

Elenco degli Autori

ANTONIO AMETIS – *Avvocato in Venezia – Centro Studi Cirga*

LUCA BORTOLATO – *Dottore in giurisprudenza – Centro Studi Cirga*

GIANMARIA BOSCARO – *Collaboratore insegnamento di Diritto Amministrativo Università Iuav di Venezia*

ANDREA BULLO – *Docente presso il Politecnico di Milano e Avvocato in Milano*

FABIO CACCO – *Avvocato e Dirigente dell'Area Appalti e Contratti Comune di Venezia*

GIUSEPPE CHIAIA – *Avvocato e Dirigente Avvocatura Città Metropolitana di Venezia*

MASSIMO CHIRIELEISON – *Magistrato della Corte dei Conti di Emilia Romagna, Bologna*

GAETANO GUZZARDI – *Avvocato in Venezia*

ALBERTO LENTINI – *Avvocato e membro dell'“Accademia degli Studi Giuridici”, Milano*

FRANCESCO LONGO – *Avvocato e professore di Diritto Ambientale presso l'Università di Udine*

ALBERTO MINGARELLI – *Magistrato – Vice Procuratore Generale presso la Procura regionale per il Veneto della Corte dei Conti*

MARTINA OSETTA – *Avvocato in Venezia – Centro Studi Cirga*

MARTA OSSOLA – *Avvocato in Milano*

GIANFRANCO PERULLI – *Docente di Diritto Amministrativo Università Iuav di Venezia e Avvocato in Venezia*

MARIA TRAISTARU – *Dottoressa in giurisprudenza e Funzionario P.A., Venezia*

ANNAMARIA USTINO – *Dirigente Ministero dell'Economia e delle Finanze, Roma*

SAMANTA VIANELLO – *Avvocato e Funzionario Società Partecipata, Venezia*

CAPITOLO I

Principi generali

SOMMARIO: 1. Ambito di applicazione. – 2. Casi di esclusione. – 3. Disposizioni comuni. – 4. Ruolo e funzioni del RUP.

1. Ambito di applicazione

All'art. 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 vengono disciplinati 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. Si elencano, poi, particolari tipologie di contratti soggetti all'applicazione del nuovo Codice, anche in parte mutuando i contenuti della disciplina attualmente recata nell'art. 32 del d.lgs. n. 163/2006, e sistematizzandone la collocazione. Nell'ambito delle regole del mercato della UE improntato alla libertà di concorrenza il contratto di appalto pubblico a titolo oneroso, rispetto a quello civilistico, è regolato dal diritto pubblico e trova nell'oggetto e nei soggetti la sua specificità e le sue condizioni essenziali. Da un lato ci sono i soggetti pubblici (P.A. centrale e periferica: Stato, Regioni, Comuni, Città Metropolitane, Province, Consorzi, Aziende Pubbliche, SPA Pubbliche, ASL, ATER) committenti, dall'altro il privato appaltatore o quei soggetti sovvenzionati. Il contratto deve avere la forma scritta *ad substantiam* e come oggetto i servizi, le forniture, i lavori ed opere, i concorsi di progettazione, con la aggiunta di cui all'elencazione del punto 2.

Equità e legalità sono i principi basilari fissati dall'UE anche per favorire la penetrazione di imprese straniere con il divieto di ripartizione del mercato che deve garantire l'equilibrio tra domanda e offerta e impedire un uso improprio della posizione dominante, in particolare fusioni, cartelli, intese, concentrazioni, aiuti di Stato. Per le imprese pubbliche vige il principio della trasparenza e della perfetta informazione con un meccanismo di comunicazione degli Stati dei dati relativi alle imprese pubbliche alla Commissione. In Italia l'art. 41 Costituzione disciplina la libera concorrenza improntata all'art. 2596 c.c. e legge 10 ottobre 1990, n. 287 consentendo limitazioni legali per fini di utilità sociali e monopoli in settori specifici.

Nella concessione di pubblico servizio il concessionario si sostituisce alla P.A. nella fornitura del servizio, assumendo i rischi, applicando il canone all'utente per il servizio reso. L'articolo in esame è una norma ordinamentale che non comporta nuovi o

maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Poiché la disciplina è auto applicativa si coordina con atti di indirizzo *soft law* del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'ANAC.

Esso riflette la direttiva 24/2014 che fa salva la libertà, degli Stati membri, di definire quali siano i servizi di interesse economico generale e in che modo debbano essere organizzati e finanziati. Inoltre stabilisce che le autorità pubbliche possano decidere di espletare funzioni pubbliche autonomamente in conformità dell'art. 14 TFUE e del Protocollo n. 26. Va precisato che i servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione.

Il punto 2 b va letto per un importo superiore alla soglia dell'art. 35 ma anche di importo pari.

L'intervento del Ministero degli Esteri di cui al punto 7 va coordinato con il d.m. (Esteri) 2 novembre 2017, n. 192.

L'art. 1 della direttiva 24/2014 precisa che la sua applicazione è soggetta all'art. 346 TFUE e che gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenza e responsabilità per l'esecuzione di compiti pubblici tra Amministrazioni aggiudicatrici sono considerati questioni di organizzazione interna allo Stato Membro interessato e quindi esulano dall'ambito di applicazione della direttiva.

I lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e Università ed edifici destinati a funzioni pubbliche e inoltre gli appalti di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35 sono sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% e inoltre a quelli di concessionario di servizi non si applicano gli artt. sulla programmazione dei lavori pubblici ma solo le norme sul collaudo. Si tratta di lavori di importo superiore al milione di euro, sovvenzionati oltre 50% da Amministrazioni aggiudicatrici, per attività del genio civile, edilizia, lavori pubblici nelle particolari forme previste nell'elenco al punto 2.

In particolare si segnala il progetto di fattibilità tecnica ed economica che sostituisce lo studio di fattibilità e il progetto preliminare.

Le infrastrutture pubbliche sono i beni strumentali dotati della prevalente finalità di fornitura di servizi collettivi (legge n. 42/2009; d.m. 26 novembre 2010; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 218).

Inoltre si sottolineano i punti 4 e 5 sulla concessione di sovvenzioni e di contributi.

In tutti questi casi si è fatto riferimento all'art. 13 della direttiva 24/2014 modificato dal Reg. CE 24 novembre 2015, n. 2170, in vigore dal 1° gennaio 2016; soglie modificate dal Reg. CE n. 2365/2017 in vigore dal 1° gennaio 2018.

A pena di revoca di contributi di sovvenzioni pubbliche si segnala l'ordinanza 5 agosto 2016, n. 16602 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

Per quanto riguarda le opere di urbanizzazione primaria esse vengono elencate nel comma 7, art. 16, d.P.R. n. 380/2001 (strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato) con le medesime soglie e con l'unica dizione di opere di urbanizzazione (senza la distinzione tra primaria e secondaria).

Si definisce poi il riparto delle competenze legislative di Stato, Regioni e Province

autonome stabilendo che le Regioni esercitano la potestà normativa nelle materie regolate dal Codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e delle disposizioni riconducibili alle materie di competenza dello Stato.

Si dettano norme specifiche per l'attuazione della disciplina codicistica da parte delle Regioni a Statuto Speciale e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano. Questi enti dovranno conformare la loro legislazione alle disposizioni contenute negli Statuti e nelle relative norme di attuazione, precisando che le disposizioni dello schema di decreto legislativo in esame costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale.

Viene così sancito il principio di libera amministrazione degli Enti pubblici liberi cioè di organizzare l'esecuzione dei lavori o la prestazione di servizi.

Per libera amministrazione si deve intendere l'Ente pubblico economico che agisce nel mercato (cfr. F. MARRELLA-D. CARREAU, *Diritto internazionale*, Milano, 2016) con tutta la sua nuova dimensione organizzativa fondata sui principi di economicità e snellezza procedurale in un'ottica di corretto rapporto tra indirizzo e gestione, con la cabina di regia del RUP e i controlli interni e della Corte dei Conti (cfr. S. CASSESE-L. TORCHIA, *Diritto Amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014; M. CAMMELLI-M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008).

Negli appalti pubblici il ruolo e la dimensione della P.A. si caratterizza peculiarmente anche se sempre con la stampigliatura UE (cfr. M. CAFAGNO-F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, 2016, Firenze University Press; V. VECCHI-V. LEONE, *Partnership pubblico privato. Una guida manageriale, finanziaria e giuridica*, Milano, 2016).

La libera amministrazione concerne la libertà decisionale con la finalità di scelta del miglior modo nella gestione dei lavori con l'obiettivo di garantire massima qualità, sicurezza e accessibilità, parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Ci si può avvalere di risorse proprie o condivise con altre amministrazioni aggiudicatrici ovvero conferirle a operatori economici esterni, né si richiede la privatizzazione di imprese pubbliche.

