

Gli appalti estranei alla luce delle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali

di Simone Castrovinci

19 settembre 2018

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'ambito di applicazione del Codice Appalti – 3. I settori speciali – 4. L'orientamento del giudice amministrativo: la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011 – 5. La sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione, n. 4899/2018 – 6. Segue: l'itinerario argomentativo – 7. Un ripensamento *in extremis*? – 8. La disciplina del Nuovo Codice Appalti – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Come noto, le regole a presidio dell'evidenza pubblica, nella loro dimensione pro-concorrenziale promanante dall'impostazione UE, si declinano e sono modulate su base soggettiva ed oggettiva.

È di intuitiva e manifesta evidenza che non tutti i soggetti (anche latamente) pubblici dell'ordinamento sono tenuti a rispettare la disciplina in materia di appalti pubblici. Del pari, i contratti¹ oggetto di affidamento da parte di tali soggetti non sono tutti sottoposti al medesimo regime giuridico.

La disciplina in materia, dunque, risulta diversificata, quanto a perimetro applicativo e a pervasività degli obblighi di gara, sulla base di considerazioni che afferiscono alla natura del soggetto affidante e/o alle caratteristiche del contratto oggetto di affidamento.

La *ratio* di tale diversificazione non è sempre di agevole intelligenza.

In alcuni casi, infatti, le disposizioni in materia (principalmente ci si riferirà al D.Lgs. 163/2006, il "Codice Appalti" e al D.Lgs. 50/2016, il "Nuovo Codice Appalti") sembrano presupporre un raffronto tra l'ente affidante e un soggetto '*standard*' tenuto al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica.

In altri termini, viene attribuito rilievo al criterio della maggiore o minore prossimità dell'ente affidante rispetto ai soggetti pubblici '*per eccellenza*' (cioè, tendenzialmente, gli enti pubblici territoriali). Prossimità, poi, desunta da alcuni indici individuati a livello normativo.

¹ Ai fini del presente scritto si darà rilievo ai contratti c.d. passivi, cioè ai contratti dai quali deriva una spesa per il soggetto affidante, mentre non si esaminerà la disciplina relativa ai contratti c.d. attivi, che invece determinano un'entrata per il soggetto affidante.

In altri casi, invece, paiono prevalere ragioni di politica del diritto², ovvero considerazioni legate alle peculiarità dell'oggetto dell'affidamento³.

L'esatta individuazione delle caratteristiche del contratto oggetto di affidamento e l'esatta qualificazione giuridica del soggetto affidante assumono, pertanto, un rilievo fondamentale: (i) ai fini della sussistenza dell'obbligo di rispettare le procedure di affidamento, nonché dell'intensità di tale obbligo; nonché (ii) ai fini della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla procedura di affidamento.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, rileva l'art. 133 c.p.a. che, al comma 1, lett. e), fa rientrare nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie *“relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative [...]”*⁴.

L'elemento rilevante ai fini del radicarsi della giurisdizione del giudice amministrativo è, dunque, la sussistenza di un vincolo eteronomo (*i.e.*, non scaturente da un auto-vincolo del soggetto affidante) che imponga (*“comunque tenuti”*) a determinati soggetti di rispettare i procedimenti ad evidenza pubblica previsti a livello normativo ovvero ad applicare la disciplina di matrice europea nella scelta (per quanto interessa) del contraente.

In via preliminare si ritiene, poi, opportuno fornire una (e ci si scusa sin d'ora se ovvia) precisazione metodologica: le definizioni che verranno analizzate sono tratte dalle disposizioni in materia di appalti pubblici. Chi scrive ritiene che i risultati

² Si pensi all'applicazione della disciplina in materia di appalti pubblici ai soli lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici (ove non fossero qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici, *cf.* art. 32, comma 1, lett. b) del Codice Appalti) ovvero dai concessionari di servizi, ove si tratti di lavori *“strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice”* (*cf.* art. 32, comma 1, lett. f) e oggi, prescindendo dalla disposizione contenuta nell'art. 177, art. 1, comma 2, lett. d) del Nuovo Codice Appalti, mentre, per gli appalti di forniture conclusi, nell'ambito della propria attività, dal concessionario di servizi con terzi si stabiliva solamente che l'atto di concessione dovesse prevedere il rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, *ex* art. 30, comma 6 del Codice Appalti), probabilmente giustificata dal fatto che la materia dei lavori pubblici è storicamente considerata maggiormente 'sensibile', nonché dal fatto di voler bilanciare le esigenze pro-concorrenziali con una efficace gestione da parte dei soggetti concessionari (in ipotesi, anche totalmente privati).

³ Si pensi, a titolo di esempio, al caso di contratti regolati da specifiche disposizioni settoriali (come nel caso di concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Regolamento CE 1370/2007, *ex* art. 18, comma 1, lett. a) del Nuovo Codice Appalti), ovvero agli appalti aventi ad oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici (art. 17, comma 1, lett. b) del Nuovo Codice Appalti), per il cui affidamento risulta necessaria una maggiore flessibilità funzionale a valorizzare le considerazioni di rilievo culturale e sociale (*cf.* considerando 23 della Direttiva 2014/24/UE).

⁴ Per completezza si segnala che l'art. 133, comma 1, lett. e) fa rientrare nella giurisdizione esclusiva del G.A. altresì le controversie *“relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto”*.

eventualmente raggiunti all'esito delle considerazioni che seguono vadano limitati a tale materia, non essendo predicabile un'estensione *tout court* di definizioni che trovano scaturigine e collocazione funzionale nell'ambito di tale settore.

2. L'ambito di applicazione del Codice Appalti

Sotto il versante soggettivo (che formerà oggetto del presente scritto) deve in prima battuta osservarsi che l'impianto definitorio del Codice Appalti risulta particolarmente denso e configura una struttura che potrebbe definirsi concentrica.

Si parte, infatti, da un nucleo di soggetti sottoposti al più stringente rispetto delle regole di evidenza pubblica (le amministrazioni aggiudicatrici) e man mano che si procede 'allontanandosi' da tale nucleo iniziale la disciplina diventa, per vari aspetti, più tenue e rarefatta.

Come si è detto, il primo gruppo di soggetti tenuto al rispetto delle disposizioni del Codice Appalti è costituito dalle amministrazioni aggiudicatrici, per tali intendendosi, ai sensi dell'art. 3, comma 25 del Codice Appalti (nonché dell'art. 3, comma 1, lett. a) e c), del Nuovo Codice Appalti, che fanno riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici centrali e sub-centrali) "*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*".

Come si può notare, si tratta dei soggetti pubblici 'per eccellenza' nella loro evoluzione storica (lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici), cui si aggiungono gli organismi di diritto pubblico (di seguito, anche, "OdP"), nozione di matrice europea che comprende "*qualsiasi organismo, anche in forma societaria*:"

- 1) *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- 2) *dotato di personalità giuridica;*
- 3) *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico"* (art. 3, comma 26 del Codice Appalti e art. 3, comma 1, lett. d) del Nuovo Codice Appalti).

La ragione di tale assimilazione va ravvisata nell'obiettivo europeo della realizzazione di un mercato unico, la cui realizzazione potrebbe risultare in contrasto con le logiche di stampo puramente pubblicistico che possono caratterizzare l'azione dei soggetti pubblici.

In relazione alla materia che interessa si è, quindi, scelto di sottoporre al rispetto delle procedure di evidenza pubblica i soggetti che, benché formalmente privati, possono agire sul mercato non seguendo logiche concorrenziali, al fine di evitare che il perseguimento di tali finalità possa compromettere la piena realizzazione del mercato unico⁵.

⁵ La tematica relativa alla natura giuridica e all'individuazione dell'OdP è da lungo discussa. In linea generale, *cf.* G. LA ROSA, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in *Lee istituzioni del federalismo*, Milano, 2007; G. MARCHEGANI, *La nozione di Stato*

Risulta pertanto centrale la corretta individuazione di un OdP, per la cui configurabilità è richiesta la sussistenza cumulativa⁶ (*cf.* Corte Giust., 10 aprile 2008, C-393/06) dei requisiti sopra menzionati, con la precisazione che il requisito dell'influenza dominante di cui al precedente punto 3) può dirsi sussistente anche laddove vi sia, alternativamente, uno soltanto dei presupposti contemplati *sub.* 3) (finanziamento maggioritario o controllo gestionale o controllo strutturale).

Il principale requisito caratterizzante l'organismo di diritto pubblico è dato dal *c.d.* requisito teleologico, che postula che lo stesso sia istituito per la realizzazione di finalità di interesse generale, funzionalmente correlate alle attribuzioni istituzionali del soggetto pubblico che esercita su di esso un'influenza dominante.

Accertata la finalità d'interesse pubblico, occorre poi verificare se le esigenze perseguite dall'ente rivestano carattere non industriale o commerciale. In assenza di una definizione a livello comunitario, la giurisprudenza⁷ e la dottrina⁸ hanno enucleato in via interpretativa una serie di indici sintomatici della connotazione non industriale o commerciale dei predetti bisogni sulla base delle circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo e delle condizioni nelle quali esso svolge la sua attività (*cf.* Corte Giust. CE, 22 maggio 2003, C-18/2001, *Taitotalo*). In particolare, tale natura è stata ravvisata in quei bisogni realizzati:

- in modo diverso dall'offerta di beni e servizi sul mercato, al cui soddisfacimento, per motivi connessi all'interesse generale, la pubblica amministrazione preferisce provvedere direttamente o tramite soggetti sui quali mantenga un'influenza dominante;
- in assenza di un mercato concorrenziale idoneo, per le sue oggettive condizioni, a consentire ad altri operatori economici lo svolgimento della propria attività in quel dato settore; in proposito si è osservato che la mancanza di un assetto concorrenziale del mercato e la circostanza che un dato ente rappresenti l'unico soggetto in grado di esercitare l'attività per la quale è stato costituito, lascia presumere che lo stesso sia guidato da considerazioni diverse da quelle economiche⁹;

inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 2002; B. RINALDI, *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica*, in *Foro amministrativo - T.A.R. (II)*, Milano, 2007; D. MARRAMA, *L'organismo di diritto pubblico e gli apparati di servizi e di forniture sotto-soglia*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 2004.

