni. Le restanti 318 azioni sono suddivise tra 36 comuni della provincia di Varese, con partecipazioni individuali che variano da 1 a 19 azioni. Parallelamente all'acquisizione di tale partecipazione, il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate hanno proceduto, insieme con altri comuni interessati, alla sottoscrizione di un patto parasociale tra azionisti, il quale prevedeva il loro diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare, in accordo con gli altri comuni partecipanti al patto di sindacato, un consigliere di amministrazione. In tale contesto, i due comuni suddetti hanno ritenuto che esistessero i presupposti per un affidamento «in house» del servizio di interesse pubblico in questione, dal momento che la ASPEM era controllata congiuntamente da vari enti locali. Essi hanno pertanto affidato direttamente tale appalto alla ASPEM. La Econord SpA ha contestato tale affidamento diretto, facendo valere che, nella fattispecie, il controllo dei due comuni sulla ASPEM non era garantito e che, di conseguenza, l'attribuzione dell'appalto avrebbe dovuto essere effettuata in conformità alle norme del diritto dell'Unione. Il Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio fa osservare che, nel caso di specie, il Comune di Varese esercita il pieno controllo sulla ASPEM, mentre ciò non vale per il Comune di Cagno ed il Comune di Solbiate. Infatti, l'acquisizione di una sola azione ed un patto parasociale singolarmente debole non darebbero luogo ad alcun controllo congiunto effettivo sulla società in questione, poiché i due comuni ultimi citati non potrebbero influire sulle decisioni della ASPEM, e gli elementi di cui sopra non varrebbero a soddisfare il criterio del «controllo analogo». Tuttavia, alla luce della sentenza Coditel Brabant, la situazione di ciascuno degli enti pubblici partecipanti singolarmente considerati, per quanto riguarda l'esercizio del controllo, sarebbe irrilevante. Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se il principio di irrilevanza della situazione del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale debba applicarsi anche nel caso in cui, come nella fattispecie, uno dei Comuni associati possieda una sola azione della società strumentale ed i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non siano idonei a dare alcun controllo effettivo della società al Comune partecipante, sicché la partecipazione societaria possa considerarsi solo la veste formale di un contratto di prestazione di servizi». Osserva la C. giust. UE che secondo una giurisprudenza consolidata, un'amministrazione aggiudicatrice, come ad esempio un ente locale, è dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nel caso in cui essa eserciti sull'entità affidataria un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (sentenza Teckal, cit., punto 50). È pacifico che questa giurisprudenza, inizialmente adottata ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14.6.1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è altresì applicabile alle procedure di attribuzione degli appalti pubblici di lavori e di servizi. Occorre altresì rilevare che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, la questione se si tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi – e, in quest'ultimo caso, se il valore dell'appalto raggiunga la soglia prevista dalle norme dell'Unione – è priva di rilevanza ai fini della risposta che la Corte deve dare alla questione pregiudiziale, dal momento che l'eccezione all'applicazione delle norme del diritto dell'Unione, ove siano soddisfatte le condizioni attinenti all'esercizio di un «controllo analogo», è applicabile in tutte le situazioni suddette (v., in tal senso, sentenza del 10.9.2009 C-573/07, *Sea*). Secondo una costante giurisprudenza, sussiste un «controllo analogo» quando l'entità di cui trattasi è assoggettata a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità (citate sentenze Parking Brixen, punto 65; Coditel Brabant, punto 28, e *Sea*, punto 65). In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale e funzionale (sentenza Commissione/Italia, cit., punto 26). La Corte esige altresì che tale controllo sia effettivo (sentenza Coditel Brabant, cit., punto 46). Ai sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da tali autorità,

Il controllo analogo deve essere esercitato dal soggetto che affida l'appalto, mentre non sussiste in caso di affidamento dell'appalto ad un soggetto sottoposto a controllo analogo di enti diversi da quello affidante, e che a loro volta non esercitino un controllo analogo sia su affidante che affidatario⁴⁶.

7.2.d) In particolare, l'attività prevalentemente dedicata

Secondo il codice, il requisito dell'attività prevalentemente dedicata sussiste quando oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi (art. 5, c. 2, lett. b).

Per determinare la percentuale delle attività si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione (art. 5, c. 7).

Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile (art. 5, c. 8).

senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (v., in tal senso, citate sentenze Coditel Brabant, punti 47 e 50, nonché Sea, punto 59). Da ciò consegue che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette (sentenza Sea, cit., punto 63). Date tali premesse, non vi è dubbio che, ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto. Infatti, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del «controllo analogo» sull'entità in questione (v., in tal senso, sentenza del 21.7.2005, Coname, C-231/03). Ne consegue che, nei procedimenti principali, spetta al giudice del rinvio verificare se la sottoscrizione, da parte del Comune di Cagno e del Comune di Solbiate, di un patto parasociale che conferisce loro il diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un consigliere di amministrazione in accordo con gli altri enti interessati dal patto suddetto sia idonea a consentire a tali comuni di contribuire effettivamente al controllo della ASPEM.

⁴⁶ C. giust. UE, 8.5.2014 C-15/13, in *Foro it.*, 2015, IV, 40, nt. CASORIA.

Costituisce una novità l'aver quantificato nella misura dell'80% l'attività prevalentemente dedicata anche per i settori ordinari. In precedenza tale quantificazione operava solo per i settori speciali. E nei settori ordinari la giurisprudenza aveva affermato che - l'attività prevalentemente dedicata ai soci pubblici è un concetto qualitativo e non meramente quantitativo, da stabilire caso per caso, ma con parametri rigorosi onde evitare che i vantaggi finanziari derivanti dall'attività con i soci pubblici vengano impiegati sul mercato per attività con soggetti privati. Per verificare se la situazione sia in questi termini il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative. Quanto all'accertare se occorra tener conto in tale contesto solo del fatturato realizzato con l'ente locale controllante o di quello realizzato nel territorio di detto ente, occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni. Non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti ininfluyente sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni»⁴⁷.

Da tale giurisprudenza, si evinceva che gli affidamenti da considerare per raggiungere la soglia della prevalenza dell'attività sono dunque quelli disposti direttamente dall'ente controllante.

Costituisce allora novità delle nuove direttive l'ampliamento del novero degli affidamenti da computare, che impongono di computare anche gli affidamenti disposti «da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi».

Tale previsione ha l'effetto di ampliare il campo applicativo dell'*in house providing*.

Un ulteriore aspetto della delimitazione del requisito dell'attività prevalente concerne gli affidamenti che possono essere computati nel caso in cui il requisito del controllo analogo sopravvenga rispetto all'affidamento già concesso.

Sul punto un'indicazione sembra provenire dalla formulazione delle nuove direttive. Infatti, l'art. 12, par. 5, direttiva 2014/24 prevede che «*Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile*» (art. 5, c. 7 e 8, codice).

Ulteriore questione, non affrontata dalle direttive, è se tra gli affidamenti da valutare, al fine di ritenere integrato il requisito dell'«attività prevalente», debbano anche essere computati quelli che riguardino enti pubblici che tuttavia non sono soci della società *in house*, nel caso in cui l'attribuzione sia imposta da un provvedimento autoritativo proveniente da un'amministrazione pubblica diversa, che impone alla società pubblica di svolgere attività a favore di enti non soci.

Sono state rimesse all'esame della C. giust. UE le seguenti questioni pregiudiziali:

- a) se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento all'attività imposta da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci;
- b) se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo

⁴⁷ C. giust. CE 11.5.2006 C-340/2004 (*società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*), in UA 2006, 1047, nt. LOTTI (128); FI 2006, IV, 510, nt. URSI; Id., II, 19.4.2007 C-295/05, *Asemfo c. Tragsa*; Corte cost., 23.12.2008 n. 439; Cons. giust. sic., 4.9.2007 n. 719; Cass., sez. un., 10.3.2014 n. 5491.

il requisito del cd. controllo analogo⁴⁸.

La C. giust. UE ha in proposito affermato che:

- al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi;

2) al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, tra le quali, all'occorrenza, l'attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto⁴⁹.

7.2.e) In particolare la partecipazione pubblica totalitaria o pressoché totalitaria

Il terzo presupposto è che nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non comportano controllo o potere di veto, e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata (art. 5, c. 2, lett. c).

Nell'ambito del dibattito pregresso tra la tesi che la partecipazione pubblica debba essere del 100% e la tesi che consentiva una cauta apertura al capitale privato, si è demandato alla legislazione nazionale di consentire forme di partecipazione minima al capitale, a condizione che tale partecipazione non abbia influenza determinante sulla società, né comporti poteri di controllo o di veto.

Pertanto, in difetto di una espressa previsione legislativa che consenta una partecipazione minima del capitale privato, la partecipazione pubblica deve essere totalitaria. L'art. 5 codice non autorizza, di per sé, una partecipazione privata al capitale societario, ma rinvia ad altre disposizioni legislative nazionali, che siano comunque conformi ai Trattati, e che prevedano una partecipazione privata minimale che non comporti controllo, potere di veto, o influenza determinante sulla società.

Una pronuncia della Corte dei conti, resa dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ha ritenuto che in tema di *in house* nel settore dei servizi idrici prevale la disciplina speciale del vigente art. 149-bis, d.lgs. n. 152/2006, per cui l'affidamento *in house* può intervenire solo a favore di società "interamente pubbliche"⁵⁰, nonostante che le direttive comunitarie e l'art. 5, codice n. 50/2016, sembrano consentire una partecipazione di capitale privato alle società *in house*.

Tale soluzione esegetica può essere condivisa perché secondo l'art. 5, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, la partecipazione di capitali privati, ai fini dell'*in house*, è ammessa solo in presenza di norma di legge che rendano la partecipazione di tali capitali come necessaria, e comunque in conformità ai trattati. Invece l'art. 149-bis, da ritenere norma speciale, impone il capitale interamente pubblico.

Per la giurisprudenza formatasi prima del codice, la partecipazione pubblica totalitaria non sussiste anche in presenza di una quota infima di capitale in mano a soci privati, e anche per il solo fatto che lo statuto preveda la possibilità di vendere una parte del capitale a privati⁵¹, mentre

⁴⁸ Cons. St., V, 20.10.2015 n. 4793.

⁴⁹ C. giust. UE, IV, 8.12.2016 C-553/15.

⁵⁰ C. conti Campania sez. contr. delibera, 29.4.2016, n. 108.

⁵¹ C. giust. CE 13.10.2005 C-458/03, *Parking Brixen GmbH* in *Foro it.*, 2006, IV, 76, con nota di R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società <<in house>>*; C. giust. CE, 6.4.2006 C-410/04, *Anav c. Comune di Bari*, in *Foro it.*, 2006, V, 511, con nota redazionale di R. URSI; Cons. St., V, 22.4.2004 n. 2316, in *Cons. Stato*, 2004, I, 862; Cons.

sussiste nel caso di una pluralità di soci tutti pubblici⁵²; tuttavia, secondo una pronuncia della C. giust. CE del 2008⁵³ una certa apertura al capitale privato non sembra possa escludere la sussistenza del controllo analogo ed il conseguente affidamento diretto. La Corte, ribaditi gli indici sintomatici del controllo analogo, ha affermato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella oggetto del giudizio, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta.

7.2.f) Gli ulteriori limiti alle società *in house* previsti autonomamente dal codice

Oltre ai tre presupposti comunitari per gli affidamenti diretti a enti *in house*, il codice ha previsto ulteriori limitazioni, codificate nell'art. 192, finalizzate a un contenimento degli affidamenti diretti, in una ottica di maggiore concorrenza.

L'art. 192 costituisce specifica attuazione di ulteriori criteri contenuti nella legge delega che (oltre a prevedere, nella lett. iii) un ulteriore limite, introdotto dal legislatore nazionale, all'operatività dell'*in house* in materia di concessioni - e, cioè, l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica), impone, in termini generali per gli affidamenti *in house*:

- l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* o che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire affidamenti diretti;

- la previsione di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza anche per gli affidamenti *in house*;

- la previsione che anche negli affidamenti diretti *in house* sia compiuta la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione (lett. eee) dell'art. 1 della legge delega).

In attuazione di tali principi di delega viene dunque anzitutto previsto un onere di registrazione presso l'ANAC, che sembra costituire condizione imprescindibile per procedere ad affidamenti *in house*, in secondo luogo un onere di valutazione di maggiore convenienza dell'affidamento *in house* rispetto a quello sul mercato e, infine, un onere di pubblicità degli affidamenti *in house*. In particolare, è istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di propri enti *in house* di cui all'art. 5 (art. 192, c. 1).

Sebbene l'art. 192, c. 1, faccia riferimento ad affidamenti a "società" *in house*, una corretta esegesi, alla luce della legge delega, induce a ritenere che l'onere di iscrizione sussista pure in caso di affidamenti *in house* a "enti" che non hanno veste societaria: del resto l'art. 5 nel descrivere l'*in house* fa riferimento a enti pubblici o privati, che non necessariamente hanno forma societaria.

L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale (art. 192, c. 1).

St., V, 13.7.2006 n. 4440; Cons. St., V, 30.8.2006 n. 5072, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, 1180; in *Urb. e app.*, 2006, 1417, con nota di M. URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, 1420 – 1428; Trga Trentino – Alto Adige, Bolzano, 8.3.2007 n. 91, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, II, 575; Cons. St., VI, 1.6.2007 n. 2932, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 905.

⁵² C. giust. CE, II, 19.4.2007 C-295/05, *Asemfo c. Tragga*, in *DPA*, 2007, n. 6, 117.

⁵³ C. giust. CE, II, 17.7.2008 C-371/05.

Per l'affidamento diretto è sufficiente la domanda di iscrizione, e non anche la già avvenuta iscrizione, e fermo che in caso di diniego di iscrizione l'affidamento diretto non è possibile. Si pone allora la questione se la domanda di iscrizione si pone quale ulteriore presupposto, rispetto ai tre comunitari, per l'affidamento diretto.

Il parere del Consiglio di Stato reso sullo schema di linee guida di attuazione dell'art. 192 codice lo ha escluso ritenendo che il legislatore non ha inteso assoggettare l'esercizio della facoltà di avvalersi del modulo *in house* a un accertamento costitutivo o a un'iscrizione con efficacia abilitante. In altri termini, l'art. 192 non ha ampliato il catalogo dei requisiti sostanziali che consentono all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore l'affidamento di compiti di autoproduzione a "proprie" strutture organizzative, senza procedure competitive, e in alternativa al ricorso al mercato secondo logiche di *outsourcing*⁵⁴.