Lo Stato, unica autorità titolare di potere e della facoltà di legiferare in determinate materie, ha competenza esclusiva, mentre le Regioni hanno competenza solo nelle loro materie essendo stata abolita sia la competenza concorrente Stato-Regione che quella residuale delle Regioni, con la clausola di supremazia secondo cui la legge dello Stato può intervenire in materie regionali quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica o la tutela dell'interesse nazionale.

Già la Corte Costituzionale aveva riconosciuto ai sensi dell'art. 117 Cost. competenza esclusiva statale alla tutela della concorrenza, definita di tipo trasversale con capacità espansiva, per un intervento diretto sul mercato (Corte cost., sent. n. 14/2004).

L'art. 3 recepisce gli artt. 2, 33, par. 1 della direttiva 24/2014/UE, 2, 3, 4, 29, par. 1, 51, par. 1 della direttiva 25/2014/UE, 5, 6, 7 e 13, par. 1 della direttiva 23/2014/UE. Al suo interno si trovano le definizioni contenute nel Codice che differiscono dal precedente; tra le principali si ricordano quelle di *joint venture*, partenariato pubblico privato, lavori complessi e opere incompiute, rischio operativo, rischio di costruzione, rischio di disponibilità, rischio di domanda.

L'importanza dell'articolo, apparentemente solo una lunga elencazione senza particolari specificazioni, consiste nella fissazione di principi cardine per l'operatore e riferimenti per le procedure.

Si recepiscono le definizioni dell'art. 2 direttiva 24/2014, con un minimo di interpretazione e una originale classificazione. Ad esempio per quanto concerne gli "organismi di diritto pubblico" la Direttiva faceva riferimento esplicito anche a "organismi in forma societaria", previsione che scompare nell'articolo in esame.

Per la verità vengono recepite molte indicazioni del Libro Verde della Comunità Europea, sulla modernizzazione in materia di appalti pubblici, atto atipico previsto dal trattato CEE sulla materia degli appalti pubblici con le imprese che interagiscono con gli *stake holders*, sul presupposto di una loro responsabilità sociale verso i consumatori, le autorità pubbliche, gli investitori, *corporate responsibility*, *corporate environment responsibility*, *corporate reputation*, regole di diritto societario, tutela del risparmio, codici nazionali di auto disciplina (vedasi *Green Paper Corporate Governance – Confindustria Italia*).

Viene inserita la nuova definizione di *joint venture*, quale associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale e finanziaria. Si tratta di progetti di natura industriale o commerciale con ripartizione di utili e rischi, *know how* e capitali, con natura contrattuale, societaria, orizzontale o verticale, con un contratto tipo predisposto dall'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Per la prima volta vengono introdotte le definizioni di partenariato pubblico privato, che si caratterizza per gli studi di fattibilità che considerano aspetti tecnici, sociali, ambientali del progetto, per verificare anche i suoi livelli di bancabilità, così come l'acquisizione di pareri e autorizzazioni prima della fase di aggiudicazione, per evitare revoche e annullamenti in chiave di economicità, trasparenza e pubblicità, per evitare varianti o modifiche del progetto (cfr. V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Amministrazione in cammino*, Roma, 2016). Sulla differenza con le fondazioni pubbliche secondo autorevole dottrina "anche le fondazioni pubbliche che pur rappresentano in modo descrittivo, di prima approssimazione, una forma di PPP, sfuggono ad una puntuale ricompreensione nella nozione di partenariato", infatti le fondazioni vivono distinte dai soggetti che le hanno promosse e non hanno rischio (cfr. M.T. TITI, *Il partenariato pubblico privato e le nuove direttive concessioni*, 3, 2016; Convegno Chieti 16 febbraio 2017, il nuovo Codice dei contratti pubblici VII Convegno di Studi Amministrativi).

Vengono poi previsti i lavori complessi e le opere incompiute, il rischio operativo, il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità, il rischio di domanda.

Il PPP quale modello di organizzazione pubblico-privato consente alla P.A. di avere a disposizione investimenti, forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche, finanziamenti privati, miglioramento dei servizi (cfr. M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato nel nuovo Codice dei contratti pubblici. D.lgs. 50/2016*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 2016, 3, p. 811).

Al suo interno gli istituti del *project financing*, una finanza di progetto, finanziamento a lungo termine garantito dagli introiti della gestione o esercizio dell'opera pub-

blica. Inoltre è previsto il global service, una forma di contratto di esternalizzazione in cui l'Ente pubblico affida attività di gestione a un unico soggetto (cfr. V. VECCHI-V. LEONE, *Partnership pubblico-privato. Una guida manageriale, finanziaria e giuridica*, Milano, 2016).

È anche prevista la locazione finanziaria o leasing finanziario in cui il locatore concede all'utilizzatore l'uso del bene per un determinato periodo di tempo dietro il corrispettivo di un canone.

Ancora si prevedono società e fondazioni miste. Inoltre per gli appalti sotto soglia è possibile la rotazione e l'ampia partecipazione delle imprese, tutela della piccola e media imprenditoria (vedasi Atti Convegno nuovo Codice dei contratti Pubblici. Primo punto di arrivo della riforma e decreto correttivo appalti, Roma, 8 maggio 2017).

Nel comma 1, lett. zz) a proposito del rischio operativo, vi è la precisazione dell'art. 165, comma 1 che disciplina i contratti che comportano il trasferimento *al concessionario del rischio operativo*.

DIRITTO COMUNITARIO

Dal 1/01/2018 entrano in vigore i nuovi importi delle soglie che la Commissione Europea ha stabilito con i regolamenti delegati (UE) n. 2364,2365, 2366, direttamente applicabili senza procedure di recepimento:

Nei settori ordinari:

- Euro 221.000,00 per appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da Amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;
- Euro 5.548.000 per gli appalti di lavori e per le concessioni;
- Euro 144.000,00 per gli appalti pubblici di forniture, servizi, concorsi pubblici di progettazione (All. III);
- Euro 750.000,00 per gli appalti di servizi sociali e quelli dell'All. IX Codice Contratti Pubblici.

Nei settori speciali:

- Euro 5.548.000,00 per gli appalti di lavori;

- Euro 443.000,00 per gli appalti pubblici di forniture, servizi, concorsi pubblici di progettazione;
- Euro 1.000.000,00 per i contratti di servizi, servizi sociali e altri All. IX.

COMUNICAZIONI DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO

COM/2017/287 PACCHETTO MERCI: rafforzare la fiducia nel mercato unico. 19/12/2017

COM/2017/2025 LIBRO BIANCO SUL FUTURO DELL'EUROPA: riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025.

COM/2016/762 VALUTAZIONE SULL'APPLICAZIONE DELLE DIRETTIVE 2009/81/CE relativa agli appalti pubblici nei settori della difesa e della sicurezza. 30/11/2016.

COM/2012/259 UNA GOVERNANCE MIGLIORE PER IL MERCATO UNICO, comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo 8/06/2012.

GIURISPRUDENZA

CGUE sent. 20 dicembre 2017 C-677/15 P – Appalti di Servizi

Omessa indicazione dei documenti di gara – violazione pari opportunità e trasparenza.

CGUE sent. 20 dicembre 2017 C-178/16 – Appalti pubblici

Requisiti generali – discrezionalità – limiti.

CGUE sent. 14 settembre 2017 C-223/16 – Appalti pubblici

Avvalimento – soggetto ausiliario – perdita requisiti durante procedura di gara – principio di proporzionalità – forza maggiore

CGUE sent. 5 aprile 2017 C-391/15 – Appalti pubblici

Procedure di gara – atti preliminari – prove della solvibilità tecnica ed economica dei partecipanti – inosservanza – decisione ammissione offerente – posticipazione – principi di leale cooperazione ed effetto utile della direttiva

PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE ED ESECUZIONE DEI CONTRATTI ALL'ESTERO. CONSIGLIO DI STATO PARERE 2017

L'inserimento di una "specifica clausola che consente il recesso per ragioni di politica estera" per "i contratti di sponsorizzazione, le convenzioni per la realizzazione all'estero di opere pubbliche a spese di privati e le forme di partenariato pubblico-privato di cui alla Parte IV del Codice" [...] risponde a fondamentali ed evidenti interessi nazionali e deve essere indicato in maniera espressa dalle "direttive" come doveroso ed inderogabile; deve essere, inoltre, precisato che, ove il contraente estero non accetti l'inserimento di tale clausola, il contratto non può essere concluso.

Si deve senz'altro apprezzare, sotto il profilo della certezza del diritto e dell'efficacia delle procedure, la sottoposizione degli affidamenti all'esterno della UE al combinato disposto del riferimento alla "Practical Guide" (commi 1 e 2) e dei richiami, di cui al comma 3, a altri articoli dello schema in oggetto. Tuttavia, andrebbe meglio specificato che tali disposizioni sono applicabili esclusivamente quando concernono procedure che non sono riservate alle sole imprese italiane o europee: difatti, in caso di partecipazione riservata, si dovrebbero applicare le norme comunitarie, al fine di evitarne possibili elusioni.