⁶ Peraltro, gli indici rilevatori dell'OdP, oltre a dover coesistere, sono in una certa misura espressioni del medesimo aspetto, con la conseguenza che gli stessi si integrano e compenetrano a vicenda, così che l'uno serve a meglio definire e completare il senso degli altri, *cf.* G. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato, op. cit.*

⁷ Tra le tante, *cf.* Cons. Stato, sez. cons., parere 21 aprile 2016, n. 968; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 497; Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 1 marzo 2016, n. 314; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 12 maggio 2015, n. 1150; TAR Sicilia, Catania, sez. II, 12 marzo 2015, n. 772; TAR Torino, sez. I, 29 luglio 2014, n. 1305; TAR Lazio, Roma, sez. II, 18 febbraio 2013, n. 1778. In termini, *vd.* anche ANAC, parere del 20 febbraio 2013, AG 3/13.

⁸ *Cfr.*, oltre alle opere già citate, anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, pp. 551 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, pp. 198 ss.; F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice e regolamento dei contratti pubblici*, Roma, 2011 pp. 32 ss.; O. CUTAJAR, A. MASSARI, *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza*, Rimini, 2015, pp. 84 ss..

⁹ *Ex multis cf.* TAR Catania, sez. II, 12 marzo 2015, n. 772.

- in assenza di assunzione di rischi di impresa collegati all'attività svolta, conseguenti all'operatività di dinamiche compensatorie volte al ripianamento di eventuali perdite di cui si fa carico l'ente pubblico di riferimento; significativamente, la giurisprudenza ha rilevato che *“L'attività dell'organismo di diritto pubblico deve avere carattere non industriale o commerciale. I compiti dell'ente vengono svolti non con metodo economico ma con attività che non implica assunzione del rischio di impresa. La presenza di tale carattere è desunta, in primo luogo, dalla peculiare connotazione interna dell'assetto societario e, in particolare, dalla esistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico che **assicurano**, secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'organismo. In secondo luogo, elemento esterno, di valenza indiziaria, dell'assenza del metodo economico può essere costituito dal contesto in cui l'attività viene esercitata e cioè dall'esistenza o meno di un mercato di beni o servizi oggetto delle prestazioni erogate. La mancanza di un mercato non può ovviamente derivare dal fatto che in esso operi la sola società pubblica ma occorre stabilire se un mercato abbia la possibilità di esistere valutando le caratteristiche dei beni e servizi offerti, i loro prezzi, nonché la presenza anche solo potenziale di più fornitori. Quando si accerta che manchi effettivamente un mercato concorrenziale idoneo, per le sue oggettive condizioni, ad indurre gli operatori economici a svolgere in quel settore la propria attività ciò rappresenta certamente un rilevante elemento probatorio circa l'assenza del metodo economico e dunque dell'attività di impresa”*¹⁰;

- in mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro quale finalità principale, per tale intendendosi la possibilità di generare ricavi e distribuire utili sotto forma di dividendi agli azionisti; a tale riguardo, si è rilevato in giurisprudenza e nella prassi che una gestione improntata a criteri imprenditoriali non sarebbe di per sé incompatibile con la qualifica di OdP, sull'assunto che per bisogno non industriale o commerciale dovrebbe intendersi, più che la non imprenditorialità della gestione, la funzionalizzazione dell'attività al soddisfacimento di bisogni generali della collettività: *“[...] la costruzione e gestione delle autostrade [...] costituisce evidentemente attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali, di talché l'ente cui tale attività è affidata è da qualificare come organismo di diritto pubblico, essendo irrilevante la sua natura giuridica privatistica; è stato sottolineato, proprio con riguardo alla nozione di organismo di diritto pubblico, che un'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente da un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale”*¹¹; ed ancora, *“è indifferente che l'ente, oltre a svolgere compiti di carattere generale, svolga anche altre attività a scopo di lucro, dal momento che continua a farsi carico dei bisogni d'interesse generale che è specificamente obbligato a soddisfare, per cui la parte che le attività esercitate a scopo di lucro*

¹⁰ *Vd. ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570; *id.*, VI, 20.03.2012, n. 1574; TAR Lombardia, sez. IV, 12 maggio 2015, n. 1150; Cass. Civ., Sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10068; Corte Giust., 22 maggio 2003, C-18/01.

¹¹ *Cfr.* Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1094; Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292; Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711.

*occupano nell'ambito delle attività globali dell'ente è priva di rilevanza ai fini della qualifica come organismo di diritto pubblico*¹².

Al ricorrere dei predetti requisiti, è possibile qualificare (si ribadisce, ai fini della materia in esame) un determinato soggetto quale OdP. Tale qualificazione, dunque, determina – in considerazione della contiguità degli OdP con gli enti pubblici, risultante dalla compresenza dei requisiti previsti dalla legge – l'uniformità del regime giuridico relativo alle procedure di affidamento, che si applica nella sua interezza.

Procedendo nell'individuazione dei soggetti tenuti all'applicazione delle disposizioni in materia di evidenza pubblica, viene, poi, in rilievo la nozione di ente aggiudicatore, rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina relativa ai settori speciali (anche se il Nuovo Codice Appalti reca una definizione di enti aggiudicatori anche ai fini della disciplina in materia di concessioni, *cf.* art. 3, comma 1, lett. e), punto 2).

Ed infatti, l'art. 3, comma 29, del Codice Appalti (e, in termini sostanzialmente analoghi, l'art. 3, comma 1, lett. e), punto 1) del Nuovo Codice Appalti) stabiliva che all'interno della categoria degli enti aggiudicatori¹³ rientrassero: le amministrazioni aggiudicatrici (di cui si è già parlato), le imprese pubbliche e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operassero in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti.

Come si può notare, la categoria degli enti aggiudicatori comprende quella delle amministrazioni aggiudicatrici, ma (ovviamente) in essa non si esaurisce, contenendo altresì due figure soggettive che presentano minori affinità con il paradigma pubblicistico.

La prima di tali figure è quella delle “*imprese pubbliche*” le quali, ai sensi dell'art. 3, comma 28 del Codice Appalti (e, oggi, dell'art. 3, comma 1, lett. t)) sono “*le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:*

- a) *detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;*
- b) *controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;*
- c) *hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa”.*

Gli aspetti distintivi dell'impresa pubblica possono essere ricavati, *a contrario*, rispetto a quelli dell'OdP. Ferma la sussistenza dell'influenza dominante esercitata sulla

¹² In tal senso, *cf.* TAR Lazio, sez. II-ter, 18 febbraio 2013, n. 1778; Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, causa C-393/06 – ING Aigner; Corte Giust., Mannesmann Anlagenbau Austria, 15 gennaio 1998, causa C-44/96; ANAC, parere AG 3/13; *contra* Cons. Stato, sez. VII, 20 marzo 2012, n. 1574; TAR Piemonte, sez. I, 13 giugno 2012, n. 702 a tenore dei quali solo l'impresa pubblica, il cui scopo è il perseguimento dell'interesse pubblico correlato ad esigenze di natura commerciale e industriale, sarebbe compatibile con lo scopo lucrativo).

¹³ Si anticipa sin d'ora, ma sul punto si tornerà nel prosieguo, che tanto nel previgente Codice Appalti quanto nel Nuovo Codice Appalti, la nozione di enti aggiudicatori viene fornita ai fini dell'applicazione (tendenzialmente) delle disposizioni ai settori speciali. Sul punto è sufficiente analizzare il tenore testuale dell'art. 3, comma 29, del Codice Appalti e dell'art. 3, comma 1, lett. e) del Nuovo Codice Appalti.

società dal socio pubblico, vengono tipicamente qualificate imprese pubbliche quelle società che, a differenza degli OdP:

- offrono sul mercato beni e servizi in regime di concorrenza, assumendone il relativo rischio imprenditoriale;
- non beneficiano di interventi finanziari, da parte dell'ente pubblico socio, compensativi di eventuali perdite commerciali.

In proposito, si è affermato che *“la differenza sostanziale tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico non riposa nel modello organizzativo adottato, ma nella circostanza che l'impresa pubblica è esposta alla concorrenza, gestisce servizi rinunciabili da parte dell'ente di riferimento, subisce o può subire perdite commerciali, mentre l'organismo di diritto pubblico è caratterizzato dalla mancata esposizione alla concorrenza, dalla irrinunciabilità del servizio e dal conseguente obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell'ente di riferimento”*¹⁴. Ed ancora, sempre nell'esegesi giurisprudenziale, si è sostenuto *“risulta che elementi comuni tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico attengono all'impiego dello strumento societario e dunque alla fase di costituzione nonché all'esigenza di perseguire l'interesse pubblico. Le differenze tipologiche riguardano, invece, le modalità di svolgimento dell'attività - economica e non economica - e la conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro. Esiste poi un elemento costituito dall'influenza dominante che si atteggia diversamente a seconda della specificità della fattispecie: mentre per l'organismo di diritto pubblico si tratta di un elemento indefettibile di identificazione dell'ente, per l'impresa pubblica la sua presenza dipende, alla luce di quanto previsto dall'art. 2449 cod. civ., dalla composizione, maggioritaria o minoritaria, della compagine societaria”* (cfr. Cons. Stato, sez. VII, 20 marzo 2012, n. 1574)¹⁵.

È dunque agevole comprendere che le imprese pubbliche, ancorché partecipate da soggetti pubblici, agiscono in un contesto concorrenziale e si atteggiano quali operatori di mercato, operanti in settori rispetto ai quali è necessaria una maggiore apertura alla concorrenza quale conseguenza dello storico regime di monopolio.