Supportano tale conclusione, secondo il Consiglio di Stato, i seguenti, concomitanti, argomenti:

- le condizioni di esclusione di un appalto pubblico (o di una concessione) dall'ambito di applicazione del codice e, quindi, gli elementi costitutivi della fattispecie dell'affidamento *in house*, sono dettate esclusivamente dall'art. 5 del codice - norma di portata generale e "auto-sufficiente" - che non contiene alcun riferimento all'elenco di cui all'art. 192;
- in linea di continuità con detta normativa, anche l'art. 16 d.lgs. n. 175/2016 fissa i requisiti sostanziali di tale modello alternativo all'esternalizzazione (controllo analogo, attività dedicata, partecipazione pubblica qualificata) senza contemplare il profilo pubblicitario;
- i criteri direttivi per il recepimento delle direttive comunitarie vietano l'introduzione, ovvero il mantenimento, di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive medesime (*goldplating*);
- rispetto alle finalità perseguite, da leggere nel quadro comunitario di riferimento, sarebbe priva di proporzionalità una regola che, pur in presenza dei requisiti sostanziali, subordinasse la praticabilità dell'affidamento all'iscrizione nell'elenco paralizzando, nelle more della definizione della procedura pubblicitaria, l'esercizio di un potere discrezionale attribuito dalla legge.

Cionondimeno, l'elenco non ha una portata meramente notiziale, volta esclusivamente a sollecitare un controllo esterno del "mercato".

Lo attesta *in primis*, sul piano letterale, la constatazione che, alla stregua del dato testuale dell'art. 192, c. 1, l'iscrizione è disposta «anche al fine di garantire livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici», così sottintendendo la sussistenza di altri e più pregnanti effetti giuridici del meccanismo pubblicitario e dei poteri ad esso connessi.

Con espressioni di sicura portata precettiva, poi, la medesima norma stabilisce che la domanda di iscrizione «consente» agli enti pubblici di effettuare «sotto la propria responsabilità» affidamenti diretti e che, prima dell'iscrizione nell'elenco, deve essere «riscontrata [da parte dell'ANAC] l'esistenza dei requisiti» per procedere all'affidamento diretto.

In presenza di tale, non chiarissimo, dettato legislativo, il Consiglio di Stato ha optato per un'interpretazione in cui la funzione di controllo assegnata all'ANAC sia pienamente compatibile con lo schema funzionale secondo cui l'autoproduzione mediante organismi domestici è subordinata soltanto al rispetto delle condizioni fissate direttamente dalla legge.

L'impostazione ricostruttiva che meglio concilia i due descritti elementi appare essere la seguente.

La domanda di iscrizione nell'elenco – doverosa e presidiata dalle sanzioni di cui all'art. 213 codice – non costituisce un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un "titolo" abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti. Essa ha, piuttosto, una duplice rilevanza.

Da un lato – secondo uno schema concettuale che estende al potere amministrativo il paradigma della segnalazione certificata delle attività private di cui all'art. 19 l. n. 241/1990 – consente *ex se* di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta,

⁵⁴ Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 1.2.2017 n. 282.

senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimento preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore.

Dall'altro lato, detta domanda innesca una fase di controllo dell'ANAC tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa – comunitaria e nazionale – subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato. Tale controllo, quando si esercita con esito positivo, non si realizza mediante l'espressione di un "consenso", incompatibile con l'assenza di un regime autorizzatorio, bensì si esaurisce nel mero "riscontro" della sussistenza dei requisiti di legge, con conseguente iscrizione che consolida una legittimazione già assicurata, nei termini descritti, dalla presentazione della domanda.

La verifica dell'ANAC si traduce in un provvedimento solo se si conclude con un esito negativo (diniego di iscrizione nell'elenco o cancellazione dallo stesso). In tal caso, l'Autorità non adotta un provvedimento di rigetto di una istanza, bensì un atto di accertamento negativo, assimilabile a un provvedimento di esercizio del potere inibitorio analogo a quello del citato art. 19 l. n. 241/1990. Tale provvedimento rende le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori incapaci (*rebus sic stantibus*) di procedere (per il futuro) ad affidamenti diretti a quella specifica società. È evidente, infatti, che se la domanda di iscrizione consente all'ente controllato di avvalersi della facoltà legale di affidamento domestico, il rigetto della medesima o la cancellazione dell'iscrizione non può non riverberarsi, per coerenza nel sistema, nel venir meno, per il futuro, del presupposto legittimante. L'effetto pregiudizievole evidenziato da tale *deminutio* consente di qualificare tali atti alla stregua di provvedimenti amministrativi, esercizio di potere autoritativo, come tali impugnabili davanti agli organi della giustizia amministrativa. In assenza di norma di legge abilitante, e in conformità ai principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di salvaguardia della *sécurité juridique*, si deve, invece, escludere che il diniego di iscrizione o la cancellazione possa produrre l'automatica caducazione degli affidamenti in essere e, a fortiori, dei contratti già stipulati.

Ulteriore questione è quella della giustiziabilità di un eventuale provvedimento dell'ANAC che neghi l'iscrizione nell'elenco, o ne disponga la cancellazione, o di un provvedimento che disponga l'iscrizione al di fuori dei presupposti.

Si tratta di provvedimenti di Autorità indipendente, impugnabili davanti al giudice amministrativo, e ricadenti nella sua giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. l), c.p.a.

Quanto al rito applicabile, si tratta di stabilire se si applica il rito dell'art. 120 c.p.a. che riguarda le procedure di affidamento e i "connessi" provvedimenti dell'ANAC, solo se impugnati in connessione con una procedura di affidamento.

Se il diniego di iscrizione, o la cancellazione, o la iscrizione, non sono impugnati in connessione con un atto della procedura di affidamento, si applica il rito dell'art. 119; se sono impugnati in connessione, si applica l'art. 120 c.p.a.

Con comunicato del Presidente ANAC del 3.8.2016 è stato chiarito il regime transitorio nelle more dell'adozione, da parte dell'ANAC, di tale elenco e della fissazione delle modalità e dei criteri per effettuare la verifica della sussistenza dei requisiti necessari per l'iscrizione all'elenco.

L'adozione dell'atto in parola da parte dell'Autorità richiede la previa analisi dell'incidenza delle disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica sulla disciplina dei requisiti identificativi dell'istituto dell'*in house*.

Nelle more, tenuto conto dell'efficacia non costitutiva ma meramente dichiarativa dell'iscrizione (cfr. parere del Consiglio di Stato del 1° aprile 2016 n. 855), l'affidamento diretto alle società *in house* può essere effettuato, sotto la propria responsabilità, dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori in presenza dei presupposti legittimanti definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nei medesimi termini nell'art. 5 del codice e nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192, a prescindere dall'inoltro della domanda di iscrizione.

In un'ottica sistematica, deve infatti ritenersi che la previsione dell'art. 192, c. 1, (secondo cui la domanda di iscrizione consente alle amministrazioni di procedere ad effettuare affidamenti

diretti all'ente strumentale), presupponga l'istituzione dell'elenco e l'adozione dell'atto dell'Autorità e, conseguentemente, che la disposizione non valga a istituire, nel diverso attuale contesto, la pregiudizialità dell'inoltro della domanda rispetto alla possibilità di effettuare affidamenti *in house*.

Le domande di iscrizione all'elenco potranno essere inoltrate dopo l'adozione dell'atto dell'Autorità, coerentemente con i criteri e le modalità in esso definite

Inoltre, ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche (art. 192, c. 2).

Si tratta di un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche.

Sono previsti poi oneri di pubblicità al fine di rendere trasparenti gli affidamenti *in house*. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità, alle disposizioni del d.lgs. n. 33/2013, in formato *open-data*, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati (art. 192, c. 3).

7.2.g) In particolare l'elenco tenuto dall'ANAC di amministrazioni ed enti che fanno affidamenti *in house*, secondo le LG dell'ANAC

L'ANAC con proprie linee guida ha disciplinato l'elenco previsto dall'art. 192 codice e il relativo procedimento di iscrizione.

Tanto, in attuazione della previsione di cui all'art. 192, c. 1, codice, secondo cui l'iscrizione nell'elenco avviene a domanda dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti "secondo le modalità e i criteri che l'ANAC definisce con proprio atto".

Il codice non qualifica la natura giuridica dell'atto dell'ANAC. Si tratta di un atto che definisce le modalità e criteri per attuare l'elenco istituito direttamente dalla legge e che pertanto disciplina una funzione assegnata all'ANAC. Non può che trattarsi di un atto con portata vincolante. E in tal senso il parere del Consiglio di Stato ha qualificato le LG attuative dell'art. 192 come vincolanti⁵⁵.

7.3. La costituzione della società *in house*

Il codice appalti non affronta il tema delle condizioni in presenza delle quali un ente può dare vita a una società *in house*. Esso si limita, sul presupposto dell'esistenza di società a partecipazione pubblica, a indicare in presenza di quali presupposti è possibile un affidamento diretto ad esse.

Va osservato che nel momento costitutivo di una società a totale partecipazione pubblica, non essendoci soci privati, e dunque scelta del partner privato, non occorre alcuna procedura di gara per la sua costituzione (anche ove essa abbia una pluralità di soci pubblici).

Diversamente, per dare vita ad una società mista, occorre una procedura di evidenza pubblica già, e a monte, per la scelta del socio privato (art. 5, c. 9, codice): tanto, a prescindere dalla entità, maggioritaria, paritaria o minoritaria della partecipazione privata⁵⁶.

7.4. L'oggetto sociale delle società *in house*: le società *in house* per eseguire lavori

⁵⁵ Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec. 1.2.2017 n. 282.

⁵⁶ Cons. St., V, 4.3.2008 n. 889, in *Urb. e app.*, 2008, 1132, con nota di M. BALDI, *Principio generale della gara e scelta del socio privato* (1135-1146).

Il codice dei contratti pubblici neppure affronta il tema dei possibili oggetti sociali delle società *in house*.

Tuttavia la previsione delle società *in house* nel codice dei contratti pubblici, sembra fugare i dubbi, agitatisi in passato, in ordine all'ammissibilità di una società *in house* per eseguire lavori pubblici.

Le società *in house* sono state normativamente contemplate in termini generali per la gestione dei servizi pubblici locali (t.u. n. 267/2000), o vengono normativamente previste in relazione a specifici servizi.

Si è posto pertanto prima del codice del 2016 l'interrogativo se sia ammissibile una società *in house* per realizzare opere e lavori pubblici.

La tesi negativa muoveva da numerosi argomenti esegetici:

- la società *in house* non era stata contemplata dal codice dei contratti pubblici del 2006 (inizialmente era stata introdotta, ma è stata stralciata in sede di approvazione definitiva del testo), e, per converso, il codice, come già la l. Merloni, indicava come mezzi esclusivi per realizzare i lavori pubblici l'appalto, la concessione, la sponsorizzazione e i lavori in economia;
- nell'ambito dei lavori in economia, il codice del 2006 fissava un puntuale limite quantitativo ai lavori in amministrazione diretta (cioè con organizzazione e mezzi propri della pubblica amministrazione, che sarebbe una forma embrionale di lavori <<fatti in casa>>); sicché, un'eventuale società *in house*, incontrerebbe, per i lavori, il limite di importo previsto per l'amministrazione diretta;
- la regola codicistica che indica tassativamente i tipi contrattuali per i lavori pubblici, è ispirata dall'intento di una loro esternalizzazione, a tutela del mercato e della concorrenza; la società *in house* si porrebbe contro tale logica.

La tesi negativa era stata affermata dalla giurisprudenza italiana prima del codice del 2016 in base all'eccezionalità dell'*in house* e alla necessità di una sua espressa previsione⁵⁷.

La tesi affermativa muoveva dai seguenti argomenti esegetici:

- il silenzio del codice del 2006 sull'*in house* è irrilevante, perché si tratta di fenomeno che ha una sua disciplina nell'ordinamento comunitario, e segnatamente nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, direttamente applicabile nell'ordinamento interno;
- in ambito comunitario, sono stati stabiliti i requisiti soggettivi della società *in house*, e i limiti agli affidamenti senza gara a tale società, ma non è stato posto un limite al tipo di prestazioni ad essa affidabili (servizi, lavori, forniture);
- la società è una formula organizzativa, che può sempre essere utilizzata dalla pubblica amministrazione in virtù dell'autonomia privata e della capacità generale di diritto privato di cui dispone;
- non è di ostacolo il principio di tassatività dei tipi contrattuali per realizzare lavori pubblici, perché la società è una formula organizzativa, non un contratto per realizzare lavori, e la società, una volta creata, realizza i lavori con i tipi contrattuali consentiti;
- nemmeno sarebbe operante, in caso di lavori affidati a società *in house*, il limite di importo previsto per l'amministrazione diretta, atteso che tale limite si giustifica quando i lavori vengono eseguiti dalla pubblica amministrazione con la propria ordinaria organizzazione, ma non anche quando la pubblica amministrazione vi fa fronte con un'apposita e distinta organizzazione societaria.

Lo stesso codice del 2006 contemplava un'ipotesi espressa di società pubblica (che può essere a totale partecipazione pubblica o mista), per la realizzazione di lavori e, segnatamente, la società pubblica di progetto per la realizzazione e gestione di infrastrutture strategiche (art. 172).

In tale prospettiva, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con l'atto di segnalazione 4 agosto 2008 n. 894, nel mentre aveva stigmatizzato gli affidamenti diretti senza gara a società

⁵⁷ Cons. St., VI, 3.4.2007 n. 1514, in *Urb. e app.*, 2007, 779; *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 496.

mista, al di fuori dei confini segnati dalla giurisprudenza nazionale e dagli organi comunitari, sembrava aver voluto affermare che la società *in house*, che abbia tutti i requisiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, costituisce un legittimo caso di deroga generale al ricorso al mercato.

L'Autorità, infatti, nel ricordare che il d.lgs. n. 163/2006 afferma <<il principio fondamentale secondo cui "l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture (...) deve rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità (...)" (art. 2, c. 1). La gara rappresenta dunque lo strumento privilegiato di affidamento di contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture>>, aggiunge poi che: <<Una deroga di carattere generale all'obbligo di esperire la gara d'appalto è ammissibile nel caso in cui l'affidamento del contratto avente ad oggetto l'acquisizione di beni, servizi o forniture, venga disposto a favore di un soggetto legato all'Ente pubblico di appartenenza da un rapporto di delegazione interorganica. Tale assunto è desumibile, *a contrario*, dall'art. 1, c. 2, del d.lgs. 163/2006. Questo, infatti nel prevedere che "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica", sembra implicitamente ammettere che almeno nel caso in cui la società risulti controllata al 100% dall'Ente pubblico interessato, l'affidamento diretto (o *in house*) del contratto di acquisizione di servizi o forniture divenga senz'altro un'ipotesi praticabile.>>.

Anche la Corte dei conti ha preso espressamente posizione a favore dell'*in house* come modello generale⁵⁸.