L'art. 16 del d.m. n. 113/2015 prevede che l'Agenzia può affidare a soggetti privati con finalità di lucro la realizzazione di interventi di cooperazione allo sviluppo e contribuire ad iniziative di cooperazione allo sviluppo promosse dai

medesimi soggetti, nel rispetto delle finalità della legge medesima. L'Agenzia promuove forme innovative di partenariato, volte al più ampio coinvolgimento delle imprese, in particolare di quelle piccole e medie, nonché al sostegno e alla crescita del settore privato nei Paesi partner. Al fine di evitare l'imposizione di vincoli procedurali eccessivi sarebbe dunque opportuna una maggiore chiarificazione:

- sulle tipologie procedurali esperibili (finanziamento, contratti, concessioni, *project financing*, partenariato pubblico-privato, ecc.);
- sulle relative discipline applicabili, che tenga conto delle esigenze connesse con la realizzazione all'estero di tali iniziative;
- sulle eventuali necessarie differenziazioni tra le procedure promosse dall'amministrazione e quelle nelle quali l'iniziativa appartenga ai soggetti privati (anche con riguardo al caso – non infrequente – in cui questi propongano un intervento chiedendo il sostegno economico pubblico).

FEDERAZIONI SPORTIVE. VERIFICA INQUADRAMENTO NELLA NOZIONE DI ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO

TAR Lazio RM sentenza 2017

È noto che, in base al combinato disposto dell'art. 1, comma 1, e 3, comma 1, lett. a) e d), del d.lgs. n. 50/2016, i soggetti tenuti all'applicazione delle norme contenute nel predetto decreto e nella normativa comunitaria nell'aggiudicazione dei contratti di servizi (per quanto qui d'interesse) – cd. "amministrazioni aggiudicatrici" – sono, tra gli altri, gli organismi di diritto pubblico, i quali si connotano per le seguenti caratteristiche:

- a) essere stati istituiti per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- b) essere dotati di personalità giuridica;
- c) essere soggetti 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.

Si tratta ora di verificare se le federazioni spor-

tive, quale è la F.I.G.C. – Federazione Italiana Giuoco Calcio – si possano o meno inquadrare nell’ambito degli organismi di diritto pubblico. Al fine di individuare la natura e le caratteristiche delle federazioni sportive occorre richiamare l’art. 15, comma 2, del d.lgs. n. 242/1999, il quale stabilisce: “Le federazioni sportive nazionali e le discipline sportive associate hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato. Esse non perseguono fini di lucro e sono soggette, per quanto non espressamente previsto nel presente decreto, alla disciplina del Codice civile e delle relative disposizioni di attuazione.”. Pertanto risulta acclarata la natura di associazione di diritto privato. Non dimeno lo stesso art. 15 citato prevede anche che “Le federazioni sportive nazionali e le discipline sportive associate svolgono l’attività sportiva in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del CIO, delle federazioni internazionali e del CONI, anche in considerazione della valenza pubblicistica di specifiche tipologie di attività individuate nello statuto del CONI”.

La norma di legge in esame ha, pertanto, riconosciuto in modo inequivocabile la natura privatistica delle federazioni sportive, ma contestualmente ha preso in considerazione e rimarcato la valenza pubblicistica di alcune attività individuate nello statuto del CONI. In altre parole, l’attribuzione alle federazioni della capacità di agire nell’ordinamento come soggetti di diritto privato, e non come organi del CONI, non ha escluso automaticamente che l’attività di queste potesse avere una valenza pubblicistica. Tuttavia si tratta solo di alcune tipologie di attività e non già di tutte, atteso che le federazioni sono deputate anche e principalmente alla cura degli interessi dei propri associati.

Esse solo quando svolgono attività tese a soddisfare specifiche esigenze di interesse generale presentano i suindicati elementi atti a qualificarle come “organismi di diritto pubblico”, in quanto tali, assoggettati ai principi ed alle regole del Codice dei Contratti, mentre, in caso di applicazione di norme che attengono alla vita interna della federazione e ai rapporti tra società sportive e tra le società stesse e gli sportivi professionisti, le federazioni operano come associazioni di diritto privato.

I servizi oggetto della procedura negoziata qui censurata – servizi di pulizia, di sanificazione e

di disinfezione – rientrano senz’altro nell’attività svolta dalla F.I.G.C. come associazione di diritto privato.

L’inserimento delle federazioni sportive nell’elenco delle amministrazioni pubbliche inserito nel conto economico consolidato dell’ISTAT non sposta i termini della questione; esso si spiega in ragione dei finanziamenti pubblici ottenuti e, pertanto, ha rilievo limitatamente a questo aspetto, ma non è certamente idoneo ad attribuire alle stesse la qualifica di “organismo di diritto pubblico”.

Consiglio di Stato V, 3 ottobre 2017, n. 4614

Anche un affidamento concernente servizi a titolo gratuito configura un contratto a titolo oneroso, soggetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici mentre l’art. 3 comma 1 lett. ii “... a titolo oneroso” ma il Cds insegna che si debba applicare il diritto UE e la direttiva 24 e i principi generali UE, divieto di discriminazione in base alla nazionalità, la libertà di circolazione delle merci, di prestazioni di servizi, di stabilimento e di circolazione dei servizi, le regole di concorrenza dell’art. 101 e seg TFUE. Per il Cds si tratta di contratto passivo e il contratto a titolo oneroso è diverso dall’accezione tradizionale che l’utile finanziario non è elemento indispensabile per la possibilità di offerte gratuite, vedasi i contratti di sponsorizzazione con un interesse per lo sponsor. Quindi gratuito in senso finanziario ma non economico.

TAR Lombardia, Milano, 5 gennaio 2018, n. 28/18

Appalto di lavori – Subappalto – Soglia 30% – Superamento – Rinvio pregiudiziale Corte di Giustizia UE

TAR Lombardia, Milano, 6 febbraio 2015, n. 406/15

Appalti di servizi – Offerta tecnica – Campionatura prodotti – Pubblicità operazioni di gara – Apertura campioni in seduta riservata – Illegittimità – Iva dichiarata

TAR Lombardia, Milano, 2 febbraio 2015, n. 351/15

Appalto di servizi – Raccolta e trasporto rifiuti –

Offerta economicamente più vantaggiosa – Oneri sicurezza aziendali – Omessa indicazione – Non rileva

Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 12 ottobre 2017, n. 4733

Sulla definizione del mercato rilevante gli accordi e le pratiche concordate sono forme collusive che condizionano la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano, e possono coesistere anche nell'ambito di una stessa intesa. In termini generali il mercato rilevante si definisce con riferimento sia ai tipi di prodotto o servizio sia nell'ambito geografico.

In materia di intese anticoncorrenziali il mercato di riferimento dev'essere costituito da una parte rilevante del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica. Secondo la giurisprudenza comunitaria accordi e pratiche concordate sono forme collusive che condizionano la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e sono una forma di coordinamento tra imprese.

Consiglio di Stato, sent. 31 agosto 2017, n. 3125

Sulla portata applicativa del principio di rotazione che deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori per evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo ai gestori uscenti, la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici non è elevato.

TUTELA MPMI NELLE GARE D'APPALTO

TAR Lazio, sez. II, sent. 26 gennaio 2017, n. 1345

L'art. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 sancisce che le disposizioni ivi contenute sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, sicché è consequenziale ritenere che i provvedimenti adottati in applicazione del Codice degli appalti ove non realizzino detta finalità violano le regole stesse ed i principi di libera concorrenza.

Le due "anime" della normativa sostanziale dell'evidenza pubblica, in linea di massima, possono e devono essere perseguite contemporanea-

mente, atteso che la massima partecipazione alla gara è funzionale alla realizzazione di entrambe le finalità.

L'art. 30, comma 1, del nuovo Codice, analogamente a quanto già espresso dall'art. 2 del d.lgs. 163/2006, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del Codice garantisce la qualità delle prestazioni e deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il miglior utilizzo delle finanze pubbliche), ha specificato che le stazioni appaltanti rispettano altresì i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché di pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

Il successivo settimo comma dello stesso art. 30 dispone che "i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese".

L'art. 51 del nuovo Codice stabilisce non solo che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ... in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture", ma anche che "nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro imprese, piccole e medie imprese".

L'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, infine, prevede che i requisiti di idoneità professionale e le capacità economica e finanziaria e tecniche – professionali sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, "tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione".