La maggiore distanza rispetto al mondo pubblicistico è percepibile altresì con riferimento ai titolari di diritti speciali o esclusivi, i quali, a ben vedere, sono di regola soggetti privati, ancorché operanti in virtù di riserve o di diritti speciali che potrebbero determinare una chiusura della concorrenza.

¹⁴ TAR Lazio, sez. II, 18 febbraio 2013, n. 1778; TAR Catania, sez. II, 12 marzo 2015, n. 772.

¹⁵ In dottrina, cfr. G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, Milano, 1995; M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni della rivista Servizi pubblici e appalti*, Milano, n. 1/2004; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, *ibid.*; E. FERRARI, *L'impresa pubblica tra il trattato e le direttive comunitarie*, *ibid.*; F. GOISIS, *Impesa pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006.

3. I settori speciali

La nozione di enti aggiudicatori rileva, come anticipato, in relazione ai settori speciali¹⁶. Come noto, si tratta di settori che, in passato, erano sottratti alla concorrenza e al diritto comunitario in materia di appalti pubblici (c.d. settori esclusi, regolati dal diritto privato) e che hanno successivamente formato oggetto dell'intervento europeo volto ad assoggettarli alle (o ad alcune delle) regole dell'evidenza pubblica.

Tuttavia, si è comunque ritenuto di mantenere i connotati di specialità di detti settori, rispetto a quelli 'ordinari'¹⁷, mediante una disciplina più flessibile, che lascia maggiore libertà alle stazioni appaltanti, e soprattutto meno rigorosa quanto all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione¹⁸, nonché da interpretare, alla luce di tali premesse, in modo restrittivo¹⁹.

In altri termini, ove si trattasse di appalto rientrante in uno dei settori speciali (ambito oggettivo) e affidato da un soggetto qualificabile come ente aggiudicatore (ambito soggettivo), avrebbero assunto rilievo le disposizioni 'speciali' in materia di evidenza pubblica.

Coerentemente con tali premesse, il già menzionato art. 3, comma 29, del Codice Appalti stabiliva che la nozione di ente aggiudicatore assumeva rilievo "al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V" e, dunque, al fine dell'applicazione dei principi generali, delle norme relative ai settori speciali, delle disposizioni in materia di contenzioso e delle disposizioni di coordinamento, finali e transitorie.

Allo stesso modo, l'art. 207 del Codice Appalti (in termini simili all'art. 114 del Nuovo Codice Appalti), prevedeva che "la presente parte (cioè la parte III, relativa ai settori speciali) si applica, nei limiti espressamente previsti, a soggetti:

- a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del presente codice;
- b) che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente".

Inoltre, l'art. 217 del Codice Appalti (come si vedrà nel successivo paragrafo 8, il Nuovo Codice Appalti contiene una disposizione recante una diversa formulazione), ai sensi del cui comma 1: "la presente parte (cioè la parte III, relativa ai settori speciali) non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi

¹⁶ Più nello specifico, si tratta dei settori del gas, dell'energia termica, dell'elettricità, dell'acqua, dei trasporti, dei servizi postali, dello sfruttamento di area geografica, *cf.* art. 3, comma 1, lett. hh) del Nuovo Codice Appalti.

¹⁷ Si noti come l'art. 3, comma 1, lett. gg) definisca settori ordinari "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 presente codice, in cui operano le amministrazioni aggiudicatrici".

¹⁸ In termini, *cf.* Cons. Stato, Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16.

¹⁹ La stessa giurisprudenza comunitaria ha affermato 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 (C. giust. CE 15 gennaio 1998 C44/96), che estende il regime applicabile all'organismo di diritto pubblico a tutti i suoi appalti (*cf.* C. giust. CE 10 aprile 2008 C-393/06, Aigner) e che risulta sintetizzabile nell'adagio *semel organismo, semper organismo*.

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”.

Ove, pertanto, un ente aggiudicatore avesse operato in uno o più dei settori speciali indicati nel Codice Appalti (ma, sotto tale aspetto, un criterio analogo è contenuto nel Nuovo Codice Appalti), lo stesso – in virtù del principio di specialità, innescato dalla contestuale presenza dell'aspetto soggettivo e di quello oggettivo – avrebbe dovuto rispettare le regole previste per gli affidamenti nell'ambito di tali settori (nel preesistente sistema del Codice Appalti, dettate nella parte III).

Si comprende, allora, come profilo soggettivo e profilo oggettivo interagissero ai fini delle disposizioni in materia di settori speciali, in un intreccio di non sempre agevole scioglimento.

Può, dunque, passarsi ad analizzare l'ipotesi in cui un ente aggiudicatore operante nell'ambito dei settori speciali avesse effettuato un affidamento al di fuori di tali settori. In tale circostanza, infatti, pur ricorrendo il profilo soggettivo (cioè la veste di ente aggiudicatore, rilevante ai fini del Codice Appalti), sarebbe venuto a mancare quello oggettivo, poiché l'affidamento si sarebbe collocato, sul versante oggettivo, al di fuori dei settori speciali.

4. L'orientamento del giudice amministrativo: la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011

La questione è stata affrontata, con riferimento alla previgente disciplina di cui al Codice Appalti, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, nella sentenza n. 16 del 1° agosto 2011, ha tracciato un percorso teorico-argomentativo pienamente condiviso da chi scrive. E ciò si afferma sebbene, sotto il versante pratico, le concrete applicazioni giurisprudenziali di tale pronuncia fossero, poi, risultate tutt'altro che univoche.

La questione affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato riguardava l'affidamento, da parte di un ente aggiudicatore *sub-specie* di impresa pubblica operante in un settore speciale, dei servizi di sicurezza e vigilanza privata dei propri uffici amministrativi.

In tale circostanza si era ritenuto che il servizio in esame non fosse rientrante nei settori speciali, né strumentale rispetto all'attività in essi svolta, in quanto non finalizzato al *core business* svolto in tali settori. Ed infatti, *“la garanzia della sicurezza degli uffici non è certo esclusiva del settore, né si pone ad esso in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella gestione di un servizio; diversamente, l'appalto sarebbe stato da ricondurre nella disciplina dei settori speciali(cfr. Cons. St., ad. plen., 23 luglio 2004 n. 9 sul servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie a Grandi Stazioni s.p.a.)”.*

Ciò posto, veniva analizzato il nucleo centrale della questione, consistente nell'individuazione della disciplina giuridica applicabile all'affidamento di tale appalto. Sotto tale aspetto, l'Adunanza Plenaria giunge a coniare la nota nozione di appalti (non soltanto esclusi, ma addirittura) 'estranei' all'ambito di applicazione del Codice Appalti.

Questi ultimi non sarebbero degli appalti aventi uno specifico oggetto ed esclusi – per varie ragioni, ma comunque sulla base di una disposizione che specificamente li contempla al fine di escludere l'applicazione delle norme in materia – dall'ambito di

applicazione del Codice Appalti, ma costituirebbero *“una categorie residuale, che comprende qualsiasi tipo di appalto estraneo al settore speciale. Non si tratta pertanto di appalti semplicemente “esclusi”, - ossia rientranti in astratto nell’ambito di applicazione delle direttive ma specificamente “esentati” -, bensì di appalti del tutto “estranei” all’ambito di azione della direttiva 2004/17/CE”*.

In altri termini, nell’ambito del *genus* dei contratti esclusi sarebbero ravvisabili almeno due *species*, aventi una diversa *ratio*: gli appalti ‘esenti’ e gli appalti, appunto, ‘estranei’.

I primi, sono appalti che, in astratto, rientrerebbero nei settori di intervento delle direttive, ma che vengono da queste esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria. Farebbero parte di tale categoria, ad esempio, gli appalti segreti, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati, e le stesse concessioni di servizi, nonché gli appalti sotto-soglia.

I secondi, invece, sarebbero quegli appalti *“esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell’Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall’esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE)”*.

Ebbene, rispetto a tali ultimi contratti – e in particolare in relazione agli appalti affidati da imprese pubbliche estranei ai settori di intervento delle direttive – non vi sarebbe l’obbligo di rispettare i principi del Codice Appalti (applicabili, invece, all’affidamento dei contratti propriamente esclusi dall’ambito di applicazione oggettiva del predetto Codice in virtù dell’art. 27 dello stesso²⁰).

Poste tali premesse, l’Adunanza Plenaria ha quindi potuto svolgere un’importante distinzione:

- (i) ove l’ente aggiudicatore sia un ente aggiudicatore *sub specie* di amministrazione aggiudicatrice, l’appalto, estraneo al settore speciale, ricadrebbe comunque nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE;
- (ii) ove, invece, l’ente aggiudicatore sia un’impresa pubblica (ma il discorso potrebbe estendersi anche con riferimento ai soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi) *“l’appalto, estraneo al settore speciale, non ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE, che non contempla tra le stazioni appaltanti le imprese pubbliche; e neppure ricade sotto i principi dei Trattati, al cui rispetto devono ritenersi tenuti i medesimi soggetti tenuti all’osservanza delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE in relazione agli appalti da esse “esclusi”, ma non anche in relazione agli appalti ad esse del tutto estranei”*.

A ciò, naturalmente, conseguiva un criterio di riparto della giurisdizione, in quanto l’affidamento di contratti estranei ai settori speciali effettuato da un’impresa pubblica, poiché non sottoposto all’obbligatorio rispetto delle regole in materia di evidenza pubblica, sarebbe stato soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario (essendo, un eventuale auto-vincolo, inidoneo a modificare i criteri di riparto della giurisdizione e, dunque, a radicare la giurisdizione amministrativa).

Ove, invece, l’affidamento di un appalto estraneo fosse stato effettuato da un’amministrazione aggiudicatrice (soggetta al rispetto del Codice Appalti anche in

²⁰ Come modificato dal D.L. 70/2011 convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della L. 106/2011.

relazione ai settori ordinari, rispetto ai quali non potrebbe predicarsi la nozione di 'estraneità'), sarebbe rimasto fermo il rispetto delle regole di gara e dunque, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il sistema era, apparentemente, chiaro.