Afferma la Corte dei conti che <<la gestione *in house* è espressione di un principio generale sia nazionale che comunitario di auto organizzazione in forza del quale gli enti pubblici possono organizzarsi per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni di cui hanno bisogno per esercitare le loro finalità istituzionali. Quella di auto organizzazione è peraltro una facoltà concessa dal diritto comune a tutti i soggetti dell'ordinamento, salvo espresse deroghe normative. Fuor d'ottica pertanto appare il richiamo al principio di legalità operato per escludere l'affidamento *in house* in mancanza di un espresso conferimento legislativo di poteri amministrativi. In effetti il potere dovere di svolgere il servizio nasce dall'ambito di attribuzioni dell'ente locale (peraltro costituzionalmente garantito) e dalla deliberazione di porre in essere il servizio. In sede esecutiva di gestione la copertura legislativa di un potere potrebbe giocare solo per l'esercizio di poteri compressivi di diritti di terzi, non certo per l'attività gestionale di un servizio.

Potrebbe invece configurarsi come espressa limitazione normativa il disposto dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, secondo il quale, fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i contratti eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione. In ogni caso la disposizione riguarda solo i lavori pubblici e non anche i servizi e le forniture.

In tal senso non sembra potersi condividere la tesi estremamente restrittiva di Cons. St. VI, n. 1514/2007, secondo la quale solo l'espressa copertura legislativa consentirebbe l'applicazione dell'istituto dell'*in house*, dal momento che esso è un principio derogatorio della disciplina generale di carattere eccezionale che consente e non obbliga il legislatore nazionale a prevedere tale forma di affidamento.

Al riguardo si ricorda che nella risoluzione 14.1.2004 del Parlamento europeo concernente il "libro verde sui servizi di interesse generale (COM (2003) 270 – 2003/2152 (INI))", al punto 35, si formula l'auspicio che, "in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di "autoprodurre" in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza

⁵⁸ C. conti, sez. contr. Lombardia, 23.1.2008 n. 10, deliberazione.

al di fuori del territorio interessato”. Nella risoluzione 26 ottobre 2006 del Parlamento europeo sui “Partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2003 (INI))”, ancora, si “respinge l’applicazione della legislazione in materia di appalti nei casi in cui gli enti locali intendono svolgere compiti nel loro territorio assieme ad altri enti locali nell’ambito di una riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi in questione” (p.to 46) e si “ritiene tuttavia necessaria l’applicazione della normativa sugli appalti quanto gli enti locali offrono prestazioni sul mercato alla stregua di un’impresa privata nel contesto della cooperazione tra enti locali o fanno eseguire compiti pubblici da imprese private o da altri enti locali” (p.to 48)>>.

Il Tar Sicilia - Catania, aveva rimesso alla C. giust. CE la questione se i principi comunitari in materia di tutela della concorrenza ostano ad una normativa nazionale che consenta alla p.a. di affidare ad una società pubblica attività di caratterizzazione, progettazione ed esecuzione di interventi di bonifica – *id est* di realizzazione di opere pubbliche – in via diretta, senza esperire preliminarmente le necessarie procedure di evidenza pubblica⁵⁹.

Nel caso specifico l’affidamento in via diretta di tali opere pubbliche era avvenuto in favore della società *in house* Sviluppo Italia s.p.a. (società istituita con legge e a totale capitale pubblico), nel settore dei lavori pubblici.

Tuttavia la C. giust. UE ha dichiarato la questione irricevibile per difetto di elementi di fatto e di diritto, nell’ordinanza di rimessione, necessari per una risposta utile: “(...)quando non dispone degli elementi in fatto e in diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni ad essa sottoposte, la Corte si astiene dal decidere su una domanda proposta da un giudice nazionale (...) Ebbene, a questo proposito, per quanto concerne la presente questione, risulta che il giudice del rinvio non ha precisato né il soggetto di diritto pubblico che ha assegnato l’esecuzione dei lavori oggetto di detta questione, né l’importo dei medesimi, né l’atto in forza del quale detti lavori sono stati affidati alle due società indicate nella medesima questione. (...) Infatti, il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia fa riferimento unicamente a operazioni «di rilevante impatto ambientale e di elevatissimo valore economico» che sarebbero state affidate in tal modo a dette società dall’autorità competente, senza che queste ultime abbiano dovuto affrontare la concorrenza di altre società di diritto privato. (...) Inoltre, malgrado un quesito rivolto per iscritto dalla Corte al governo italiano nonché lo svolgimento dell’udienza dibattimentale, non è stato possibile chiarire le condizioni in presenza delle quali i lavori in questione sarebbero stati affidati a dette società. La società Invitalia (Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa) SpA ha sostenuto addirittura di essere stata assegnataria di mere attività di concezione e che l’autorità competente avrebbe rinunciato alla realizzazione delle infrastrutture di cui alla quarta questione pregiudiziale. (...) Alla luce di ciò, la Corte non ritiene di essere sufficientemente edotta in merito alle circostanze in fatto della quarta questione formulata dal giudice del rinvio e, di conseguenza, deve dichiararla irricevibile”⁶⁰.

La previsione espressa dell’*in house* nel codice del 2016 sembra dar ragione alla tesi secondo cui non vi è un assoluto divieto di *in house* per i lavori pubblici.

Questa tesi trova ora conferma nell’art. 4, d.lgs. n. 175/2016 recante il t.u. delle società a partecipazione pubblica.

Esso infatti elenca le attività che tali attività possono svolgere, tra cui la realizzazione di opere pubbliche, espressamente prevedendo che a tanto possa provvedere una società *in house*, mentre non si consente alla società *in house*, ma solo a società mista, la realizzazione e gestione di opera pubblica, quale forma di partenariato pubblico privato⁶¹.

⁵⁹ Tar Sicilia – Catania, 8.7.2008 n. 291, ord.

⁶⁰ C. giust. UE, grande sezione, 9.3.2010 C-378/2008.

⁶¹ In particolare dispone l’art. 4, c. 2, d.lgs. n. 175/2016: “Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:

Resta il tema di fondo che il codice dei contratti pubblici non disciplina il tema di fondo dei limiti entro cui enti pubblici possono dare vita a società a totale partecipazione pubblica. Il codice, per l'ipotesi in cui vi siano, si limita a indicare i presupposti di legittimità dell'affidamento diretto.

7.5. Gli affidamenti a terzi da parte della società *in house*

Stabilito che un affidamento diretto da un ente pubblico a una propria società *in house* esula dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, occorre stabilire se siano o meno soggetti al codice gli affidamenti a valle, da parte della società a terzi, dei lavori, ove non sia in grado di eseguirli direttamente.

In tal caso si impone la verifica se la società a totale partecipazione pubblica sia da qualificare come organismo di diritto pubblico, e dunque amministrazione aggiudicatrice, tenuta all'osservanza di procedure di evidenza pubblica, ovvero come concessionario, scelto senza gara, e tenuto a sua volta al rispetto di procedure di evidenza pubblica.

L'art. 16, c. 7, d.lgs. n. 175/2016 a prescindere da tale verifica in concreto stabilisce in termini generali che agli affidamenti fatti dalla società *in house* si applica il codice dei contratti pubblici; si afferma che esse "sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi" applicando detto codice.

7.6. Gli affidamenti da parte della società *in house* ai propri soci

Nell'ambito degli affidamenti a terzi della società *in house*, rientrano anche i possibili affidamenti a propri soci, ossia a enti pubblici, o ad altri soggetti controllati da propri soci. Il tema è affrontato dal codice, che indica a quali condizioni la società *in house* può fare affidamenti diretti ai propri soci pubblici, da ritenersi una forma di collaborazione tra enti pubblici sottratta al codice stesso.

Si prevede che il codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla

-
- a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
 - b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;
 - c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;
 - d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;
 - e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016".

Aggiunge il c. 4 del medesimo d.lgs.: "Le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti".

legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata (art. 5, c. 3).

8. Contratti misti

8.1. Fonti di disciplina e criticità del recepimento

Il codice dei contratti pubblici disciplina gli appalti misti nell'art. 28, in cui sono stati recepiti in un unico contesto gli artt. 3, direttiva 2014/24 e 5 e 6, direttiva 2014/25.

Per il caso in cui il contratto misto presenti prestazioni soggette alla direttiva sugli appalti nei settori di difesa e sicurezza, si applica l'art. 160 del codice, che recepisce gli artt. 16, direttiva 2014/24; 25 e 26, direttiva 2014/25; 21 e 23, direttiva 2014/23.

Le concessioni miste sono disciplinate nell'art. 169 del codice, che recepisce gli artt. 20 e 22, direttiva 2014/23.

L'accorpamento nell'art. 28 del codice di disposizioni contenute nelle direttive 24 e 25 ha comportato alcuni errori di recepimento, che vanno corretti mediante l'applicazione diretta delle previsioni delle direttive, che in questa parte sono dettagliate e *self-executing* e non lasciano spazio a scelte discrezionali dei legislatori nazionali.

Si segnaleranno nei paragrafi che seguono gli errori di recepimento.

8.2. Il contratto misto “infra-direttiva”

Per contratti misti “infra-direttiva” si intendono contratti aventi ad oggetto prestazioni soggette alla medesima direttiva; la casistica regolata è la seguente:

- 1) lavori e servizi; lavori e forniture, servizi e forniture, lavori, servizi e forniture tutti rientranti nei settori ordinari (art. 3, par. 1 e 2 direttiva 2014/24);
- 2) lavori e servizi; lavori e forniture, servizi e forniture, lavori, servizi e forniture tutti rientranti nella medesima attività a sua volta inclusa nei settori speciali (art. 5, par. 1 e 2, direttiva 2014/25);
- 3) lavori e servizi; lavori e forniture, servizi e forniture, lavori, servizi e forniture rientranti in diverse attività incluse nei settori speciali (art. 5, par. 1 e 2, direttiva 2014/25);
- 4) concessioni miste di lavori e servizi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23 (art. 20, par. 1, direttiva 2014/23);
- 5) concessioni miste di diverse tipologie di servizi con diversi regimi, tutti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23 (art. 20, par. 1, direttiva 2014/23);
- 6) concessioni miste aventi ad oggetto diverse attività omogenee quanto a regime giuridico tutte rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23 (ipotesi diversa da quella di concessioni miste aventi ad oggetto attività dei settori speciali e attività di altri settori) (art. 20, par. 1 direttiva 2014/23).

Tutte queste ipotesi sono disciplinate dalle tre direttive con i medesimi criteri, e il legislatore nazionale accorpa tali ipotesi nell'art. 28, c. 1, tranne l'ipotesi sub 3), disciplinata nell'art. 28, c. 11, ma con il medesimo criterio. L'art. 28, c. 1, riguarda pure le concessioni, ma la stessa identica disciplina, con un parziale doppione legislativo, è poi riprodotta nell'art. 169, c. 1.

Come già indicato, qui il legislatore comunitario, e conseguentemente quello nazionale, segue il criterio della “prevalenza”, dichiarando applicabile il regime giuridico proprio della prestazione prevalente.

Nel caso in cui tra le prestazioni ci siano lavori, il criterio della prestazione prevalente segue un parametro qualitativo.

Nel caso in cui invece tra le prestazioni ci siano solo servizi di diversa tipologia, o servizi e forniture, il criterio della prestazione prevalente segue un parametro quantitativo.

La *ratio* della scelta comunitaria è la seguente:

- le prestazioni di servizi e forniture vengono considerate piuttosto simili, e anche i relativi appalti ricevono una disciplina sostanzialmente omogenea, sicché è sembrato corretto utilizzare il criterio della prevalenza economica;

- le prestazioni di lavori non sono omogenee rispetto ai servizi e alle forniture, e sono di regola di valore economico molto superiore, tanto che anche la soglia di rilevanza comunitaria per gli appalti di lavori è molto più elevata che per quelli di servizi e forniture⁶², sicché il criterio della prevalenza economica condurrebbe sempre, o quasi sempre, ad applicare la disciplina dell'appalto di lavori. In tale ipotesi, il diritto comunitario vuole che si abbia riguardo all'«oggetto» del contratto, indipendentemente dal suo valore, sicché la disciplina dell'appalto di lavori non si può applicare se i lavori non sono l'oggetto principale e assumono un significato accessorio.

8.3. I contratti misti “infra ed extra direttive”

Nell'ambito dei contratti misti le direttive contemplano anche il caso in cui le prestazioni in parte rientrano nel regime di una data direttiva e in parte sono esclusi dall'applicazione del diritto comunitario.

Tale ipotesi contempla tutte le esclusioni, tranne le esclusioni ai sensi dell'art. 346 TFUE che sono disciplinate insieme al tema dei contratti misti contenenti prestazioni soggette alla direttiva 2009/81 (settori difesa e sicurezza).

Tale ipotesi si articola nelle seguenti sub-ipotesi:

1) contratti aventi ad oggetto prestazioni rientranti nei settori ordinari e prestazioni escluse da essi e non riconducibili alle altre tre direttive contratti (settori speciali, concessioni, difesa e sicurezza) né alle esclusioni di cui all'art 346 TFUE (art. 3, par. 4 e 6, direttiva 2014/24);

2) contratti aventi ad oggetto prestazioni rientranti nei settori speciali e prestazioni escluse da essi e non riconducibili alle altre tre direttive contratti (settori ordinari, concessioni, difesa e sicurezza) né alle esclusioni di cui all'art 346 TFUE (art. 5, par. 4 e 5, direttiva 2014/25);

3) concessioni aventi ad oggetto prestazioni rientranti nell'ambito della direttiva concessioni e prestazioni da essa escluse e non riconducibili alle altre tre direttive contratti (settori ordinari, settori speciali, difesa e sicurezza) né alle esclusioni di cui all'art 346 TFUE (art. 20, parr. 2, 3 e 5, direttiva 2014/23).

Queste ipotesi sono disciplinate, dal legislatore italiano, nell'art. 28, c. 3, 5, 6, 9, e nell'art. 169, c. 2, 5, 6, 8.

I criteri ispiratori della disciplina sono i seguenti:

- se le prestazioni sono oggettivamente separabili, la stazione appaltante può scegliere di affidare appalti distinti, soggetti ognuno al proprio regime giuridico: dunque gli appalti inclusi sono soggetti alla direttiva di riferimento, quelli esclusi seguiranno il regime previsto da ciascun legislatore nazionale;

- se però, pur in presenza di prestazioni oggettivamente separabili, la stazione appaltante sceglie di affidare un appalto unico, quale che sia il valore economico delle varie prestazioni, il diritto comunitario esercita la sua *vis attractiva*, e si applica all'appalto unico, per tutte le prestazioni, il regime giuridico previsto per la prestazione soggetta al diritto comunitario;

- se le prestazioni non sono oggettivamente separabili, si applica il regime giuridico proprio di quella “principale” individuata di regola con un criterio qualitativo. Se è principale la prestazione oggetto di una delle tre direttive, la direttiva di riferimento si applica all'intero contratto. Se è principale la prestazione esclusa, tutto il contratto sarà escluso dall'ambito del diritto comunitario.