Un ulteriore impulso all'apertura dei mercati attraverso la partecipazione alle gare e la possibile aggiudicazione delle stesse da parte del più alto numero di imprese possibile – le quali in tal modo, in un circolo "virtuoso", potrebbero acquisire le qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre maggiore di gare – è dato dal c.d. vincolo di aggiu-

dicazione, vale a dire dalla facoltà della stazione appaltante di limitare il numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati ad un solo offerente.

Il vincolo di aggiudicazione, come correttamente affermato nel ricorso, costituisce uno strumento pro-concorrenziale che, nell'impedire ad uno stesso soggetto di essere aggiudicatario di una pluralità di lotti, aumenta le possibilità di successo delle piccole e medie imprese pur in presenza di aziende meglio posizionate sul mercato. Nel richiamato considerando n. 124 alla direttiva 2014/24/UE, è espresso che le nuove disposizioni europee "dovrebbero contribuire al miglioramento del livello di successo, ossia la percentuale delle PMI rispetto al valore complessivo degli appalti aggiudicati".

L'art. 46 della menzionata direttiva europea prevede a tal fine che "le amministrazioni aggiudicatrici possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente ...", analoga previsione è contenuta nell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.

In definitiva, la matrice volta a stimolare la concorrenza, sia attraverso la massima partecipazione possibile alle gare sia anche garantendo una più elevata possibilità che le imprese di piccole e medie dimensioni possano risultare aggiudicatarie, caratterizza tutta la normativa europea in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, il nuovo Codice nazionale degli appalti pubblici e delle concessioni.

OGGETTO DEL SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE – ASSENZA OBBLIGO PUBBLICAZIONE MODIFICA CAPITOLATO

TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sent. 11 agosto 2017, n. 1024

L'art. 3 del d.lgs. 50/2016 definisce come «organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, avente le caratteristiche di cui all'elenco non tassativo contenuto nell'allegato IV e cioè:

- 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 maggio-

ritario 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.

La parte intimata non è, dunque, qualificabile come organismo di diritto pubblico, perché non costituita al fine di soddisfare esigenze aventi carattere non industriale o commerciale. Come chiarito dalla giurisprudenza, esigenze siffatte sono quelle che si soddisfano senza correre il rischio di impresa e in modo diverso dall'offerta di un bene o servizio sul mercato, quindi facendo salva l'influenza dominante del soggetto pubblico.

Condizione che non può essere ravvisata laddove, come nel caso di specie, il soggetto appaltatore sia una società quotata in borsa, la quale offre il proprio prodotto ai consumatori in concorrenza con altre imprese del suo settore.

CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI O DI SERVIZI – RISCHIO OPERATIVO – A CARICO DEL CONCESSIONARIO

Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 19 agosto 2016, n. 3653

La pur riconosciuta natura contrattuale all'atto in esame (concessione-contratto di lavori e servizi pubblici) non comporta di per sé la diretta applicazione delle norme del Codice civile in tema di obbligazioni e contratti. Questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di osservare (Sez. IV, 3 dicembre 2015 n. 5510), con considerazioni che si intendono riconfermate nella presente sede, che il rapporto amministrazione/concessionario, fondato sulle (usualmente definite) "concessioni/contratto", proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto compatibili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, né ciò è indicato dalla l. n. 241/1990, ed in particolare dal suo art. 11. In tale contesto (posto che, nell'ambito dell'art. 11, sotto la co-

mune dizione di “accordi” coesistono sia “contratti” propriamente detti, sia accordi procedurali), la applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell’amministrazione (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell’esercizio di potestà pubbliche, e nelle finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013 n. 5786; 14 ottobre 2013 n. 5000), fermi i casi di contratti “integralmente” di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del Codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l’amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai “principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto”. Ciò, ovviamente, non esclude – sussistendone i presupposti ora delineati – che il giudice possa fare applicazione anche della disciplina dell’inadempimento del contratto, allorché una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare (Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2012 n. 2433). Tanto premesso sul piano generale, la concessione di lavori pubblici o di servizi (art. 3, commi 11 e 12, d.lgs. n. 163/2006) è un contratto a titolo oneroso che: – nel caso dei lavori pubblici, ha ad oggetto “l’esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”; – nel caso della concessione di servizi, presenta le stesse caratteristiche dell’appalto di servizi “ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”. Tali defini-

zioni (applicabili *ratione temporis* al caso oggetto della presente decisione) non sono sostanzialmente modificate dall’art. 3 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (lett. uu) e vv), il quale, tuttavia, precisa, per ambedue le ipotesi, che vi è assunzione in capo al concessionario, del rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi, intendendosi per “rischio operativo” (ai sensi della *successiva lettera zz*) dell’art. 3), quello “*legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi*”. La disposizione precisa ancora che: “Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”. Nella concessione di lavori pubblici, può affermarsi, in prima approssimazione, che il sinallagma contrattuale è rappresentato dalla obbligazione assunta dalla Pubblica Amministrazione ad assegnare la gestione dell’opera a colui che la ha realizzata (unicamente oppure unitamente al pagamento di un prezzo) a fronte della obbligazione consistente nella prestazione di realizzazione dell’opera. Allo stesso modo, nella concessione di servizi l’assegnazione della gestione del servizio (da sola ovvero unita al pagamento di un prezzo) costituisce l’obbligazione della Pubblica Amministrazione a fronte della obbligazione del privato alla fornitura del servizio.

CORTE DEI CONTI NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: IL PROJECT FINANCING NEL PARERE DELLA CORTE DEI CONTI PER L’IMPATTO SUL BILANCIO E SUGLI EQUILIBRI FINANZIARI

Segnalazione del parere della Corte dei conti per la Liguria n. FRCLIG maggio 2017/PAR

“La normativa nazionale è allineata a quella comunitaria e la giurisprudenza contabile ha contribuito ad interpretare ed individuare ulteriori indici che fanno propendere per la neutralità o meno dell’operazione ai fini del bilancio dell’Ente pubblico”.

PARERI ANAC

Delibera 16 luglio 2016, n. 763

“La convenzione ha natura contrattuale disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante sulla base di uno scambio sinallagmatico”. Precedente parere con Determinazione 2/04/2008 n. 4.

FUNZIONE CONSULTIVA ANAC – PARERI DI PRECONTENZIOSO**Autorità nazionale anticorruzione provvedimento 20 luglio 2016 (provvedimento/2016)**

Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della legge 6 novembre 2012, n.

190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso. ANAC 31/05/2017 N. 566. Sull'inapplicabilità dell'istituto del *project financing* per l'affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale ...: “stante la riserva di disciplina rinvenuta nell'art. 5, paragrafo 1 del Regolamento (CE) 1370/2007 che esclude l'applicazione delle direttive appalti ogni qualvolta si intende affidare il servizio di trasporto dei passeggeri con autobus o tram, attraverso lo strumento della concessione di servizi”.

(GIANFRANCO PERULLI)

2. Casi di esclusione

Per quanto concerne i contratti esclusi la nuova disposizione dell'art. 4 riproduce sostanzialmente il testo del precedente art. 27, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sia pure con una differenza sostanziale, l'eliminazione dell'onere per le stazioni appaltanti di procedere ad invitare almeno cinque concorrenti.

Secondo il Parere della Commissione speciale del Cons. Stato 1° aprile 2016, n. 855: “La norma riprende il contenuto del (pre)vigente art. 27 del d.lgs. n. 163/2006. Rispetto al (pre)vigente art. 27, si registra una maggiore ampiezza, in quanto non si impone l'onere di consultare almeno cinque operatori economici prima dell'affidamento. Sarebbe tuttavia preferibile – anche in coerenza con il criterio di delega di cui alla lett. ii), in materia di contratti sotto soglia, e in funzione di prevenzione di possibili comportamenti illeciti e anticompetitivi – onerare le stazioni appaltanti, se compatibile con l'oggetto del contratto, della consultazione di un numero minimo di operatori economici, prima dell'affidamento, trattandosi di contratti che possono essere di importo rilevante. Non si tratterebbe, come rilevato nella parte generale, di un ingiustificato e burocratico *gold plating*, ma di disposizione pro-concorrenziale e di maggiore trasparenza anche in funzione di prevenzione della corruzione”.

Come si vede, il legislatore non ha ritenuto di accogliere tale indicazione; oltretutto tra i principi non viene richiamato quello fondamentale della concorrenza, il che sarebbe stato in sé sufficiente. Su tale punto tuttavia si rinvia alle considerazioni che seguiranno.

Si ricorda che il criterio di delega di cui alla lett. n) dell'art. 1 della legge delega n. 11/2006, prevede l'individuazione dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto di recepimento delle direttive e del decreto di riordino in coerenza con quanto previsto dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

L'articolo è il primo che si incontra nel Codice che contiene la citazione di principi generali ai quali l'amministrazione deve conformarsi nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Per trovarne la declinazione compiuta occorre andare all'art. 29 per il principio di trasparenza e soprattutto all'art. 30 ("Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e di concessioni"), dove viene ripreso quello della qualità delle prestazioni, nonché la tempestività e la correttezza, evidentemente riferentesi in particolare alla fase dell'esecuzione, contenuti, in precedenza nell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006.