5. La sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione, n. 4899/2018

Può dunque muoversi ad analizzare la vicenda da cui trae origine il presente scritto, che nasce dal ricorso presentato da un concorrente avverso l'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto da parte di Poste Italiane S.p.A.. Il giudizio veniva incardinato innanzi al giudice amministrativo di primo grado.

La parte resistente, oltre a difendersi nel merito, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che: (a) sotto il versante soggettivo, la stessa fosse qualificabile come impresa pubblica²¹; (b) sotto il profilo oggettivo, l'appalto in questione non fosse strumentale rispetto all'attività *core* svolta nell'ambito dei settori speciali.

A fronte del provvedimento cautelare emesso dal TAR Lazio, veniva quindi proposto regolamento preventivo di giurisdizione innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, affinché venisse dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario e fondando la richiesta sugli insegnamenti contenuti nella sentenza 16/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

La questione, in effetti, si poneva in termini assai simili rispetto a quelli affrontati nella richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria, con la particolarità che, sotto il versante della qualificazione giuridica di Poste Italiane S.p.A. sussistevano due precedenti che avevano qualificato quest'ultima quale ente aggiudicatore nella forma dell'impresa pubblica (*i.e.* Commissione europea, decisione 2008/383/CE del 30 aprile 2008; in termini Cass. sez. un., 29 maggio 2012, n. 8511).

Con riferimento a tale ultima pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, può osservarsi che la fattispecie ivi affrontata presentava alcuni elementi peculiari. Ed infatti, in quel caso, la gara bandita da Poste Italiane S.p.A. riguardava *"la fornitura di distributori automatici di banconote (postamat), consegna del software, installazione, avvio in esercizio e servizio di manutenzione in garanzia"*.

Il settore in parola era, però, stato interessato da una pronuncia della Commissione Europea la quale – nell'ambito della procedura prevista dall'art. 219²² del Codice

²¹ Peraltro, si segnala che nelle more del giudizio era intervenuta la sentenza Cons. St., ad. plen., 28 giugno 2016, n. 16, che – nell'analizzare una controversia in materia di accesso dei dipendenti di Poste Italiane S.p.A., con riferimento al rapporto di impiego (di natura privata) in corso – aveva ritenuto ammissibile la richiesta di accesso sulla base, , tra l'altro, della (ritenuta) natura di organismo di diritto pubblico della predetta società. La pronuncia, pur non formando oggetto del presente scritto, presenta sicuramente profili di criticità quantomeno sotto il profilo metodologico, in quanto richiama e utilizza nozioni proprie della materia della contrattualistica pubblica per fini del tutto diversi, afferenti ad un diverso plesso normativo.

²² Il quale stabilisce, al comma 1, che *"Gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 non sono soggetti al presente codice se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili"* e al comma 6 che *"Gli appalti destinati a permettere la prestazione dell'attività di cui trattasi non sono più soggetti al presente codice se la Commissione:*

Appalti, volta a verificare la sussistenza di effettiva esposizione a concorrenza di attività (o segmenti di attività) facenti parte dei settori speciali – aveva ritenuto, con decisione del 5 gennaio 2010, n. 12, che *“la condizione della diretta esposizione alla concorrenza prevista dall'art. 30, paragrafo 1, della direttiva 2004/17/CE è considerata soddisfatta in Italia riguardo ai seguenti servizi: a) raccolta del risparmio tramite i conti corrente; b) prestiti per conto di banche e altri intermediari finanziari abilitati; c) servizi e attività di investimento; d) servizi di pagamento e trasferimento di denaro”, e stabilendo conclusivamente che “la direttiva 2004/17/CE non si applica ai contratti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a consentire l'esecuzione dei seguenti servizi in Italia: (...) servizi di pagamento e trasferimento di denaro”*²³.

In tale contesto, dunque, a ben vedere, la natura giuridica del soggetto affidante assumeva un rilievo residuale, posto che ove l'attività oggetto di affidamento fosse stata strumentale rispetto all'attività espletata in un segmento di mercato pienamente concorrenziale, tale attività non sarebbe stata in ogni caso soggetta al rispetto del Codice Appalti.

Né, si badi, in questa situazione poteva predicarsi la ri-espansione della direttiva generale sui settori ordinari, altrimenti la disposizione in parola avrebbe, nei fatti, perso qualsivoglia rilievo nei confronti degli enti aggiudicatori *sub specie* di amministrazioni aggiudicatrici. Ciò in quanto le amministrazioni aggiudicatrici – comunque tenute a rispettare la direttiva generale – non avrebbero mai potuto beneficiare dell'eventuale riconoscimento della diretta esposizione a concorrenza di un determinato settore speciale, in virtù della (qui ipotizzata) operatività del meccanismo di ri-espansione delle regole dei settori ordinari.

In altri termini, trattandosi di appalti originariamente rientranti nei settori speciali, ma da questi scorporati in virtù di un provvedimento della Commissione Europea, per l'affidamento degli stessi veniva radicalmente meno l'obbligo di attuare le disposizioni del Codice Appalti.

Cionondimeno, la Corte di Cassazione – pur affermando la non centralità, nella vicenda in analisi, dell'aspetto soggettivo – aveva, in quell'occasione, comunque ritenuto di affermare che Poste Italiane S.p.A. pareva rivestire la natura giuridica di impresa pubblica²⁴ e non quella di organismo di diritto pubblico²⁵.

Può, dunque, tornarsi alla vicenda in esame.

- ha adottato una decisione che stabilisca l'applicabilità del comma 1 in conformità del comma 6 dell'articolo 30 della direttiva 2004/17/CE ed entro il termine previsto, oppure; - non ha adottato una decisione sull'applicabilità entro tale termine”. Vengono poi previsti altresì i criteri per determinare l'effettiva esposizione a concorrenza, nonché la procedura per ottenere tale declaratoria.

²³ In attuazione di tale decisione, è stato adottato il D.P.C.M. 25 gennaio 2010, con il quale si è statuito che *“Il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE non si applica agli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a consentire l'esecuzione dei seguenti servizi in Italia: a) raccolta del risparmio tramite i conti correnti; b) prestiti per conto di banche e altri intermediari finanziari abilitati; c) servizi e attività di investimento; d) servizi di pagamento e trasferimento di denaro”*.

²⁴ In particolare, ove si afferma che *“[...] in applicazione di tale principio, si deve quindi ritenere che, quand'anche a Poste Italiane s.p.a. volesse riconoscersi la natura di organismo di diritto pubblico - il che, peraltro, non pare possa sostenersi sulla base delle considerazioni sin qui svolte [...]”* (parte in diritto, punto 3.3.).

²⁵ Peraltro, ad oggi, gli argomenti a sostegno della qualifica di Poste Italiane S.p.A. sarebbero, se possibile, più deboli, in considerazione dell'avvenuto processo di privatizzazione avviato con D.P.C.M. del 16 maggio 2014 e attuato il 27 ottobre 2015, con cui la stessa è stata quotata in borsa.

6. Segue: l'itinerario argomentativo

Ebbene, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 4899 del 1° marzo 2018, si sono pronunciate sulla questione e – anticipando sin d'ora le conclusioni cui è giunta la Suprema Corte – hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario rispetto alla gara relativa all'affidamento del servizio sostitutivo di mensa.

Occorre, tuttavia, volgere l'attenzione al percorso argomentativo svolto nell'ordinanza in esame.

In via preliminare, pare opportuno ribadire che la soluzione alla questione sottesa al regolamento di giurisdizione presupponeva la risposta ai seguenti interrogativi²⁶: (a) Poste Italiane S.p.A. riveste la qualifica di impresa pubblica (e non quella di OdP)?; (b) ove la risposta al primo quesito fosse stata affermativa, l'appalto in questione era funzionale (*i.e.* in rapporto di mezzo a fine) rispetto all'attività *core* svolta dalla società nell'ambito dei settori speciali?

La Corte di Cassazione, nondimeno, disattende il predetto percorso logico e trae il proprio convincimento da un espresso assunto: la questione circa la qualificabilità o meno di Poste Italiane S.p.A. come organismo di diritto pubblico non sarebbe dirimente ai fini della soluzione del regolamento di giurisdizione (e, pertanto, non viene, almeno nelle intenzioni²⁷, affrontata dalla Suprema Corte).

Le ragioni di tale irrilevanza vengono dichiaratamente tratte proprio dal precedente delle Sezioni Unite n. 8511/2012. Nello specifico, le Sezioni Unite ritengono che in tale pronuncia si sia voluto sostenere che l'art. 207 del Codice Appalti renderebbe applicabile la disciplina relativa ai settori speciali *“a qualsiasi amministrazione aggiudicatrice e, dunque, anche a quelle che, in ipotesi, possano rivestire la natura di “organismi di diritto pubblico”*” (la citazione è tratta dall'ordinanza in commento). E tale elemento (anche qui si cita l'ordinanza) sarebbe *“in perfetta coerenza anche con il criterio di interpretazione sistematica, atteso che nel sistema del d.lgs. 163 del 2006, l'art. 3, comma 25, accomuna sotto la qualificazione di “amministrazioni aggiudicatrici” anche gli “organismi di diritto pubblico”*”.

Viene, quindi, affrontata la questione (l'unica ritenuta rilevante) relativa alla strumentalità del servizio mensa rispetto al settore speciale dei servizi postali, ritenendo mancante tale nesso funzionale (ma tale questione era, per la verità, di più immediata ed agevole soluzione).