L'oggetto principale si determina con un criterio quantitativo solo nel caso di concessione che contempla in parte servizi inclusi nel regime della direttiva concessioni, in parte forniture escluse.

In tal senso dispone, per i settori ordinari e per i settori speciali, l'art. 28, c. 3, 5, 6, 9 che vanno letti congiuntamente, ed epurati delle parti ridondanti, a tenore dei quali:

⁶² V. sul punto M. ZOPPOLATO, *Commento all'art. 2, l. Merloni*, in D. TASSAN MAZZOCCO – C. ANGELETTI – M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, Giuffrè, Milano, 1999, 9.

“3. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente separabili, si applicano i commi 5, 6 (...). Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, si applica il comma 9.

5. Nel caso di contratti aventi ad oggetto appalti disciplinati dal presente codice nonché appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione del presente decreto, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte o di aggiudicare un appalto unico. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi.

6. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare un appalto unico, il presente decreto si applica (...), all'appalto misto che ne deriva, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette.

9. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione.”. Il c. 6 dell'art. 28, laddove afferma che si applica il codice, va letto separatamente per i settori ordinari e speciali, di talché:

- se le prestazioni in parte rientrano nei settori ordinari in parte sono escluse sia dai settori ordinari sia da qualsivoglia altra direttiva su appalti e concessioni, e viene indetto un appalto unico, si applica la parte del codice relativa ai settori ordinari;

- se le prestazioni in parte rientrano nei settori speciali in parte sono escluse sia dai settori speciali sia da qualsivoglia altra direttiva su appalti e concessioni, e viene indetto un appalto unico, si applica la parte del codice relativa ai settori speciali.

Per le concessioni, dispone l'art. 169, c. 2, 5, 6, 8, che vanno letti congiuntamente, ed epurati delle parti ridondanti, e a tenore dei quali:

“2. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente separabili, si applicano i commi 5, 6 (...). Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, si applicano i commi 8 (...).

5. Nel caso di contratti aventi ad oggetto sia elementi disciplinati dal presente codice che altri elementi, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare concessioni distinte per le parti distinte o di aggiudicare una concessione unica. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare concessioni separate, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali concessioni distinti è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta.

6. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare una concessione unica, il presente codice si applica (...) alla concessione mista che ne deriva, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette.

8. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione.”. Secondo la giurisprudenza della C. giust. UE le prestazioni eterogenee sono affidabili con appalto unico quando le differenti parti sono inseparabilmente connesse e formano un tutto indivisibile⁶³.

Si è ritenuto del tutto escluso dalla disciplina comunitaria un contratto misto con prestazioni eterogenee, alcune escluse e altre incluse nella disciplina comunitaria, indissolubilmente connesse, quanto le prestazioni escluse erano prevalenti su quelle incluse; si trattava nella specie di contratto misto il cui oggetto principale era l'acquisizione da parte di un'impresa del quarantanove per cento del capitale di un'impresa pubblica e il cui oggetto accessorio,

⁶³ C. giust. UE, 6.5.2010 C-145/08 e 149-08.

indissolubilmente connesso con tale oggetto principale, verteva sulla fornitura di servizi e sull'esecuzione di lavori⁶⁴.

Se in applicazione dei criteri suindicati deve ritenersi il contratto escluso dall'ambito delle direttive e del codice, ciò non esclude l'osservanza dei principi del Trattato a tutela della concorrenza e dei principi del codice sui contratti esclusi⁶⁵.

8.4. La scelta tra appalto unico e appalti plurimi e l'obbligo di motivazione

Apparentemente sia le direttive che il codice sembrano rimettere alla scelta discrezionale della stazione appaltante l'opzione tra aggiudicare un appalto unico o più appalti, in presenza di prestazioni soggette a regimi giuridici diversi.

Per il caso in cui le prestazioni sono oggettivamente non separabili e si applica il regime giuridico dell'oggetto principale, si impone alle stazioni appaltanti un dovere di cautela e di buona fede nello stabilire la non separabilità e eventualmente la prevalenza del regime giuridico dei contratti esclusi. E' evidente che le regole dei contratti misti potrebbero prestarsi ad una elusione della normativa comunitaria.

Deve ritenersi applicabile pure a tale ipotesi la regola, formalmente contenuta solo nel c. 10 dell'art. 28, secondo cui la decisione di aggiudicare un appalto unico o appalti distinti non può essere presa al solo fine di eludere l'applicazione del codice.

Pertanto, sebbene la scelta sia discrezionale, essa deve ispirarsi a un criterio di razionalità ed essere motivata. Per aggiudicare un appalto unico, quando ciò comporterebbe l'applicazione di un regime giuridico "più leggero" occorre che vi siano ragioni oggettive: la disciplina parla di prestazioni "oggettivamente non separabili", con ciò indicando che la scelta deve ispirarsi a ragioni tecnico-economiche effettive, in ossequio alla giurisprudenza della C. giust. UE.

Soccorre, in via esegetica, il considerando n. 11 della direttiva 2014/24 (e in termini analoghi il considerando 13 della direttiva 2014/25 e il considerando 29 della direttiva 2014/23)

8.5. I contratti misti aventi ad oggetto prestazioni soggette a diverse direttive: il caso in cui alcune delle prestazioni siano soggette alla direttiva 2009/81 (contratti nei settori difesa e sicurezza) ovvero siano escluse ai sensi dell'art. 346 TFUE

I casi che possono verificarsi sono i seguenti:

- 1) prestazioni soggette alla direttiva settori ordinari e alla direttiva difesa e sicurezza ovvero all'art. 346 TFUE (art. 3, par. 3, comma 2 e art. 16, direttiva 2014/24);
- 2) prestazioni soggette alla direttiva settori speciali e alla direttiva difesa e sicurezza ovvero all'art. 346 TFUE (art. 5, par. 3, comma 2 e art. 25, direttiva 2014/25);
- 3) prestazioni soggette alla direttiva concessioni e alla direttiva difesa e sicurezza ovvero all'art. 346 TFUE (art. 20, par. 2, comma 2 e art. 21 direttiva 2014/23);
- 4) prestazioni soggette alla direttiva difesa e sicurezza o all'art. 346 TFUE e a più di un'altra direttiva (art. 6, par. 1 e art. 26 direttiva 2014/25; art. 23, direttiva 2014/23);
- 5) prestazioni soggette alla direttiva difesa e sicurezza o all'art. 346 TFUE e prestazioni riconducibili ad attività dei settori speciali ed altre attività soggette alla direttiva 2014/23 (art. 23, direttiva 2014/23).

Il codice disciplina le prime tre ipotesi negli artt. 28, c. 4, 169, c. 3 e nell'art. 160, la quarta ipotesi nell'art. 28, c. 10 e nell'art. 160, la quinta ipotesi nell'art. 169, c. 3.

L'art. 28 c. 4, per i settori ordinari e speciali, contiene un mero rinvio all'art. 160, disponendo che *"Se una parte di un determinato contratto è disciplinata dall'articolo 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o dal decreto legislativo 15.11.2011, n. 208, si applica l'articolo 160"*.

Anche l'art. 169 c. 3 per le concessioni contiene un mero rinvio all'art. 160 disponendo che *"Se una parte di un determinato contratto, ovvero una delle attività interessate, sono disciplinate dall'articolo 346 TFUE o dal decreto legislativo 15.11.2011, n. 208, si applica l'articolo 160"*.

⁶⁴ C. giust. UE, 6.5.2010 C-145/08 e 149-08.

⁶⁵ C. giust. UE, 6.5.2010 C-145/08 e 149-08.

A sua volta l'art. 28, c. 10, per il caso di contratti aventi ad oggetto "più attività" di cui una soggetta alla direttiva 2009/81 o all'art. 346 TFUE, rinvia all'art. 160.

A sua volta l'art. 160 disciplina i contratti misti che presentano profili afferenti a difesa e sicurezza che li renderebbero soggetti al d.lgs. n. 208/2011 o all'art. 346 TFUE, insieme a profili dei settori ordinari e speciali o delle concessioni (art. 160, c. 1).

L'art. 160 detta le norme di "regolamento di confini" individuando con vari parametri la disciplina applicabile. Il criterio preferenziale è per la disciplina "derogatoria".

Questo acquista particolare rilevanza per gli appalti in materia di armi e dotazioni militari c.d. *dual use*, ossia ad uso promiscuo militare e civile.

E' prevista una disciplina differenziata a seconda che le diverse parti di un determinato appalto o di una concessione sono oggettivamente separabili, o non sono separabili (art. 160, c. 2).

Se le diverse parti di un appalto o di una concessione sono oggettivamente non separabili, l'appalto o la concessione possono essere aggiudicati senza applicare il codice, ove includa elementi cui si applica l'art. 346 TFUE; altrimenti può essere aggiudicato conformemente al d.lgs. n. 208/2011 (art. 160, c. 6).

Se le diverse parti sono oggettivamente separabili si applicano le seguenti regole:

- se le amministrazioni aggiudicatrici scelgono di aggiudicare un appalto o una concessione distinti per le parti separate, il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali contratti distinti è determinato in base alle caratteristiche della parte separata (art. 160, c. 3);

- se le amministrazioni aggiudicatrici scelgono di aggiudicare un appalto unico o una concessione unica, il relativo regime giuridico si determina sulla base dei seguenti criteri:

- a) se una parte dell'appalto o della concessione è disciplinata dall'art. 346 TFUE, l'appalto unico o la concessione unica possono essere aggiudicati senza applicare il presente codice né il d.lgs. n. 208/2011, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive;

- b) se una parte di un appalto o una concessione è disciplinata dal d.lgs. n. 208/2011, l'appalto unico o la concessione unica possono essere aggiudicati conformemente a tale decreto, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive. Sono fatte salve le soglie e le esclusioni previste dal d.lgs. n. 208/2011 medesimo (art. 160, c. 4).

L'art. 160 contempla, oltre al caso di contratto che contempla "una sola attività" soggetta a una delle tre direttive del 2014 e prestazioni riconducibili all'art. 346 TFUE ovvero alla direttiva 2009/81, anche il caso di contratto che contempla "più attività", vale a dire prestazioni riconducibili a più di una delle tre direttive del 2014, ovvero diverse attività riconducibili alla direttiva 2014/23, e prestazioni riconducibili all'art. 346 TFUE o alla direttiva 2009/81.

Esso dunque tratta di casi che le direttive disciplinano separatamente anche se di fatto il regime giuridico è lo stesso (rispettivamente, per "una sola attività", art. 25 direttiva 2014/25 e art. 21 direttiva 2014/23; per "più attività", art. 26, direttiva 2014/25 e art. 23 direttiva 2014/23).

In ogni caso decisione di aggiudicare un appalto unico o una concessione unica non può essere adottata allo scopo di escludere l'applicazione del codice o del d.lgs. n. 208/2011 (art. 160, c. 5).

Questo significa che la scelta tra appalto unico e plurimi appalti deve essere debitamente motivata, come si evince dal considerando 11 della direttiva 2014/24.

8.6. I contratti misti aventi ad oggetto prestazioni soggette a due o più tra le direttive 2014/23, 2014/24, 2014/25

Le prestazioni possono essere soggette a due delle tre direttive del 2014 o a tutte e tre.

Si danno i seguenti casi:

- 1) prestazioni soggette alla direttiva settori ordinari e alla direttiva settori speciali (art. 3, par. 5, direttiva 2014/24 che rinvia agli artt. 5 e 6 direttiva 2014/25);

- 2) prestazioni soggette alla direttiva settori ordinari e alla direttiva concessioni (art. 3, par. 4, comma 3, direttiva 2014/24);

- 3) prestazioni soggette alla direttiva settori speciali e alla direttiva concessioni (art. 5, par. 4, comma 3, direttiva 2014/25);

4) prestazioni soggette a tutte e tre le direttive settori ordinari, speciali, concessioni (art. 6, direttiva 2014/25).

Il codice disciplina tali casi nell'art. 28, commi 7, 8, 10, 11, 12.

In dettaglio:

l'art. 28, c. 8 disciplina il caso sub 1): settori ordinari + settori speciali;

l'art. 28, c. 7 contempla i casi sub 2) e sub 3): settori ordinari + concessioni; settori speciali + concessioni;

l'art. 28, c. 10, 11, 12 contempla il caso sub 4): settori ordinari + settori speciali + concessioni.

Per l'ipotesi in cui le prestazioni siano riconducibili sia ai settori ordinari che speciali, l'art. 3, par. 5, direttiva 2014/24 rinvia integralmente agli artt. 5 e 6, direttiva 2014/25, con la salvezza dei casi in cui le prestazioni siano riconducibili ai settori ordinari e a ambiti esclusi da tutte le direttive, o riconducibili alla direttiva 2009/81.

Questo rinvio integrale implica una duplice operazione:

- stabilire se si applica il regime dei settori ordinari o quello dei settori speciali;
- successivamente stabilire se la prestazione è di lavori, servizi, forniture, ovvero mista, e applicare il regime del contratto misto infra-direttiva.

Analogamente dispone l'art. 28, c. 8, codice che rinvia a tutte le disposizioni dettate per il caso di appalti aventi ad oggetto più attività.

Si applicano perciò anzitutto i commi 10, 11 e 12 dell'art. 28, che recepiscono l'art. 6, direttiva 2014/25, e a tenore dei quali:

- gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per ogni attività distinta o di aggiudicare un appalto unico (art. 28, c. 10);
- se scelgono di aggiudicare appalti distinti, la decisione che determina il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche dell'attività distinta di cui trattasi (art. 28, c. 10);
- se scelgono di aggiudicare un appalto unico, si applicano le disposizioni relative alla principale attività cui l'appalto è destinato, dunque a seconda dei casi il regime dei settori ordinari o speciali (art. 28, c. 11);
- se il criterio dell'art. 28, c. 11 non può essere applicato perché è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività il contratto è principalmente destinato, si applica il regime dei settori ordinari (art. 28, c. 12, lett. a), a tenore del quale *“l'appalto è aggiudicato secondo le disposizioni del presente codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali”*).

Una volta stabilito il regime applicabile (quello dei settori ordinari o dei settori speciali), se le prestazioni sono eterogenee, ossia lavori, più servizi, o più forniture, o servizi e forniture, o tutte e tre le tipologie, si applicano le restanti previsioni dell'art. 28 relative al contratto misto “infra-direttiva” e già commentate.

Il caso di prestazioni rientranti in parte nei settori ordinari in parte nel regime delle concessioni, ovvero in parte nei settori speciali e in parte nelle concessioni, dà luogo a un contratto misto di appalto e concessione, dunque con causa eterogenea.