I principi di economicità ed efficacia hanno per così dire origine interna, nel senso che sono stati normativamente introdotti nel nostro ordinamento, insieme al principio dell'efficienza, dalla legge n. 241/1990, anche se da sempre ritenuti corollario del principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione (v. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4907; Corte Conti, sez. II App., 30 gennaio 2017, n. 49). Mentre i principi di parità di trattamento (imparzialità), non discriminazione, trasparenza (pubblicità) e proporzionalità sono di origine comunitaria, anche se introdotti gradualmente pure nel diritto interno (si veda il Considerando n. 2 della direttiva 25/2014, e prima ancora il considerando IX della direttiva 17/2004/CE). Com'è noto, vi è stato storicamente nel nostro ordinamento, a seguito della nascita dell'ordinamento europeo, un passaggio dalla procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente, dettata nell'interesse della Pubblica Amministrazione, alla progressiva tutela degli interessi degli operatori economici a poter concorrere a pari condizioni nel mercato e ad accedervi. L'efficacia e l'economicità perciò hanno come destinataria principalmente la Pubblica Amministrazione. La codificazione di tali principi – di origine essenzialmente aziendalista – la si è avuta, come detto, con la legge n. 241/1990, il cui art. 1 è rubricato "Principi generali dell'attività amministrativa".

La norma è stata modificata tre volte: nel 2005 (con l'aggiunta dei due commi centrali e il riferimento alla "trasparenza" e ai "principi dell'ordinamento comunitario"), nel 2009 (con inclusione del principio di "imparzialità") e nel 2012 (con riferimento ai soggetti privati esercenti attività amministrative). Il testo attuale afferma che l'attività amministrativa "è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza"; cinque principi, dei nove contenuti nell'articolo in commento. Una delle prime esplicite estensioni dei principi del Trattato a contratti esclusi è stata la Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici 2006/C/179/02 (G.U.U.E. 1° agosto 2006, n. C 179): "La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE (...) riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (art. 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (art. 43), la libera prestazione di servizi (art. 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco. Tali norme si applicano anche all'aggiudicazione di contratti per sé esclusi dall'applicazione di specifiche direttive. La Corte ha esplicitamente dichiarato che "sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano

sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato” (Causa C-59/00 Bent Moustén Vestergaard [2001] Racc. I-9505, paragrafo 20”).

Anche la nostra giurisprudenza interna si è ben presto adeguata, osservando che: “i principi del Trattato dell’U.E., ossia del principio di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento (...), che hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006) e che si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons. Stato, sez. VI: 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, n. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168)”. “I principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l’interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (ad esempio, le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica; da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362)”. (Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1).

Seguita dalla giurisprudenza di merito: “Infatti, alla stregua della comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in G.U. n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da una circolare della Presidenza del consiglio dei ministri-dipartimento per le politiche comunitarie – n. 945 in data 1° marzo 2002, i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all’importanza della fattispecie in rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie volte a dare la stura a una procedura competitiva puntualmente regolata. La circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti sono attuative dell’art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che le norme delle stesse siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente valevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate. È proprio l’esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria – sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente – nel perseguimento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell’attività di scelta del contraente dettata nell’esclusivo interesse dell’amministrazione, pervenendosi all’obiettivo primario costituito dalla tutela degli interessi degli operatori, ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato (cfr. di recente Cons. Stato, Ad. plen., sent. 3 marzo 2008, n. 1)” (TAR Emilia Romagna, sez. II, 16 febbraio 2009, n. 153; in senso conforme TAR Piemonte, Torino, sez. I, 9 aprile 2009, n. 986).

La Pubblica amministrazione, nel suo operare, deve considerare tali principi come una matrice nella quale, secondo la prevalenza della dottrina, tutti hanno la stessa valenza (*Tutti pariordinati e tutti necessari*, cfr. FERRARI G. in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Nel diritto Editore*, 6ª ed., 2013, p. 476). Tuttavia alcuni di questi potrebbero confliggere se interpretati in maniera assoluta e non

contemperati fra di loro. Pensiamo ai principi di economicità ed efficienza che si dovrebbero tradurre anche in un procedimento che realizza un pronto assetto degli interessi confliggenti coinvolti: per cui economicità ed efficienza dovrebbero tradursi anche in semplificazione del procedimento (artt. 14-16, legge n. 241/1990), non aggravamento dello stesso (art. 1, comma 2), previsione di un termine per il suo completamento (art. 2). Il principio di massima trasparenza e concorrenzialità potrebbe confliggere con quello di non aggravamento nel caso di importi di spesa poco significativi. Così come il principio di rotazione – contenuto nell’art. 36 del Codice – che se declinato in maniera rigida ed assoluta può confliggere con il principio della massima concorrenza, o con quello di buon andamento. E così via.

Ma soprattutto va considerata l’evoluzione normativa e la conseguente interpretazione giurisprudenziale di alcuni di questi principi, in particolare con riferimento a quello di tassatività delle cause di esclusione (legato al soccorso istruttorio), ancora oggi presente nel Codice dei contratti, sia pure “mimetizzato” nell’art. 83, comma 8 (“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente Codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”) (una disposizione che si riferisce peraltro soltanto ai requisiti di “capacità” e quindi ai requisiti cc.dd. speciali, non a quelli generali).

Assai chiara in proposito la ricostruzione che ha operato l’Adunanza Plenaria del Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9: “Prima dell’introduzione nell’ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, non si è mai dubitato dell’ampia facoltà intestata all’Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara). (...) La cogenza delle cause legali di esclusione disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività – ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione – ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante. Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l’interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell’azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall’altro, mettendo l’accento sui primi a scapito dei secondi”. Dunque il principio della parità di trattamento diventa recessivo rispetto a quello della massima partecipazione.

L’articolo non richiama il principio fondamentale della libera concorrenza, ma sembra più una svista redazionale, essendo pacifico che questo sia uno dei principi fondanti e fondamentali del Trattato (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/2008, cit.).

1.1. Il principio di economicità viene solo enunciato ma non definito nel suo contenuto, rimettendo nella sostanza alla valutazione delle stazioni appaltanti il prudente apprezzamento della sua applicazione alle fattispecie concrete, e soprattutto allo scrutinio giurisdizionale la valutazione in merito alla corretta interpretazione e applicazione dello stesso.

Alcuni autori hanno perciò concluso sulla “sostanziale inutilità” del mero richiamo

testuale (cfr. G. FERRARI, *op. cit.*, p. 477 ss.), con giudizio forse troppo netto (tale richiamo, come ogni altro richiamo a principi, sarebbe inutile in qualsiasi disposizione, come ad esempio nell'art. 1 della stessa legge n. 241/1990). Ha osservato peraltro il giudice amministrativo che “i principi dell'attività amministrativa, parzialmente catalogati nelle previsioni della legge n. 241/1990, ma il cui intero spettro è desumibile in via sistematica e per astrazioni progressive dall'intero ordinamento giuridico, non sono (e ciò vale per ogni altro principio giuridico) enunciazioni programmatiche né mere dichiarazioni di intenti del Legislatore, ma hanno la forza e il valore di vere e proprie norme direttamente applicabili e, come tali, orientano l'interpretazione di tutte le previsioni del diritto positivo e spesso ne integrano i precetti. (...) Tanto doverosamente premesso, mette conto osservare che il principale portato precettivo del principio di economicità dell'azione amministrativa, principio peraltro presidiato da una robusta e articolata disciplina contabile, è di immediata percezione e consiste nel divieto, di carattere generale, di impiegare risorse pubbliche per finanziare attività, opere e interventi che si presentino, sulla base di una ragionevole valutazione prognostica, privi di utilità o di qualunque prospettiva di concreta realizzabilità. In questo senso il vincolo dell'economicità delle scelte amministrative, direttamente e pienamente giustiziabile, si configura come un limite interno e immanente di qualunque intermediazione discrezionale della pubblica amministrazione” (C.G.A. 5 gennaio 2011, n. 10).

Una declinazione per così dire “ufficiale” la si trova nelle Linee Guida n. 4, dell'ANAC, recanti “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici” (Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 26 ottobre 2016, n. 1097, e attualmente in corso di revisione): secondo l'ANAC il principio di economicità consiste nell’“uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto”; sembra chiaro che il riferimento alle risorse da impiegare implichi non solo l'uso oculato di mezzi finanziari, ma anche il divieto di aggravamento del procedimento, la tempestività dell'azione, e consimili.