²⁶ Peraltro, le conclusioni del Pubblico Ministero presso la Corte di Cassazione aveva condiviso pienamente l'impostazione della ricorrente (Poste Italiane S.p.A.) e aveva ritenuto che: (i) la stessa fosse qualificabile come impresa pubblica; e che (ii) l'appalto in questione non fosse strumentale rispetto all'attività svolta nell'ambito dei settori speciali. Pertanto, in piena coerenza con il citato orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 16/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si riteneva sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

²⁷ L'ordinanza in esame, infatti, pur ritenendo superfluo prendere posizione in merito alla qualifica di OdP predicata, in relazione a Poste Italiane S.p.A., dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2016, convengono con la ricorrente che l'ambito di riferimento di tale pronuncia vada circoscritto alla L. 241/1990, in quanto la stessa *“non reca affatto un'analisi idonea ad evidenziare la validità della qualificazione in termini generali e particolarmente ad individuare le fonti che giustificerebbero una simile possibilità nel sistema del d.lgs. n. 163 del 2006”*.

Infatti, sul punto, le Sezioni Unite condividono quanto argomentato dal Pubblico Ministero presso la Corte di Cassazione²⁸ e, richiamando proprio la sentenza n. 16/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ritengono non sia possibile sostenere che l'appalto in questione fosse diretto a permettere le attività di cui all'art. 211 del Codice Appalti²⁹.

Tanto sarebbe dunque sufficiente per ritenere che il procedimento di selezione “non era soggetto alla parte III del d.lgs. 163 del 2006 e, dunque, alle regole di evidenza pubblica, sicché la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e) cod. proc. amm. non sussiste e sussiste invece la giurisdizione dell'a.g.o. [...]”.

7. Un ripensamento *in extremis*?

Come si è visto, punto centrale del ragionamento condotto dall'ordinanza in esame è quello dell'irrilevanza di una qualsiasi distinzione all'interno del *genus* degli enti aggiudicatori nel caso di affidamenti effettuati per finalità diverse rispetto alle attività svolte nell'ambito dei settori speciali.

Non sarebbe, pertanto, necessario verificare la natura giuridica di OdP o impresa pubblica (e, quindi, di amministrazione aggiudicatrice o meno) dell'ente affidante – questione, peraltro, spesso di non semplice soluzione – ma sarebbe sufficiente verificare l'aspetto della strumentalità o meno dell'affidamento.

Tale regola, è bene chiarirlo, innova significativamente il precedente panorama giurisprudenziale. In ciò emerge un primo aspetto problematico della pronuncia in esame, che afferisce al profilo metodologico: l'inversione di rotta viene compiuta in assenza di qualsivoglia riconoscimento e/o teorizzazione dei possibili aspetti innovativi.

Anzi, a voler dire di più, il superamento dell'orientamento ermeneutico consegnatoci dall'A.P. 16/2011 avviene in modo quasi inconsapevole, in quanto tale pronuncia viene addirittura richiamata per avvalorare la non strumentalità dell'appalto oggetto di causa rispetto all'attività *core* svolta dall'ente affidante nell'ambito del settore speciale di riferimento.

Entrando nel merito della questione, poi, l'orientamento espresso nell'ordinanza in commento – pur eventualmente apprezzabile sotto un profilo meramente pratico – non pare convincente.

Si è già avuto modo di osservare che la ritenuta irrilevanza della qualifica di OdP o di impresa pubblica affermata dalla pronuncia in questione trae nitore logico dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 8511/2012, che si

²⁸ Il quale, peraltro, aveva coerentemente mutuato la propria impostazione della citata pronuncia 16/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e aveva ritenuto che nel caso di specie si trattasse di “appalto estraneo ai settori speciali (senza che rilevi, per quanto detto, la sua eventuale riconducibilità ai settori ordinari) e si sottrae, pertanto, all'ambito applicativo del d.lgs. 163/2006 e all'obbligo di esperire una procedura ad evidenza pubblica, di talché l'impugnazione dei relativi atti non rientra nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a. ed è, di conseguenza, devoluta alla (residuale) competenza giurisdizionale del giudice ordinario”.

²⁹ E tanto si afferma sia in considerazione del carattere trasversale del servizio sostitutivo di mensa – che consentirebbe alla società di agire *tout court* nel mondo giuridico attraverso l'apparato organizzativo proprio di una persona giuridica, che consente alla stessa di espletare la propria capacità giuridica e di agire – sia in considerazione del fatto che l'appalto in questione non sarebbe destinato a “permettere” (come vorrebbe l'art. 219 del Codice Appalti) la prestazione del servizio nel settore speciale, nozione che evocherebbe le modalità di svolgimento del servizio.

riferiva ad un'attività dichiarata esposta alla concorrenza sulla base del disposto dell'art. 219 del Codice Appalti. Si tratta di una fattispecie diversa da quella oggetto della controversia ed infatti regolata in modo differente.

Mentre l'art. 217 del Codice Appalti stabilisce, al comma 1, che *“la presente parte (cioè la Parte III, relativa ai 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 [...]”*, l'art. 219 del Codice Appalti prevede che *“gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 non sono soggetti al presente codice se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili”*.

La differenza testuale non è di poco conto: nel primo caso viene esclusa l'applicazione della Parte III del Codice Appalti, nel secondo viene disposta la non soggezione *in toto* allo stesso.

Poiché, dunque, gli enti aggiudicatori sotto forma di impresa pubblica sono tenuti a rispettare (non tutto il Codice Appalti, ma solamente) le disposizioni della Parte III, gli stessi – una volta venuta meno l'applicabilità di tali disposizioni – sono sottratti agli obblighi di gara. Da qui, l'estraneità dell'appalto rispetto al sistema codicistico.

Ove, invece, l'ente aggiudicatore abbia la forma dell'OdP, l'appalto da questo aggiudicato *“per scopi diversi”* dall'esercizio della propria attività nei settori speciali, sarà pure non sottoposto alla Parte III, ma non sarà per questo sottratto alla Parte II del Codice Appalti, relativa all'affidamento dei contratti nell'ambito dei settori ordinari.

E ciò in quanto: (a) l'OdP, in quanto amministrazione aggiudicatrice (a sua volta sotto-categoria degli enti aggiudicatori), è tenuta a rispettare la Parte II. E ciò a differenza degli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici (tra cui le imprese pubbliche), che applicano esclusivamente, ai fini dell'aggiudicazione di un appalto, le disposizioni della Parte III; (b) l'appalto aggiudicato per scopi diversi dall'esercizio dell'attività nei settori speciali ben potrebbe essere (come spesso è) un appalto rientrante nei settori ordinari, rispetto ai quali non assume alcun rilievo la finalità per cui si effettua dell'aggiudicazione. Si tratta, infatti, degli acquisti ordinariamente effettuati dalle amministrazioni aggiudicatrici.

L'art. 219, invece, dispone che ove una determinata attività, rientrante in uno dei settori speciali, sia esposta a concorrenza nel singolo Stato membro, gli appalti destinati a permettere lo svolgimento di tale attività *“non sono soggetti”* al Codice Appalti.

In tal caso, dunque, viene radicalmente meno l'applicabilità (non della sola parte III, ma) dell'intero Codice.

D'altro canto, la suesposta distinzione emergeva in modo ancora più chiaro alla luce delle direttive europee allora vigenti, in quanto l'art. 30 della direttiva sui settori speciali³⁰ (che costituiva il referente a livello europeo dell'art. 219 del Codice Appalti) escludeva l'applicabilità di tale direttiva alle attività esposte a concorrenza. Allo stesso modo, l'art. 12, comma 1 della direttiva sui settori ordinari³¹ stabiliva che tali appalti non

³⁰ Si trattava della Direttiva 2004/17/CE.

³¹ La previgente Direttiva 2004/18/CE. Il citato art. 12 prevedeva che *“la presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2004/17/CE che le amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 della medesima aggiudicano per tali attività, né agli appalti pubblici esclusi dal campo di applicazione di detta direttiva in forza del suo articolo 5, paragrafo 2 e dei suoi articoli 19, 26 e 30”*. In sostanza, dunque, le amministrazioni aggiudicatrici operanti in uno dei settori speciali non erano soggette alla disciplina di cui alla Direttiva sui settori ordinari, tra l'altro, nel caso in cui affidassero appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività (originariamente rientrante nei settori speciali, ma da questi esclusa in quanto) direttamente

erano soggetti neppure ad essa, con la conseguenza che la disciplina in materia di appalti pubblici risultava non applicabile anche a livello comunitario (su tale ricostruzione si tornerà nel prosieguo).

Pertanto, correttamente l'ordinanza n. 8511/2012 aveva potuto addirittura ritenere non rilevante la qualificazione giuridica dell'ente affidante (cosa, peraltro, in concreto poi non del tutto effettuata), in quanto in tal caso non avrebbe trovato applicazione né la parte II, né la parte III del Codice Appalti, stante il venir meno dell'applicabilità dell'intero corredo di regole in materia di evidenza pubblica³².

Pertanto, il ragionamento svolto in tale pronuncia non poteva (e non può) essere trasposto alla diversa fattispecie di cui si sono occupate le Sezioni Unite nell'ordinanza in esame, nell'ambito della quale non si discorreva di un appalto destinato allo svolgimento di attività esposte a concorrenza.

Prescindere, allora, dalla qualificazione giuridica del soggetto affidante (in termini di OdP o di impresa pubblica) vuol dire porsi in contraddizione rispetto all'itinerario argomentativo consegnato dall'Adunanza Plenaria n. 16/2011 e riconoscere un unico regime giuridico applicabile sia alle imprese pubbliche che agli OdP.

Entrambi, infatti, ove operino in settori speciali, si troverebbero ad essere soggetti alla parte III del Codice Appalti e, ove questa non fosse per qualsiasi ragione applicabile, sarebbero svincolati dall'applicazione della parte II.

Può tuttavia osservarsi, a conferma della non correttezza di tale equiparazione, che in realtà il Codice Appalti aveva ben chiara la distinzione tra amministrazioni aggiudicatrici e imprese pubbliche/titolari di diritti speciali o esclusivi e, conseguentemente, dettava regole più stringenti nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, come emerge da numerosi indici normativi.