Non vi è solo eterogeneità di prestazioni nell'ambito del medesimo tipo contrattuale (appalto o concessione) ma un tipo contrattuale complesso in cui si combinano elementi dell'appalto ed elementi della concessione.

Tali casi sono disciplinati unitariamente dall'art. 28, c. 7 e dall'art. 169, c. 9, a tenore dei quali:

- *“nel caso di contratti misti che contengono elementi di concessioni nonché appalti nei settori ordinari o speciali il contratto misto è aggiudicato in conformità con le disposizioni che disciplinano gli appalti nei settori ordinari o nei settori speciali”* (art. 169, c. 9), previsione, questa di mero rinvio (implicito) all'art. 28, c. 7;

- *“nel caso di contratti misti che contengono elementi di appalti di forniture, lavori e servizi e di concessioni, il contratto misto è aggiudicato in conformità con le disposizioni del presente codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari, purché il valore stimato della parte del*

contratto che costituisce un appalto disciplinato da tali disposizioni, calcolato secondo l'articolo 167, sia pari o superiore alla soglia pertinente di cui all'articolo 35" (art. 28, c 7).

La previsione dell'art. 169, c. 9 è di mero rinvio e dunque di fatto superflua.

La previsione dell'art. 28, c. 7 contiene due difetti: fa riferimento al valore stimato calcolato secondo l'art. 167, laddove il riferimento corretto è all'art. 35, come si desume dal confronto con l'art. 3 direttiva 2014/24 e 5 direttiva 2014/25.

Fa riferimento solo agli appalti nei settori ordinari (così recependo solo l'art. 3, direttiva 2014/24), laddove identica previsione è dettata per i contratti misti settori speciali+ concessioni dall'art. 5, par. 4, direttiva 2014/25.

In tal modo, al contratto misto settori speciali + concessioni risulta applicabile l'art. 28, c. 12, lett. b), che costituisce recepimento delle diverse previsioni dell'art. 6, direttiva 2014/25.

A scusante del legislatore italiano va osservato che gli artt. 5 e 6 direttive 2014/25 contengono previsioni che appaiono tra loro contraddittorie:

- da un lato l'art. 5, par. 4, terzo comma, direttiva 2014, 25, afferma: *"nel caso di contratti misti che contengono elementi di appalti di forniture, lavori e servizi e di concessioni, il contratto misto è aggiudicato in conformità con la presente direttiva (n.d.r. settori speciali), purché il valore stimato della parte del contratto che costituisce un appalto disciplinato dalla presente direttiva, calcolato secondo l'articolo 16, sia pari o superiore alla soglia pertinente di cui all'articolo 15"*;

- dall'altro lato, l'art. 6, che in teoria dovrebbe disciplinare solo gli appalti che riguardano "più attività", ossia riconducibili a più di due direttive, ipotizza un diverso regime dando preferenza alla direttiva 25 quando l'appalto rientra in parte nella direttiva 25 e in parte nella direttiva 23. Non è pertanto chiaro il diverso ambito delle due disposizioni, e il legislatore italiano ha optato per non recepire la prima delle due.

La soluzione corretta sembra la seguente:

- la prima previsione riguarda un contratto con prestazioni riconducibili in parte ai settori speciali e in parte alle concessioni;

- la seconda previsione riguarda un contratto con prestazioni riconducibili sia ai settori ordinari, sia ai settori speciali sia alle concessioni, e la prevalenza della disciplina dei settori speciali implica che si sia prima compiuta l'operazione di verifica se si applica la disciplina dei settori ordinari o speciali, e poi ciò stabilito si applicherà il criterio di soluzione del conflitto tra regime settori ordinari/concessioni e regime settori speciali/concessioni.

Tale caso è contemplato dall'art. 6, direttiva 2014/25, recepito nell'art. 28, commi 10, 11 e 12, commi da leggere alla luce dell'articolo della direttiva di cui sono recepimento:

1) nel caso di contratti aventi per oggetto più attività, gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per ogni attività distinta o di aggiudicare un appalto unico. Se gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare appalti distinti, la decisione che determina il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche dell'attività distinta di cui trattasi (art. 28, c. 10);

2) se gli enti aggiudicatori decidono di aggiudicare un appalto unico, si applicano i commi 11 e 12. La decisione di aggiudicare un unico appalto e di aggiudicare più appalti distinti non può essere adottata, tuttavia, allo scopo di escludere l'appalto o gli appalti dall'ambito di applicazione del codice (art. 28, c. 10);

3) se un appalto ha per oggetto più attività si applicano le disposizioni relative alla principale attività (art. 28, c. 11);

4) se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività gli appalti siano principalmente destinati, le disposizioni applicabili sono determinate come segue:

4.a) l'appalto è aggiudicato secondo le disposizioni del codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari se una delle attività oggetto dell'appalto è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali;

4.b) l'appalto è aggiudicato secondo le disposizioni del codice che disciplinano gli appalti nei settori speciali se una delle attività oggetto dell'appalto è disciplinata dalle disposizioni relative

all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni;

4.c) l'appalto è aggiudicato secondo il codice (da intendersi, la disciplina recata dal codice per i settori speciali) se una delle attività oggetto dell'appalto è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali e l'altra non è soggetta né a tali disposizioni, né a quelle relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari o alle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni.

Le lett. a) b) e c), solo apparentemente dirimono il “regolamento di confini” tra le direttive prese due a due; in realtà, lette in sequenza, dirimono anche “il regolamento di confini” tra le tre direttive quando le prestazioni siano riconducibili a tutte e tre le direttive.

Ovviamente tali lettere dettano criteri residuali rispetto alle previsioni dei c. 10 e 11 dell'art. 28.

Infatti in via prioritaria la stazione appaltante sceglie se indire più appalti per le diverse prestazioni, ovvero un appalto unico.

Se l'appalto è unico, si applica, tra i tre regimi, quello della attività principale.

Se è oggettivamente impossibile stabilire l'attività principale, soccorrono i tre criteri residuali del c. 12, lett. a), b) e c) da leggere nell'ordine in cui sono posti:

a) *in primis*, si applica il criterio della prevalenza della disciplina dei settori ordinari, se ci sono prestazioni riconducibili a tutte e tre le direttive;

b) *in subordine*, si applica la disciplina dei settori speciali se ci sono prestazioni riconducibili a settori speciali e concessioni;

c) *in ulteriore subordine*, si applica la disciplina dei settori speciali se ci sono attività dei settori speciali e prestazioni non riconducibili a nessuna delle altre direttive rilevanti (settori ordinari, concessioni, difesa e sicurezza).

8.7. I contratti misti aventi ad oggetto sia prestazioni soggette a due o più tra le direttive 2014/23, 2014/24, 2014/25 che prestazioni di contratti esclusi da tutte le direttive

Si può anche verificare una combinazione delle due casistiche esaminate nei parr. 7 e 8, ossia di prestazioni miste eterogenee riconducibili a più di una direttiva e a contratti esclusi da tutte le direttive.

Per tale ipotesi soccorre l'art. 28, c. 8 e l'art. 160.

Occorre pertanto prima stabilire quale regime si applica dei quattro visti per settori ordinari, speciali, concessioni, difesa e sicurezza. Una volta ciò stabilito, si applicano i commi 5 e 6 dell'art. 28 e l'art. 160, per verificare se si applica la direttiva individuata, o il regime dei contratti esclusi.

9. Tutela giurisdizionale

9.1. Momenti pubblicistici in fase esecutiva secondo il codice n. 50/2016

L'art. 133 c.p.a. estende la giurisdizione del g.a. a un contezioso che si svolge in fase esecutiva, che è quello sulla revisione dei prezzi.

Inoltre, il nuovo codice prevede, anche in virtù del recepimento di regole comunitarie, momenti pubblicistici anche nella fase di esecuzione del contratto.

Tale connotazione pubblicistica fa propendere per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo e, in talune ipotesi, per l'applicabilità del rito appalti ex art. 120 c.p.a.

Si esaminano di seguito i seguenti ambiti di giurisdizione del g.a. in fase esecutiva:

subappalto;

cessione del contratto di appalto;

varianti, modifiche dell'oggetto del contratto, proroghe;

revisione dei prezzi;

rifiuto di stipulare il contratto;

atti di ritiro dell'aggiudicazione;

esecuzione d'urgenza nelle more della stipulazione;

rinegoziazione dell'offerta.

La giurisdizione sul subappalto

In relazione al **subappalto**, occorre, ai fini della giurisdizione, distinguere varie vicende:

- a) il contratto di subappalto che interviene tra appaltatore e subappaltatore: esso ha natura privatistica e si sottrae perciò alla giurisdizione del giudice amministrativo;
- b) la fase esecutiva del subappalto comprensiva dei pagamenti diretti al subappaltatore da parte della stazione appaltante (per legge o su istanza del subappaltatore), delle questioni relative ai pagamenti e mancati pagamenti del subappaltatore nei confronti dei propri dipendenti; tutte tali questioni ineriscono alla fase esecutiva e si sottraggono alla giurisdizione del giudice amministrativo;
- c) la vicenda procedimentale che sfocia nell'autorizzazione del subappalto, o nella mancata autorizzazione, e le questioni di nullità del subappalto non autorizzato.

Se manca l'autorizzazione, il subappalto è nullo, e di tale nullità conosce il giudice ordinario. Quanto al contenzioso sul diniego di autorizzazione, secondo una tesi anch'esso spetta al giudice ordinario, in quanto l'autorizzazione al subappalto si inserisce nella fase di esecuzione del contratto, e sarebbe un atto privatistico riconducibile all'art. 1656 c.c., o comunque un atto vincolato a fronte del quale vi sarebbero situazioni di diritto soggettivo.

Si è così osservato che, da un lato, il **diniego di autorizzazione al subappalto** non attiene alle procedure di affidamento di cui all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a., trattandosi di modalità esecutiva della prestazione rimessa alla determinazione delle parti, e che, dall'altro lato, neppure si rientra nella giurisdizione ordinaria di legittimità in quanto la p.a. non esercita un potere discrezionale, ma un potere assimilabile a quello dell'appaltante privato ai sensi dell'art. 1656 c.c. Si rientrerebbe dunque in un caso di diritto privato speciale [Tar Lazio - Roma, III, 4.1.2010 n. 34].

Secondo una opposta tesi, l'autorizzazione e il diniego di autorizzazione sarebbero **atti amministrativi** a fronte dei quali vi sono interessi legittimi e giurisdizione del giudice amministrativo [Cons. St., V, 21.11.2007 n. 5906, in *UA* 2008, 474, nt. VALLETTI (234), ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo laddove, in tema di subappalto, non si disputi dell'applicazione del **regolamento negoziale**, ma di disposizioni pubblicistiche di ordine pubblico che presidiano finalità diverse dall'esecuzione dell'opera].

Quanto al tipo di giurisdizione amministrativa, vi sono due tesi:

- a) per una tesi la giurisdizione del g.a. è quella ordinaria di legittimità e non quella esclusiva di cui all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.;
- b) per un'altra tesi, anche la procedura che sfocia nel subappalto sarebbe una procedura di affidamento ai sensi e per gli effetti dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a., e dunque rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva [VALLETTI (234), 477].

È preferibile la tesi secondo cui la stazione appaltante, nell'autorizzare o meno il subappalto, non si limita a esercitare un potere privatistico, ma, al contrario, esercita un **potere pubblicistico** che non di rado richiede valutazioni discrezionali.

Infatti, il subappaltatore deve essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 e dei **requisiti speciali** di qualificazione in relazione alla prestazione subappaltata (artt. 80 e 105, d.lgs. n. 50/2016).

Sicché la stazione appaltante nell'autorizzare o meno il subappalto compie una valutazione di sussistenza o meno di requisiti soggettivi in capo al subappaltatore, che non differisce da quella che compie in ordine all'ammissione in gara dei concorrenti.

Non si comprende perché un'attività della medesima natura dovrebbe essere affidata a due diverse giurisdizioni.

La corretta soluzione esegetica, volta ad attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo, discende dalla corretta applicazione dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. che attribuisce la giurisdizione sulle "procedure di affidamento". E tali sono anche i subaffidamenti, in quanto anche ad essi concorre la stazione appaltante, mediante la valutazione del possesso dei requisiti in capo al subappaltatore.

Sulla scia di tale impostazione, è stato statuito in giurisprudenza che le autorizzazioni al subappalto sono suscettibili di **autotutela**, e la giurisdizione è stata trattenuta dal giudice amministrativo [Cons. St., V, 8.2.2010 n. 592].

La giurisprudenza ha anche affermato che ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di **discrezionalità valutativa** o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo [Cons. St., IV, 24.3.2010 n. 1713].

La giurisdizione sulla cessione del contratto di appalto pubblico

Se, come visto, rientra nella giurisdizione del g.o. il contenzioso sulla cessione dei crediti da contratti di appalto pubblico, più complessa è la questione quanto alla cessione del contratto di appalto pubblico. Sebbene la cessione del contratto si collochi nella fase di esecuzione del contratto, essa è “doppiata” da una sequenza procedimentale amministrativa, in cui la stazione appaltante valuta se acconsentire o meno alla cessione, previa verifica che il subentrante abbia i requisiti pubblicistici di moralità e qualificazione.

Si pone pertanto la questione se il contenzioso sul diniego di consenso alla cessione abbia natura privatistica con conseguente giurisdizione del g.o. o pubblicistica con conseguente giurisdizione del g.a.

Sembrerebbe corretta la seconda prospettazione, atteso che si tratta di sostituire all'originario aggiudicatario un altro contraente con una procedura di verifica dei requisiti, non dissimile da quella che si compie in sede di aggiudicazione [Tar Molise, I, 15.1.2016 n. 15].

Secondo una opposta prospettazione, inerte la fase di esecuzione del contratto il contenzioso relativo all'autorizzazione al **subentro nel contratto di appalto**: la posizione dell'impresa che aspira al subentro nel contratto di appalto costituisce una posizione di diritto soggettivo afferente la fase esecutiva di un contratto già stipulato con la p.a. Essa rientra quindi nella **giurisdizione del giudice ordinario** [Cons. St., VI, 11.7.2008 n. 3502].

In tale prospettiva si è affermato che in base al codice appalti in materia di modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto, non si prevede la rinnovazione delle procedure di gara da parte della stazione appaltante, né alcuna attività valutativa (discrezionale), ma la mera verifica oggettiva del possesso in capo al cessionario dei requisiti di qualificazione previsti dal citato codice; ne deriva che, a fronte del potere di verifica attribuito alla stazione appaltante, in fase di esecuzione del contratto, la posizione giuridica soggettiva del cessionario ha natura e consistenza di diritto soggettivo, con conseguente devoluzione della cognizione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario, secondo l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione basato sulla natura giuridica della posizione soggettiva azionata; perciò rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia riguardante la legittimità del comportamento della stazione appaltante, successivo alla conclusione del contratto intercorso con la società aggiudicatrice che ha ceduto il ramo di azienda, al fine di stabilire se il subentro nell'appalto di altra società sia opponibile all'ente pubblico appaltante [Tar Puglia - Lecce, II, 1.3.2013 n. 458].