1.2. Il principio di efficacia. La norma non lo accompagna, come solitamente avviene, al principio di efficienza, ma la sequenza “economicità, efficacia, imparzialità” pare esemplata sull'analogia sequenza dell'art. 1 della legge n. 241/1990. In ogni caso, come spesso si è detto, costituiscono tutti corollari del principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione (per tutti vedi P. VIRGA, *Diritto amministrativo – I principi*, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 1989, p. 8 ss.).

Secondo le linee guida n. 4 dell'ANAC già citate il principio di efficacia si sostanzia nella “congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati”.

1.3. L'imparzialità e parità di trattamento, appaiono francamente sinonimi. Secondo le linee guida n. 4 dell'ANAC il principio di “non discriminazione e di parità di trattamento” consiste, nelle procedure di affidamento, in “una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione”; anche questa espressione del più generale e fondamentale principio di legalità e del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

1.4. Il principio di trasparenza, secondo le linee guida ANAC (che lo trattano insieme a quello di pubblicità), risiede nella “conoscibilità delle procedure di gara, nonché l’uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure”.

Il principio di trasparenza è stato introdotto dalla legge n. 15/2005 – la prima modifica alla legge n. 241/1990. Il predetto principio stabilisce l’obbligo per tutte le Pubbliche Amministrazioni di rendere visibile e controllabile all’esterno il proprio operato e si traduce in definitiva per il cittadino in un mezzo per consentire un controllo sul corretto esercizio di un potere pubblico.

Per quanto riguarda il rapporto tra pubblicità e trasparenza, si deve fare riferimento al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni). Mentre la legge sul procedimento amministrativo mantiene distinto l’ambito operativo della trasparenza da quello della pubblicità, il d.lgs. n. 33 fornisce una definizione di trasparenza che, almeno *prima facie*, risulta sostanzialmente sovrapposta a quella di pubblicità e, in particolare, a quella di accessibilità agli atti amministrativi. A tal proposito, giova menzionare la disposizione sancita dall’art. 4, comma 7, in cui si afferma che la Commissione per l’accesso continua ad operare “al fine di assicurare la trasparenza degli atti amministrativi non soggetti agli obblighi di pubblicità previsti dal [...] decreto”. Tale disposizione, se da un lato opportunamente conferma l’intento del legislatore del 2013 di tenere debitamente conto della perdurante vigenza delle norme che prevedono eccezioni alla pubblicità dell’azione amministrativa, dall’altro lato si pone in contrasto con la “nuova” definizione di trasparenza: nella prospettiva seguita dall’art. 4, questa non solo non si sovrappone alla pubblicità (dalla quale, al contrario, resta ben distinta), ma addirittura sembrerebbe rappresentare una sorta di rimedio all’assenza di pubblicità piena, assumendo una funzione di completamento del sistema. La giurisprudenza ha da sempre riconosciuto, in ogni caso, al principio di pubblicità un carattere strumentale rispetto a quello di trasparenza (v. ad es. TAR Campania, Salerno, sez. I, 23 novembre 2007, n. 2800, con richiami di precedenti).

1.5. Principio di proporzionalità, consiste ne “l’adeguatezza e idoneità dell’azione rispetto alle finalità e all’importo dell’affidamento” (ANAC). Sulla portata del principio così si è espresso il Consiglio di Stato: “il principio di proporzionalità, implica che la Pubblica Amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Esso si risolve, in sostanza, nell’affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l’autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all’obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile” (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087; Cons. Stato, sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885).

1.6. I principi di sostenibilità energetica e ambientale.

L'inserimento della necessità di rispettare tali principi ha portata innovativa e richiama gli intenti del legislatore comunitario, espressi ad es. nel "considerando" n. 95 della direttiva 24/2014/UE: "È d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. In tale contesto, è opportuno ricordare che gli appalti pubblici sono essenziali per promuovere l'innovazione, che è di primaria importanza per la futura crescita in Europa. Tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non sarebbe tuttavia opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione."; sono espressione altresì dell'art. 11 del TFUE, a mente del quale "le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile".

Si procede poi con un richiamo, pur non citandoli mai espressamente, degli affidamenti cc.dd. *in house* (commi da 1 a 5), considerandoli "esclusi", laddove per la verità ne vengono poi regolamentati alcuni aspetti nel Titolo II della Parte IV (artt. 192 e 193) e ne viene fatto un rinvio agli artt. 177 e 178. Si occupa poi del c.d. partenariato pubblico-pubblico orizzontale (comma 6, su cui vedi oltre) e del c.d. partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (comma 9). Si osserva che la locuzione *in house* non compare tra le definizioni dell'art. 3, mentre sono state poi definite le "società *in house*" nell'art. 2, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 contenute il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (modificato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100). La definizione di controllo analogo contenuta nel comma 1, lett. a) e nel comma 2, è stata ripetuta in maniera pressoché identica nell'art. 2 (Definizioni) del citato d.lgs. n. 175/2016. Le condizioni di cui alle lett. b) e c) del comma 1 si ritrovano nell'art. 16, d.lgs. n. 175/2016. La definizione di controllo congiunto viene invece espressamente richiamata, per rinvio all'art. 5 in commento, nel d.lgs. n. 175, lett. d) del comma 1 dell'art. 2. Com'è noto, l'istituto del *in house providing* viene per la prima volta delineato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/1998, relativa al caso Teckal: si sostenne, infatti, che l'avvio di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente non sia necessario ogniqualvolta, da una parte, l'Ente pubblico aggiudicatore eserciti sull'aggiudicatario quello che viene definito come un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e, dall'altra, contestualmente l'aggiudicatario svolga la parte più importante della propria attività a favore dell'Ente locale che lo controlla.

Ciò trovava la sua giustificazione giuridica nella considerazione che, al ricorrere di tale duplice condizione, era possibile considerare assente quella situazione di alterità tra l'Amministrazione aggiudicatrice e l'ente aggiudicatario necessaria per il ricorso alle procedure di evidenza pubblica. A proposito di questo articolo la Relazione illustrativa del 4 marzo 2016 spiega: "L'art. 5 (...), recependo gli artt. 12 e 13 della direttiva 24/2015/UE, 28 della direttiva 25/2015/UE e 17 della direttiva 23/2015/UE (...), esclude dall'ambito di applicazione del Codice gli affidamenti *in house* effettuati nell'ambito del settore pubblico (c.d. partenariato pubblico-pubblico). In particolare precisa i presupposti necessari ai fini della qualificazione dell'*in house*, in linea con quan-

to previsto dalla legislazione italiana in materia di società a partecipazione pubblica e con quanto espressamente previsto nelle citate direttive 24/2014/UE, 25/2014/UE e 25/2014/UE (...). La norma è innovativa rispetto alle previsioni vigenti, nella parte in cui prevede la partecipazione di capitali privati e recepisce quindi pienamente la disciplina europea anche tenendo conto della giurisprudenza del Consiglio di Stato che nel parere n. 298 del 2015 aveva considerato, relativamente alla partecipazione di capitali privati, la direttiva europea come *self executing* e, pertanto, direttamente applicabile. Si prevede, inoltre, che il nuovo Codice non si applica, qualora sussistano tutte le condizioni precedenti, anche nel caso dell'*in "house rovesciato"* ovvero quando la persona giuridica controllata aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente controllante e nel caso dell'*"in house a cascata"* ovvero quando la persona giuridica controllata aggiudica ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore. "Il parere n. 298/2015 del Consiglio di Stato, sezione Seconda, si era espresso, prima dell'entrata in vigore del Codice, in materia di requisiti costitutivi dell'*in house providing*, alla luce della nuova direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014. In particolare, il Collegio – alla cui valutazione era stata rimessa la richiesta del MIUR (Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca) volta a vagliare la sussistenza dei presupposti per l'affidamento *in house* di servizi nel campo dell'informatica per il sistema universitario, a favore del CINECA, Consorzio partecipato dallo stesso MIUR, da sessantanove università e da due Enti pubblici di ricerca – aveva fornito una rinnovata lettura dei caratteri tipici dell'istituto, secondo le previsioni della richiamata direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014. In via preliminare ne viene ribadita la natura di modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica, secondo la ricostruzione classica, già affermata dall'Adunanza Plenaria (n. 1 del 3 marzo 2008). La Sezione procede ad una rivalutazione dei tradizionali elementi costitutivi del modello organizzatorio del *in house providing*, attraverso il quale la P.A. può, in alternativa rispetto al ricorso al mercato, fornire, o procurarsi, il servizio, dei quali viene fornita una parziale rilettura secondo le previsioni della nuova direttiva UE:

- Controllo analogo (a quello operato sui propri servizi interni, da parte dell'Amministrazione committente sulla società attuatrice del servizio).
- Destinazione prevalente dell'attività svolta dalla società attuatrice a favore dell'Amministrazione committente.
- Partecipazione pubblica totalitaria della società attuatrice.