Si pensi, ad esempio: all'art. 32, che assoggettava al rispetto di molte delle regole contenute nel Codice Appalti gli affidamenti dei (soli) lavori pubblici effettuati dai concessionari di lavori ove questi ultimi non fossero amministrazioni aggiudicatrici³³, all'art. 117 in materia di cessione dei crediti derivanti dal contratto; all'art. 142 in relazione alla disciplina applicabile alle concessioni di lavori pubblici; all'art. 148, relativo agli affidamenti effettuati da parte dei concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici; all'art. 206 che, in relazione ai settori speciali, prevede l'applicabilità di alcune disposizioni limitatamente agli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici; all'art. 230, commi 2 e 3 (in materia di settori speciali) relativi

esposta alla concorrenza. Su tale aspetto, si rinvia a quanto argomentato nel successivo paragrafo 8, nonché nella successiva nota 28.

³² Per la verità, a seguito delle modifiche normative (successive rispetto alla controversia originariamente instaurata davanti al TAR, nell'ambito della quale è stato proposto il regolamento preventivo di giurisdizione), poteva sorgere qualche dubbio in merito all'applicazione della disposizione di cui all'art. 27 del Codice Appalti, collocata nella Parte I del Codice (e dunque applicabile a tutti gli enti aggiudicatori) che stabiliva che "*L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti*".

³³ Ove, invece, il concessionario di lavori pubblici fosse stato qualificabile come amministrazione aggiudicatrice, gli affidamenti dallo stesso effettuati (anche ove aventi ad oggetto servizi o forniture) sarebbero evidentemente stati soggetti alle ordinarie disposizioni del Codice Appalti.

all'accertamento dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria; all'art. 238, circa gli affidamenti sotto-soglia effettuati nell'ambito dei settori speciali.

D'altronde, non risulta convincente (e comunque non pare desumibile dal richiamato precedente delle Sezioni Unite, n. 8511/2012) l'argomento secondo il quale l'art. 207 del Codice Appalti "[...] detta una disposizione che rende applicabile, in relazione a dette attività (cioè quelle svolte nei settori speciali), la disciplina dal codice dettata nella "presente parte" a qualsiasi amministrazione aggiudicatrice e, dunque, anche a quelle che, in ipotesi, possano rivestire la natura di "organismi di diritto pubblico".

Tale considerazione non è in discussione: è chiaro che ove un ente aggiudicatore operi nei settori speciali le attività in essi rientranti siano assoggettate alla Parte III (salve possibili differenziazioni cui si è accennato)³⁴.

Altro discorso è quello concernente le attività che, invece, non ricadono nei settori speciali, rispetto alle quali viene a determinarsi un'uniformità di regime giuridico tra amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

Peraltro, volendo avvalersi della *reductio ad absurdum* (e ci si scusa con il lettore per la provocazione), poiché non sussiste alcun indice ermeneutico dal quale desumere una distinzione all'interno delle amministrazioni aggiudicatrici, potrebbe giungersi a ritenere che un ente territoriale, che pur potrebbe effettuare affidamenti in settori speciali, non sarebbe soggetto alle regole dell'evidenza pubblica nel caso di affidamenti non strumentali a tali settori. In altri termini, verrebbe radicalmente scardinato l'impianto codicistico.

L'approdo delle Sezioni Unite, dunque, (volendo escludere opportunistiche considerazioni che atterrebbero alla ragion pratica) non convince sotto un profilo sistematico e non pare conforme alla formulazione delle disposizioni del Codice Appalti.

D'altronde, lo stesso risulta (più o meno consapevolmente) difforme dall'esito cui era giunta la giurisprudenza amministrativa.

E tale difformità – può affermarsi con un po' di amarezza – suona quasi come un 'canto del cigno' (se non come un vero e proprio monito *post mortem*) nell'interpretazione delle disposizioni del Codice Appalti, giunto quando quest'ultimo è stato ormai abrogato.

Può adesso passarsi ad analizzare le disposizioni del Nuovo Codice Appalti, per analizzare il regime ivi contenuto.

8. La disciplina del Nuovo Codice Appalti

Sotto un profilo sistematico-strutturale, il Nuovo Codice Appalti risulta articolato in modo profondamente differente rispetto al Codice Appalti.

³⁴ Così come pare ovvio e privo di rilievo euristico l'argomento sistematico utilizzato dalle Sezioni Unite per avvalorare questo aspetto e secondo il quale vi sarebbe coerenza "anche con il criterio di interpretazione sistematica, atteso che nel sistema del d.lgs. n. 163 del 2006, l'art. 3, comma 25, accomuna sotto la qualificazione di "amministrazioni aggiudicatrici" anche gli "organismi di diritto pubblico". Ed infatti, non è chiaro il rilievo di tale argomento rispetto al ragionamento svolto.

La disciplina dei settori speciali non è, infatti, collocata in una Parte separata rispetto a quella dei settori ordinari, ma si trova nella medesima Parte II, relativa ai “*Contratti di appalto per lavori servizi e forniture*”, ancorché nel Titolo VI (“*Regimi particolari di appalto*”), Capo I (“*Appalti nei settori speciali*”). Tale aspetto, lungi dal costituire esercizio di una bizantina attenzione sistematica, incide (o avrebbe dovuto incidere) sulla formulazione delle disposizioni del Nuovo Codice Appalti.

Come si è già avuto modo di rilevare nel precedente paragrafo 2., sotto il versante soggettivo – e per quanto interessa – non sussistono, rispetto al previgente Codice Appalti, rilevanti differenze circa la definizione dei soggetti tenuti al rispetto delle disposizioni codicistiche³⁵.

Può allora procedersi ad esaminare l’ambito di applicazione delle norme relative ai settori speciali. L’art. 114 stabilisce, al comma 2, che “*le disposizioni di cui al presente Capo si applicano agli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 (si tratta delle norme che identificano i settori speciali); si applicano altresì a tutti i soggetti che pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle previste dagli articoli da 115 a 121 ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi*”.

Ove, dunque, un ente aggiudicatore operi in uno dei settori speciali, lo stesso sarà sottoposto, in virtù della regola di specialità, alle disposizioni in materia di settori speciali dettate dagli artt. 114 ss. (Parte II, Titolo VI, Capo I).

L’art. 14 del Nuovo Codice Appalti stabilisce, poi, che “*le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e concessioni aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121, 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 dell’Unione europea, e ai concorsi di progettazione organizzati a tali fini*”.

Tale previsione riproduce il previgente art. 217 del Codice Appalti, ma con una rilevante novità: nella nuova formulazione viene esclusa l’applicazione non delle disposizioni in materia di settori speciali (come faceva l’art. 217, che escludeva l’applicazione delle norme contenute nella Parte III, relativa ai settori speciali), bensì dell’intero Nuovo Codice Appalti.

Anche il nuovo contesto normativo contiene, inoltre, una previsione dal contenuto analogo a quella di cui al previgente art. 27 del Codice Appalti, e cioè l’art. 4 del Nuovo Codice Appalti, ai sensi del quale: “*l’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, di contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica*”.

³⁵ Più nello specifico, l’art. 3, comma 1, lett. e) del Nuovo Codice Appalti prevede che “*ai fini del presente codice si intende per [...] “enti aggiudicatori”, ai fini della disciplina di cui alla:*

1) parte II del presente codice, gli enti che:

1.1 sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121;

1.2. 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;

2) [...]”.

Non sfuggirà come, nel contesto brevemente descritto, la disposizione da ultimo citata assume (ma su tale aspetto si tornerà a breve) un ruolo del tutto nuovo in relazione alla materia in esame. Si ritiene tuttavia opportuno anticipare che tale novità pare a chi scrive più il frutto di una non felice formulazione (letterale e sistematica) del Nuovo Codice Appalti che un'effettiva scelta di rottura rispetto al passato.

Tornando all'oggetto dell'indagine, potrebbe ritenersi che ove un ente aggiudicatore aggiudichi un appalto per scopi diversi dal perseguimento delle attività espletate nell'ambito dei settori speciali, quest'ultimo, in quanto escluso dall'ambito applicativo (non del solo Titolo VI, Capo I, ma) dell'intero Nuovo Codice Appalti, vada considerato quale contratto escluso dal Nuovo Codice Appalti e debba, quindi, rispettare i principi indicati nel sopra citato art. 4.

E ciò, si badi, per tutti gli enti aggiudicatori, siano essi imprese pubbliche, OdP ovvero titolari di diritti speciali o esclusivi.

Si avrebbe, dunque, il seguente regime giuridico:

(i) gli enti aggiudicatori sotto forma di imprese pubbliche e/o titolari di diritti speciali o esclusivi, vedrebbero sparire la categoria degli appalti estranei, in quanto gli appalti non strumentali all'attività svolta nei settori speciali dovrebbero comunque essere affidati previo esperimento di un *beauty contest* (per tale intendendosi una procedura selettiva retta non dall'intero *corpus* normativo contenuto nel Nuovo Codice Appalti, ma dai principi di cui all'art. 4 e da tutto quel corredo di regole che ne costituiscono portato ineludibile);

(ii) gli enti aggiudicatori sotto forma di amministrazioni aggiudicatrici, invece, potrebbero effettuare gli affidamenti al di fuori dei settori speciali in cui operano a condizione di rispettare i (soli) principi di cui all'art. 4 e non l'intero Nuovo Codice Appalti (come concettualizzato dall'Adunanza Plenaria n. 16/2011).

Ebbene, pare a chi scrive che, a voler ritenere innovativo il predetto regime giuridico, la *ratio* a fondamento della disciplina di cui al punto (i) che precede dovrebbe essere quella di rendere più stringenti gli obblighi di gara in capo agli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici. E ciò in quanto verrebbe nei fatti cancellata la categoria degli appalti 'estranei' il cui affidamento non era preceduto dall'evidenza pubblica. Tali appalti verrebbero, dunque, aggiudicati mediante alcune regole concorrenziali il cui rispetto impone la strutturazione di una, pur esile, procedura competitiva.