Con riferimento alla disciplina del codice del 2006, le sezioni unite della Cassazione hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia promossa dalla cessionaria del ramo di azienda per ottenere l'annullamento del provvedimento con cui la stazione appaltante aveva respinto la richiesta di sostituzione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese affidatario dell'appalto. Tanto in applicazione del generale principio secondo cui successivamente alla stipula del contratto, conseguente ad un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto, rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato, a meno che l'Amministrazione committente non eserciti poteri autoritativi attraverso provvedimenti espressione di discrezionalità valutativa.

Secondo le sez. un., la verifica da parte della stazione appaltante circa la riconducibilità della

modifica soggettiva tra le fattispecie consentite dall'art. 116 d.lgs. n. 163/2006 ai fini della prosecuzione del contratto, non costituisce esplicitazione di un potere e non implica ponderazione di interessi sicché la posizione giuridica soggettiva in capo all'impresa che si vede negare il subentro nella esecuzione del contratto è di diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla cognizione del giudice ordinario [Cass., sez. un., 18.11.2016 n. 23468; Cass., sez. un., 24.4.2014 n. 9252].

La pronuncia delle Sezioni Unite, resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, è stata occasionata da una vicenda in cui, risolto il contratto di affitto di ramo di azienda stipulato in favore di impresa mandataria di RTI costituendo, poi risultato aggiudicatario di una gara per l'affidamento di servizi indetta da Expo 2015 s.p.a., la nuova cessionaria del compendio aziendale ha chiesto di subentrare nella posizione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese affidatario dell'appalto stesso, ai sensi dell'art. 116, d.lgs. n. 163/2006, vedendosi opporre un diniego dalla stazione appaltante, su conforme parere dell'ANAC, sul presupposto che le vicende risolutorie dei contratti non rientrerebbero tra le fattispecie tassative legittimanti il subentro nei contratti pubblici ai sensi del predetto art. 116; seguiva la risoluzione del contratto da parte di Expo 2015 s.p.a. in applicazione di clausola risolutiva espressa per sopravvenuta inidoneità dell'aggiudicataria, divenuta priva di un requisito di capacità tecnica. La società aspirante al subentro impugnava, quindi, il diniego opposto dalla stazione appaltante dianzi al Tar e, nella pendenza del giudizio, veniva proposto regolamento preventivo di giurisdizione deciso nei sensi di cui alla massima.

Si segnala che il pubblico ministero ha concluso nel senso della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto, non condiviso dalla Corte, che la controversia si colloca al di fuori del caso dell'adempimento dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto ed involge l'esercizio di poteri e valutazioni proprie della fase della gara, connotati dal carattere pubblicistico, di fronte ai quali la posizione della subentrante è di interesse legittimo; in particolare ha ritenuto che «... la richiesta di subentro si innesta nell'esecuzione del rapporto, ma richiede valutazioni che costituiscono un riflesso della procedura pubblicistica svolta a monte e che, in buona sostanza, danno luogo ad una sorta di riapertura, quanto al soggetto subentrante, della fase di verifica della sussistenza dei requisiti di qualificazione, con correlato esercizio di poteri tipicamente pubblicistici sostanzialmente omologhi a quelli della fase della gara, che non rileva siano attenuati. In altri termini, le esigenze pubblicistiche che informano la fase della gara ritornano immutate nel corso dell'esecuzione, sia pure limitatamente al caso della modificazione soggettiva del contraente, e rendono palese che l'accertamento dei relativi presupposti è effettuato nell'esercizio di un potere che è appunto pubblicistico e viene esercitato al di fuori degli schemi dell'autonomia privata, allo scopo di scongiurare eventuali elusioni della disciplina della gara ... la risoluzione del contratto invocata da Expo non è conseguita all'esercizio di poteri privatistici, bensì è derivata dall'esercizio del potere di riscontro dei requisiti soggettivi».

La giurisdizione su varianti, modifiche dell'oggetto del contratto, proroghe

Le modifiche dell'oggetto del contratto, le varianti, la proroga, si inseriscono nella fase di esecuzione del contratto.

Sono tuttavia subordinate a un procedimento autorizzatorio pubblicistico e a oneri di comunicazione e pubblicità che sono tipici delle procedure di evidenza pubblica.

Non si tratta di pura esecuzione privatistica, ma di vere e proprie procedure di affidamento diretto all'originario esecutore.

Sicché, ogni contestazione sulla sussistenza dei presupposti per tali affidamenti diretti, da parte di terzi controinteressati, così come ogni contestazione sul diniego di autorizzazione, sollevata dall'originario esecutore, sono attratte al contenzioso sulle procedure di affidamento che ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che soggiace allo speciale rito abbreviato dell'art. 120 c.p.a.

Si è ad esempio ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo sul diniego opposto dalla stazione appaltante a una richiesta dell'esecutore di approvazione di una variante: benché la pretesa dell'appaltatore originario all'effettuazione di lavori aggiuntivi in

variante si collochi nella fase strettamente esecutiva del contratto, l'approvazione di siffatta variante involge pur sempre aspetti inerenti l'affidamento di lavori pubblici, nella forma di atti di sottomissione ovvero di contratti accessori al contratto di appalto [Tar Umbria, 28.10.2016 n. 677].

La giurisdizione sulla revisione dei prezzi

Innovando rispetto al passato, e chiarendo dubbi che sul punto potevano sorgere, l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a., prevede la **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** non solo sulle clausole di revisione prezzi relative a contratti aventi per oggetto forniture e servizi (dove era già contemplata la giurisdizione esclusiva sui meccanismi revisionali), ma anche sui provvedimenti applicativi dell'**adeguamento dei prezzi** nei contratti relativi a lavori pubblici, adeguamento dei prezzi ora contemplato nell'art. 133, c. 3 e 4, d.lgs. n. 163/2006 (già art. 26, l. Merloni).

Si deve ritenere che la giurisdizione esclusiva riguardi però solo le controversie relative ai "provvedimenti" siano essi di riconoscimento dell'*an* o di determinazione del *quantum* sulla scorta di valutazioni discrezionali, e dunque relative all'*an* e o al *quantum* della revisione e alle modalità di pagamento, controversie queste ultime, che, secondo la costante elaborazione della giurisprudenza, in passato spettavano al giudice ordinario [Cass., sez. un., n. 13892/2009, secondo cui le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo ed al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica comprendono anche quelle aventi ad oggetto il *quantum debeatur*].

Restano però del giudice ordinario le controversie relative al mero pagamento delle somme, una volta quantificate, ovvero in cui la quantificazione debba avvenire in base a clausole contrattuali predeterminate sicché non vi è alcuna discrezionalità della p.a. [Cass., sez. un., 13.7.2015 n. 14559].

Analogamente, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in tema di adeguamento, modifiche o deroghe al prezzo chiuso nei contratti di appalti pubblici - analogamente a quelle, contigue, sulla revisione del prezzo, dalle quali si distinguono solo per la mancanza di una clausola contrattuale [Cass., sez. un., n. 19567/2011; n. 7176/2014].

In passato le questioni di **indennità, canoni, corrispettivi**, sono sempre state attribuite al **giudice ordinario** (v. art. 5, l. Tar, in tema di concessioni di beni, v. t.u. espropriazioni, in tema di indennità di esproprio).

In dottrina si è data una lettura estensiva dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), nel senso che sarebbero attratte alla giurisdizione esclusiva anche le questioni di *quantum* in materia di revisione prezzi [GAROFOLI (96)].

In via transitoria, si è ritenuta applicabile tale giurisdizione esclusiva in tema di **revisione prezzi** anche a liti instaurate davanti al giudice amministrativo prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, nelle quali si ha una giurisdizione sopravvenuta [Tar Marche, I, 10.10.2008 n. 1558].

Non è peraltro chiaro che cosa intenda l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), laddove fa riferimento ai "provvedimenti applicativi dell'**adeguamento dei prezzi** ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4".

Infatti, non è chiaro se per provvedimenti applicativi si debbano intendere solo quelli adottati dalle stazioni appaltanti, o se siano tali (in quanto applicativi del d.lgs. n. 163/2006) i decreti ministeriali contemplati in tali commi, la cui adozione è essenziale per l'operatività sia del meccanismo del prezzo chiuso che delle compensazioni.

In ogni caso, il contenzioso su tali d.m. è devoluto al giudice amministrativo, ma si tratta di capire se in sede di giurisdizione di legittimità o esclusiva.

L'art. 133 c.p.a. non è stato coordinato con il codice appalti n. 50/2016 e fa ancora riferimento agli artt. 115 e 133, d.lgs. n. 163/2006. Ora il riferimento deve intendersi all'art. 106, c. 1, lett. a), codice del 2016.

Fino al 2007 principio granitico nella giurisprudenza quello secondo cui occorre distinguere controversie in ordine al c.d. "*an*" della revisione prezzi, cioè in ordine alla spettanza o meno

della stessa, e controversie in ordine al *quantum*, cioè in ordine alla misura della revisione, una volta che il relativo diritto sia stato riconosciuto, in ordine all'*an*, dalla stazione appaltante. Le prime spettano al giudice amministrativo, in quanto il riconoscimento o meno della **revisione prezzi** dipende da valutazioni discrezionali e autoritative dell'amministrazione, rispetto alle quali il privato vanta solo interessi legittimi; le seconde spettano al giudice ordinario, in quanto, essendo già stata riconosciuta dall'amministrazione la spettanza della revisione, le contestazioni in ordine alla misura di essa coinvolgono diritti soggettivi patrimoniali [Cass., sez. un., 27.10.2006 n. 23072; Cass., sez. un., 30.10.2014 n. 23067; Cass., sez. un., n. 14556/2015 con riferimento ovviamente a fattispecie anteriore al d.lgs. n. 163/2006; Cons. St., IV, 17.4.2000 n. 2280; Cons. St., ad. plen., 20.2.1985 n. 3].

Nel 2007 le sez. un. hanno rimeditato il loro orientamento, alla luce della normativa che ha sancito il divieto della revisione dei prezzi negli appalti di lavori (art. 33, l. n. 41/1986, art. 3, d.l. n. 333/1992, art. 26, l. n. 109/1994). Secondo le sez. un., il divieto di revisione dei prezzi è divenuto un principio regolatore degli appalti pubblici, con la conseguenza che non è più configurabile un interesse legittimo dell'appaltatore a conseguire la revisione prezzi, ma si pone solo un problema di **validità delle clausole contrattuali** che, nel sopravvenuto regime, abbiano riconosciuto il diritto alla revisione prezzi. Pertanto, non ci può più essere giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di riconoscimento della revisione dei prezzi, atteso che tale domanda non comporta alcun sindacato su (inesistenti) poteri discrezionali dell'amministrazione, e atteso che la questione non può essere qualificata in termini di concessione (di denaro pubblico). Sicché su tale domanda vi è la **giurisdizione del giudice ordinario**, che deve valutare se la clausola contrattuale che accorda la revisione prezzi nel vigore di una normativa di divieto sia nulla per violazione di norme imperative [Cass., sez. un., 5.4.2007 n. 8519, ord., in *UA* 2007, 955, nt. DE MARZO (59)].

La soluzione delle sez. un. è stata resa in relazione al testo dell'art. 26, l. n. 109/1994, anteriore alle più recenti modifiche, che consentono meccanismi alternativi al c.d. **prezzo chiuso** nel caso in cui il prezzo di singoli materiali da costruzione subisca, per effetto di circostanze eccezionali, variazioni eccedenti il dieci per cento (v. ora art. 133, c. 4, d.lgs. n. 163/2006).

Inoltre la soluzione non sembra corretta nel vigore del sopravvenuto d.lgs. n. 163/2006, il cui art. 244, c. 3 (ora trasfuso nell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.), prevede la **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** proprio sui provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi.

Nel 2009 le sez. un. hanno riconosciuto che il sopravvenuto art. 244, d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.), ha inteso attribuire la giurisdizione esclusiva al g.a. sulla revisione prezzi, estendendola alle **questioni inerenti il quantum** [Cass., sez. un., 15.6.2009 n. 13892, ord., in *FI* 2010, I, 956, nt. FRACCHIA; Cass., sez. un., 26.9.2011 n. 19567]. Il giudice amministrativo ha affermato che la giurisdizione del g.a. abbraccia le questioni di *quantum* introdotte mediante impugnazione del d.m. che rigetta il ricorso amministrativo proposto in materia di misura della revisione prezzi [Cons. St., III, 12.7.2011 n. 4165].

Il rifiuto di stipulare il contratto

Un caso di confine tra il momento dell'evidenza pubblica e quello esecutivo riguarda la mancata stipulazione del contratto da parte della pubblica amministrazione con il soggetto individuato quale aggiudicatario all'esito della procedura di scelta [VIRGA (239), 686].

Il codice dei contratti pubblici dispone in termini generali che l'aggiudicazione definitiva non equivale, per la stazione appaltante, ad **accettazione dell'offerta** (art. 11, c. 7, d.lgs. n. 163/2006; art. 32, c. 6, d.lgs. n. 50/2016), sicché è sempre necessaria la successiva stipulazione.

Pertanto il rifiuto di stipulare si colloca sempre nell'ambito della procedura di affidamento, che termina solo con la stipulazione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Prima del d.lgs. n. 163/2006, problematico era il caso di aggiudicazione vincolante per entrambi i soggetti, caso nel quale la stipula del contratto assumesse un valore, a seconda dei casi, di ricognizione formale (se si tratta di gara meccanica) o di atto comunque dovuto in

caso di mancato ritiro con le forme dell'autotutela (appalto - concorso).

In tali casi il **rifiuto di stipulare** sembrava porsi a valle dell'esaurimento della procedura di affidamento, rientrando, a seconda dei casi, nel momento dell'esecuzione od in un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

Gli atti di ritiro dell'aggiudicazione

Anche gli atti di ritiro dell'aggiudicazione si pongono al confine tra atti inerenti la fase di evidenza pubblica e atti inerenti l'esecuzione del contratto.