Il Parere della Commissione speciale del Cons. Stato 1° aprile 2016, n. 855 sullo schema del nuovo Codice osserva tra l'altro: "Quanto agli affidamenti *in house*, il Codice stabilisce a quali condizioni è legittimo un affidamento diretto a soggetto *in house*, senza ricorso al mercato. Non affronta le condizioni in presenza delle quali le pubbliche amministrazioni possono dare vita a un soggetto *in house*".

- Su questo tema, sulla questione cioè se l'affidamento *in house* costituisca una modalità ordinaria o, rispettivamente, eccezionale di affidamento di contratti pubblici da parte di una pubblica amministrazione, il Consiglio di Stato, nelle recenti pronunce,

sembra avere una posizione univoca, nel senso di ritenere che oramai tale modalità costituisca quella ordinaria di gestione di un servizio pubblico.

• Il Consiglio di Stato, nella sent. 24 ottobre 2017, n. 4902, sez. III, afferma infatti che gli unici presupposti per l'affidamento sono quelli dell'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 50/2016: “va ritenuta la legittimità dell'affidamento diretto del servizio, in presenza dei seguenti requisiti: 1. la totale partecipazione pubblica del capitale della società incaricata della gestione del servizio; 2. la realizzazione, da parte della suddetta società, della parte preponderante della propria attività con gli enti controllanti; 3. il controllo analogo (nella forma del c.d. controllo congiunto) sulla società partecipata da parte dei medesimi enti”.

• Più in particolare: “Da un punto di vista sistematico, la giurisprudenza di questo Consiglio ha da tempo stabilito alcuni punti fermi sul modello del *in house providing*, quali:

i) stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 238/2011 [...] è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; mentre, con l'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 197, sono venute meno le ulteriori limitazioni all'affidamento *in house*, contenute nell'art. 4, comma 8 del predetto d.l. n. 238/2011 (così sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762);

ii) a sua volta la sez. V (22 gennaio 2015, n. 257) ha non solo ribadito la natura ordinaria e non eccezionale dell'affidamento *in house*, ricorrendone i presupposti, ma ha pure rilevato come la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta;

iii) di recente, la stessa sez. V (18 luglio 2017, n. 3554) ha rafforzativamente richiamato la chiara dizione del quinto “considerando” della direttiva 24/2014/UE, laddove si ricorda che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva». (...) Tutte queste chiare e univoche indicazioni di principio sulla ordinarità del ricorso all'*in house* non sono affatto contraddette dalla successiva sentenza della stessa sez. V, n. 4030 del 18 agosto 2017, (...), giacché la citata pronuncia n. 4030/2017 si occupa della diversa questione dell'attività prevalente svolta dall'ente controllato, alla luce degli specifici principi enunciati dalla Corte di Giustizia dell'UE con sentenza dell'8 dicembre 2016, in causa C-553/15, resa a seguito dell'ordinanza di rimessione 20 ottobre 2015, n. 4793/2015 di questo Consiglio di Stato. (...) va, pertanto, riaffermato (...) il carattere ordinario e non eccezionale dell'affidamento *in house* dei servizi di cui si tratta”. In senso conforme al principio di ordinarità del ricorso all'*in house* si era già pronunciato Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554, da cui discende che la decisione della pubblica amministrazione sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta (sul punto si veda anche Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2016, circa la necessità comunque di “una scelta adeguatamente motivata circa le ragioni di

fatto e di convenienza che la giustificano”, in ossequio ai principi di trasparenza e democraticità dei processi decisionali pubblici). In senso conforme anche TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 17 maggio 2016, n. 691; TAR Liguria, sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120; TAR Liguria, sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120; v. anche Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, tutte, peraltro, antecedenti al d.lgs. n. 50/2016 e quindi alla chiara formulazione dell’art. 192. In senso contrario TAR Valle d’Aosta 20 febbraio 2017, n. 7, secondo cui: “l’affidamento a società *in house* ha natura eccezionale rispetto alla regola generale che impone il ricorso al libero mercato; difatti, l’affidamento diretto è assoggettato ad un più stringente obbligo motivazionale, rispetto alla scelta di ricorrere all’acquisizione del servizio tramite una procedura di tipo concorrenziale, da ritenersi la modalità ordinaria di individuazione dei contraenti dell’Amministrazione (cfr., sul punto, artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica; in giurisprudenza, TAR Lombardia, Milano, III, 3 ottobre 2016, n. 1781)”.

“Tanto più nella specie in cui l’art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221 impone un dettagliato e più aggravato onere motivazionale, subordinando la legittimità della scelta della concreta modalità di gestione dei servizi pubblici locali proprio alla redazione di un’apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma dell’affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

La relazione che supporta la scelta di operare mediante affidamento *in house*, di cui al richiamato art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012, è finalizzata a rendere trasparenti e conoscibili agli interessati tanto le operazioni di riscontro delle caratteristiche che fanno dell’affidataria una società *in house*, quanto il processo d’individuazione del modello più efficiente ed economico alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti. I riferiti canoni interpretativi trovano oggi positiva rispondenza nell’art. 192, d.lgs. n. 50/2016. Come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato nell’Adunanza della Commissione speciale sullo schema di decreto legislativo recante il Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (parere n. 855 del 1° aprile 2016) “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” (TAR Lombardia, Milano, III, 3 ottobre 2016, n. 1781).

La diversa lettura, nel senso dell’eccezionalità dell’affidamento *in house*, data dai TTAARR, appare a nostro avviso più coerente con il dettato normativo, in particolare con quanto è previsto nell’art. 192 del Codice (a cui si rinvia). Del resto anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel più volte richiamato parere n. 855/2016, aveva sottolineato come “L’art. 192, comma 2, impone alle stazioni appaltanti, per l’affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, l’obbligo di dare conto, nella motivazione del prov-

vedimento 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, ancora e infine, di ottimale impiego delle risorse pubbliche. 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".

Il richiamo della sent. n. 4902/2017 (che a sua volta rinvia a sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554) al quinto "considerando" della direttiva 24/2014/UE, per cui gli Stati membri "non sono obbligati" "ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva", non può costituire un argomento "rafforzativo" a favore dell'ordinarietà dell'affidamento *in house*. La direttiva afferma solamente che non vi sono norme che obbligano all'esternalizzazione; ma se questa avviene, incidendo su materie contendibili nel mercato, ciò può avvenire solo a determinate condizioni e non in via ordinaria.

La disposizione dell'art. 7 costituisce invece il recepimento degli artt. 13 e 14 della direttiva 23/2014/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione nonché degli artt. 29 e 30 della direttiva 25/2014/UE del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Il comma 1 configura le disposizioni contenute nell'articolo quale "deroga" all'art. 5, laddove si tratta forse più propriamente di ulteriori casi, o se si vuole corollari, in cui le norme del Codice non trovano applicazione (già l'art. 5 di per sé contiene la previsione di casi particolari in cui il Codice non si applica, cioè costituisce norma derogatoria). Si tratta di casi differenti rispetto all'*in house*, ma che vengono trattati similmente, essendo ispirati dalla stessa ratio. Tale ratio è definita, per i cc.dd. settori speciali dal legislatore comunitario in questi termini: "molti enti aggiudicatori sono organizzati come gruppi economici che possono comprendere una serie di imprese distinte; spesso ciascuna di tali imprese svolge un ruolo specializzato nel contesto generale del gruppo economico. È pertanto opportuno escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori aggiudicati a un'impresa collegata la cui attività principale consista nel prestare tali servizi, forniture o lavori al raggruppamento cui appartiene, invece di renderli disponibili sul mercato. È anche opportuno escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori attribuiti da un ente aggiudicatore a una *joint-venture*, costituita da più enti aggiudicatori per svolgere attività contemplate dalla presente direttiva e di cui tale ente faccia parte. Tuttavia, è appropriato evitare che tale esclusione provochi distorsioni della concorrenza a beneficio di imprese o *joint-venture* che sono collegate agli enti aggiudicatori; occorre prevedere un insieme appropriato di norme, segnatamente per quanto riguarda i limiti massimi entro cui le imprese possono ricavare parte della loro cifra d'affari dal mercato e oltre i quali perderebbero la possibilità di vedersi attribuiti appalti senza indizioni di gara, la composizione di tali *joint-venture* e la stabilità delle relazioni tra queste ultime e gli enti aggiudicatori di cui sono composte" (direttiva 25/2014/UE, 39° considerando).

Si tratta dunque anche in questo caso, similmente a quello del *in house*, dell'applicazione del principio dell'autoproduzione.