Diversamente, la *ratio* a fondamento del regime di cui al punto (ii) che precede pare essere quella di alleggerire gli oneri di gara in capo agli enti aggiudicatori *sub specie* di amministrazioni aggiudicatrici i quali, sotto il vigore del Codice Appalti (interpretato alla luce della più volte citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria) erano tenuti ad applicare comunque le disposizioni ivi contenute, potendosi porre solamente una questione di specialità della disciplina ove l'appalto fosse stato effettivamente strumentale al settore speciale.

È allora evidente che si tratta di due obiettivi che non sembrano riconducibili a coerenza.

Ci si dovrebbe in interrogare in merito al motivo per il quale il Legislatore abbia inteso ridurre, senza peraltro che ciò fosse previsto a livello dell'Unione Europea, gli obblighi di gara in capo ai soggetti che presentano maggiori tratti pubblicistici e che sono, in generale, tenuti al più gravoso rispetto delle disposizioni in materia di appalti pubblici.

Sotto questo aspetto, dunque, il predetto regime non appare coerente con l'impianto definitivo del Nuovo Codice Appalti che, analogamente al previgente sistema normativo, individua le amministrazioni aggiudicatrici quali soggetti che, in considerazione delle loro caratteristiche ontologiche, sono tenuti al rispetto delle disposizioni in materia di appalti pubblici anche (e principalmente) nell'ambito dei settori ordinari.

D'altronde, il citato regime appare difforme anche dalle conclusioni cui è giunta la Suprema Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 4899/2018, che invece affranca dal regime dell'evidenza pubblica gli appalti non strumentali aggiudicati da qualsiasi tipologia di ente aggiudicatore.

Occorre, allora, sondare una differente prospettiva ermeneutica.

L'art. 4 del Nuovo Codice Appalti, infatti, assoggetta al rispetto dei principi ivi elencati gli appalti esclusi dall'ambito di applicazione "oggettivo" del Nuovo Codice Appalti.

Tale previsione riecheggia la precedente disposizione contenuta nell'art. 27 del Codice Appalti, come novellato dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in L. 12 luglio 2011, n. 106.

Prima di tale modifica, il citato art. 27 faceva riferimento ai contratti esclusi in generale dall'ambito di applicazione del Codice Appalti, mentre il riferimento all'esclusione sotto il profilo "oggettivo" è stata introdotta a seguito della predetta novella legislativa.

Ebbene, proprio la questione relativa all'applicabilità dell'art. 27 in relazione agli appalti non strumentali al settore speciale di riferimento aggiudicati da un'impresa pubblica era stata affrontata dall'Adunanza Plenaria n. 16/2011.

In tale sentenza, il Supremo Consesso aveva ritenuto che la modifica dell'art. 27 avesse una natura meramente interpretativa e non innovativa e che, dunque, anche prima di tale modifica, dovesse ritenersi che "*l'applicazione dei principi dei Trattati ai contratti esclusi dal codice, postulava che si trattasse di contratti posti in essere da soggetti contemplati dal codice e, dunque, rientranti nell'ambito di applicazione soggettiva del codice e del diritto comunitario*". Ed infatti, si affermava che, ove non si adottasse questa interpretazione, da un lato si rischierebbe di "*imporre l'applicazione di principi di evidenza pubblica a soggetti del tutto estranei all'ambito di applicazione del codice, e dunque ad appalti retti dal diritto privato*", dall'altro, con riferimento ai contratti "*esclusi in tutto*" dall'ambito di applicazione del Codice Appalti, si dovrebbe ritenere (e ciò è ritenuto paradossale) che il codice "*apprestasse una disciplina per una categoria residuale e illimitata di contratti da esso non contemplati*".

Nelle conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria, la disciplina di cui all'art. 27 sarebbe risultata applicabile ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice Appalti, per tali intendendosi i contratti comunque aggiudicati da soggetti rientranti nell'ambito di applicazione soggettiva del Codice Appalti, ovvero i contratti nominati dal codice ancorché al solo scopo di escluderli dal proprio ambito applicativo.

Si ritiene che il ragionamento svolto dall'Adunanza Plenaria sia praticabile, ancorché con maggiori difficoltà, nell'attuale contesto normativo.

In primo luogo, infatti, le preoccupazioni manifestate dall'Adunanza Plenaria circa l'eccessiva estensione delle regole in materia di appalti pubblici, ove non si ponesse un argine di tipo soggettivo, paiono ancora oggi attuali. Peraltro, come si è già osservato, si aggiungerebbe l'ulteriore profilo problematico consistente nella

(ingiustificata) riduzione degli obblighi di evidenza pubblica da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Ma vi è di più.

La perdurante validità delle conclusioni cui era giunta la giurisprudenza amministrativa emergono anche ove si analizzi la questione dal versante delle direttive UE.

La previsione di cui all'art. 217 del Codice Appalti trovava il proprio referente comunitario nell'art. 20 della direttiva 2004/17/CE, inserita nella Sezione 2, Sottosezione 2, rubricata "Esclusioni riguardanti tutti gli enti aggiudicatori e tutti i tipi di appalto".

La citata disposizione escludeva l'applicazione della direttiva sui settori speciali con riferimento a tutti gli enti aggiudicatori e per tutte le tipologie di appalto aggiudicate dai predetti soggetti per scopi estranei ai settori speciali.

L'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/17/CE, tuttavia, non comportava di per sé il venir meno di ogni regola per l'affidamento di tali contratti.

Ed infatti, ove l'ente affidante fosse rientrato nel perimetro di applicazione della direttiva sui settori ordinari (e non si trattasse di appalto da questa espressamente 'escluso'), lo stesso sarebbe stato sottoposto alle disposizioni di tale ultima direttiva. Tuttavia, la direttiva 2004/18/CE non menzionava gli enti aggiudicatori o le imprese pubbliche, ma faceva riferimento esclusivamente alle amministrazioni aggiudicatrici.

Da qui l'impossibilità di applicare le disposizioni della direttiva 2004/18/CE alle imprese pubbliche³⁶ ove le stesse avessero affidato un appalto non funzionale ai settori speciali.

Veniamo, dunque, alle direttive del 2014 le quali – in considerazione dell'infelice scelta del Legislatore nazionale di unificare, senza ricorrere alle tradizionali articolazioni sistematiche, le disposizioni delle tre direttive – potrebbero fornire il grimaldello interpretativo per confermare la tesi che vuole una continuità dell'attuale regime rispetto a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Ebbene, la direttiva 2014/25/UE, che abroga la direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali, prevede, all'art. 19, che "la presente direttiva non si applica né agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dal perseguimento delle

³⁶ Simmetricamente al citato art. 20, la direttiva 2004/18/CE prevedeva, all'art. 12, comma 1, che "la presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2004/17/CE che le amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 della medesima aggiudicano per tali attività, né agli appalti pubblici esclusi dal campo di applicazione di detta direttiva in forza del suo articolo 5, paragrafo 2 e dei suoi articoli 19, 26 e 30". Pertanto, gli appalti affidati da un'amministrazione aggiudicatrice e rientranti nei settori speciali erano soggetti, sulla base di un criterio di specialità, alla direttiva 2004/17/CE. Non risultavano, invece, sottoposti a nessuna delle due direttive: i contratti affidati da enti che forniscono un servizio di autotrasporto mediante autobus al pubblico i quali erano esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE; gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi (alle condizioni di cui all'art. 19 della direttiva 2004/17/CE); alcuni appalti aggiudicati da taluni enti aggiudicatori per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia (art. 26 della direttiva 2004/17/CE); nonché agli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività rientrante nei settori speciali ove direttamente esposta alla concorrenza. Nel sistema risultante dalle nuove direttive, tale disposizione è contenuta, ancorché con una formulazione in parte differente (ma analoga per quanto d'interesse), nell'art. 7 della direttiva 2014/24/UE.

loro attività di cui agli articoli da 8 a 14 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 dell'Unione, né ai concorsi di progettazione organizzati a tali fini". Dunque, nonostante le partizioni di tale direttiva risultino meno rigorose rispetto a quella previgente, viene esclusa la sua applicazione agli appalti affidati da (ogni) ente aggiudicatore per fini diversi rispetto ai settori speciali.

Analogamente al precedente sistema, la direttiva 2014/24/UE, che abroga la direttiva 2004/18/CE relativa ai settori ordinari, non menziona gli enti aggiudicatori e/o le imprese pubbliche, mentre contempla le amministrazioni aggiudicatrici.

Può dunque ritenersi che, a livello europeo: (a) un affidamento effettuato da un'amministrazione aggiudicatrice (che è altresì un ente aggiudicatore) risulti soggetto alla direttiva 2014/24/UE o alla direttiva 2014/25/UE in considerazione del profilo oggettivo, cioè del fatto che il singolo appalto sia o meno finalizzato allo svolgimento di attività in uno dei settori speciali. Ove non si trattasse di appalto funzionale a tali settori, infatti, la qualificazione soggettiva del soggetto affidante innescherebbe l'attivazione delle disposizioni della direttiva sui settori ordinari, che risulterebbe quindi applicabile; (b) l'affidamento da parte di un'impresa pubblica (per semplicità ci si limita ad analizzare questo caso) sarebbe soggetto alla direttiva 2014/25/UE ove ricorra altresì il profilo oggettivo (cioè la funzionalizzazione rispetto all'attività rientrante nel settore speciale), mentre, ove l'appalto esuli dal campo di applicazione della direttiva (in virtù del citato art. 19), non sarebbe soggetto alle disposizioni della direttiva sui settori ordinari, in quanto l'impresa pubblica non rientra nel perimetro soggettivo dei soggetti tenuti a rispettare tale disposizione.

Dunque, anche sotto il vigore delle nuove direttive europee può ritenersi che sussista, quanto a disciplina applicabile agli affidamenti effettuati, una distinzione tra imprese pubbliche e OdP (ovvero altre amministrazioni aggiudicatrici), che rende applicabile soltanto ai secondi la direttiva sui settori ordinari.

Occorre allora analizzare che ruolo assume, in tale contesto, la disposizione di cui all'art. 4 del Nuovo Codice Appalti. Sul punto bisogna premettere che non sussistono previsioni di analogo tenore contenute nelle direttive europee.