In termini schematici si può affermare che:

a) al giudice amministrativo in sede esclusiva vanno devolute tutte le **controversie**, comprese quelle di annullamento, accertamento e risarcimento del danno, afferenti al **procedimento di affidamento dell'appalto**, segnatamente tutte le questioni involgenti atti e comportamenti della stazione appaltante relativi alla fase dell'individuazione del contraente privato e, più in generale, prodromiche alla stipulazione del contratto;

b) al giudice individuato secondo i criteri di riparto, e quindi di massima al giudice ordinario, vanno, invece, riservate le **vertenze riguardanti i rapporti contrattuali** tra le parti successivi alla stipulazione del contratto di appalto ed afferenti alla sua esecuzione.

c) alla giurisdizione del giudice amministrativo, infine, appartengono le **controversie** che, pur relative a momenti successivi alla stipula del contratto, involgono il legittimo esercizio da parte della pubblica amministrazione di **poteri autoritativi** incidenti sul rapporto contrattuale, per esempio quello avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione.

Per quanto riguarda, in particolare, gli atti di ritiro dell'aggiudicazione (quali annullamento, decadenza, revoca), gli stessi danno luogo ad una forma di **autotutela esterna** al contratto di appalto, che incide sul provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica.

Sicché, mentre gli atti di autotutela che incidono direttamente sul contratto (recesso, risoluzione), c.d. atti di **autotutela interna** sono atti privatistici, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, gli atti di autotutela che incidono a monte sull'aggiudicazione, e di riflesso sul contratto, hanno natura pubblicistica, e rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Alla luce dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), anche la giurisdizione sugli **atti di autotutela** che incidono sull'aggiudicazione deve essere considerata esclusiva.

Si deve infatti ritenere che la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento riguardi pure gli atti di secondo grado che su tali procedure incidono, quali sono, appunto, gli atti di ritiro.

Tale soluzione emerge dall'analisi della giurisprudenza sugli strumenti di autotutela **pubblicistica e privatistica**, di cui dispone la p.a., i primi incidenti sugli atti del procedimento di evidenza pubblica, i secondi incidenti sul rapporto contrattuale.

In relazione ai primi, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in virtù dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006) [Cons. St., IV, 25.9.2002 n. 4895; Cons. St., VI, 19.8.2003 n. 4671].

In relazione ai secondi sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, come ha ritenuto la Cassazione a sez. un., distinguendo, appunto, tra atti di autotutela incidenti sull'aggiudicazione, e **atti di autotutela privatistica** incidenti sul rapporto contrattuale [Cass., sez. un., 23.12.2003 n. 19787] e la stessa giurisprudenza amministrativa [Cons. St., V, 6.12.2010 n. 8554, in *UA* 2011, 443, nt. USAI (230)].

Come ha più volte affermato la Corte di cassazione, il generale potere di autotutela che compete alla pubblica amministrazione può essere legittimamente esercitato anche con riferimento agli **atti amministrativi** costituenti il presupposto di un contratto di diritto privato stipulato successivamente agli atti stessi e seguito dall'esercizio dell'autotutela, giacché, in tale ipotesi, l'autotutela ha per oggetto, non già il contratto ma, i provvedimenti adottati nel corso dell'iter procedimentale prodromico alla relativa stipulazione; l'autotutela provvedimento può intervenire anche dopo la stipulazione del contratto, e rientra pur sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo [Cass., sez. un., 1.3.2006 n. 4508, ord.; Cass.,

sez. un., 21.6.2005 n. 13296; Cass., sez. un., 12.3.2004 n. 5179].

Un'altra ipotesi da ascrivere alla sfera pubblicistica è il “**recesso**” dell'amministrazione dal contratto a seguito di informativa prefettizia antimafia ostativa, ai sensi dell'art. 11, c. 2 e 3, d.P.R. n. 252/1998 [Cass., sez. un., 11.1.2011 n. 391, in *UA* 2011, 420, nt. critica PROIETTI (179)].

Peraltro, in senso parzialmente difforme, le sez. un. ritengono che se la revoca dell'aggiudicazione interviene prima della stipula del contratto, spetta alla **giurisdizione del g.a.**, se interviene dopo tale momento, spetta alla giurisdizione del g.o., ma la tesi non sembra condivisibile, trattandosi pur sempre di autotutela pubblicistica [Cass., sez. un., 11.1.2011 n. 391; Cass., sez. un., 8.8.2011 n. 17066; Cass., sez. un., 13.7.2015 n. 14555].

La plenaria si è occupata del **confine tra autotutela privatistica e pubblicistica**, anche senza trarne nel caso specifico le conseguenze in tema di riparto di giurisdizione, atteso che nel caso specifico la questione di giurisdizione era preclusa. Peraltro il corollario in punto di giurisdizione è consequenziale e chiaro.

L'ordinanza di rimessione Cons. St., V, 2013 n. 5786 chiedeva di chiarire il confine tra revoca pubblicistica incidente su rapporti contrattuali e recesso unilaterale, sia in base alla normativa sui contratti pubblici sia in base alle disposizioni in tema recate dalla l. n. 241/1990.

A tal fine l'ordinanza di rimessione ha ricordato il prevalente orientamento del giudice amministrativo, favorevole all'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica pur dopo la stipula del contratto, e il contrario orientamento delle sez. un. nel senso preclusivo di siffatti poteri, e ha proposto una rimeditazione del prevalente orientamento del giudice amministrativo.

La plenaria, **rimeditando il prevalente orientamento del g.a.**, ha affermato il principio di diritto secondo cui nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvergono **sopravvenute ragioni di inopportunità** della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della **revoca dell'aggiudicazione** ma devono esercitare il **diritto potestativo di recesso** regolato dall'art. 134, d.lgs. n. 163/2006 [Cons. St., ad. plen., 20.6.2014 n. 14].

È evidente che, in punto di giurisdizione, il recesso rientra nella giurisdizione del g.o.

Non sembra che si sia ancora pervenuti a una soluzione univoca e appagante: non convince né il criterio cronologico, che dà rilievo al momento in cui interviene l'atto di autotutela (prima o dopo la stipulazione del contratto), né il criterio nominalistico che fa leva sul nome dell'istituto giuridico (revoca, decadenza, annullamento d'ufficio, recesso, risoluzione). Occorre piuttosto individuare, con un criterio sostanzialistico, il confine dell'autotutela pubblicistica rispetto a quella privatistica riconducibile agli istituti civilistici della risoluzione e del recesso. In questa prospettiva, anche alcuni istituti che hanno un nome privatistico, in particolare alcune ipotesi di risoluzione e recesso, hanno una connotazione pubblicistica, non coincidendo con il mero *ius poenitendi* di un contraente privato, né essendo ancorati a situazioni di inadempimento del rapporto contrattuale. Pertanto, ove vi siano istituti riconducibili ad una eliminazione del contratto vuoi per vizi genetici dell'aggiudicazione, vuoi per sopravvenienze afferenti all'interesse pubblico, vuoi per sopravvenuto difetto di requisiti del contraente privato essenziali per contrarre con la p.a. (commissione di reati, informativa antimafia ostativa), vi è sempre un interesse pubblico sotteso all'atto di ritiro, che induce a qualificarlo in termini di autotutela pubblicistica, da ricondurre alla giurisdizione del g.a.

Il recepimento delle nuove direttive appalti, 23, 24 e 25 del 2014, ad opera del d.lgs. n. 50/2016 induce a una ulteriore riflessione e ripensamento sull'autotutela della stazione appaltante e sul conseguente riparto di giurisdizione: infatti tali direttive, a differenza delle precedenti, si occupano di alcuni momenti dell'esecuzione del contratto, e individuano casi che qualificano come “risoluzione” unilaterale del contratto da parte della amministrazione aggiudicatrice. Le previsioni sono recepite negli artt. 108 e 176 del nuovo codice dei contratti pubblici.

Al di là del *nomen iuris* che corrisponde in Italia a un istituto civilistico, si tratta in realtà di una vera e propria autotutela pubblicistica (ancorata a casi di varianti essenziali che comporterebbero una nuova aggiudicazione o a violazioni gravi commesse nella fase di aggiudicazione o al difetto originario dei requisiti da parte dell'aggiudicatario, che avrebbe dovuto determinarne l'esclusione). Secondo il diritto comunitario si tratta peraltro di autotutela esercitabile anche a distanza di molti anni - addirittura dopo una pronuncia della Corte giust. UE, e questo in sede di recepimento ha comportato la necessità di prevedere una espressa deroga ai tempi brevi per l'autotutela pubblicistica come declinati dalla l. n. 241/1990.

Sembra palese la natura discrezionale di tale autotutela/risoluzione (le stazioni appaltanti "possono risolvere", recita l'art. 108, mentre l'art. 176 parla di annullamento d'ufficio), e la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Il contenzioso sull'esecuzione d'urgenza nelle more della stipulazione del contratto

Il contenzioso sull'esecuzione d'urgenza, nelle more tra aggiudicazione e stipulazione, essendo successivo all'aggiudicazione, è stato ritenuto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario [Cass., sez. un., 31.5.2016 n. 11368; Tar Emilia Romagna - Bologna, II, 12.10.2016 n. 851], ma la tesi non sembra condivisibile, perché l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e non chiude la fase di evidenza pubblica, che si spinge sino alla stipulazione del contratto.

La giurisdizione sugli atti di vigilanza e sulle sanzioni in relazione agli obblighi di esternalizzazione del concessionario

L'art. 177 codice n. 50/2016 prevede obblighi di esternalizzazione a carico del concessionario, per le concessioni affidate senza gara, nella misura dell'80%.

Il rispetto del limite di esternalizzazione è soggetto a controllo da parte dei soggetti concedenti, e a vigilanza da parte dell'ANAC o altre Autorità preposte alla vigilanza o controllo sulla concessione.

In tal senso sembra da intendere l'espressione utilizzata dall'art. 177, c. 3, di "soggetti preposti".

La verifica va effettuata con cadenza annuale, secondo modalità da definirsi con linee guida dell'ANAC, da emanare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del codice (art. 177, c. 3).

Ove vi siano situazioni di squilibrio rispetto al limite indicato, le stesse devono essere riequilibrare entro l'anno successivo (art. 177, c. 3).

Nel caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica (art. 177, c. 3).

Sia la vigilanza e controllo sugli obblighi di esternalizzazione, sia l'applicazione delle sanzioni per il mancato rispetto, sono una novità perché la disciplina previgente, pur prevedendo obblighi di esternalizzazione, non stabiliva modalità di vigilanza né sanzioni.

Si pone anche il problema della natura giuridica e della giustiziabilità sia degli atti di controllo/vigilanza, che accertano una situazione di squilibrio, sia della penale del 10% prevista per il caso di reiterate situazioni di squilibrio.

Si tratta di un contenzioso che si inserisce nella fase di esecuzione del contratto e che tuttavia riguarda atti pubblicistici che riguardano un obbligo pubblicistico del concessionario.

Sia un eventuale atto di vigilanza dell'ANAC, sia un atto di vigilanza e diffida del concedente, che accertano uno squilibrio e diffidano il concessionario, attengono non ad un aspetto privatistico del rapporto, ma a un momento pubblicistico.

Il relativo contenzioso sembra pertanto da attribuire al giudice amministrativo.

Analogamente, la c.d. penale per reiterati squilibri al di là del *nomen*, che rievoca la clausola penale, è una vera e propria sanzione, non già per un inadempimento contrattuale, ma per violazione di un obbligo derivante dalla legge e di natura pubblicistica, quale è l'obbligo di indire una procedura di gara.

Anche tale sanzione sembra pertanto giustiziabile davanti al giudice amministrativo. Quanto al rito applicabile, sembra doversi applicare l'art. 120 c.p.a., perché si ricade pur sempre nel contenzioso su procedure di affidamento, sotto il profilo della sussistenza o meno dei presupposti per fare una procedura di affidamento.

La rinegoziazione del contratto

La giurisdizione esclusiva in commento si estende alle controversie in tema di **rinegoziazione dell'appalto**.

In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza formatasi in relazione al previgente art. 6, l. n. 205/2000 [Cons. St., IV, 25.3.2003 n. 1544].

La rinegoziazione viene dunque attratta alla giurisdizione esclusiva sotto il profilo che costituisce essa stessa, laddove abbia ad oggetto un elemento essenziale del contratto, una procedura di affidamento.

In verità la rinegoziazione in sé non ha niente delle procedure di evidenza pubblica, consistendo in una trattativa pura tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario.

Tuttavia, posto che la rinegoziazione può tradursi in una violazione delle norme sulle gare e come tale viene denunciata in giudizio dai controinteressati, che lamentano l'utilizzo di una trattativa privata pura in luogo di una procedura selettiva, è sotto tale profilo, dell'utilizzo della rinegoziazione in luogo della gara, che va ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo [nel senso della non legittimità della rinegoziazione Cons. St., comm. spec., 12.10.2001 n. 1084/2000; Id., V, 13.11.2002 n. 6281, in *UA* 2003, 577, nt. DAMONTE (54). Per un caso particolare, in cui la rinegoziazione è stata ritenuta legittima, v. Cons. St., VI, 4.11.2002 n. 6004].

Anche le sez. un. hanno riconosciuto la giurisdizione amministrativa sulla rinegoziazione chiesta in fase di esecuzione dalla centrale di committenza pubblica in applicazione di norme imperative di legge (art. 15 d.l. n. 95/2012 e art. 17, d.l. n. 98/2011) [Cass., sez. un., 24.5.2016 n. 15663].

Tuttavia le sez. un. hanno affermato che nel caso in cui una stazione appaltante pubblica (nella specie: Consip) dopo l'aggiudicazione del contratto, pubblichi sul proprio sito i **nuovi prezzi** offerti da un concorrente, non si è in presenza di una nuova procedura di aggiudicazione, ma di un **comportamento materiale, che rientra nella giurisdizione del g.o.**

Nel caso di specie, dopo la stipula di un accordo quadro, Fastweb proponeva a Consip nuovi prezzi, più vantaggiosi, che vengono pubblicati sul sito internet di Fastweb. Insorgeva Telecom, lamentando una illegittima nuova aggiudicazione.

Le sez. un. affermano che non sono contestati atti provvedimenti, ma un mero comportamento consistente nella pubblicazione dei nuovi prezzi, sicché vi sarebbe giurisdizione del g.o. e non del g.a. [Cass., sez. un., 4.10.2012 n. 16848].

9.2. Il rito processuale

Il regime processuale dei pubblici appalti ha subito negli ultimi quindici anni continui cambiamenti, tutti nella logica di ottenere una decisione il più rapidamente possibile.

Appartengono ormai al passato remoto sia le disposizioni processuali di cui all'art. 31-*bis*, legge Merloni sia il rito speciale di cui al d.l. n. 67/1997.

Appartiene al passato, sia pure prossimo, anche il rito dell'art. 23-*bis*, l. Tar, introdotto dalla l. n. 205/2000 e abrogato, per quanto riguarda gli appalti, dal d.lgs. n. 53/2010, recante recepimento della direttiva ricorsi, che ha novellato il codice appalti.