Le condizioni affinché ricorra l'eccezione sono due: una di carattere quantitativo e una legata al rapporto giuridico fra i soggetti coinvolti. La prima condizione, finalizzata come vuole il legislatore comunitario ad evitare distorsioni della concorrenza, prevede un limite massimo entro cui le imprese o *joint-venture* che sono collegate agli enti aggiudicatori possano ricavare parte della loro cifra d'affari dal mercato; tale limite è individuato dal legislatore nazionale nel fatto che "almeno l'80% del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata negli ultimi tre anni, tenendo conto di tutti i servizi, lavori e forniture prestati da tale impresa, provenga dalle prestazioni rese all'ente aggiudicatore o alle altre imprese cui è collegata". È stato notato (cfr. A. SINATRA, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Nel diritto Editore*, 7^a ed., 2017, p. 244.) che, a differenza dell'*in house* dove il limite dell'80% del fatturato a favore dell'ente affidante deve essere superato, qui il limite dell'80% è sufficiente che sia raggiunto.

Sul rapporto giuridico che deve intercorrere fra le diverse entità la norma usa il concetto di "collegamento". V'è subito da precisare che tale non è il collegamento come definito nell'art. 2359 c.c. (che si ha quando una società ha su di un'altra un'influenza "notevole"). Secondo le direttive comunitarie il collegamento è quella situazione in cui una qualsiasi impresa vede i propri conti [bilanci] annuali consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma della direttiva 34/2013/UE. Nel caso di enti che non sono soggetti alla direttiva 34/2013/UE, per «impresa collegata» si intende qualsiasi impresa: a) su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante; b) che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore; o c) che, come l'ente aggiudicatore, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne. Si noti ancora la differenza con l'*in house* dove il controllo analogo richiesto affinché possa sussistere, è dato dalla situazione di "influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative".

La definizione di "impresa collegata" è stata poi recepita nel Codice, all'art. 3, comma 1, lett. z). L'altro caso di rapporto giuridico fra entità che costituisce la seconda condizione per la ricorrenza della fattispecie è quello delle *joint venture* (cfr. P. LO CANE, *Le joint ventures nel diritto antitrust comunitario*, in *Diritto & Diritti*, in *Riv. giur. on line*, aprile 2002). In questo caso, mancando una vera e propria definizione comunitaria (Reg. CEE 21 dicembre 1989, n. 4064 del Consiglio, del, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese G.U.C.E. 30 dicembre 1989, n. legge n. 395), il legislatore ha adottato una definizione ampia, alla lett. h): «*joint venture*», l'associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale o finanziaria.

La norma relativa alle esclusioni di attività direttamente esposte alla concorrenza, art. 8, costituisce recepimento degli artt. 34 e 35 della direttiva 25/2014/UE e 16 della direttiva 23/2014/UE. L'art. 34 definisce quando l'attività fra quelle dei settori cc.dd. speciali, è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, e quindi quando non si applica la direttiva a dette attività e ai concorsi di progettazione

organizzati per il perseguimento di tale attività. L'art. 35 delinea la procedura per stabilire quando l'art. 34 è applicabile, attraverso una domanda dello Stato membro alla Commissione. L'art. 16 della direttiva 23/2014/UE sulle concessioni contiene un semplice rinvio alla disciplina degli artt. 34 e 35 della direttiva 25/2014/UE.

I "considerando" di riferimento della direttiva 25/2014/UE sono quelli dal 43 al 50. Si riporta il n. 43, che contiene la previsione principale, con una precisazione importante nell'ultima parte:

"La presente direttiva non dovrebbe essere applicata agli appalti destinati a permettere la prestazione di una delle attività oggetto della presente direttiva, né ai concorsi di progettazione organizzati per esercitare tali attività se, nello Stato membro in cui tale attività è esercitata, essa è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. È dunque opportuno mantenere la procedura applicabile a tutti i settori di cui alla presente direttiva o a parti di essi, così da permettere di prendere in considerazione gli effetti di un'apertura, attuale o futura, alla concorrenza. Tale procedura dovrebbe offrire certezza del diritto agli enti interessati e un adeguato procedimento di formazione delle decisioni, assicurando in tempi brevi un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea in materia. A fini di certezza giuridica si dovrebbe precisare che tutte le decisioni adottate prima dell'entrata in vigore della presente direttiva in materia di applicabilità delle corrispondenti disposizioni di cui all'art. 30 della direttiva 17/2004/CE continuano ad essere applicabili". La *ratio* ultima dell'esclusione è evidentemente data dal fatto che gli enti in questione, trovandosi ad operare in mercati aperti esposti alla concorrenza, sono portati per le stesse regole del mercato concorrenziale a scegliere i propri contraenti secondo principi di economicità. L'apertura del settore alla libera concorrenza viene accertata all'esito di un procedimento di competenza della Commissione europea. La direttiva demanda alla discrezionalità degli Stati membri di decidere se attribuire la legittimazione ad investire della questione la Commissione anche a "l'ente aggiudicatore", che è quello che ha maggiore interesse a dimostrare la liberalizzazione del settore.

Il tenore del comma 4 contiene, con evidenza, una presunzione relativa di alcuni mercati liberamente accessibili: A. Trasporto o distribuzione di gas o di energia termica (direttiva 73/2009/CE); B. Produzione, trasporto o distribuzione di elettricità (direttiva 72/2009/CE); C. Produzione, trasporto o distribuzione di acqua potabile (Nessun atto giuridico); D. Enti aggiudicatori nel campo dei servizi ferroviari; D1. Trasporto ferroviario di merci (direttiva 34/2012/UE); D2. Trasporto ferroviario internazionale di passeggeri (direttiva 34/2012/UE); D3. Trasporto ferroviario nazionale di passeggeri (Nessun atto giuridico); E. Enti aggiudicatori nel campo dei servizi ferroviari urbani, dei servizi tramviari, filoviari e di autobus (Nessun atto giuridico); F. Enti aggiudicatori nel settore dei servizi postali (direttiva 67/1997/CE); G. Estrazione di petrolio o di gas (direttiva 22/1994/CE); H. Prospezione ed estrazione di carbone o di altri combustibili solidi (Nessun atto giuridico); I. Enti aggiudicatori nel campo degli impianti portuali marittimi o interni o altri terminali (Nessun atto giuridico); M. Enti aggiudicatori nel campo degli impianti aeroportuali (Nessun atto giuridico); V. Allegato VI del Codice).

I provvedimenti adottati – in attuazione del precedente art. 219 del d.lgs. n. 163/2006 – sono:

– Presidenza del Consiglio dei Ministri Dip. per il coordinamento delle politiche comunitarie, d.m. 25 giugno 2008 Esclusione dall'applicazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, degli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione di servizi di corriere espresso, nazionali e internazionali. (Pubblicato nella G.U. 12 settembre 2008, n. 214).

– Presidenza del Consiglio dei Ministri, d.m. 5 agosto 2010 Indicazione delle attività che sono escluse dall'applicazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) a norma dell'art. 219 dello stesso d.lgs. (Pubblicato nella G.U. 18 novembre 2010, n. 270), che riguarda l'esclusione dall'applicazione del Codice per gli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a consentire l'esecuzione delle seguenti attività in Italia: a) produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica nella Zona Nord; b) fornitura di energia elettrica al dettaglio ai clienti finali connessi in media, alta e altissima tensione sull'intero territorio della Repubblica italiana.

– Presidenza del Consiglio dei Ministri, d.m. 4 agosto 2011 Indicazione delle attività escluse dall'applicazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) a norma dell'art. 219 dello stesso d.lgs. (Pubblicato nella G.U. 22 novembre 2011, n. 272), che riguarda gli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione dei seguenti servizi in Italia: a) prospezione di petrolio e gas naturale e b) produzione di petrolio.

– Presidenza del Consiglio dei Ministri, d.m. 4 marzo 2013 Esclusione dall'applicazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, degli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a consentire l'esecuzione di talune attività nel settore dell'energia elettrica. (Pubblicato nella G.U. 12 luglio 2013, n. 162).

Procedendo poi con l'analisi dei contratti di servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo secondo l'art. 5 della direttiva 23/2014/UE «diritto esclusivo» è “il diritto concesso da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività”.

La *ratio* della disposizione è contenuta nei “considerando” 32 e 33 della direttiva 23/2014/UE e 30 e 31 della direttiva 24/2014/UE: in taluni casi, una determinata amministrazione aggiudicatrice o un determinato ente aggiudicatore che sia lo Stato, un'autorità regionale o locale o un organismo di diritto pubblico o una determinata associazione dei medesimi potrebbe essere l'unico soggetto ad erogare un determinato servizio, per la cui fornitura gode di un diritto esclusivo a norma di disposizioni legislative o regolamentari nazionali o di disposizioni amministrative nazionali pubblicate compatibili con il TFUE. Il legislatore europeo ritiene opportuno che in queste situazioni l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore o una loro associazione possa aggiudicare appalti o concessioni a tali organismi senza applicare le direttive corrispondenti. Nella direttiva 23/2014/UE sulle concessioni si aggiunge “(33). È al-