Cionondimeno, la disposizione in parola, così come il previgente art. 27 del Codice Appalti, costituisce estrinsecazione di una regola di matrice giurisprudenziale³⁷, secondo la quale ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive europee si applicano in ogni caso i principi del Trattato.

I citati precedenti giurisprudenziali, tuttavia, non riguardavano appalti aggiudicati da enti aggiudicatori per scopi diversi dallo svolgimento delle attività di cui ai settori speciali, ma facevano riferimento ad altre fattispecie quali, ad esempio: l'affidamento di concessioni di servizi (non disciplinate puntualmente nelle previgenti direttive), gli appalti sotto-soglia ecc..

Dunque, pare legittimo interrogarsi circa la legittimità di una previsione nazionale che estenda l'obbligo del rispetto dei principi in materia di evidenza pubblica agli appalti

³⁷Cfr. C. giust. CE, sez. II, 7 dicembre 2000, n. 324/98; C. giust. CE, sez. II, 3 dicembre 2001, n. 59/00; C. giust. CE, 13 ottobre 2005, sez. I, n. 458/03; C. giust. CE, sez. I, 6 aprile 2006, n. 410/04; Commissione Europea, Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, n. 2006/C 179/02; C. giust. CE, 13 settembre 2007, sez. IV, n. 260/04; C. giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196/08.

aggiudicati dagli enti aggiudicatori che non risultino strumentali allo svolgimento di attività nei settori speciali.

La risposta pare agevole con riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici: imporre il (solo) rispetto dei principi di cui all'art. 4 del Nuovo Codice Appalti finisce per ridurre gli obblighi di gara gravanti su tali soggetti. E ciò, come si è visto, è in contrasto con le direttive europee, che invece stabiliscono l'applicazione della direttiva 2014/24/UE a tali affidamenti. Ed infatti, i contratti in questione, ancorché non strumentali ai settori speciali, costituiscono pur sempre appalti (nell'ottica europea) e dunque ricadono oggettivamente nel perimetro applicativo della direttiva generale. Vi rientrano, poi, anche soggettivamente, in quanto affidati da amministrazioni aggiudicatrici.

L'esposta interpretazione di cui all'art. 4 del Nuovo Codice Appalti, dunque, stride sotto tale aspetto con le nuove direttive e ciò ne compromette parzialmente le fondamenta.

Né, si badi, sussistono argomenti (letterali o sistematici) per predicare un'applicazione 'selettiva' della regola di cui all'art. 4, cioè per ritenere che il rispetto dei principi in parola venga imposto alle sole imprese pubbliche e non alle amministrazioni aggiudicatrici, tenute invece al rispetto di regole dal contenuto ben più pregnante.

Con riferimento, invece, agli affidamenti effettuati dalle imprese pubbliche, la disposizione in esame, ove interpretata nel senso di imporre il rispetto dei più volte menzionati principi agli appalti 'estranei' da queste affidate, non porrebbe sicuramente un problema di limitazione degli obblighi di gara rispetto al previgente sistema, versandosi, come accennato, nella situazione opposta.

Potrebbe, forse, venire in rilievo il divieto di *gold plating*³⁸, assumendo che – mediante la regola contenuta nell'art. 4 del Nuovo Codice Appalti – siano state introdotte disposizioni non risultanti dal quadro UE e che, in ultima istanza, pongono in capo ad alcuni soggetti operanti in un sistema concorrenziale (*i.e.* le imprese pubbliche) oneri procedurali non previsti dalle Direttive. Tuttavia, si tratta di un argomento non pienamente convincente, atteso che le ragioni a fondamento del divieto in parola (*i.e.* semplificazione e non incremento dei livelli di regolazione imposti dalle direttive da recepire) potrebbe risultare recessivo rispetto al (qui ipotizzato) ampliamento delle regole pro-concorrenziali.

Ma, a fianco di tale strada – che, ove accolta (ma ciò pare tutt'altro che pacifico), condurrebbe ad una declaratoria d'illegittimità dell'art. 4 del Nuovo Codice Appalti, interpretato nel senso suesposto – pare metodologicamente più corretto ipotizzare una proposta interpretativa che consenta di conservare la disposizione in esame.

Torniamo, dunque, a quel riferimento all'esclusione dal campo di applicazione "oggettivo" del Nuovo Codice Appalti la cui ricorrenza fa scattare l'obbligo di rispettare i principi individuati dal citato art. 4.

Tocca allora chiedersi se l'appalto non strumentale al settore speciale aggiudicato da un'impresa pubblica sia un appalto escluso dal campo di applicazione "oggettivo" del Codice o meno.

Ad avviso di chi scrive, tali tipologie di contratti non vanno considerati quali appalti esclusi su base oggettiva.

³⁸ Stabilito nella legge delega (art. 1, comma 1, lett. a) della L. n. 11/2016), che richiama altresì le disposizioni di cui all'art. 14, commi 24-ter e 24-quater, della L. 246/2005. Cfr. anche l'art. 32 della L. n. 234/2012.

Ed infatti, come si è avuto occasione di osservare, rispetto ai settori speciali assume rilievo la contestuale presenza di un profilo soggettivo (ente aggiudicatore) e di uno oggettivo (attività svolta in uno dei settori speciali).

Il contemporaneo operare di questi due fattori rende applicabile la disciplina speciale, mentre il venir meno di uno di questi due aspetti ne esclude l'applicazione.

L'appalto estraneo al settore speciale è, dunque, pur sempre un contratto di appalto – dunque rientrante nel campo di applicazione oggettivo del Nuovo Codice Appalti – ma non è soggetto (ai sensi dell'art. 14 dello stesso) al regime dell'evidenza pubblica per ragioni di tipo diverso, cioè in quanto è affidato da un soggetto che è tenuto a rispettare le direttive (e il Codice) limitatamente alle attività rientranti nei settori speciali. Da qui la definizione 'funzionale' di ente aggiudicatore, che è tale "ai fini della disciplina" di cui ai settori speciali³⁹.

A riprova del fatto che l'elemento rilevante ai fini dell'esclusione è costituito dall'aspetto soggettivo (il che escluderebbe che si tratti di esclusione dal campo di applicazione oggettivo), basti pensare al caso in cui sia un'amministrazione aggiudicatrice ad affidare un appalto per fini diversi rispetto ai settori speciali: in questo caso l'appalto sarà sottoposto alle disposizioni europee in materia di appalti pubblici.

Dunque, l'elemento discrezionale tra le due fattispecie è dato dalla qualificazione soggettiva dell'ente affidante, che risente del diverso regime in cui tale soggetto opera. L'impresa pubblica, difatti, è un soggetto operante in regime di concorrenza, al pari di qualsiasi soggetto privato. Le logiche imprenditoriali che animano l'impresa pubblica si correlano alla nota equivalenza, per il diritto UE, dei soggetti pubblici e di quelli privati e consentono di assimilare il relativo trattamento giuridico ad eccezione del caso (da intendersi *cum grano salis*) in cui si operi in settori storicamente caratterizzati dalla presenza di un soggetto *incumbent* (tradizionalmente pubblico) e, comunque, fintantoché non si raggiunga una piena ed effettiva concorrenza.

Proprio per tali ragioni fuori dai settori speciali non rilevano più le citate esigenze di assicurare un'apertura concorrenziale, in quanto si confluisce nel normale contesto di mercato. Ciò, tuttavia, non può che valere per soggetti (quali le imprese pubbliche) che di pubblico hanno solamente l'influenza dominante desunta dai parametri tipizzati nell'art. 3, comma 1, lett. t) del Nuovo Codice Appalti.

Non può dirsi lo stesso per l'OdP, che soggiace allo stesso regime giuridico, *inter alia*, dello Stato e degli enti pubblici territoriali in considerazione del fatto che il suo agire potrebbe essere condizionato da finalità estranee a quelle del mercato concorrenziale e, dunque, rischierebbe di inquinare i meccanismi competitivi.

9. Conclusioni

Può conclusivamente osservarsi che, le ragioni a fondamento della non applicazione delle direttive e del Nuovo Codice Appalti agli appalti aggiudicati da un'impresa pubblica per scopi diversi dallo svolgimento delle attività dei settori speciali risiedono – più che in caratteristiche oggettive legate alla tipologia di appalto – nelle peculiarità soggettive e nella diversità dell'impresa pubblica rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici.

³⁹ Cfr. il già citato art. 3, comma 1, lett. e), punto 1), del Nuovo Codice Appalti.

Tale diversità – nonostante la recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione analizzata nel testo, che pare costituire un *unicum* nell'attuale panorama giurisprudenziale – non può che riverberarsi sul regime giuridico delle procedure di aggiudicazione e, dunque, sul riparto di giurisdizione, con la conseguenza che risulta ancora oggi necessario effettuare una verifica in concreto circa la corretta qualificazione giuridica dell'ente affidante.

Alla luce di tali considerazioni, con riferimento agli appalti 'estranei' (anche a volerli ritenere autenticamente contratti 'esclusi'), non pare possa propriamente parlarsi di esclusione "*dall'ambito di applicazione oggettiva*" delle disposizioni in materia di appalti pubblici, con conseguente obbligo di applicazione dei principi di cui all'art. 4 del Nuovo Codice Appalti. Ciò in quanto il contratto è 'estraneo' (non all'intero Codice, ma) al settore speciale di riferimento e, dunque, costituisce pur sempre un appalto, in quanto tale astrattamente rientrante, sotto un profilo oggettivo, nel perimetro di applicazione del Nuovo Codice Appalti.

Tale appalto tuttavia, in quanto affidato da un soggetto tenuto all'applicazione delle disposizioni in materia di contrattualistica pubblica limitatamente ai settori speciali, risulta affrancato dal regime dell'evidenza pubblica, con la conseguenza che le conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 16/2011 paiono valide ancora oggi nel contesto del Nuovo Codice Appalti.