Ma a sua volta la novella processuale del codice appalti, se pure non è vissuta un solo giorno come le rose di una nota canzone, ha avuto comunque vita brevissima, dal 27.4. al 15.9.2010, avendo subito un'abrogazione (sia pure travestita da modifica degli articoli) ad opera del codice del processo amministrativo (art. 3, c. 19, disp. coord. e abr., c.p.a.).

Se le disposizioni in tema di sorte del contratto, sanzioni alternative, tutela risarcitoria, hanno subito solo un trasloco con ritocchi minimi, dal codice appalti al codice del processo amministrativo, invece il rito processuale sui pubblici appalti (già art. 245, codice appalti) dopo

la sua vita brevissima dal 27.4.2010 al 15.9.2010, è stato trasferito dal codice appalti al c.p.a. (art. 120) con sensibili modificazioni che ne fanno un'entità profondamente diversa.

Ulteriori modifiche al rito, in modo piuttosto confuso e mal coordinato, sono poi state apportate dal d.l. n. 90/2014, con regole poi modificate dalla l. di conversione n. 114/2014, e con un discutibile regime transitorio.

Infine, ulteriori modifiche sono state dettate, in via di novella dell'art. 120 c.p.a., dal d.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), in una duplice direzione: manutenzione delle norme esistenti, introduzione di un ulteriore rito, superaccelerato, contro le ammissioni e le esclusioni.

Il quadro che ne risulta in ordine alla scansione temporale del giudizio è quanto mai complesso se non caotico, soprattutto nella fase di transizione da un rito all'altro.

Il nuovo codice tenta di intervenire con strumenti preventivi e precontenziosi, quali il parere e la raccomandazione dell'ANAC. Abolisce, peraltro, la previgente informativa preventiva alla stazione appaltante.

Quando il contenzioso giurisdizionale sulla gara sia inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell'effettività della difesa. La tutela giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata della tutela cautelare.

Il sistema eurounitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare *ex lege* ai concorrenti: il c.d. *standstill*, inteso come moratoria nella stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione, in una prima fase per un certo lasso temporale per consentire la eventuale proposizione dei ricorsi, e, dopo la proposizione del ricorso, fino alla pronuncia cautelare del giudice.

A sfatare la leggenda (o l'incubo) che siano i Tar a bloccare le opere pubbliche, è sempre bene orientarsi con la bussola comunitaria: la sospensione, per almeno i primi 60 giorni dopo l'aggiudicazione, la determina direttamente, per vis propria, il diritto comunitario.

Ogni qualvolta il legislatore nazionale ha tentato, sempre in materia di opere pubbliche, di porre divieti, limiti, termini, ostacoli, alla tutela cautelare, nella migliore delle ipotesi le norme sono state applicate in modo "costituzionalmente orientato", non di rado sono cadute davanti al giudice costituzionale.

Né può dirsi che la Corte di giustizia eurounitaria rivolga un *blind eye* alle norme processuali italiane in materia di appalti, e agli stessi orientamenti della giurisprudenza italiana: ne sono esempi le decisioni della C. giust. UE in tema di termini minimi di ricorso, di ordine di esame di appello principale e incidentale, di misura del contributo unificato, che anche quando salvano "in corner" lo Stato italiano, lo fanno con un monito che rischia di diventare monitoraggio.

Il rito appalti è articolato secondo le seguenti linee di fondo:

- a) costruzione di un separato rito speciale, che si muove nei binari nell'art. 119, c.p.a., ma se ne discosta in più punti;
- b) la disciplina del rito abbreviato comune (art. 119 c.p.a.) resta applicabile per quanto non espressamente disposto (art. 120, c. 3, c.p.a.);
- c) competenza inderogabile, già affermata dall'art. 245, d.lgs. n. 163/2006, ma ora generalizzata per tutti i giudizi amministrativi (art. 13 c.p.a.);
- d) previsione di termini più brevi sia di quelli ordinari, sia di quelli di cui all'art. 119 c.p.a. (art. 120, c. 2, c.p.a.);
- e) obbligatorietà e non mera facoltatività dei motivi aggiunti per impugnare atti connessi a quello già impugnato;
- f) giudizio di merito ove possibile immediato, diversamente da celebrarsi in ogni caso entro breve termine (nell'art. 120, c. 6 c.p.a., come novellato dalla l. n. 114/2014, udienza da celebrarsi entro 45 giorni; nella versione originaria dell'art. 10, c. 6, udienza da fissarsi con assoluta priorità; dal 27.4. al 15.9.2010, nell'art. 245, d.lgs. n. 163/2006: udienza di norma entro 60 giorni);

g) sinteticità degli atti di parte secondo un puntuale format da fissarsi con decreto del Presidente del Consiglio di Stato (regola introdotta dalla l. n. 114/2014 e poi generalizzata dalla l. di conversione del d.l. n. 168/2016).

9.3. Il nuovo rito superaccelerato

Con il nuovo codice dei contratti pubblici, al rito speciale appalti si affianca un nuovo rito superaccelerato contro ammissioni e esclusioni, finalizzato a definire la platea dei soggetti ammessi in modo definitivo prima dell'aggiudicazione. Le contestazioni su ammissioni ed esclusioni devono perciò essere immediatamente proposte con tale rito e non possono più farsi valere in sede di ricorso contro l'aggiudicazione. Sicché sono inammissibili contestazioni su ammissioni ed esclusioni fatte valere solo in sede di impugnazione dell'aggiudicazione⁶⁶.

Tale rito ha sue connotazioni specifiche⁶⁷.

Esso attua il criterio della legge delega di cui al punto bbb), che imponeva “*revisione e razionalizzazione del rito abbreviato (...) anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva*”.

In ossequio a tali criteri direttivi il nuovo rito prevede:

- ambito riferito a ammissioni e esclusioni in relazione alla subfase di gara di verifica dei requisiti generali e dei requisiti di qualificazione (capacità tecnico-professionale e capacità economica e finanziaria);

- l'impugnazione va proposta entro il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29 codice appalti, del provvedimento che determina ammissioni e esclusioni, e è previsto il rito camerale, a meno che le parti non chiedano l'udienza pubblica (art. 120, c. 2-bis e c. 6-bis, c.p.a.).

Vi sono termini stringati per la definizione immediata del merito, salvi rinvii stringatissimi ove sia necessario per istruttoria, termini a difesa, integrazione del contraddittorio.

Si ha un giudizio ordinariamente immediato, e eventualmente abbreviato (in caso di istruttoria, termini a difesa, integrazione del contraddittorio). In particolare:

- l'udienza in camera di consiglio (o pubblica se le parti lo chiedono) deve celebrarsi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente;

- il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza;

⁶⁶ Tar Campania – Napoli, VIII, 2.2.2017 n. 696.

⁶⁷ Sul nuovo rito v. G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 3.6.2016; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, *ivi*, 26.6.2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *ivi*, 29.7.2016; C. CONTESSA, *Commento all'articolo 205*, in C. CONTESSA e G. CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni – Il d.lgs. 50/2016 commentato articolo per articolo*, Roma, 2016; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 873 ss.

- le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima;
- la camera di consiglio o l'udienza possono essere posticipate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale;
- in caso di istruttoria, la relativa ordinanza fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni;
- è esclusa la possibilità di cancellare la causa dal ruolo;
- il giudice deve depositare la sentenza entro sette giorni dall'udienza di discussione;
- come nel rito contro l'aggiudicazione, è prevista la possibilità di chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avverrà entro due giorni dall'udienza; viene corretta la formulazione precedente delle norme, che non chiarivano se i due giorni fossero un termine per la richiesta di parte di dispositivo, o per la pubblicazione;
- l'appello va proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza;
- il nuovo rito superaccelerato è applicabile anche in appello, essendo stati richiamati, in appello, i c. 2-bis, 6-bis e 9, secondo periodo, che tale rito delinearono.

Tale nuovo rito ha suscitato **perplexità di fondo** sotto il profilo di onerare i concorrenti a fare un ricorso al buio contro le altrui ammissioni, in una fase in cui non vi è ancora un interesse concreto e attuale a contestare l'ammissione di soggetti che potrebbero non essere aggiudicatari, con aggravio di tempi e di costi processuali.

Vi è poi un **problema pratico di conoscibilità dei vizi** e di svolgimento della procedura di gara. Invero, la stazione appaltante, di regola, si limita a verificare solo la regolarità delle autodichiarazioni dei requisiti (DGUE, attestazioni SOA, dichiarazioni sui requisiti di qualificazione), e fa le verifiche acquisendo i documenti solo sul primo e secondo classificato. Sicché, l'impugnazione delle altrui ammissioni dovrebbe avvenire sulla base delle sole autodichiarazioni, salvo poi a chiedere in giudizio l'esibizione di documenti, con inevitabile istruttoria e allungamento dei tempi di giudizio.

Il nuovo rito è stato finalizzato a prevenire il contenzioso complesso basato su ricorsi principali e incidentali incrociati sui requisiti di partecipazione, ma non ha tenuto adeguatamente conto che nel frattempo era già stato introdotto uno strumento fortemente deflattivo di tale tipo di contenzioso, che è il soccorso istruttorio.

L'applicabilità di tale rito presuppone che il provvedimento recante le ammissioni e esclusioni **sia stato pubblicato** sul profilo di committente ai sensi dell'art. 29 codice appalti. Si è ritenuto che in difetto di tale pubblicazione il rito superaccelerato non è applicabile⁶⁸, ovvero che il termine di impugnazione non decorra in tal caso dalla pubblicità sul sito ma dalla comunicazione dell'aggiudicazione, con conseguente applicabilità del rito previsto per l'aggiudicazione⁶⁹.

Il **termine di cui all'art. 29** codice appalti di due giorni, previsto per le comunicazioni è stato ritenuto di **natura ordinatoria**⁷⁰.

Non è chiaro poi **l'ambito applicativo** sotto i seguenti profili:

- non è chiaro se il rito si applichi solo in relazione alle esclusioni per difetto di requisiti generali e di qualificazione, o anche nei casi di esclusione a seguito della c.d. forcella o preselezione;

⁶⁸ Tar Campania – Napoli, IV, 20.12.2016 n. 5852.

⁶⁹ Tar Basilicata, 13.1.2017 n. 24.

⁷⁰ Tar Campania – Napoli, VIII, 2.2.2017 n. 696.

- non è chiaro se il rito si applichi solo se vi è una vera e propria subfase della gara in cui si procedere alle ammissioni e esclusioni, o anche quando la stazione appaltante si avvalga della facoltà, prevista dal codice, di verificare i requisiti dei concorrenti in ogni fase della gara.

Quanto alla **tutela cautelare**, nel rito “superspeciale” la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione. Peraltro, la tutela cautelare viene comunque prevista, in quanto essa non può essere preclusa *ex ante*, in via generale, anche ove, di fatto, ed ordinariamente, *ex post* non sia necessaria.

In concreto, la tutela cautelare potrebbe essere necessaria per bloccare il pericolo di una rapida aggiudicazione e di un avvio dell’esecuzione del contratto anticipato rispetto alla stipulazione, più veloci rispetto ai tempi di definizione del giudizio superaccelerato⁷¹.

Difficile, poi, nel rito superaccelerato, compiere, in sede di tutela cautelare, il giudizio prognostico imposto dal c. 8-ter dell’art. 120 c.p.a.⁷².

Il nuovo rito si inserisce **nel sistema dell’art. 120** sicché:

- per tutti i termini non espressamente contemplati, vale il dimezzamento (v. ad es. termine di deposito del ricorso, ricorso incidentale, motivi aggiunti);

- non occorre istanza di fissazione udienza;

- si applicano le regole sulla sinteticità degli atti di parte, declinata secondo i limiti quantitativi fissati nel d.P.C.S., dapprima il n. 40/2015 e in prosieguo il n. 167/2016.

La disciplina sembra voler escludere **i motivi aggiunti**, ma non può in astratto escludersi che possano essere necessari motivi aggiunti o possano essere articolati ricorsi incidentali.

Inoltre la giurisprudenza ha ritenuto che se **sopraggiunge in corso di causa l’aggiudicazione, questa possa essere impugnata con motivi aggiunti** nel giudizio già promosso contro il provvedimento di ammissione o esclusione, e che in tal caso il rito si converta, con prevalenza di quello avverso l’aggiudicazione⁷³.

Per ragioni di incompatibilità logica (mancanza dell’aggiudicazione) non si applica in tale rito il **meccanismo dello *standstill***.

Nell’ipotesi poi, di **contestuale impugnazione del provvedimento di esclusione del ricorrente e/o dell’altrui ammissione e del provvedimento di aggiudicazione**, tra il rito superaccelerato e quello accelerato, deve darsi prevalenza a quest’ultimo⁷⁴.

Se, proposto ricorso contro le altrui ammissioni, sopraggiunge in corso di causa l’aggiudicazione a favore del ricorrente, il ricorso non diviene improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse. Se, infatti, l’omessa impugnazione dell’ammissione degli altri concorrenti fa consumare, come accade in tale rito superaccelerato, il potere di dedurre le relative censure in sede di impugnazione dell’aggiudicazione, parimenti tali censure non potranno essere mosse dall’aggiudicatario che volesse paralizzare, con lo strumento del ricorso incidentale, quello principale proposto avverso l’affidamento dell’appalto, allorquando non abbia tempestivamente esercitato detto potere ai sensi dell’art. 120, c. 2-bis, c.p.a.

Dichiarare, allora, il ricorso improcedibile, in ragione del raggiungimento del bene ultimo dell’aggiudicazione da parte del ricorrente, e quindi del mancato ottenimento di ulteriori benefici dall’esclusione dei controinteressati, non utilmente collocati –comporterebbe una situazione alquanto singolare, ove non del tutto violativa del diritto di difesa, per cui il ricorrente

⁷¹ Tar Campania – Napoli, IV, 20.12.2016 n. 5852.

⁷² Tar Campania – Napoli, IV, 20.12.2016 n. 5852.

⁷³ Tar Campania – Napoli, VIII, 19.1.2017 n. 434.

⁷⁴ Tar Campania – Napoli, IV, 20.12.2016 n. 5852; Tar Puglia – Bari, I, 7.12.2016 n. 1367.

aggiudicatario si vedrebbe precluso l'esame delle proprie doglianze nei confronti degli altri concorrenti, i quali, invece, ben potrebbero ottenere l'accoglimento delle proprie ragioni contro l'ammissione del ricorrente, ed in via derivata, l'aggiudicazione ottenuta.

Pertanto, in ragione della separazione delle due fasi processuali (contro gli atti di ammissione ed esclusione, e contro l'aggiudicazione), cui corrispondono anche riti diversi, la successiva aggiudicazione non può ritenersi tale da incidere sull'interesse a ricorrere ex art. 120, c. 2-bis, non essendo venuta meno l'utilità del ricorso anticipato⁷⁵.

⁷⁵ Tar Lazio –Roma, I-bis, 8.2.2017 n. 2113.